
Datum: 18.09.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 48/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0918.24U48.07.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 11 O 311/06

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 06. März 2007 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert:

Der Klageanspruch gegen die Beklagte zu 1) ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2), 3) und 4) in beiden Instanzen.

Die weitere Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 2) – 4) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht diese vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin macht als Gebäudeversicherer des Zeugen T gegen die Beklagten aus übergegangenem Recht Schadensersatzansprüche aus einem von ihr regulierten Schadensereignis geltend.

3

Der Zeuge F hatte die Beklagte zu 1), bei der die Beklagten zu 2), 3) und 4) beschäftigt sind, beauftragt, in den Keller des Hauses X in P einen Heizkessel nebst Feuerungsanlagen einzubauen. Das Gebäude weist vier Kaminzüge auf. Nach Beratung durch die Beklagte zu 1) entschied sich der Zeuge für den Einbau eines Heizkessels der Firma I mit einer mit Pellets betriebenen Feuerungsanlage der Firma I. Wegen des genauen Inhalts des Angebots der Beklagten zu 1) vom 15.01.2003 sowie der Auftragsbestätigung vom 11.02.2003 nimmt der Senat Bezug auf die zu den Akten gereichten Anlagen K 1, Bl.33 f., und B 1, Bl. 235 ff. d.A..

4

Die Lieferung und der Einbau des Heizkessels durch die Beklagte zu 1) erfolgten im Spätsommer/ Frühherbst 2003, wobei unstreitig der Anschluss des Rauchgasrohres an einen der Kaminzüge nicht durch Mitarbeiter der Beklagten zu 1) sondern durch den Zeugen E3, der auch mit dem wasserseitigen Anschluss des Heizkessels beauftragt worden war, erfolgte. Am 23.09.2003 erfolgte die Abnahme der Heizungsanlage durch den Zeugen F.

5

Bei der Inbetriebnahme der Heizungsanlage am 30.09.2003 kam es zu einer Explosion des Kamins, die durch eine explosionsartige Umsetzung von zündfähigen und nicht vollständig verbrannten Abbrandprodukten (Rauchgasen), die sich in der Anheizphase der Kesselanlage in den Hohlräumen des vergleichsweise hohen und alten Schornsteins aufgestaut hatten, verursacht wurde. Die Zündwilligkeit der gestauten Heizkesselabgase war durch den Umstand, dass an den Kamin im Obergeschoss eine offene Feuerstelle angeschlossen war, erheblich begünstigt worden, da durch die offene Feuerstelle Sauerstoff eintreten konnte. Zugleich wurde durch den Anschluss der offenen Feuerstelle die ohnehin wegen der Auskühlung geschwächte Zugwirkung des Kamins weiter verringert. Schließlich wurde die Explosion auch begünstigt durch den geringen Abstand zwischen der Abdeckhaube und dem oberen Kaminabschluss.

6

Die Klägerin hat die Beklagten nach Regulierung des dem Zeugen F durch die Explosion entstandenen Schadens – der zwischen den Parteien im Einzelnen streitig ist – auf Leistung von Schadensersatz in Höhe von 295.827,16 € in Anspruch genommen sowie außergerichtliche Anwaltskosten geltend gemacht.

7

Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil, Bl.347 ff. d.A..

8

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen F, E3 und S die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, ein zum Schadensersatz führendes Fehlverhalten der Beklagten sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festzustellen. Es sei nach den Vertragsunterlagen bereits nicht festzustellen, dass die Beklagte zu 1) den Anschluss des Rauchgasrohres geschuldet habe. Ein Schadensersatzanspruch komme auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Erteilung falscher Hinweise in Betracht, insbesondere sei nicht festzustellen, dass der Beklagte zu 2) durch eine Markierung den ungeeigneten Kaminzug für den Anschluss der Heizungsanlage vorgegeben habe.

9

Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die angefochtene Entscheidung, Bl.347 ff. d.A..	10
Die Klägerin verfolgt mit der hiergegen gerichteten Berufung die erstinstanzlichen Anträge vollumfänglich weiter.	11
Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe die vorgelegten Urkunden unzutreffend gewürdigt. Aus dem Text des Angebots und der Auftragsbestätigung ergebe sich eindeutig, dass die Beklagte zu 1) neben der Lieferung und dem Einbau des Heizkessels und der Feuerungsanlage auch den Anschluss des Rauchgasrohrs an den Kamin geschuldet habe. Insoweit habe die Beklagte zu 1) lediglich den Mauerdurchbruch nicht selbst durchführen wollen. Auch die Passage über die einheitliche Vergütung für Fracht, Montage, Elektromontage und Inbetriebnahme beziehe sich eindeutig auf den Anschluss des Rauchgasrohres, da an dieser Stelle keine Einschränkung vorgenommen worden sei. Dass der Anschluss seitens der Beklagten geschuldet gewesen sei werde auch bestätigt durch die Bekundung des Zeugen F, ihm sei wichtig gewesen, alles in die Hand der Beklagten zu 1) zu legen. Dass auch die Beklagte zu 1) von ihrer Verpflichtung zum Anschluss ausgegangen sei, ergebe sich ferner daraus, dass sie am 28.07.2003 das Rauchgasrohr angeliefert habe, ohne es an den Zeugen F auszuliefern, und sie die später erfolgte Montage des Rauchgasrohrs in ihrer Schlussrechnung aufgeführt habe.	12
Der Leistungsinhalt sei nicht bei dem Liefertermin am 28.07.2003 abgeändert worden. Der Zeuge F habe durch die Unterschrift auf dem Lieferschein lediglich bestätigt, welche Leistungen der Beklagten zu 1) am betreffenden Tag im Empfang genommen worden seien. Da an diesem Tag das Rauchgasrohr nicht ausgeliefert worden sei, sei die Position "Rauchgasrohranschluss vom Kessel zum Schornstein" gestrichen worden. Eine Auftragsänderung sei darin nicht zu sehen. Vielmehr sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass sich auf der Seite 1 des Lieferscheins der handschriftliche Hinweis "Montage und Kaminmontage muss noch gemacht werden" finde. Auch der Umstand, dass der Zeuge E3 das Rohr angeschlossen habe, sei zum Beweis einer Auftragsänderung nicht geeignet, da der Zeuge E3 nicht durch den Zeugen F beauftragt worden sei. Der Beklagten zu 1) habe es nach dem Vertragsinhalt mangels Änderung oblegen, zu überprüfen, ob der Zeuge E3 das Kaminrohr ordnungsgemäß angeschlossen habe.	13
Selbst wenn die Beklagte zu 1) den Anschluss des Rauchgasrohres nicht geschuldet hätte, verbleibe jedenfalls der Umstand, dass der Beklagte zu 2) den schadensstiftenden Kamin vorgegeben habe, indem er diesen mit einem Kreuz markiert habe. Indem der Beklagte zu 2) einen ungeeigneten Kaminzug ausgewählt habe, ohne diesen auf seine Eignung zu überprüfen, habe er sich schadensersatzpflichtig gemacht. Insoweit habe das Landgericht die erhobenen Beweise fehlerhaft gewürdigt.	14
Die Unterscheidung, ob es sich bei der von den Zeugen F und E3 beschriebenen Markierung um ein Kreuz im eigentlichen Sinne oder um ein X gehandelt habe, sei unerheblich; entscheidend sei vielmehr, dass die Zeugen E3 und F übereinstimmend bekundet hätten, dass es sich bei der Markierung nicht – wie von den Beklagten vorgetragen – um einen Strich sondern um zwei sich kreuzende Striche gehandelt habe. Durch diese Markierung sei nicht nur die Höhe sondern auch der genaue Ort des Kaminzugs festgelegt worden. Dass sich der Zeuge F an die Farbe der Markierung nicht habe erinnern können, verringere seine Glaubwürdigkeit nicht, da es sich insoweit um ein für den Zeugen unwichtiges Nebendetail gehandelt haben müsse.	15

Soweit das Landgericht den Zeugen E3 wegen eines erheblichen Eigeninteresses am Ausgang des Rechtsstreits als eingeschränkt glaubwürdig erachte, sei nicht nachvollziehbar, dass es den Aussagen der Beklagten zu 2), 3) und 4) uneingeschränkt Glauben schenke. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Zeuge F, der die streitige Markierung ebenfalls bestätigt habe, kein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits mehr habe, da er entschädigt sei. Eine alleinige Verantwortung des Zeugen F ergebe sich insbesondere nicht aus § 6 Nr.2 der AGB der Beklagten zu 1), da die anderen Kaminzüge für den Anschluss der Anlage geeignet gewesen seien, was sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Y ergebe.

Weil der Anschluss des Kaminrohrs im Verantwortungsbereich der Beklagten zu 1) verblieben sei, hätten sich die Beklagte zu 1) bzw. die Beklagten zu 2) und 3) spätestens am 23.09.2003 davon überzeugen müssen, dass das Rohr ordnungsgemäß angeschlossen gewesen sei. Insoweit habe der Beklagten zu 1) nach Anschluss durch den Streitverkündeten die Pflicht zur Überprüfung, ob die Anlage gefahrlos in Betrieb genommen werden könne, obliegen. Dies gelte umso mehr, als bei der ersten Inbetriebnahme der Heizung, welche entgegen der Feststellungen des Landgerichts am 23.09.2003 erfolgt sei, dichter Rauch aufgestiegen sei, so dass konkrete Anhaltspunkte für einen Fehlanschluss vorgelegen hätten. Die Erheblichkeit der Rauchentwicklung werde durch die Aussage des Zeugen F bestätigt, die durch die Angaben der Beklagten zu 3) und 4) entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht erschüttert werde, da diese lediglich bekundet hätten, sich nicht erinnern zu können, wobei zu berücksichtigen sei, dass die Beklagten zu 3) und 4) über keinerlei Erfahrung mit einer mit Pellets betriebenen Heizung verfügt hätten. Schließlich werde die Rauchentwicklung auch durch die Tatsache bestätigt, dass der Zeuge E am Schadenstag wegen einer Rauchbildung bei der Beklagten zu 1) angerufen habe. Es sei lebensfremd zu unterstellen, dass es lediglich am Schadenstag, nicht aber bei der ersten Inbetriebnahme zu einer Rauchentwicklung gekommen sei. Ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen Y habe bereits der Umstand, dass die Feuerungsanlage an einen Kaminzug angeschlossen worden sei, an dem bereits ein Herdfeueranschluss bestanden habe, zu einer vermehrten Rauchbildung geführt.

17

Darüber hinaus hätten die Beklagten zu 2), 3) und 4) die ihnen obliegende Pflicht verletzt, den Nachweis des Schornsteinfegers zu fordern, bevor sie die Anlage in Betrieb nahmen.

18

Entgegen der Ansicht des Landgerichts stehe aufgrund der Bekundungen des Zeugen F auch fest, dass die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) dem Zeugen T2 gegenüber erklärt hätten, eine Verrohrung des Kaminzugs von innen sei nicht erforderlich, so dass das Landgericht der Frage, ob diese Aussage zutreffe, hätte nachgehen müssen. Die Aussage des Zeugen S sei nicht geeignet, die Überzeugungskraft der Bekundungen des Zeugen F zu erschüttern, da sich der Zeuge S lediglich nicht habe erinnern können, ob über die Frage gesprochen worden sei. Dagegen habe sich der Zeuge F daran erinnern können, dass der Schornsteinfeger empfohlen habe, eine Verrohrung vorzunehmen und der Zeuge S dies nicht für nötig gehalten habe.

19

Die Klägerin beantragt,

20

das Urteil des Landgerichts Münster vom 06.02.2007, Az. 11 O 311/06 abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,

1. an sie 295.827,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.06.2006 zu zahlen,
- 22

2. an sie 3.563,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Sie sind der Ansicht, bei lebensnaher Betrachtung sei es Aufgabe desjenigen, der den Mauerdurchbruch schaffen müsse, die Stelle zu bestimmen, an der der Mauerdurchbruch vorzunehmen sei, so dass es ihm auch obliege, bei dem vorhandenen mehrzügigen Kamin den Kaminzug auszuwählen, an dem der Anschluss erfolgen solle. Im Übrigen sei die Auswahl der Stelle, an der der Mauerbruch vorzunehmen sei, eine Vorarbeit des Mauerdurchbruchs und als solche nicht seitens der Beklagten zu 1) vorzunehmen gewesen. 25

Dass vereinbart worden sei, dass auch die Vorarbeiten für den Mauerdurchbruch bauseits zu erfolgen hätten, werde bestätigt durch ihre Montagebedingungen und die Hinweise für den Heizungsbau. Die Auflistung der seitens der Beklagten zu 1) zu erbringenden Leistungen besage gerade nicht, dass sie den Kamin auszuwählen gehabt habe. Dagegen sei ausdrücklich ausgeführt, dass der Bauherr erforderliche bauliche Veränderungen bzw. Mauerdurchbrüche zu schaffen habe. 26

Die Richtigkeit dieses Textverständnisses ergebe sich ferner aus § 43 Abs.7 BauO NW, wonach sich der Bauherr bei der Errichtung oder Änderung von Feuerungsanlagen von dem Bezirksschornsteinfegermeister bescheinigen lassen müsse, dass sich die Abgasanlage in einem ordnungsgemäßen Zustand befinde und für die angeschlossenen Feuerstätten geeignet sei. Insoweit habe es dem Zeugen F bereits im Vorfeld obliegen, sich durch rechtzeitige Hinzuziehung des Bezirksschornsteinfegermeisters darum zu kümmern, welcher Kaminzug der geeignete sei. Es sei davon auszugehen, dass dies auch erfolgt sei, denn ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen Y sei diesem gegenüber erklärt worden, dass der Schornsteinfegermeister gegen den Anschluss der Heizkesselanlage an den hier relevanten Kaminzug keine Bedenken angemeldet habe. Diese Aussage könne nur von dem Zeugen F stammen, was bei der Würdigung seiner Aussage zu bedenken sei. 27

Allein die Tatsache, dass eine Prüfung und Abnahme durch den Bezirksschornsteinfeger zu erfolgen habe, begründe die Vermutung, dass der Handwerker grundsätzlich nicht die Auswahl des Kaminzugs für den Bauherrn übernehme. Insoweit habe er nämlich damit zu rechnen, dass bei mangelhafter Auswahl der Bezirksschornsteinfeger die Erteilung der Genehmigung verweigere. 28

Entgegen der Auffassung der Klägerin belege die auf dem Lieferschein vom 28.07.2003 vorgenommene Streichung der Position "Rauchgasrohranschluss vom Kessel zum Schornstein", dass die Beklagte zu 1) diese Aufgabe nicht übernommen habe. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass unstreitig das vertraglich angebotene und vereinbarte schwarze Rohr gar nicht geliefert, sondern ein anderes Rohr verwendet worden sei. Unstreitig sei auch, dass sie das Rauchgasrohr nicht angeschlossen hätten, sondern diese Arbeit durch den Zeugen E erfolgt sei. 29

Im Rahmen der Würdigung der Angaben des Zeugen F sei zu beachten, dass sich dieser an konkrete Umstände gar nicht habe erinnern können, und dass seine Aussagen zur Verrohrung nicht frei von Widerspruch seien. Gegenüber dem Sachverständigen Y habe sich der Zeuge deutlich besser erinnern können als in seiner Aussage vor dem Landgericht. Da der Zeuge F zur Auswahl des Kaminzuges bekundet habe, es habe einen Zug gegeben, der 30

für den Anschluss an den Brenner prädestiniert gewesen sei, weil an die anderen Züge bereits Kamine angeschlossen gewesen seien, fehle es auch an der Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung für den Schaden. Insoweit machen sich die Beklagten die Aussage des Zeugen F zu Eigen.

Mangels Verpflichtung zur Auswahl des Kaminzuges und des Anschlusses entfalle die seitens der Klägerin behauptete Überprüfungspflicht. Zudem habe ein Installateur die Arbeit eines Schornsteinfegers nicht zu überprüfen. 31

Auch habe es am 23.09.2002 keine konkreten Hinweise auf einen Fehlanschluss gegeben. Insbesondere habe der Zeuge F seine Aussage zur Qualmentwicklung dahin eingeschränkt, dass etwas Qualm entstanden sei. 32

Aus den AGB der Beklagten zu 1) ergebe sich in § 6 Ziffer 5 ein Haftungsausschluss. Die Voraussetzungen der Ausschlussklausel seien erfüllt, wenn das Vorbringen der Klägerin, dass an einen falschen Kamin angeschlossen worden sei, als richtig unterstellt werde. Insoweit machen sich die Beklagten den Vortrag der Klägerin hilfsweise zu Eigen. 33

Des Weiteren erheben die Beklagten den Einwand des Mitverschuldens des Zeugen F. 34

Schließlich erheben sie erneut bzw. – im Hinblick auf Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) - erstmals die Einrede der Verjährung. Sie sind der Ansicht, die zweijährige Verjährungsfrist des § 634 a BGB habe mit der Abnahme am 23.09.2003 zu laufen begonnen und sei aufgrund eines mit Schreiben ihrer Haftpflichtversicherung vom 18.08.2005 erklärten Verzichts bis zum 27.02.2006 gehemmt gewesen. Da die Klage erst am 30.08.2006 beim Landgericht eingegangen sein, sei Verjährung eingetreten. 35

Der Senat hat die Beklagten zu 2), 3) und 4) persönlich angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen F, E3 und S. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 14. August 2008, Bl.506 bis 513 d.A.. 36

II. 37

1. 38

Die zulässige Berufung ist gegenüber der Beklagten zu 1) dem Grunde nach begründet. Insoweit erschien es dem Senat sachdienlich, von der Möglichkeit eines Grundurteils gemäß § 304 Abs.1 ZPO Gebrauch zu machen. 39

Dem Zeugen F stand gegen die Beklagte zu 1) ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 634 Nr.4, 280 BGB zu, der gemäß § 67 VVG auf die Klägerin übergegangen ist. 40

Der in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 15.09.2008 vertretenen Auffassung, es liege ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung vor, so dass das Werkvertragsrecht keine Anwendung finde, ist nicht zu folgen. Die Beklagte zu 1) schuldete nicht lediglich die Übereignung serienmäßig hergestellter Anlagenteile sowie die Montage als Nebenleistung sondern die Erstellung einer zur Beheizung des Gebäudes geeigneten Heizungsanlage. Dieser vertraglich geschuldete Erfolg – die Einpassung der Heizungsanlage in das vorhandene Gebäude - prägt den zwischen der Beklagten zu 1) und dem Zeugen F geschlossenen Vertrag, so dass die Anwendung von Kaufrecht nicht in Betracht kommt. 41

a.

Zwar ist die seitens der Beklagten zu 1) gelieferte und montierte Heizkesselanlage selbst nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien nicht mangelbehaftet. Vielmehr ist Ursache des geltend gemachten Schadens der – unstreitig nicht durch die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) vorgenommene - Anschluss der Heizungsanlage an den ungeeigneten Kaminzug. Aber auch hierfür ist die Beklagte zu 1) verantwortlich. 43

Insoweit kann es für ihre Haftung dahinstehen, ob der Anschluss der Anlage letztlich durch den Zeugen E2 erfolgt ist und ob dieser Anschluss auf einer Vorgabe des streitgegenständlichen Kamins durch eine Markierung seitens des Beklagten zu 2) beruht. Denn das Gewerk der Beklagten zu 1) ist bereits deshalb mangelbehaftet, weil sie die ihr obliegenden Prüfungs- und Hinweispflichten hinsichtlich der Geeignetheit des zum Anschluss der Heizungsanlage bestimmten Kaminzugs verletzt hat, was zumindest auch ursächlich für die Auswahl des ungeeigneten Kaminzugs und damit für die Explosion dieses Kaminzugs war. Die Prüfungs- und Hinweispflicht stellt eine leistungsbezogene Verpflichtung dar und folgt unmittelbar aus der Herstellungs- bzw. Verschaffungspflicht der §§ 631 Abs.1, 633 Abs.1 BGB (vgl. Werner/ Pastor, Der Bauprozess Rdnr.1519). 44

aa. 45

Die Beklagte zu 1) schuldete nach dem zwischen ihr und dem Zeugen F geschlossenen Werkvertrag den Einbau einer *funktionstüchtigen* Pellets-Heizungsanlage. Diese Verpflichtung umfasste nicht nur die Lieferung und Inbetriebnahme der Heizungsanlage sondern nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrags auch den Anschluss des Rauchgasrohres einschließlich der damit verbundenen Planungstätigkeiten. 46

Die Verpflichtung der Beklagten zu 1) zum Anschluss des Rauchgasrohres ergibt sich ohne Zweifel aus dem schriftlichen Angebot der Beklagten zu 1) vom 15.01.2003 und der Auftragsbestätigung vom 11.02.2003. Die Formulierung "Rauchgasrohranschluss vom Kessel zum Schornstein" spricht nach dem Wortlaut eindeutig gegen die von der Beklagten zu 1) behauptete bloße Verpflichtung zur Lieferung des Materials; der Rohranschluss ist im eigentlichen Wortsinne nicht das Material sondern die Tätigkeit. Wäre es in diesem Punkt nur um die Anlieferung des Stahlrohrs gegangen, hätte es bei der Formulierung des Angebotes im Hause der Beklagten zu 1) nahe gelegen, nur das Material zu bezeichnen und das Angebot "2 mm Stahlrohr schwarz lackiert" zu formulieren. Auch der Zusatz "ohne Mauerdurchbruch" hätte entfallen können, da dieser ebenfalls eine Tätigkeit bezeichnet. Dass aber der Mauerdurchbruch ausdrücklich ausgenommen worden ist, lässt darauf schließen, dass nur das der Beklagten zu 1) fremde Gewerk der Maurerarbeiten, welches zum Anschluss an den Kamin unbedingt erforderlich ist, als bauseits zu erbringende Vorarbeit von den Leistungen der Beklagten zu 1) ausgenommen werden sollte. Dafür, dass die eigentliche Anschlussstätigkeit von der Position umfasst war, spricht des Weiteren, dass am Ende des Angebots bzw. der Auftragsbestätigung ausgeführt ist, welche Anschlüsse nicht enthalten sind, nämlich die wasserseitige Anbindung des Kessels einschließlich der hierzu gehörenden Sicherheitseinrichtungen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Position "Fracht, Montage, Elektromontage, Inbetriebnahme" keine Einschränkungen bzw. seitens des Bauherrn zu erbringende Leistungen vorsieht. Insoweit konnte der verständige Empfänger des Angebots davon ausgehen, dass ihm lediglich die Herstellung des Mauerdurchbruchs (als notwendige Vorarbeit) sowie die wasserseitige Anbindung des Kessels obliegen sollten. 47

Für eine solche Auslegung spricht auch, dass nach den Montagebedingungen der Beklagten zu 1) als bauseitige Leistungen nur die baulichen Veränderungen (Stemm- und 48

Maurerarbeiten) ausdrücklich Erwähnung finden. Zum Anschluss des Rauchgasrohres enthalten diese Bedingungen keine Angaben, obwohl dort ausgeführt wird, dass das Rauchgasrohr – soweit nicht im Auftrag gesondert vereinbart – gesondert berechnet wird. Wenn aber die Montagebedingungen Regelungen zur Berechnung des Rauchgasrohres enthalten, ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Beklagte zu 1) hier auch Ausführungen zum Anschluss des Rauchgasrohres gemacht hätte, wenn dieser regelmäßig nicht von ihrem Angebot umfasst gewesen sein sollte.

Dafür, dass die Beklagte zu 1) üblicherweise die Heizkesselanlage einschließlich Anschluss des Rauchgasrohrs anbietet und ausführt, spricht zudem die Erklärung des Beklagten zu 2) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 06.03.2007. Der Beklagte zu 2) hat hierzu erklärt, wenn von Seiten des Zeugen F ein normales schwarzes Stahlrohr verlangt worden wäre, welches bei der Beklagten zu 1) im Programm gewesen wäre, dann wäre dieses Rohr auch seitens der Beklagten zu 1) (nach Herstellung des Mauerdurchbruchs und des Wandfutters durch den Bauherrn) angeschlossen worden. 49

Darüber hinaus macht der Vortrag der Beklagten zu 1), am 29.07.2003 sei mit dem Zeugen F die Streichung der Position "Rauchgasrohranschluss vom Kessel zum Schornstein" vereinbart worden, nur Sinn, wenn der Anschluss nach dem Verständnis beider Parteien zunächst Vertragsinhalt und deshalb von ihr geschuldet war. 50

Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 15.09.2008, in dem die Argumente der Beklagten im Wesentlichen wiederholt und zusammengefasst werden, gab insoweit keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Die hierin behandelten Rechtsfragen sind darüber hinaus in dem Senatstermin vom 14.08.2008 umfassend erörtert worden. 51

bb. 52

Die Beklagte zu 1) hat nicht zu beweisen vermocht, dass die Parteien die behauptete nachträgliche Vertragsänderung vorgenommen haben. Der Senat vermag nicht festzustellen, dass sich die Beklagte zu 1) und der Zeuge F am 29.07.2003 dahingehend geeinigt haben, die Position "Rauchgasrohranschluss vom Kessel zum Schornstein mit 2 mm Stahlrohr schwarz lackiert" komplett aus dem Auftrag herauszunehmen. 53

Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass jedenfalls nicht das im Angebot beschriebene Rauchgasrohr sondern ein Edelstahlrohr verbaut worden ist, welches nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien letztlich durch den Zeugen E2 angeschlossen worden ist. Gegen die behauptete nachträgliche Vertragsänderung spricht jedoch, dass auf Seite 1 des Lieferscheins vom 28./29.07.2003 vermerkt ist, dass "E-Montage und Kaminmontage noch gemacht" werden müssen. Das Wort "Kaminmontage" bezeichnet eindeutig den Anschluss der Heizungsanlage an den Kamin. Hierzu hat der Beklagte zu 2) im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin auch eingeräumt, dass er durch diesen Vermerk sowie die auf dem Lieferschein vorgenommenen Streichungen lediglich habe festhalten wollen, welche Arbeiten bereits an diesem Tag ausgeführt worden seien. Der Vermerk sei so gemeint gewesen, dass noch nicht geklärt gewesen sei, wer den Anschluss ausführe. Dass an diesem Tag noch eine Unklarheit bestand, rechtfertigt aber nicht die Annahme, der Vertrag sei an diesem Tag einvernehmlich geändert worden. 54

Angesichts des schriftlichen Vermerks auf dem Lieferschein und der Erklärung des Beklagten zu 2) zur Bedeutung dieses Vermerks lagen die Voraussetzungen für die beantragte Parteivernehmung der Beklagten zu 2) und 4) gemäß § 448 ZPO über die 55

Tatsachenbehauptung der Vertragsänderung am 29.07.2003 nicht vor.

Dass der Vertragsinhalt zu einem späteren Zeitpunkt durch eine Vereinbarung der Vertragsparteien geändert worden sein soll, trägt die Beklagte zu 1) nicht vor. 56

cc. 57

Da die Beklagte zu 1) die Erstellung einer *funktionstüchtigen* Anlage einschließlich des Anschlusses des Rauchgasrohres schuldete, oblag es ihr grundsätzlich auch, im Rahmen der Planung der Anlage die vier vorhandenen Kaminzüge auf ihre Geeignetheit zu überprüfen und gegebenenfalls auf die Notwendigkeit der Verrohrung eines Kamins oder der Erstellung eines neuen Kamins zur Herstellung der Geeignetheit hinzuweisen. Denn die seitens der Beklagten zu 1) geplante und gelieferte Anlage konnte nur dann in dem bauseits gestellten Gebäude ordnungsgemäß funktionieren, wenn auch ein Kamin vorhanden war, der geeignet war, die bei der Verbrennung entstehenden Rauchgase aufzunehmen und abzuführen. 58

Sollte die Beklagte zu 1) aber - wie sie behauptet – zur Überprüfung der Kaminzüge grundsätzlich nicht in der Lage sein, hätte es ihr zumindest obliegen, den Zeugen F darauf hinzuweisen, dass es ihr nicht möglich sei, die Kaminzüge auf die Geeignetheit zum Anschluss der Anlage zu prüfen und ihn veranlassen müssen, eine derartige Prüfung durch einen kompetenten Dritten vornehmen zu lassen, um zu gewährleisten, dass die von ihr zu erstellende Heizungsanlage in dem Gebäude ihre Funktion erfüllen konnte. 59

Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nämlich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll (vgl. BGH NJW 2008, 511). Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit ein Fehler i.S. des § 633 Abs.1 BGB a.F. liegt insoweit auch vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (vgl. BGH a.a.O.). Dieses Verständnis von der "vereinbarten Beschaffenheit" hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht geändert (BGH a.a.O.). Ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn es die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil die vom Besteller zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks abhängt, unzureichend sind (BGH a.a.O.). 60

Die Sachlage ist hier nicht anders zu beurteilen, denn die Beklagte zu 1) hatte die Heizungsanlage in das "bauseits gestellte" Gebäude einzubauen. In den dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrags entsprechenden Fällen, in denen seitens des Bestellers zur Verfügung gestellte Sachen verwendet werden müssen und in denen der Unternehmer deshalb nicht schon durch die Auswahl der benötigten Materialien auf deren Beschaffenheit Einfluss nehmen und deren Eignung sicherstellen kann, hat dies zur Folge, dass der Unternehmer vom Besteller gelieferte Teile, die er zu ver- oder bearbeiten hat, nicht unbesehen verwenden darf (BGH NZBau 2000, 196). Den Werkunternehmer trifft grundsätzlich eine originäre Pflicht, sich nach Anlieferung durch Überprüfung der vom Besteller angelieferten Sachen zu vergewissern, dass diese zur Herstellung eines mangelfreien Werks geeignet sind (vgl. BGH a.a.O.). Lässt sich die Eignung nicht hinreichend zuverlässig feststellen, hat der Unternehmer den Besteller unverzüglich zu unterrichten (BGH a.a.O.). Dies muss erst recht gelten, wenn der Unternehmer sein Werk in das vorhandene Gebäude einbringen muss. Auch insoweit trifft ihn die Pflicht, zu prüfen, ob das Gebäude geeignet ist, sein Werk aufzunehmen und die Herstellung einer funktionstüchtigen Heizungsanlage zu gewährleisten (vgl. zur Hinweispflicht des Kachelofenbauers auf 61

mangelbehaftete Pläne des Bauherrn OLG Koblenz NJW-RR 1995, 655; vgl. auch Werner/ Pastor Rdnr.1519,1520).

- dd.** 62
- Der Unternehmer kann der Verantwortlichkeit für den Mangel seines Werks – hier die mangelnde Geeignetheit des Kaminszugs für die Aufnahme der von der seitens der Beklagten zu 1) geplanten und gelieferten Anlage ausgehenden Rauchgase - allerdings durch Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht entgehen (BGH a.a.O.). Liegen die Voraussetzungen dazu nicht vor, bleibt er für den Mangel der Funktionstauglichkeit verantwortlich (BGH a.a.O.). 63
- Der Senat vermag nach dem Ergebnis der persönlichen Anhörung der Beklagten und der Vernehmung der Zeugen nicht festzustellen, dass die Beklagte zu 1) der ihr obliegenden Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist, was zu ihren Lasten geht, weil sie insoweit darlegungs- und beweispflichtig ist. 64
- Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht hat der Unternehmer im Streitfall zu beweisen, während es dem Auftraggeber obliegt, darzulegen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen für die Prüfungs- und Anzeigepflicht vorgelegen haben (vgl. Werner/ Pastor Rdnr.1519). Letzteres kann aufgrund der Ungeeignetheit des für den Anschluss gewählten Kaminszugs festgestellt werden. Unstreitig ist der dem Zeugen F entstandene Schaden durch die explosionsartige Umsetzung von zündfähigen und nicht vollständig verbrannten Abbrandprodukten (Rauchgasen), die sich in der Anheizphase der Kesselanlage in den Hohlräumen des vergleichsweise hohen und alten Schornsteins aufstauten, verursacht worden. 65
- Die Beklagte zu 1) hat – dies räumt sie selbst ein – die Kaminzüge auf ihre Geeignetheit zum Anschluss der Heizungsanlage nicht geprüft. 66
- Nach den Ausführungen des Sachverständigen Y im Gutachten vom 15.01.2004, auf welches die Klägerin sich stützt, dürften dabei grundsätzliche Bedenken gegen die Geeignetheit des ausgewählten Kamins auch nicht zu erheben gewesen sein, was der Senat zugunsten der Beklagten zu 1) berücksichtigt hat. Der Sachverständige ist insoweit zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Verrohrung des Kaminszugs wegen der Rauigkeit geboten erscheint, woraus noch nicht unbedingt zu schließen ist, dass es zum ordnungsgemäßen Betrieb der Heizungsanlage in jedem Falle erforderlich gewesen wäre, den Kaminzug zu verrohren. Die Ungeeignetheit des ausgewählten Kaminszugs ergibt sich jedoch eindeutig aus dem Umstand, dass an den Kamin bereits die offene Feuerstelle im Obergeschoss angeschlossen war. 67
- Der Zeuge F konnte zum Einen von einem Fachunternehmen wie der Beklagten zu 1) erwarten, die Kaminzüge zumindest auf den durch eine *einfache Sichtprüfung* feststellbaren Anschluss anderer Feuerstellen zu überprüfen. Insoweit geht die mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 15.09.2008 erhobene Kritik der Beklagten zu 1), der Senat überspanne die an ein Fachunternehmen zu stellenden Anforderungen, fehl. Es kann dahinstehen, ob von einem Fachunternehmen des Heizungsbaus umfassende Untersuchungen der Kaminanlage auf den lichten Querschnitt, den Wärmedurchlasswiderstand oder die innere Oberfläche zu erwarten sind, da es hier um die Frage geht, ob der Besteller einer Heizungsanlage zumindest die Prüfung der Geeignetheit mittels einfacher Sichtprüfung erwarten kann. Dass sich bei der Verbrennung von Pellets im Schornstein zündfähige Rauchgase stauen können, deren Zündwilligkeit durch Sauerstoff begünstigt wird, gehört zu dem bei einem Planer und Hersteller von 68

Heizungsanlagen vorauszusetzenden Fachwissen. Aus diesem Grunde ist von einem Fachunternehmen auch die Kenntnis zu erwarten, dass die Gefahr der Zufuhr von Sauerstoff und der Schwächung der Zugwirkung insbesondere dann besteht, wenn an einen Schornstein bereits eine offene Feuerstelle angeschlossen ist. Dies ist nach Auffassung des Senats offenkundig.

Von der Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zur Frage dieser vom Senat der Beklagten zu 1) unterstellten Fachkenntnisse hat der Senat darüber hinaus aus folgenden Gründen angesehen:

Selbst wenn die Beklagte zu 1) die zur eingehenden Prüfung der Geeignetheit der Kaminzüge erforderlichen Fachkenntnisse – wie sie behauptet – nämlich nicht aufweisen sollte, hätte ihr gegenüber ihrem Vertragspartner jedenfalls der Hinweis obliegen, dass sie eine solche Geeignetheitsprüfung nicht vornehmen und aus diesem Grunde die Funktionsfähigkeit ihres Gewerks ohne Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten nicht gewährleisten könne. Die Hinweispflicht des Unternehmers findet ihre Grundlage in dem größeren Fachwissen, auf das der Besteller beim Abschluss eines Werkvertrags in der Regel setzt und dessen Einsatz zu seinen Gunsten er nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben erwarten darf (vgl. BGH NJW-RR 1996, 789). Bei dieser Ableitung wird der Umfang der Aufklärungs- und Prüfungspflicht maßgeblich einerseits durch den Beratungsbedarf des Auftraggebers und andererseits durch das Fachwissen des Unternehmers bestimmt (BGH a.a.O.). Dabei kann nicht auf die auf seiner Seite tatsächlich vorhandenen Kenntnisse und Fähigkeiten abgestellt werden (BGH a.a.O.). Wer die Herstellung eines Werks als Unternehmer übernimmt, bringt damit zum Ausdruck, die dafür erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu besitzen (BGH a.a.O.). Soweit nicht besondere Umstände dagegen sprechen, kann der Auftraggeber daher von ihrem Vorhandensein ausgehen, so dass insoweit - wie auch sonst - ein objektiver, durch den Gegenstand des Vertrags bestimmter Maßstab zugrunde zu legen ist (BGH a.a.O.).

Dass die Beklagte zu 1) dem Zeugen F einen Hinweis auf die ihr nicht mögliche Prüfung der Geeignetheit der Kaminzüge klar erteilt hat, vermag der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls nicht festzustellen.

Der Zeuge F hat weder im Rahmen seiner Vernehmung in erster noch in zweiter Instanz einen solchen Hinweis bestätigen können. Gegen die Erteilung eines solchen Hinweises spricht zudem, dass der Zeuge im Rahmen seiner Vernehmung in erster Instanz bekundet hat, der Zeuge E3 habe vor Herstellung des Mauerdurchbruchs die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) darum gebeten, ihm eine Vorgabe zu machen, wo am Kamin der entsprechende Anschluss erfolgen solle, wobei der Zeuge F davon ausging, es sei um den Zug und die Höhe gegangen. Es ist weiter nicht festzustellen, dass die Beklagten bei Lieferung der Anlage oder vor der Inbetriebnahme der Heizungsanlage einmal nachgefragt haben, ob die Bestimmung des Anschlusses mit dem Schornsteinfeger oder einem anderen Fachmann durchgeführt worden ist. Insbesondere konnte sich der Zeuge F nicht daran erinnern, dass während der Lieferung der Anlage darauf hingewiesen worden ist, dass der Schornsteinfeger mit der Frage der Auswahl des Kaminzugs befasst werden müsste. Vielmehr ging der Zeuge F davon aus, dass sämtliche Fragen in direkter Kommunikation zwischen den Handwerkern zu klären waren, so dass sich nach seiner Aussage Anhaltspunkte für einen Hinweis, dass eine Prüfung keinesfalls durch die Beklagte zu 1) erfolgen könne, nicht ergeben.

Angesichts dieses Beweisergebnisses lagen die Voraussetzungen für die beantragte Parteivernehmung der Beklagten zu 2) und 4) gemäß § 448 ZPO über die Tatsachenbehauptung der Beklagten, der Zeuge F sei darauf hingewiesen worden, dass es

notwendig sei, den Kaminzug mit dem Schornsteinfeger abzuklären, nicht vor.

Soweit eine Ausnahme von der Überprüfungs- und Hinweispflicht des Werkunternehmers in Betracht zu ziehen sein kann, wenn besondere Umstände vorliegen, die auch ohne Überprüfung der angelieferten – bzw. hier gestellten - Sachen vergleichbare Gewähr dafür bieten, dass sie die zur Herstellung eines mangelfreien Werks erforderliche Eignung aufweisen (vgl. BGH a.a.O.), vermag der Senat diese Voraussetzungen nicht festzustellen. 74

Insbesondere rechtfertigt die Vorschrift des § 43 Abs.7 BauO NW nicht die Entbindung der Beklagten zu 1) von der ihr obliegenden Prüfungs- und Hinweispflicht. Zwar hat sich der Bauherr nach dieser Vorschrift beim Anschluss von Feuerstätten an Schornsteine oder Abgasleitungen von dem Bezirksschornsteinfegermeister bescheinigen zu lassen, dass die Abgasanlage sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befindet und für die angeschlossenen Feuerstätten geeignet ist. An der Prüfungspflicht des Werkunternehmers und der Folge, dass ihre Nichterfüllung eine Vertragsverletzung durch den Unternehmer darstellt, ändert sich regelmäßig aber selbst dann nichts, wenn der Unternehmer dem Besteller vor der Anlieferung, etwa anlässlich von Vertragsverhandlungen oder während des Vertragsschlusses einen Hinweis über die benötigte Beschaffenheit der vom Besteller zu liefernden Sachen gegeben hat oder wenn der Besteller es übernommen hat, sich um die nötige Beschaffenheit zu kümmern (vgl. BGH a.a.O.). Zu einem Hinweis kann je nach den Umständen des Einzelfalls, etwa in Anbetracht eines ungenügenden Wissensstands des Bestellers und/oder aus Gründen einer Verkehrssicherungspflicht, durchaus Anlass bestehen, so dass auch ein solcher Hinweis vom Unternehmer aufgrund des Werkvertrags geschuldet sein kann (BGH a.a.O.). Angesichts der mit der Installation einer Heizungsanlage verbundenen Gefahren – die sich hier auch verwirklicht haben - und des offensichtlich ungenügenden Wissenstandes des Zeugen F vermag der Senat auch unter Berücksichtigung von § 43 Abs.7 BauO NW eine Ausnahme von der Überprüfungs- und Hinweispflicht der Beklagten zu 1) nicht zu bejahen (vgl. zur mangelnden Entlastung bei Freigabe durch den Schornsteinfeger auch OLG Koblenz NJW-RR 1995, 655). 75

Es steht auch nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass zwischen der Beklagten zu 1) und dem Zeugen F eine Vereinbarung getroffen wurde, die geeignet ist, die Beklagte zu 1) von der Überprüfungspflicht zu entbinden. Die Vertragsfreiheit erlaubt es zwar, auch solche Pflichten zu beseitigen oder der anderen Partei aufzuerlegen, die nach dem gesetzlichen Leitbild des betreffenden Vertragstyps zu der Hauptleistungspflicht einer bestimmten Vertragspartei gehören (BGH a.a.O.). Als Abweichung von der gesetzlichen Pflichtenverteilung ist das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung aber vom Unternehmer darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen (BGH a.a.O.). 76

Diesen Beweis hat die Beklagte zu 1) nicht führen können. Soweit sie behauptet, der Beklagte zu 2) habe den Zeugen F darauf hingewiesen, dass mit dem Schornsteinfeger geklärt werden müsse, welcher Kaminzug auszuwählen sei, hat der Zeuge F die Übernahme dieser Verpflichtung weder im Rahmen seiner Vernehmung in erster noch in zweiter Instanz bestätigen können. Insbesondere konnte sich der Zeuge F nicht daran erinnern, dass während der Lieferung der Anlage darauf hingewiesen worden sei, dass der Schornsteinfeger mit der Frage der Auswahl des Kaminzugs befasst werden müsse so dass sich nach seiner Aussage Anhaltspunkte für die Vereinbarung einer ihm obliegenden Verpflichtung zur Klärung der Geeignetheit des Kamins nicht ergeben. 77

Soweit der Zeuge S sowohl in erster als auch in zweiter Instanz bekundet hat, er weise *üblicherweise* darauf hin, dass die Freigabe der Kamine durch den Schornsteinfeger erfolgen müsse, spricht hier gegen die Erteilung eines derartigen Hinweises – sei es durch den 78

Zeugen S oder durch die Beklagten zu 2), 3) und 4) - , dass der Zeuge F davon ausging, dass sämtliche Fragen in direkter Kommunikation zwischen den Handwerkern zu klären waren, so dass ihm eine Mitwirkungspflicht in keiner Weise bewusst war. Wäre nämlich der Zeuge F mit der seitens der Beklagten behaupteten Deutlichkeit auf seine vertragliche Verpflichtung zur Auswahl des Kaminzugs unter Hinzuziehung des Schornsteinfegers hingewiesen worden, so hätte er sich nach der Lebenserfahrung einem derartigen Hinweis nicht verschlossen sondern für die Erledigung der ihm obliegenden Mitwirkungshandlung Sorge getragen, um sein Bauvorhaben zu fördern. Dem steht nicht entgegen, dass der Zeuge F eingeräumt hat, dass der Schornsteinfeger im Zuge der Errichtung der neuen Heizungsanlage vor Ort gewesen und möglicherweise auch zu Empfehlungen hinsichtlich der Geeignetheit eines Kaminzugs befragt worden sein müsse. Die Tatsache, dass der Schornsteinfeger zu irgendeinem Zeitpunkt einbezogen worden ist, entspricht den zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Sie rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, der Zeuge F habe die vertragliche Pflicht zur Auswahl des geeigneten Kaminzuges übernommen.

ee. 79

Auch die weiteren Voraussetzungen des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs liegen vor. 80

Aus § 280 Abs.1 Satz 2 BGB folgt, dass der Schuldner dartun muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (vgl. Heinrichs in Palandt § 280 BGB Rdnr.40). Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor. 81

Einer Fristsetzung bedurfte es im vorliegenden Fall nicht. Schäden, die durch die Schlechtleistung entstanden sind und nicht durch Nacherfüllung beseitigt werden können, sind ohne vorherige Fristsetzung gemäß § 280 Abs.1 BGB zu ersetzen (Heinrichs in Palandt, § 280 BGB Rdnr.18). 82

An der Kausalität der Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht für den eingetretenen – der Höhe nach streitigen - Schaden besteht auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten, dass an die anderen Kaminzüge bereits Kamine angeschlossen gewesen seien, kein Zweifel. Hätte die Beklagte zu 1) die vorhandenen Kaminzüge ordnungsgemäß auf ihre Geeignetheit überprüft, so hätte sie nämlich auch insoweit auf Bedenken gegen die Geeignetheit der vorhandenen Bausubstanz hinweisen können und müssen. Ebenso hegt der Senat keinen Zweifel daran, dass der Zeuge F bei einem Hinweis der Beklagten zu 1), dass sie die Geeignetheit der Kaminzüge nicht prüfen könne und deshalb die Funktionstüchtigkeit der Anlage nicht gewährleisten könne, die Überprüfung durch einen Dritten vor Anschluss der Anlage veranlasst hätte. 83

Es kann dahinstehen, ob neben dem Verhalten der Beklagten zu 1) auch ein solches des Bezirksschornsteinfegermeisters ursächlich für den dem Zeugen F entstandenen Schaden war. Die Zurechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass außer dem zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignis auch andere Ursachen zur Entstehung des Schadens beigetragen haben (Heinrichs in Palandt, BGB 67. Aufl., Vorb v § 249 Rdnr.66). 84

b. 85

Die vertragliche Haftung der Beklagten zu 1) ist nicht gemäß § 6 Ziffer 5 ihrer AGB ausgeschlossen. 86

87

Die Regelung in § 6 der AGB verpflichtet den Besteller, im Falle eines Zusammenwirkens oder bedingt durch die Abhängigkeit von vorhandenen Aggregaten und von der Beklagten zu 1) neu zu installierenden Aggregaten, zu gewährleisten, dass die Kompatibilität zwischen vorhandener Anlage und neuen, durch die Beklagte zu 1) gelieferten Anlagen und Aggregaten technisch bedenkenlos ist.

Es kann offen bleiben, ob diese Klausel überhaupt die Frage der Kompatibilität zwischen dem im Gebäude vorhandenen Kamin und der von der Beklagten zu 1) zu liefernden Heizungsanlage erfasst und dies für den Zeugen F hinreichend deutlich erkennbar war. Der Haftungsausschluss ist jedenfalls deshalb unwirksam, weil die Klausel den Vertragspartner unangemessen benachteiligt, § 307 BGB. Die Pflicht zur Überprüfung der Kompatibilität stellt eine wesentliche Vertragspflicht der Beklagten zu 1) als Fachunternehmerin dar, § 307 Abs.2 Nr.2 BGB. Die Vorschrift betrifft vor allem die Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher auch vertraut und auch vertrauen darf (vgl. Heinrichs in Palandt § 307 BGB Rdnr.33; vgl. auch BGH NJW-RR 1986, 271; BGH NJW 1993, 335). Unabhängig von der Frage, ob es – wie hier – um die Eignung des Gebäudes zum Betreiben der bestellten Anlage oder um die Kombination von bereits vorhandenen Heizaggregaten mit solchen der Beklagten geht, hängt die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags maßgeblich davon ab, dass die Beklagte als Fachunternehmen im Rahmen der ihr obliegenden Anlagenplanung überprüft, ob sie die Erstellung einer funktionstüchtigen Heizungsanlage unter Berücksichtigung der baulichen Gegebenheiten und der gegebenenfalls vorhandenen Anlagensubstanz gewährleisten kann. Soweit die Beklagte zu 1) die ihr obliegende Anlagenplanung auf den unkundigen Besteller abwälzt, ist dies mit § 307 BGB nicht zu vereinbaren.

c. 89

Die Forderung der Klägerin ist nicht verjährt, da entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634 a Abs.1 Nr.2 BGB gilt. Die Heizungsanlage stellt als fest eingebaute und zur Beheizung des Hauses notwendige Einrichtung einen Bestandteil eines Bauwerks dar, so dass eine fünfjährige Verjährungsfrist maßgeblich ist (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1995, 655). Diese war bei Erhebung der Klage gegen die Beklagte zu 1) am 27.09.2006 nicht abgelaufen.

d. 91

Soweit sich die Beklagte zu 1) schließlich auf ein Mitverschulden des Zeugen T2 beruft, und den Vorwurf erhebt, dieser sei verpflichtet gewesen, vor der Inbetriebnahme der Anlage die Prüfung und Abnahme durch den Bezirksschornsteinfegermeister durchzuführen, ist zu berücksichtigen, dass die der Beklagten zu 1) obliegende Hinweis- und Prüfungspflicht gerade der Vermeidung des eingetretenen Schadens dienen sollte. Ein Mitverschulden des Zeugen F wäre unter diesen Umständen nur dann zu bejahen, wenn er auf einen entsprechenden Bedenkenhinweis der Beklagten nicht reagiert hätte. Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor.

2. 93

Die Berufung der Klägerin ist dagegen unbegründet, soweit das Landgericht die gegen die Beklagten zu 2), 3) und 4) gerichtete Klage abgewiesen hat.

95

Der Senat vermag nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster und zweiter Instanz nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, dass die Verletzung des Eigentums des Zeugen F auf einer unerlaubten Handlung der Beklagten zu 2), 3) und 4) i.S.d. § 823 Abs.1 BGB beruht.

a. 96

Die Klägerin hat nicht zu beweisen vermocht, dass der Beklagte zu 2) den Kamin, an den das Rauchgasrohr später auch angeschlossen worden ist, markiert und so den Anschluss an diesen Kamin veranlasst hat. 97

Der Senat hat es als erforderlich erachtet, sich durch Vernehmung der Zeugen selbst einen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugen verschaffen, da zu bedenken war, dass die Parteien zwar übereinstimmend vortragen, der Zeuge E2 habe den Anschluss des Rauchgasrohres vorgenommen, der Zeuge dies aber verneint hat. 98

Er vermag jedoch auch nach Wiederholung der Beweisaufnahme die behauptete Markierung nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen. 99

Zwar haben beide Zeugen sowohl in erster als auch in zweiter Instanz eine Markierung in Form eines Kreuzes beschrieben, was gegen die Darstellung des Beklagten zu 2) spricht, er habe durch einen waagrechten Strich über die gesamte Kaminwand lediglich die Höhe der Bohrung bestimmt. Es erscheint dem Senat auch nachvollziehbar und entspricht der Lebenserfahrung, dass den Zeugen nach dem nicht unerheblichen Zeitablauf zwischen der Wahrnehmung der beschriebenen Markierung und der Beweisaufnahme nicht mehr genau erinnerlich ist, ob die Markierung in Form eines Kreuzes oder eines X und in welcher Farbe sie erfolgt ist. 100

Zum Einen hat jedoch bereits das Landgericht zu Recht Widersprüche in den Angaben den Zeugen F und E3 festgestellt. Der Zeuge F hat zwar ausgesagt, der Beklagte zu 2) habe auf die Bitte des Zeugen E3, ihm eine Vorgabe zu machen, wo am Kamin der entsprechende Anschluss erfolgen solle, die Markierung vorgenommen, wobei sich der Zeuge daran zu erinnern glaubt, es sei um den Zug und die Höhe gegangen. Allerdings hat der Zeuge E3 gerade nicht bestätigt, den Beklagten zu 2) um eine Vorgabe zur Lage des Anschlusses gebeten zu haben sondern vielmehr ausgesagt, als er den Kellerraum betreten habe, sei auf dem Kamin bereits ein Kreuz eingezeichnet gewesen, welches ihm von einem Mitarbeiter der Beklagten zu 1) gezeigt worden sei. Es sei ihm erklärt worden, dass es sich bei der markierten Stelle um diejenige handeln solle, an der die Bohrung vorgenommen werden solle. Dabei dürfte zumindest die Bitte um eine Vorgabe für die Lage der Bohrung ein Detail darstellen, an das sich der Zeuge E3 im Rahmen seiner Vernehmung in erster Instanz eigentlich hätte erinnern müssen. 101

Auch in zweiter Instanz hat der Zeuge F lediglich bekunden können, dass "auf einmal das Kreuz an der Wand" gewesen sei, wobei er sich aufgrund des Zeitablaufs letztlich nicht mehr sicher erinnern konnte. Der Zeuge E3 hat eine Markierung durch den Beklagten zu 2) ebenfalls nicht bestätigen können sondern bekundet, bei der Vornahme der Markierung gar nicht anwesend gewesen zu sein, so dass er aus eigener Wahrnehmung zur Aufklärung nicht beitragen konnte. 102

Angesichts dieser Abweichungen in den Zeugenaussagen vermag der Senat sichere Feststellungen nicht zu treffen. 103

b. 104

Soweit die Klägerin behauptet, am 23.09.2003 sei es bei der Inbetriebnahme zur Befüllung des Pelletsbunkers zu einer dichten Rauchentwicklung gekommen, vermag der Senat nicht festzustellen, dass die Beklagten zu 3) und 4) eine ihnen dem Zeugen F gegenüber obliegende Pflicht zum Abstellen der Anlage zur Vornahme einer weiteren Prüfung der ordnungsgemäßen Installation zwecks Verhütung der Eigentumsverletzung verletzt haben. 105

Das Landgericht hat die angebotenen Beweise erhoben und gewürdigt und danach nicht die Feststellung treffen können, dass die seitens der Klägerin behauptete erhebliche Rauchentwicklung eingetreten ist. Soweit die Klägerin die Beweiswürdigung des Landgerichts als fehlerhaft rügt, vermag der Senat konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO, nicht zu erkennen. 106

Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, dass der Zeuge F den Vortrag der Klägerin, es sei zu einer derartigen Rauchentwicklung gekommen, dass das Atmen erschwert worden sei, nicht bestätigt, sondern lediglich angegeben hat, in den Kellerräumen sei etwas Qualm vorhanden gewesen, wobei ihm nicht Erinnerung war, woher der Qualm kam und ob dieser mit einer Geruchsbelästigung verbunden war. Insoweit soll sich der Zeuge F auch zeitnah zu der Installation der Anlage, nämlich am 07.10.2003, gegenüber dem Sachverständigen Y dahingehend geäußert haben, dass die Anlage am 23.09.2003 in einem etwa 2-stündigen Probetrieb ohne Probleme getestet worden sein soll. Hierzu hat der Beklagte zu 3) bereits in erster Instanz im Rahmen seiner persönlichen Anhörung ausgeführt, es komme schon mal vor, dass es, insbesondere, wenn der Schornstein kalt sei, nach verbranntem Holz rieche. Ebenso könne es sein, dass, wenn die Tür geöffnet werde, ein bisschen Qualm oder Rauch austrete oder der Austritt darauf beruhe, dass die Abgasrohre noch nicht ganz dicht seien. 107

Die Tatsache, dass der Zeuge E3 am Schadenstag die Beklagte zu 1) über eine starke Rauchentwicklung informiert hat, lässt entgegen der Auffassung des Klägers nicht den sicheren Schluss zu, dass es auch am 23.09.2003 zu einer derartigen Rauchentwicklung gekommen ist. Hiergegen sprechen die Bekundungen des Zeugen F. 108

3. 109

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 110

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs.2 ZPO sind angesichts der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Prüfungs- und Hinweispflicht des Werkunternehmers nicht erfüllt. Angesichts dieser gefestigten Rechtsprechung kommt auch die Annahme einer Risikolage, die die analoge Anwendung des § 645 Abs.1 BGB rechtfertigt, nicht in Betracht. 111