
Datum: 20.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 143/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1020.19U143.05.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 9 O 212/04
Schlagworte: Blockheizkraftwerk, Nahwärmeversorgung, Mangel, Mindeststandard, zeitgemäßes Wohnen
Normen: §§ 633, 635 BGB a.F.

Leitsätze:

Der Auftraggeber eines Blockheizkraftwerks darf auch dann eine einem Mindeststandard an zeitgemäßem Wohnen entsprechende zuverlässige Wärme- und Warmwasserversorgung erwarten, wenn ein auf Einsparung von Energie und Kosten besonders ausgerichtetes Konzept vereinbart ist.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 31. August 2005 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe	1
I.	2
Gemäß § 540 I ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.	3
Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten.	4
Er rügt:	5
Die Aktivlegitimation auf Klägerseite werde bestritten. Die Auftragsbestätigung stamme vom 9.3.2000 und sei an die Kläger L gerichtet; die Bauherrngemeinschaft der Kläger sei erst im Jahre 2001 gegründet worden.	6
Seine in der Sache erhobenen Angriffe gegen das Gutachten des Sachverständigen G hätten nicht als verspätet zurückgewiesen werden dürfen, sondern erforderten die Einholung eines Obergutachtens.	7
Bei dem Gutachten des Sachverständigen G als auch dem sodann vom Senat außerdem eingeholten Gutachten des Sachverständigen I werde grundlegend verkannt, dass die Nahwärmanlage sich bis heute als Provisorium darstelle. Sie habe für spätere neun Nutzer ausgelegt werden sollen. Unstreitig habe das für den Endausbauzustand vorgesehene Blockheizkraftwerk noch nicht gebaut werden sollen, sondern der installierte Gasbrennwertkessel habe die Wärmezeugung übernehmen sollen, und zwar zunächst nur für drei Nutzer (Häuser), später für sechs Nutzer. So brächten schon die überirdisch endenden Stichleitungen für die noch nicht angeschlossenen, aber vorgesehenen Nutzer Wärmeverluste, die nicht die Qualität seines Gewerkes beträfen. Seine Leistung habe sich auf das Nahwärmenetz bis zur jeweiligen Hauswand als Übergabepunkt beschränkt. Insoweit sei das Verteilnetz nicht zu beanstanden. Die entgegenstehenden Ergebnisse der Sachverständigen basierten auf theoretischen und insbesondere nicht durch Berechnungen untermauerten Ausführungen. Insbesondere sei auch der Innendurchmesser der Rohrleitungen ab dem Verteiler über die einzelnen Häuser bis zurück zum Sammler von einheitlich 18 mm nicht zu gering dimensioniert und stelle keinen Mangel einer solchen Anlage dar. Die Annahme, Fließgeschwindigkeiten in den Rohren von 2,4 m/s seien zu hoch, sei falsch, weil bei derartigen Leitungen schon zur Verringerung der Verweildauer des aufgeheizten Wassers in der Erde und der dadurch bedingten Wärmeverluste Fließgeschwindigkeiten von 3 m/s und mehr erreicht werden sollten. Auch, dass dadurch höhere Leitungswiderstände entstünden, stelle keinen Fehler dar, selbst wenn man berücksichtige, dass stärkere Pumpen zum Einsatz kämen und der erforderliche hydraulische Abgleich des Systems erschwert werde. Es gehe zunächst um eine grundsätzliche Abwägung zwischen Anschaffungskosten einerseits sowie Betriebskosten andererseits und nicht um die Regeln der Technik. Die Notwendigkeit eines exakten hydraulischen Abgleichs sei im übrigen für jedes Nahwärmenetz mit Direktanschluss der Nutzer gegeben. Zudem sei der hydraulische Abgleich namentlich durch Drosselklappen an der Übergabestelle in jedem Haus zu regulieren. Solche seien gemäß seiner planerischen Vorgabe bauseits einzubauen gewesen, aber -unstreitig- bisher in keinem der Häuser vorhanden. Wenn die Wärmeversorgung einzelner Häuser unzureichend sei, was bestritten bleibe, beruhe das hierauf und ferner darauf, dass die von den Klägern in ihren Häusern vorzunehmenden Installationen fehlerhaft seien, wodurch die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems beeinträchtigt werde. Die Heizkörper seien nicht nach den vorgesehenen 55 Grad Celsius im	8

Vorlauf/45 Grad Celsius im Rücklauf ausgelegt, es fehle ein hydrologischer Abgleich jeder einzelnen Wärmekomponente, es fehlten Ausdehnungsgefäße und ordnungsgemäße Warmwasservorrangschaltungen, geöffnete Bypässe führten zu möglichen Brennwertverlust der Gesamtanlage auf 85 % und schließlich befinde sich in einem Gebäude ein großer Kombi-Pufferspeicher, der die Hydraulik beeinträchtige. Dies seien die Ursachen für die Störungen in der Nahwärmeversorgung, die bisher nicht untersucht und berücksichtigt worden, indessen bauseits mit einem Aufwand von insgesamt nur etwa 5.000 € zu beheben seien. In Betracht komme auch der Einbau von Wärmetauschern in jeder Hausübergabestelle bzw. von Umwälzpumpen. Sollten hingegen Verteilungsrohre mit einem größeren Durchmesser zu verlegen sein, stellte ein Teil der Kosten Sowieso-Kosten dar; für die Kosten des Einbaus von Drosselklappen und Maßnahmen der Ertüchtigung der Installationen in den einzelnen Häusern gelte das sogar in voller Höhe.

Die Warmwasserschaltung des Nahwärmesystems sei entgegen den Ausführungen des Sachverständigen I ebenfalls korrekt konzipiert und lasse sich auch praktisch umsetzen, wenn durch die Kläger bestimmte Voraussetzungen eingehalten würden. 9

Der Beklagte beantragt, 10

abändernd die Klage abzuweisen. 11

Nachdem die Klage auf Schadensersatzleistung umgestellt und das Rubrum antragsgemäß dahin berichtigt worden ist, dass Klägerin die S GbR ist, 12

beantragt die Klägerin, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Sie verteidigt auf der nunmehrigen Grundlage das Urteil des Landgerichts und wiederholt und vertieft dementsprechend ihr erstinstanzliches Vorbringen. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Erklärungen zu Protokoll sowie gemäß den Berichterstattervermerken zu den Senatsterminen Bezug genommen. 16

Die Akte des selbständigen Beweisverfahrens 9 OH 5/03 LG Detmold war im Berufungsverfahren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Senat hat ferner Beweis erhoben durch mündliche Anhörung des Sachverständigen Dipl.-Ing. G gemäß Berichterstattervermerk vom 9.5.2006 (Bl. 230 R ff. d.A.); außerdem hat der Senat das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. I vom 28.3.2007 sowie vom 23.3.2009 (jeweils hinten bei Bd. II der Gerichtsakte) eingeholt, das dieser mündlich vor dem Senat, wie aus dem Berichterstattervermerk zum Termin vom 20.10.2009 ersichtlich, ergänzt und erläutert hat. 17

II. 18

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. 19

Das Landgericht hat den Beklagten im Ergebnis zu Recht zur Zahlung von 28.300 € verurteilt. 20

A. Den Betrag schuldet er der nunmehr aus dem Aktivrubrum hervorgehenden Klägerin S GbR. Diese aus den bisherigen Klägern bestehende Bauherrengemeinschaft ist für den geltend gemachten Vertragsanspruch aktiv legitimiert, weil der Werkvertrag zwischen den 21

Parteien besteht. Ungeachtet des zunächst nur mit den ursprünglichen Klägern zu 1. und 2. geschlossenen Vertrages war das Konzept der Nahwärmeversorgung von vornherein darauf ausgerichtet, dass weitere, sich an das System anschließende Auftraggeber hinzukommen. Unstreitig haben sich diese Bauherren am 11.2.2001 zu der genannten GbR zusammengeschlossen, die allseits einvernehmlich in den Werkvertrag mit dem Beklagten eingetreten ist. Das zeigt sich schon daran, dass der Beklagte seine Rechnung vom 2.7.2001 an die GbR richtete (Beiakte Bl. 10) und gemäß der vorliegenden Korrespondenz auch die nachfolgenden Auseinandersetzungen über die Mängel zwischen ihm und der GbR ausgetragen wurden.	
B. Anspruchsgrundlage für die Zahlung von 28.300 € ist der Klägerin zustehender Schadensersatz nach § 635 BGB a.F. Wegen des auf die Zeit vor dem 1.1.2002 zurückgehenden Vertrages ist altes Recht anzuwenden, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	22
1) Zwar ist die Klage zunächst auf Vorschussleistung nach § 633 III BGB a. F. gestützt worden.	23
a) Ein Vorschussanspruch setzt voraus, dass noch der Mangelbeseitigungsanspruch nach § 633 II BGB a. F. besteht, was hier nicht mehr der Fall war. Die mit Schreiben vom 3.3.2004 (Bl. 13 d.A.) dem Beklagten gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung ist fruchtlos verstrichen und überdies hat die Klägerin durch Anwaltsschreiben vom 6.4.2004 (Bl. 15 d.A.) klargestellt, dass die Mängelbeseitigung durch den Beklagten nunmehr ausgeschlossen sei. Dadurch hat der Übergang vom Mangelbeseitigungsanspruch zu den Gewährleistungsrechten stattgefunden, § 634 I 2 BGB a. F..	24
b) Die Klägerin war indessen prozessual nicht gehindert, die Klage auf Schadensersatz umzustellen, weil dies sachdienlich ist und für die Beurteilung die gleichen Tatsachen wie für den Vorschussanspruch zugrunde zu legen waren, §§ 533, 264 ZPO.	25
c) Andererseits waren auch sämtliche erstinstanzlichen Einwendungen des Beklagten zu berücksichtigen, wie sie mit den Schriftsätzen vom 15.7., 11.8., 16.8. und 22.8.2005 gegen das Gutachten des Sachverständigen G vorgebracht worden sind. Die Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Vorbringens als verspätet nach §§ 282, 296 ZPO lagen nicht vor. Das Landgericht hätte sich sachlich mit dem Vorbringen auseinandersetzen müssen, weil es nicht neu war, sondern es sich lediglich um die Vertiefung und Untermauerung von Vortrag handelte, den bereits die Klageerwiderung enthielt. Der Senat war deshalb nicht nach § 531 I ZPO an die Zurückweisung gebunden und hat den gesamten Beklagtenvortrag berücksichtigt.	26
2) Das Schadensersatzverlangen ist nach § 635 BGB a. F. begründet.	27
a) Die vom Beklagten erstellte Anlage zur Nahwärmeversorgung ist mangelhaft, § 633 BGB a. F..	28
Sie weist nicht die vertragsgemäße Funktion auf, weil die angeschlossenen Häuser, namentlich die von der Heizzentrale entfernter liegenden Nutzer, nur unzulänglich mit Heiz- und Warmwasser versorgt werden können. Dafür ist nach dem Beweisergebnis das vom Beklagten erstellte Rohrleitungssystem ab dem Verteiler im Vorlauf und im Rücklauf bis zum Sammler jedenfalls mit ursächlich, was für die Haftung im geltend gemachten Umfang ausreicht.	29

Die Verteilung erfolgt über Rohre mit unmittelbarer Übergabe der Wärme an die einzelnen Häuser jeweils durch direkten Anschluss, also ohne Zwischenschaltung von Wärmetauschern, und stellt somit ein einziges Wärmeversorgungssystem wie in einem Einzelgebäude dar. Das Direktsystem muss hydraulisch abgeglichen sein, es muss also überall ein stetiger Versorgungsfluss ohne Druckdifferenzen bestehen, um die vertraglich vorgesehene gleichmäßige Wärmeversorgung aller Nutzer zuverlässig zu erbringen. Dieses Ziel kann hier nach den überzeugenden und zuletzt nicht mehr in Frage gestellten Feststellungen des Sachverständigen I nur unter erschwerten Bedingungen erreicht werden, weil Verteilungsrohre verlegt wurden, die einen einheitlichen Innendurchmesser, zudem nur einen solchen von 18 mm, aufweisen und deshalb letztlich ungeeignet für das Konzept sind. Es leuchtet ein, dass aufgrund der geringeren Dimensionierung höhere Strömungsgeschwindigkeiten und höhere Rohrleitungswiderstände entstehen, als bei einem System, bei dem Rohre von bis zu 40 mm bis 25 mm Innendurchmesser, größtmäßig abfallend zu den entlegeneren Versorgungspunkten hin, verlegt worden wären, wie es der Sachverständige I und der Sachverständige G als für einen stabilen hydraulischen Abgleich angezeigt gehalten haben. Der maßgebliche Unterschied besteht darin, dass ein derartiges System wegen der höheren Transportkapazität deutlich weniger drastisch auf auch nur kleinste hydraulische Veränderungen an jedweder Komponente innerhalb des Systems reagieren würde, wie das bei dem vom Beklagten erstellten System der Fall ist. Hierbei ist der Anschluss von mindestens bis zu neun vorgesehenen Häusern zu bedenken. Gemäß den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen I muss nicht nur jedes einzelne Haus, sondern überdies in jedem Haus auch noch jede einzelne angeschlossene Komponente, zum Beispiel jeder Heizkörper, immer genau hydraulisch abgeglichen sein. Jede Änderung von Parametern - nicht nur infolge einer Uminstallation, sondern schon aufgrund einer Funktionsstörung - führt zu einer Beeinträchtigung der Gesamtversorgung mit Wärme, die einen neuen Abgleich im System mit einer hydraulischen Neuberechnung erfordert, welche nur ein Fachmann vornehmen kann und zumindest einen Tag, unter Umständen auch länger, in Anspruch nimmt. Dem gegenüber fallen die vom Beklagten eingewandten höheren Kosten für die Erstellung sowie für Energie infolge höherer Wärmeverluste des größer dimensionierten Rohrsystems nicht ins Gewicht, weil es sich gemäß dem Sachverständigen I nicht um derart wesentliche Unterschiede handelt. Hingegen ist der aufgezeigte Nachteil für die reibungslose Funktion der Wärmeversorgung gravierend und ein Grundproblem gerade der installierten Rohrleitungen, und das auch dann, wenn bauseits Drosselventile an den Übergabestellen eingesetzt und ferner alle sonstigen Komponenten in den Häusern richtig installiert und anfangs abgeglichen worden sind. Die Drosselventile sind wegen der einheitlichen Dimensionierung der Rohrleitungen vielmehr schlicht Voraussetzung, um hier überhaupt den Abgleich neu vornehmen zu können, wie sachverständig festgestellt ist.

Die Qualität eines erheblichen Mangels im Rechtssinne ist dadurch gegeben, dass die Kläger 31 als Besteller auch ohne ausdrückliche Vertragsabsprache einen Mindeststandard an zeitgemäßem Wohnen in Form einer zuverlässigen Versorgung mit der angeforderten Wärme erwarten durften (vgl. BGH NJW 2004, 3174 f.), den die derart in der Grundfunktion problematische Anlage des Beklagten nicht gewährleistet. Das gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass einerseits zum Zeitpunkt des Auftrages in den Jahren 2000/2001 die endgültige Anzahl der Nutzer und der Zeitpunkt ihres Anschlusses, noch nicht feststanden, andererseits ein auf Einsparung von Energie und Kosten besonders ausgerichtetes Konzept als Vertragsgegenstand vereinbart war. Anders wäre es nur, wie der Sachverständige I dem Senat aus technischer Warte bestätigt hat, wenn ein geringerer Standard eindeutig vereinbart wäre und die Besteller sich damit, etwa unter Abwägung zur erzielbaren Einsparung von Kosten bzw. Energie, einverstanden erklärt hätten. Das setzt indessen eine umfassende Aufklärung durch den Beklagten als fachkundigen Unternehmer

voraus (vgl. BGH, a.a.O.), zu der nichts vorgetragen ist.

Den Ausführungen des Sachverständigen I zufolge lässt sich der Mangel tragbar auch nicht dadurch beheben, indem durch den Einbau von Wärmetauschern in jede Hausübergabestelle vom direkten Anschluss zu einem indirekten Anschluss übergegangen würde. Abgesehen davon, dass damit schon vom ursprünglichen Konzept abgerückt würde, weil das Außen- vom Innennetz der Häuser abgekoppelt würde, jeweils also zwei Systeme entstünden, bliebe das Problem des Transports durch zu kleine Rohre zu den Häusern hin bestehen und kämen in Form der Wärmetauscher noch weitere Leitungswiderstände hinzu, die noch stärkere Pumpen mit der Folge höherer Kosten erforderten. Vergleichbares gilt für eine zusätzliche Ausstattung der Häuser mit Umwälzpumpen, wie auch schon der Sachverständige G dargestellt hat (Bl. 106 R d.A.). 32

Die in Rede stehenden Rohrleitungen sind auch deshalb komplett auszutauschen, weil die erstellte Warmwasserversorgungsschaltung nach den gut nachvollziehbaren und hiermit im einzelnen in Bezug genommenen Ausführungen des Sachverständigen I gemäß Gutachten vom 23.3.2009 (S. 18 ff.) für die Bedarfslage unzureichend konzipiert ist. Die Einwendungen des Beklagten dagegen hat der Sachverständige im letzten Termin aus Sicht des Senats überzeugend ausgeräumt. Danach wirkt sich insbesondere auch in diesem Zusammenhang die zu geringere Dimensionierung der Rohrleitungen dahin aus, dass der Warmwasserbedarf aller Nutzer mangels hinreichender Kapazität nicht in vertraglicher Weise gewährleistet ist. Nach den Vertragsinhalt gewordenen eigenen Anschlussbedingungen Wärme/Strom des Beklagten (Bl. 309 d.A.) und dem damit in Einklang stehenden Prinzipschaltbild (Bl. 249, 282 d.A.) haben die dort vorgesehenen vier Warmwasserladephasen am Tag zu erfolgen und muss das Volumen der Wasserspeicher der einzelnen Nutzer von seiner Auslegung die Zwischenzeiten überbrücken können, konkret durch vorgegebene 200 l Speichervolumen; für andere Vereinbarungen mit den Erwerbern ist nichts vorgetragen. Dann war jedoch zu erwarten, dass über den gesamten Tag nach jeweiliger Aufladung zu diesen Zeiten das Speichervolumen mit Warmwasser für jeden Nutzer zur Verfügung stand und steht, was tatsächlich nicht der Fall ist, insbesondere nicht, wenn viele Nutzer gleichzeitig Wärme abfordern. Ein dem Beklagten vorschwebendes Ausweichen der Aufladung auf die Nachtzeit scheidet aus, weil die Speicherkapazität nicht annähernd den Tag bis zur nächsten Aufladung, auch nicht bis zu einer kurzen Nachladung nachmittags, überbrückt. Die Speicher müssten dafür doppelt so groß sein, wie der Sachverständige festgestellt hat. Das Problem wird noch durch das Konzept des Vorrangbetriebs verschärft. Dieses führte dazu, dass, solange die Warmwasserbereitung läuft, die Heizung außer Funktion ist, was hier unzumutbar lange Zeiträume ergeben kann. Der Versuch einer Überbrückung der zu schwachen Leistungsfähigkeit durch Änderungen und Verschiebung der Versorgungszeiten stellt sich auch unter diesem Gesichtspunkt als den Klägern im Hinblick auf das ihnen vertraglich Zustehende nicht zumutbar dar. Die Angabe der Kläger, dass namentlich auch deshalb sich die früheren Nutzer M und S2 vom System wieder abgekoppelt hätten, erscheint bei der Sachlage glaubhaft. 33

b) Der Beklagte hat sich hinsichtlich des für den Schadensersatzanspruch vorausgesetzten Verschuldens entsprechend § 282 BGB nicht entlastet. 34

c) Der Höhe nach ist die Klageforderung ebenfalls gerechtfertigt. 35

aa) Für einen Komplettaustausch des Rohrnetzes fallen gemäß Gutachten des Sachverständigen I vom 28.3.2007 (dort Anlage 9) 85.000 € brutto und gemäß Ergänzung vom 23.3.2009 (S. 23 f.) weitere brutto 3.000 € für die desolate Heizzentrale sowie 45.000 € für deren Neuaufbau an, insges. brutto 133.000 €, bei Sowieso-Kosten von brutto 86.000 €. 36

Die ursprünglich gegen das erste Gutachten des Sachverständigen I geführten Angriffe des Beklagten sind vom Sachverständigen im Senatstermin vom 30.11.2007 ausgeräumt worden (Bl. 370 ff. d.A.): Der Kostenansatz für den Austausch der eigentlichen Rohrleitungen beruht auf einer Kalkulation nach dem Mittelwert von eigenen Ausschreibungen des Sachverständigen für vergleichbare Objekte zu verschiedenen Zeiten. Hinsichtlich des Kostenansatzes für den Rohrgrabenaushub wurden Preisschwankungen durch einen Preisvergleich über längere Zeiträume nivelliert und fallen konkret höhere Kosten infolge erhöhten Aufwands z.B. für den Einsatz eines Minibaggers in angelegten Gärten an. Eine kostengünstigere Leitungsführung außerhalb von Terrassenbereichen würde durch Kosten die für Umwege und damit verbundene längere Strecken in etwa wieder aufgezehrt, womit praktisch keine Einsparung erzielbar wäre. Dagegen hat der Beklagte nichts mehr eingewandt, ebenso nichts gegen die Kostenansätze gemäß der Ergänzung, weshalb dem Sachverständigen insoweit zu folgen ist. 37

bb) Gleichwohl sind aufgrund hier vorliegender Besonderheiten Kürzungen vorzunehmen. Auszugehen ist vom Lageplan der auszutauschenden Rohrleitungen gemäß Anlage 4 zum ersten Gutachten des Sachverständigen I. Die dort gestrichelten Linien betreffen Teilstrecken (TS), die tatsächlich nie gebaut worden und somit auch nicht zu ersetzen sind. Der Sachverständige hat sie auch aus seinen Berechnungen ausgenommen (vgl. Anlage 9). Der Einwand des Beklagten zu einem alternativ kostengünstiger möglichen Direktanschluss des - nie angeschlossen gewesen- Hauses Nr. 15 ist schon von daher unerheblich. 38

Die TS 5 wurde unstreitig nicht von der Klägerin bezahlt, sondern unmittelbar vom Grundeigentümer C an den Beklagten wohl für die Grundstücke Nr. 3, 5, 7. Da der Zahlbetrag erst für den Fall eines, nicht vorgetragenen, Beitritts C zur klagenden GbR auf seinen Gesellschafterbeitrag angerechnet werden soll, ferner keine Anspruchsabtretung behauptet ist und sonstige Anknüpfungspunkte nicht ersichtlich sind, ist ein Schadensersatzanspruch der Klägerin insoweit nicht schlüssig gemacht. Das wirkt sich letztlich aber nicht aus (s.u.). Die TS 18 wurde gebaut, unstreitig von der Klägerin bezahlt und sollte zusammen mit der - nicht gebauten - TS 17 das Haus Nr. 18 c versorgen. Wegen der inzwischen endgültig vom System wieder abgeklemmten Häuser Nr. 19 (Klägermitglied M) und 18 b (Klägermitglied S2) macht ein Ersatz der nach dorthin führenden Leitungen keinen Sinn mehr, weshalb er aus Gründen der Schadensminderungspflicht zu unterbleiben hat. Das gilt indessen ebenso für die TS 18 für das Grundstück Nr. 18 c, das dem unwidersprochenen Beklagtenvortrag zufolge bebaut, aber anderweitig mit Wärme und Energie versorgt ist. Lediglich in Betracht kommenden Schadensersatz für frustrierte Aufwendungen für den Bau der TS 18 hat die Klägerin nicht beziffert, was sich letztlich jedoch ebenfalls nicht auswirkt (s.u.). Die TS 8 und 10 sowie 19 und 20 versorgten früher die -jetzt wieder abgeklemmten- Häuser Nr. 19 und 18 b (s.o.) und werden deshalb nicht mehr neu zu verlegen sein. Die Klägerin stellt gleichwohl die Kosten für einen Austausch ein, was rechtlich unter dem Gesichtspunkt in Betracht kommt, dass es Sache des Bestellers ist, ob er mit dem Ersatzbetrag den Mangel wirklich behebt (BGHZ 61, 28; Palandt-Sprau, BGB, 60. A., § 635 Rz. 7 m.w.N.). 39

Aber auch wenn man stattdessen nur auf die tatsächlich geringer angefallenen Kosten für die mittlerweile anderweitig erstellte Wärmeversorgung der Häuser Nr. 19 und 18 b abhebt, ändert das nichts an der Begründetheit der Klageforderung (s.u. (2.)). 40

(1.) Ausgehend von den Austauschkosten gemäß Anlage 9 des Gutachtens ergeben sich: 41

netto 71.460 42

abzgl. 43

TS 5 9.190	44
TS 18 - <u>3.548</u>	45
58.722 + 11.157,18 (19 % MwSt) = brutto 69.879,18	46
zzgl. Demontage Zentrale (2. GU S. 23) brutto 3.000,--	47
zzgl. Neuaufbau Zentrale (a.a.O.) brutto + <u>45.000,--</u>	48
insges. brutto 117.879,18 €	49
abzgl. Sowieso-Kosten (2. GU S. 24) - <u>86.000,--</u>	50
Schaden 31.879,18 €	51
Geltend gemacht werden 28.300 €.	52
(2.) Abstellend auf die tatsächlich teilweise geringer angefallenen Kosten ergeben sich:	53
netto 71.460	54
abzgl.	55
TS 5 9.190	56
TS 18 3.548	57
TS 8 4.173	58
TS 10 1.983	59
TS 19 4.646	60
TS 20 - <u>5.437</u>	61
42.483 + 8.071,77 (19 % MwSt) = brutto 50.554,77	62
zzgl. tatsächlich Haus 19 (Bl. 401 f., 403 d.A.) 7.732,68	63
`` `` Haus 18 b (Bl. 404 ff., 408 d.A.) + <u>8.451,44</u>	64
brutto 66.238,89	65
zzgl. Demontage Zentrale (2. GU S. 23) brutto 3.000,--	66
zzgl. Neuaufbau Zentrale (a.a.O.) brutto + <u>45.000,--</u>	67
insges. brutto 114.238,89 €	68
abzgl. Sowieso-Kosten (2. GU S. 24) - <u>86.000,--</u>	69
Schaden 28.238,89 €	70
Damit ist angesichts der enthaltenen Schätzwerte die Größenordnung der Klageforderung von 28.300 € abgedeckt (§ 287 ZPO), wobei zudem zu beachten ist, dass der Schaden in	71

Form frustrierter Aufwendungen für die TS 18 noch nicht enthalten ist und ferner in den abgesetzten Sowieso-Kosten auch anteilig solche für die Neuerstellung der TS 8, 10, 19 und 20 enthalten sind, die aus Gründen der Vergleichbarkeit dort noch herauszunehmen wären, da sie die Häuser Nr. 19 und 18 b betreffen und hier -in der Form- auch nicht in die Schadensberechnung Eingang gefunden haben.

3. Die erstinstanzlich vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung, die in der Berufungsinstanz auch ohne ausdrückliche Wiederholung zu beachten ist (BGH NJW 1990, 326), greift nicht durch. Entgegen der Ansicht des Beklagten geht es hier im Sinne von § 638 BGB nicht um Arbeiten an einem Grundstück, sondern um ein Bauwerk mit der Folge einer fünfjährigen Verjährungsfrist. Der Begriff Bauwerk ist weiter als Gebäude und umfasst grundstücksbezogene Arbeiten, bei denen eine unbewegliche Sache durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellt wird (st. Rspr., vgl. Palandt-Sprau, a.a.O., § 638 Rz. 9 m.w.N.). Das trifft auf die im Boden erstellte Nahwärmeheizung nebst ihren Rohrleitungen zu. Die für den Verjährungsbeginn nach den §§ 638 I 2, 640 I BGB a. F. erforderliche Abnahme kann nicht vor der Auftragsbestätigung vom 9.3.2000 erfolgt sein; selbst ab da fünf Jahre Frist ergäben einen Ablauf erst nach Klageerhebung am 8.6.2004 (Bl. 19 R d.A.), woran neues Verjährungsrecht ab 1.1.2002 nach Art. 229 § 6 EGBGB nichts geändert hat, da der Fristenlauf nach den §§ 634a I Nr. 2, II, 640 I BGB n.F. derselbe ist. Die Klageerhebung hemmte nach § 204 I Nr. 1 BGB n.F. die Verjährung, wobei die ursprüngliche Klage auf Vorschussleistung Hemmungswirkung auch für den auf demselben Sachverhalt beruhenden Gewährleistungsanspruch auf Schadensersatz entfaltete, § 213 BGB n.F.

III. 73

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 I, 709 Nr. 10, 711 ZPO. 74

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 II ZPO nicht vorliegen. 75