

---

**Datum:** 16.11.2012  
**Gericht:** Landgericht Paderborn  
**Spruchkörper:** 2. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 O 53/12  
**ECLI:** ECLI:DE:LGPB:2012:1116.4O53.12.00

---

**Tenor:**

- 1 Die Klage wird abgewiesen.
- 2 Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten

15.362,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem

06.07.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

- 3 Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin zu 23 %, der Beklagte zu 77 %.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils

beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

- 4 Der Streitwert wird auf 453.609,53 € festgesetzt.

Die Klägerin macht gegen den Beklagten restliche Werklohnansprüche wegen der Installation einer Photovoltaikanlage geltend; der Beklagte verfolgt im Wege der Widerklage Schadensersatzansprüche aus Sachmängeln und Ertragsausfällen.	2
Am 21.05.2010 beauftragte der Beklagte die Klägerin mit der Installation einer schlüsselfertigen Photovoltaikdachanlage auf im Eigentum der ... stehenden Gebäuden zu einem Gesamtpreis von 2.513.898,13 Euro. Wegen Einzelheiten des Vertragsschlusses wird auf die Auftragserteilung vom 22.05.2010 (Bl. 9 d. A.) sowie das zugrundeliegende Angebot der Klägerin vom 20.04.2010 (Bl. 12 ff. d. A.) verwiesen. Die Installation der Anlage wurde vom 28.06.2010 bis zum 07.07.2010 durchgeführt. Nach durchgeführten Nachbesserungsarbeiten nahm der Beklagte am 03.09.2010 die Arbeiten ab.	3
Auf Abschlagsrechnungen der Klägerin und die Schlussrechnung vom 30.06.2010 leistete der Beklagte verschiedene Teilzahlungen. Den offenstehenden Restbetrag von 89.328,98 Euro machte die Klägerin mit der Klage geltend.	4
Die Klägerin behauptet, sie habe die vertraglich geschuldete Photovoltaikanlage sach- und fachgerecht installiert. Aufgrund eingetretener Lieferschwierigkeiten im Hinblick auf die geschuldeten Module vom Hersteller ... sei vereinbart worden, dass die Klägerin stattdessen Module des Herstellers ... installieren könne. Der Beklagte sei hiermit einverstanden gewesen. Auch im Nachhinein habe sich die Klägerin nicht verpflichtet, die Module vom Typ ... auszutauschen. Die Module seien insbesondere gleichwertig, mangelfrei und lieferten die vertraglich geschuldete Leistung. Soweit sie sogenannte „Schnecken Spuren“ aufwiesen, handele es sich erst dann um einen Mangel, wenn eine nachweisbare Leistungsminderung eintrete, was nicht der Fall sei.	5
Die Klägerin schulde dem Beklagten auch keine Vergütung von Ertragsausfällen wegen verspäteter Inbetriebnahme. Die garantierte Inbetriebnahme bis zum 30.06.2010 sei nur dahingehend zu verstehen gewesen, dass die zu diesem Zeitpunkt geltenden Einspeisevergütungen für den Beklagten gesichert werden sollten.	6
Die Klägerin beantragt,	7
1) den Beklagten zu verurteilen, an sie 89.328,98 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.10.2011 zu zahlen,	8
2) die Widerklage abzuweisen.	9
Der Beklagte beantragt,	10
1) die Klage abzuweisen,	11
2) die Klägerin im Wege der Widerklage zu verurteilen, an den Beklagten einen Betrag in Höhe von 364.280,55 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.07.2012 zu zahlen.	12
Wegen eines Teilbetrages von 3.076,72 Euro hat der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung die Widerklage zurückgenommen.	13
Der Beklagte behauptet, die Klägerin habe vertragswidrig Module des Herstellers ... verbaut, die gegenüber den vereinbarten Modulen geringwertiger und insbesondere anfälliger für die sogenannten „Schnecken Spuren“ seien. Diese Abweichung habe die Klägerin dem Beklagten arglistig verschwiegen und sei erst nach Installation aufgefallen. Sodann habe sich die	14

Klägerin zum Austausch der ...-Module verpflichtet. Unabhängig hiervon wiesen auch weitere verbaute Module des Herstellers ... „Schnecken Spuren“ auf. Die gesamte Anlage sei zudem in vielfältiger Weise mangelhaft montiert. Der Beklagte verweist hierzu auf den Prüfbericht des Sachverständigen ... vom 31.05.2012. Er rechnet insoweit mit Schadensersatzansprüchen im Hinblick auf Mangelbeseitigungskosten auf und behauptet, der Austausch der Module erfordere Kosten in Höhe von 302.020,00 Euro. Weitere Nachbesserungen im Hinblick auf die vom Prüfsachverständigen ... gerügten Mängel erforderten Kosten in Höhe von 51.836,63 Euro. Daneben macht der Beklagte Sachverständigenkosten in Höhe von 1.560,00 Euro geltend sowie Ertragsausfallkosten. Hierzu behauptet er, im Zeitraum von Juni bis September 2010 sei ihm in Folge der verspäteten Inbetriebnahme ein Ertragsausfall in Höhe von 64.700,15 Euro entstanden. Für die Monate März 2011 und April 2011 seien ihm Verdienstauffälle in Höhe von 2.926,58 Euro bzw. 5.912,90 Euro dadurch entstanden, dass die von der Klägerin beauftragte Servicefirma die Anlage fehlerhaft gewartet habe. Weiter macht der Beklagte Ertragsausfall für die Monate Januar bis Mai 2012 in Gesamthöhe von 18.866,07 Euro geltend und behauptet, dieser beruhe auf den mangelhaften Modulen des Herstellers ... bzw. Leistungsminderungen infolge der „Schnecken Spurenbildung“. Schließlich rechnet der Beklagte auf mit den Kosten einer von ihm abgeschlossenen Ausfallversicherung in Höhe von 5.787,20 Euro und führt hierzu aus, die Klägerin habe trotz ihrer vertraglichen Verpflichtung und Fristsetzung einen Versicherungsabschluss nicht nachgewiesen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 15

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen ... und ... sowie des Prozessbevollmächtigten des Beklagten .... Das Gericht hat weiter Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen ... im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 16.11.2012 sowie durch Einholung eines schriftlichen Kurzgutachtens durch den vorbezeichneten Sachverständigen zur Vorbereitung des Termins vom 16.11.2012. Wegen des Beweisergebnisses wird auf die Sitzungsniederschriften der mündlichen Verhandlungen vom 06.07.2012 und 16.11.2012 sowie das vorbezeichnete Kurzgutachten verwiesen. 16

**Entscheidungsgründe:** 17

Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet. 18

Die zulässige Widerklage ist zu einem geringen Teil begründet. 19

I. 20

Ein restlicher Vergütungsanspruch der Klägerin folgt dem Grunde nach aus § 631 Abs. 1 BGB. 21

1. 22

Aufgrund einer Gesamtwürdigung des hier zu beurteilenden Sachverhalts ist vorliegend Werkvertragsrecht gemäß den §§ 631 ff. BGB anwendbar, insbesondere, weil der Vertrag zwischen den Parteien ausdrücklich die Errichtung einer schlüsselfertigen Photovoltaikanlage und nicht nur die Lieferungen von Einzelkomponenten zum Gegenstand hat. 23

24

Etwas anderes folgt nicht schon daraus, dass im Hinblick auf die berechneten Einzelpreise insbesondere die Lieferung der Photovoltaikmodule selbst erheblich ins Gewicht fällt. Der Geschäftsführer der Klägerin hat hierzu im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich klargestellt, dass ausschließlich und einseitig bei dieser Position Gewinnaufschläge berücksichtigt wurden.

Letztlich kann die Einordnung des Vertragstyps als Werkvertrag, Werklieferungsvertrag oder Kaufvertrag dahinstehen, da sich für jeweilige Rechtsfolgen keine abweichenden Ergebnisse ergäben. 25

2. 26

Der nach durchgeführter Abnahme am 03.09.2010 gemäß § 640 Abs. 1 BGB fällige restliche Werklohnanspruch der Klägerin ist auch durchsetzbar, da der Beklagte mittlerweile kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln oder Falschlieferung, sondern nur noch Schadensersatzansprüche geltend macht, so dass die Fälligkeit auch auf den mittlerweile eingetretenen Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien beruht. 27

II. 28

Ein dem Grunde nach entstandener restlicher Werklohnanspruch der Klägerin ist jedoch in Folge wirksamer Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Beklagten erloschen. 29

Ein insoweit geltend gemachter Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 636 BGB ist zumindest teilweise begründet. 30

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehen dem Beklagten Schadensersatzansprüche in Gesamthöhe von 104.691,72 Euro zu, so dass die Klageforderung hierdurch vollständig erloschen ist und wegen des überschüssigen Betrages in Höhe von 15.362,74 Euro die Widerklage begründet ist. Der erheblich weitergehende Teil der Widerklage ist dem gegenüber unbegründet. 31

Hierzu im Einzelnen: 32

1. 33

Das Werk der Klägerin ist mit mehreren, zum Teil erheblichen Sachmängeln im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB behaftet. 34

a) 35

Ein Mangel liegt indessen noch nicht darin, dass die Klägerin zu einem großen Anteil nicht die im Angebot bezeichneten Photovoltaikmodule des Herstellers ... verwendet hat, sondern solche des Herstellers .... 36

aa) 37

Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem beiderseitigen Parteivorbringen steht zunächst fest, dass die Parteien unmittelbar nach Angebotsunterbreitung und noch vor Auftragserteilung vereinbart haben, dass aufgrund sich bereits zu diesem Zeitpunkt andeutender Lieferschwierigkeiten von der Herstellerangabe im Angebot abweichende gleichwertige Module anderer Hersteller verwendet werden können. 38

39

Eine entsprechende Vereinbarung hat der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen seiner persönlichen Anhörung glaubhaft dargestellt. Der Beklagte ist dem bereits nicht mit plausiblen Argumenten entgegengetreten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, welche Einwände der Beklagte zu diesem Zeitpunkt gegen einen Austausch der Hersteller gehabt haben sollte. Der Zeuge ... hat die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin im Hinblick auf ein geführtes Telefongespräch mit dem Beklagten ebenfalls glaubhaft bestätigt.

bb) 40

Selbst wenn man davon ausginge, eine abändernde mündliche Vereinbarung habe sich nicht beweisen lassen, so ist es den Beklagten auch aus anderen Gründen verwehrt, sich insoweit auf einen Mangel zu berufen. Denn anlässlich der Abnahme am 03.09.2010 ist die Verwendung verschiedener Module von verschiedenen Herstellern zwischen den Teilnehmern ausführlich erörtert worden, ohne dass der Beklagte Einwendungen hiergegen erhoben hätte. Dies gilt insbesondere auch für den anlässlich des Abnahmetermins mit dem Beklagten anwesendem Fachberater .... Nimmt jedoch ein Besteller ein aus seiner Sicht mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so stehen ihm die Rechte der § 634 BGB nur zu, wenn er sich seiner Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält, § 640 Abs. 2 BGB. Ein solcher Vorbehalt wurde unstreitig nicht erklärt.

Nach dem Beweisergebnis, insbesondere den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin, und den Bekundungen der Zeugen ... und ... steht fest, dass dem Beklagten und seinem Fachberater auch zu diesem Zeitpunkt noch gleichgültig war, welche Module welchen Herstellers verwendet werden, soweit sie die erforderliche Leistung aufbringen würden. Die Zeugin ... hat zudem bekundet, dass die unterschiedlichen Module aufgrund des unterschiedlichen Rahmens auch für Laien genau zu erkennen gewesen seien. Der Beklagte habe die Erörterung mitbekommen. Der Zeuge ... hat ergänzend bekundet, die verwendeten Module seien optisch deutlich voneinander zu unterscheiden gewesen. Sie seien im Abnahmetermin nochmal erörtert worden, sowohl mit Herrn ... als auch mit dem Beklagten.

Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme war ohne jeglichen Belang, welche Modulpläne welchen Beteiligten zu welchem Zeitpunkt übergeben wurden. Soweit der Beklagte behauptet, ihm seien erst nachträglich und deutlich nach dem Abnahmetermin Modulpläne ausgehändigt worden, aus denen sich die unterschiedliche Belegung ergibt, so ist dies im Falle einer nachträglichen Planabänderung nicht ungewöhnlich.

b) 44

Die Klägerin ist auch nicht nachträglich, insbesondere im Termin am 09.07.2011, eine selbständige konstitutive Verpflichtung zum Austausch der Module eingegangen.

Eine entsprechende Behauptung vermochte der Beklagte nicht zu beweisen.

aa) 47

Zwar hat sein Prozessbevollmächtigter als Zeuge bekundet, dass es im Rahmen des Gesprächstermins vom 09.07.2011 gerade zu dieser Vereinbarung gekommen sei. Der Zeuge hat insoweit bekundet, die Vertreter der Kläger seien zwar grundsätzlich der Auffassung gewesen, dass die gelieferten Module die volle Leistung erbrächten. Nach dem der Beklagte und er – der Zeuge – auf einem Austausch der Module beharrten, sei Ergebnis der Auseinandersetzung gewesen, dass dem Beklagten ein Wahlrecht zustehen sollte, ob er den Austausch durchführen wolle. Es solle ihm zuvor die Gelegenheit gegeben werden, die

technischen Details der eingebauten Module zu überprüfen.

Dem vermochte das Gericht nicht zu folgen. Die mangelnde Glaubhaftigkeit der Aussage beruht nicht schon darauf, dass der Zeuge als Prozessbevollmächtigter des Beklagten ein erhebliches Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens haben musste, wobei durchaus einiges darauf hindeutet, der Zeuge habe der strikten Trennung seiner Aufgaben als der Wahrheit verpflichteter Zeuge einerseits und als Interessenvertreter andererseits nicht die notwendige Beachtung geschenkt. 49

bb) 50

Gegen den vom Beklagten behaupteten Geschehensablauf sprechen jedoch zum einen die Bekundungen der Zeugen ... und ..., wonach man zwar durchaus bereit gewesen sei, auf Vorstellungen und Wünsche des Beklagte einzugehen; man habe sich aber auf den Standpunkt gestellt, dass ein Austausch nur solcher Module in Betracht komme, die tatsächlich Ertragsminderungen aufwiesen. Nur für den Fall, dass solche Leistungsminderungen nachweisbar wären, hätte man sich tatsächlich zum Austausch verpflichtet. Gerade wegen eines solchen Leistungsausfalles sollte dem Beklagten Gelegenheit gegeben werden, eine technische Überprüfung vorzunehmen. 51

Die vorbezeichneten Aussagen waren nachvollziehbar und plausibel, es haben sich für das Gericht keine Anhaltspunkte ergeben, am Wahrheitsgehalt der Angaben oder der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln, auch wenn aus dem Gesamtverlauf des Rechtsstreits durchaus deutlich wurde, dass beide Zeugen inhaltlich und emotional in die Angelegenheit verstrickt sind. 52

cc) 53

Gegen die Sachverhaltsdarstellung des Beklagten und die Bekundungen seines Prozessbevollmächtigten als Zeugen sprachen zudem Plausibilitätserwägungen sowie die Lebenswahrscheinlichkeit. 54

Das Gericht vermochte nicht nachzuvollziehen, warum die Klägerin sowie deren Vertreter, die von der vollen Leistungsfähigkeit ihrer Sachleistung überzeugt sind, sich dazu bewegen lassen sollten, ohne jede Rechtspflicht einen weitgehenden und kostenintensiven Austausch vorzunehmen. Dies ergibt insbesondere vor dem Hintergrund keinen Sinn, dass - unstrittig - dem Beklagten die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, die Leistungsfähigkeit der Module vor Austausch zu überprüfen. Wenn doch aber die Klägerin gerade unabhängig von einer Ertragsminderung zum Austausch verpflichtet sein sollte, erschließt sich nicht, warum sich der Beklagte zuvor einer zeit- und kostenintensiven Funktionsüberprüfung unterziehen sollte. 55

dd) 56

Für die Darstellung des Beklagten streitet auch nicht das Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 11.07.2005, das den Inhalt des vorangegangenen Termins im Stile eines Gesprächsprotokolls wiedergeben soll. Aufgrund des voranstehenden Beweisergebnisses bestand keine Veranlassung zu der Annahme, dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten sei es bei der Verfassung des Schreibens um eine unparteiliche Wiedergabe gegangen. Aus der Nichtreaktion der Klägerin auf dieses Schreiben ließen sich ebenfalls keine für den Beklagten günstigen Rückschlüsse ziehen. Die Zeugin ... hat hierzu glaubhaft bekundet, sie habe aufgrund des seinerzeit freundschaftlichen und vertrauensvollen Verhältnisses dem Schreiben keine größere Bedeutung beigemessen und 57

es allenfalls oberflächlich zur Kenntnis genommen.

c) 58

Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin liegt jedoch ein Gewährleistungsrechte auslösender Sachmangel im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB bei den Modulen vor, die sogenannte „Schnecken Spuren“ aufweisen. 59

aa) 60

Der Sachverständige ... hat in seinem im Hauptverhandlungstermin vom 16.11.2012 erstatten mündlichen Gutachten ausgeführt, dass die Ursache dieser „Schnecken Spuren“ Mikrorisse in den einzelnen Modulen seien, die erst nach Installation nachträglich sichtbar würden. Es bestehe dann insbesondere das Risiko, dass die nachträglich sichtbar werdenden Mikrorisse aufgrund thermischer Einflüsse weiter brechen könnten. Weiteres Problem sei, dass nähere wissenschaftliche Erkenntnisse hierzu nicht vorliegen würden. Allerdings sei er der Auffassung, dass beim Auftreten solcher „Schnecken Spuren“ den Besteller bzw. Erwerber solcher Module nicht zugemutet werden könne, weiter abzuwarten, ob sich in der Folgezeit weitere Risse zeigten, ob sich vorhandene Risse vergrößerten und ob diese mit Leistungseinbußen verbunden seien. Denn das Risiko solcher Leistungsminderungen sei sehr groß, so dass ein Modul bereits beim Vorliegen solcher „Schnecken Spuren“ nicht in Ordnung sei. 61

Auch in Kenntnis abweichender Fachmeinungen ist der Sachverständige dabei geblieben, dass in diesem Fall ein Substanzschaden vorliegt, der auch dann einen Mangel darstellt, wenn es noch zu keinerlei Leistungsbeeinträchtigung gekommen ist. Es sei durchaus vermeidbar, dass es zu Mikrorissen kommt. Es gebe durchaus Module, bei denen diese nicht auftreten würden. 62

bb) 63

Den überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen hat sich das Gericht angeschlossen. Stichhaltige Einwendungen vermochte die Klägerin hiergegen nicht vorzubringen. Es bedurfte insoweit auch keiner ergänzenden schriftlichen Stellungnahme und weiterer Beweiserhebungen. Denn sowohl dem Sachverständigen als auch dem Gericht ist bekannt, dass es zu der Frage des Mangels bei auftretenden „Schnecken Spuren“ durchaus abweichende Fachmeinungen gibt, die mehr als eine Außenseitermeinung darstellen. Gleichwohl und insbesondere unter Berücksichtigung der massiven Kosten der Funktionsüberprüfung ist es nach Auffassung der Kammer nicht gerechtfertigt, diese – für jedes einzelne von möglicherweise tausenden von Modulen - dem Besteller einer Photovoltaikanlage zu überlassen. Denn der Sachverständige hat hierzu auch ausgeführt, dass die Kosten einer Überprüfung mit rund 115,00 Euro pro Modul die Anschaffungskosten von 175,00 Euro pro Modul zwar nicht erreichen, zumindest aber in keinem wirtschaftlichen Verhältnis stehen. Zudem hätte der Erwerber eines solchen Moduls selbst im Falle einer durchgeführten Funktionsprüfung mit positivem Ergebnis keine Gewähr dafür, dass etwaige vorhandene Mikrorisse nicht schon kurze Zeit später in Form von „Schnecken Spuren“ sichtbar würden. Eine Risikoabwälzung auf den Besteller wäre im Ergebnis auch unangemessen und treuwidrig, zumal bereits beim Auftreten von „Schnecken Spuren“ eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass es früher oder später tatsächlich zu erheblichen Leistungsminderungen kommt. 64

Es ist nicht ersichtlich, welche Einwendungen die Klägerin hiergegen erheben will, zumal sie sowohl rechtlich als auch technisch–fachlich im Termin beraten war.

d) 66

Das Gewerk der Klägerin leidet neben diesem wesentlichen Mangel unter weiteren Mängeln, die im Zusammenhang mit der Montage der Anlage stehen und die der Sachverständige ... in seinem Prüfgutachten vom 31.05.2012 im einzelnen festgestellt hat. In seinem gerichtlichen Gutachten hat der Sachverständige hierzu festgestellt, dass diese Mängel zum ganz überwiegenden Teil nicht auf fehlerhafter Wartung durch den Beklagten beruhen, sondern Folge einer fehlerhaften Ausführung sind. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die einzelnen Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Vorbereitungsgutachten vom 06.11.2012 verwiesen. Soweit die Klägerin hiergegen im Termin zur mündlichen Verhandlung Einwendungen erhoben hat, hat der Sachverständige diese ebenso überzeugend entkräftet. 67

Soweit die Klägerin hierzu Schriftsatznachlass beantragt hat, war auch dem nicht zu folgen. Der technische Vertreter der Klägerin ..., der auch in diesem Termin zugegen war, hat der geäußerten Auffassung des Prozessbevollmächtigten, eine weitere technische Befragung mache im Rahmen des Termins zur mündlichen Verhandlung keinen Sinn, ausdrücklich widersprochen und die vom Prozessbevollmächtigten beendete Befragung des Sachverständigen abschließend fortgesetzt. Auch unter Berücksichtigung dieser Befragung ist der Sachverständige hiernach mit überzeugender Begründung bei seinen zuvor erörterten Ergebnissen geblieben. Es ist nicht ersichtlich, welche technischen Instruktionen die selbst fachkundige Klägerin zur Entkräftung des Beweisergebnisses noch einholen könnte. 68

2. 69

Es kann dahinstehen, ob der Klägerin im Rahmen der Dachdurchdringung weitere Sachmängel unterlaufen sind. Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, es handele sich um Fragestellungen, die in den Bereich des Dachdeckergewerks fallen und die er nicht beantworten könne. 70

Einer abschließenden Klärung bedurfte es indessen nicht. 71

Denn selbst, wenn man insoweit von einem Fehler der Klägerin ausginge, bestünde ein Schadensersatzanspruch schon deswegen nicht, weil es insoweit an der erforderlichen Fristsetzung zur Mangelbeseitigung fehlt, §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zwar hat der Beklagte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29.06.2012 behauptet, der Klägerin sei eine solche Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt worden, die zwischenzeitlich abgelaufen sei. Eine solche Mangelbeseitigungsfrist konnte sich aber ersichtlich nur auf die Mängel beziehen, die der Sachverständige ... in seinem Prüfgutachten vom 31.05.2012 festgestellt hat. 72

Soweit die Klägerin Gewährleistungsrechte aus einem Fehler bei der Dachdurchführung herleiten will, so sind etwaige Mängel jedoch erstmals durch den Bedachungsbetrieb ... im Rahmen ihrer fachlicher Stellungnahme vom 05.07.2012 aufgeführt worden. Diese Mangelrüge ist der Klägerin als Anhang zur Widerklage erstmals im Termin zur mündlichen Verhandlung am 06.07.2012 der Klägerin erhoben worden. Dass sich eine vorherige Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf erst nachträglich und bei Gelegenheit der Erstellung eines Kostenvoranschlages festgestellte Mängel beziehen kann, ist auszuschließen. Wegen dieser Mängel hätte es insoweit einer weiteren Fristsetzung zur Mangelbeseitigung bedurft. 73

74

Eine solche war auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt entbehrlich, insbesondere nicht deswegen, weil die Klägerin die Durchführung solcher Mangelbeseitigungsarbeiten endgültig und ernsthaft abgelehnt hätte, § 281 Abs. 2 BGB. Die Klägerin hat vielmehr in ihrem Schriftsatz vom 10.08.2012 darauf hingewiesen, dass ein Mangel insoweit nicht substantiiert dargelegt sei. Eine Endgültigkeit ist dieser Formulierung gerade nicht zu entnehmen.

3. 75

Zur Beseitigung der vorstehenden Mängel bedurfte es jedoch keinesfalls der Kosten, auf die der Beklagte seine Widerklage stützt. 76

a) 77

Zum Austausch der Module entstehen nach den Ausführungen des Sachverständigen Kosten für neue Module in Höhe von lediglich 57.750,00 Euro, nämlich einem Anschaffungspreis von 160,00 Euro und Montagekosten von 15,00 Euro bei einer Anzahl von 330 geschädigten Modulen. 78

b) 79

Für die Demontage der geschädigten Module einschließlich Verpackung und Transport entstehen 30,00 Euro pro Modul, mithin 9.900,00 Euro. 80

c) 81

Gerüstkosten entstehen in Höhe von 1.600,00 Euro sowie Kosten für Kleinmaterial von 500,00 Euro. Die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Austausch der geschädigten Module entstehen, belaufen sich im Ergebnis auf 69.750,00 Euro. 82

d) 83

Wegen der fehlerhaften Montage der Photovoltaikanlage hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Vorbereitungsgutachten vom 06.11.2012 einen Nettobetrag von 18.480,00 Euro ermittelt, den die Parteien im Ergebnis nicht stichhaltig angegriffen haben. Dieser ist ebenfalls in Abzug zu bringen. Es war insoweit der Nettobetrag anzusetzen, da die Beklagte unstreitig vorsteuerabzugsberechtigt ist. 84

e) 85

Ansprüche auf Erstattung weiterer Mangelbeseitigungskosten stehen dem Beklagten gegenüber nicht zu. Soweit er separat Nachbesserungskosten des Elektrikers gemäß Kostenvoranschlag der Firma ... in Höhe von 22.700,00 Euro geltend macht, hat der Sachverständige klargestellt, dass diese Kosten in seiner Kostenschätzung enthalten sind. Im Hinblick auf die Kosten der Dachdurchdringung wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. 86

f) 87

Kosten für den Sachverständigen ... für das Prügutachten vom 31.05.2012 kann der Beklagte ersichtlich nicht erstattet verlangen, da es sich hierbei um die Kosten eines Prügutachtens handelt, das er ohnehin hätte einholen müssen und zwar unabhängig vom Ausgang des Gutachtens. 88

89

### III.

Im Hinblick auf die von dem Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen Ertragsausfalls ist im Hinblick auf die verschiedenen Zeiträume wie folgt zu differenzieren: Schadensersatzansprüche stehen dem Beklagten lediglich wegen der Ertragsausfälle im März und April 2011 zu. Die Ansprüche wegen der weitaus längeren Zeiträume von Juli bis September 2010 und Januar bis Mai 2012 sind demgegenüber unbegründet. 90

1. 91

Die von dem Beklagten für die Zeiträume März und April 2011 geltend gemachten Ertragsausfälle sind als Schadensersatzansprüche aufgrund vertraglicher Pflichtverletzungen der Klägerin nach § 280 Abs. 1 BGB begründet. 92

Die Ertragsausfälle des Beklagten stehen unstreitig im Zusammenhang mit Service- bzw. Reparaturarbeiten, die die Firma ... in diesem Zeitraum durchgeführt hat. Ebenfalls unstreitig handelt es sich hierbei um eine Servicefirma, die als Subunternehmerin der Klägerin tätig geworden und von dieser beauftragt wurde. Soweit die Klägerin nunmehr ihre eigene Verantwortlichkeit bzw. die ihrer Subunternehmerin in Abrede stellt und den Schaden des Beklagten insoweit bestreitet, kann sie hiermit nicht gehört werden. Vorprozessual war zwischen den Parteien unstreitig, dass es sich hierbei um Ertragsausfälle handelt, die in den Verantwortungsbereich der Klägerin fallen. Entsprechend haben die Vertreter der Klägerin ... und ... die Einstandspflicht der Klägerin anerkannt (vgl. hierzu die E-Mails Anlage B 23 bis B 26). 93

2. 94

Wegen des Zeitraums von Juli bis September 2010 stehen dem Beklagten gegen die Klägerin demgegenüber keine Ansprüche auf Erstattung von Ertragsausfällen zu. Einen solchen Erstattungsanspruch konnte der Beklagte insbesondere nicht darauf stützen, dass sich die Klägerin zur garantierten Inbetriebnahme bis zum 30.06.2010 verpflichtet hätte. Zwar enthält die Auftragserteilung genau diesen Passus, allerdings ist bereits den näheren Umständen bei Vertragsabschluss zu entnehmen, dass hiermit nicht die Gesamtfertigstellung der Anlage gemeint sein konnte und der Beklagte dies auch nicht so verstanden hat. 95

Zunächst verweist die Klägerin zu Recht auf einen Passus des Angebots, wonach 96

*„Einspeiseverträge der jeweiligen Dachflächen bei der Bundesnetzagentur schriftlich angemeldet werden müssen, ebenfalls die Netzzusage des EVU eingeholt werden muss. Wir weisen darauf hin, dass eine Installation erst erfolgen kann, nachdem der Energieversorger die Netzzusage erteilt. Das Unternehmen ... hat auf die Zusage keine Einfluss. Die Zusage kann unter Umständen bis zu 10 Wochen dauern.“* 97

Schon aufgrund dieser Erklärung, die Vertragsgegenstand geworden ist, war objektiv und für den Beklagten klar, dass die Klägerin nicht für sämtliche Umstände, die außerhalb ihres Einflussbereiches liegen, Garantien übernehmen wollte. 98

Weiterhin weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass garantierte Inbetriebnahme nach dem EEG für das Verhältnis der Parteien nur insoweit Relevanz entfaltete, als die festgelegte Einspeisevergütung der Höhe nach auch Gegenstand des hiesigen Vertrages wird. 99

Letztlich war zu berücksichtigen, dass aufgrund von Umständen, die nicht die Klägerin zu vertreten hatte, die streitgegenständlichen Arbeiten erst am 28.06.2010 und damit zwei Tage 100

vor der garantierten Inbetriebnahme erfolgen konnten. Unstreitig hat der Beklagte erst am 28.06.2010 mit den Verpächtern der Nutzungsflächen einen Dachnutzungsvertrag abgeschlossen, der die Nutzung für die hier streitgegenständliche Photovoltaikanlage ermöglichte. Selbst wenn die vertragliche Ausgestaltung zwischen den Parteien so verstanden werden musste, dass die Klägerin volle Garantie für die volle Leistung der Anlage abgeben wollte, musste den Parteien, insbesondere dem Beklagten bekannt sein, dass diese Termine nicht mehr einzuhalten waren.

Ertragsausfälle kann der Beklagte insoweit nicht beanspruchen. 101

3. 102

Der Beklagte kann auch für den Zeitraum von Januar bis Mai 2012 keine Ertragsausfälle von der Klägerin ersetzt verlangen. Diese Ertragsausfälle stützt der Beklagte ausschließlich auf eine verminderte Leistungsfähigkeit der gelieferten Module. Ein Anspruch war jedoch weder als sogenannter Mangelfolgeschaden nach § 634 Nr. 4, 636 BGB noch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten gegeben. 103

a) 104

Für die entscheidende Frage, ob die von der Klägerin gelieferten Module eine verminderte und nicht mehr tolerierbare Leistungsminderung aufweisen, hat der Beklagte jedoch keinen Beweis angetreten. 105

Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ... bedurfte es für eine Ursachenerforschung, ob und inwieweit etwaige Leistungsminderungen auf vorhandene Mikrorisse und hieraus resultierende „Schnecken Spuren“ oder auf alternative Ursachen, insbesondere auch ungünstige Witterungseinflüsse und hieraus resultierende Abweichungen der tatsächlichen von den erwarteten Erträgen zurückzuführen sind, einer technisch aufwendigen Analyse im Rahmen eines Elektrolumineszenzverfahrens. Ein solches Verfahren sei mit erheblichen Kosten verbunden, nämlich ca. 115,00 Euro pro Modul. Bei einer Überprüfung von 4.500 verbauten Modulen und zu erwartenden Sachverständigenkosten von weiteren 517.000,00 Euro hat der Beklagte seinen insoweit zunächst gestellten Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens im Termin zur mündlichen Verhandlung am 16.11.2012 ausdrücklich zurückgezogen, so dass er als beweisfällig anzusehen ist. 106

b) 107

Abweichend von der Rechtsauffassung des es Beklagten streitet für seine Behauptung auch kein Anscheinsbeweis oder gar eine Beweislastumkehr. Zwar spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit durchaus dafür, dass die mit „Schnecken Spuren“ behafteten Photovoltaikmodule jetzt oder in Zukunft über eine geringere Leistungsfähigkeit verfügen, so dass diese – wie oben ausgeführt - per se als mangelhaft einzustufen sind. Hieraus folgt aber nicht, dass die Gesamtleistung der Photovoltaikanlage mit hoher, einen Anscheinsbeweis rechtfertigender Wahrscheinlichkeit auf diese „Schnecken Spurenbildung“ zurückzuführen ist. 108

Denn hier war zu berücksichtigen, dass aufgrund „Schnecken Spurenbildung“ geschädigte Module mit einer Anzahl von 330 zu den insgesamt vorhandenen 4.500 Modulen in einem geringen Verhältnis stehen. 109

110

IV. 111  
Einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen der Kosten der Ausfallversicherung in Höhe von 5.087,20 Euro war demgegenüber gegeben. Unstreitig war die Klägerin aus dem Vertragsverhältnis mit dem Beklagten verpflichtet, eine solche Versicherung abzuschließen. Ebenfalls unstreitig hat der frühere Rechtsvertreter der Beklagten die Klägerin mit Schreiben vom 30.08.2010 unter Fristsetzung aufgefordert, eine solche Versicherung nachzuweisen und die entsprechende Police zu übersenden. Es lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin Innerhalb der gesetzten Frist – oder einer verlängerten angemessenen Frist – die Police dem Beklagten übersendet hat. Feststellen lässt sich aufgrund des als Anlage K15-K20 vorgelegten Schriftverkehrs lediglich, welche Bemühungen die Klägerin in diesem Zusammenhang unternommen hat. Soweit die Klägerin als Anlage K20 eine Zweitschrift der Versicherung an den Beklagten vom 31.08.2010 vorlegt, lässt sich nicht feststellen, ob diese den Beklagten direkt oder über die Klägerin erreicht hat. Im Ergebnis ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Beklagte am 05.11.2010 selbst eine Versicherung abschließt, wenn er eine Versicherungspolice betreffend dasselbe Risiko bereits in den Händen hielt.

V. 112  
Der Zinsanspruch des Beklagten folgt aus Verzug, jedoch nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz. Soweit der Beklagte Zinsen gem. § 288 Abs. 2 BGB verlangt, war dem entgegen zu halten, dass er Schadensersatzansprüche und keine Entgeltforderungen im Sinne dieser Norm geltend macht. 113

VI. 114  
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92, 709 ZPO. 115

...			116
-----	--	--	-----