
Datum: 16.06.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 103/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0616.21U103.10.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 152/09

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 27.05.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Essen (9 O 152/09) abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

(abgekürzt gemäß §§ 540 II, 313a I S.1 ZPO)

I.

Die Klägerin macht gegen den Beklagten Ansprüche aus abgetretenem Recht ihres jetzigen Geschäftsführers, C, auf Zahlung eines restlichen Betrages betreffend die Lieferung und Montage zweier Photovoltaikanlagen geltend. Die Parteien streiten u.a. über die Frage, ob die installierte Anlage der vertraglichen Vereinbarung entspricht und ob sie Mängel aufweist. Im Einzelnen

Der Beklagte beauftragte den unter der Einzelfirma M handelnden Herrn C (nachfolgend Zedent genannt) im Jahr 2008 mit der Lieferung und Montage zweier Photovoltaikanlagen für

1

2

3

4

5

zwei Hallen auf dem Betriebsgelände seiner Firma. Gegenstand des Auftrags war die Lieferung und Montage einer Photovoltaik-Anlage zu 11,22 kWp und einer Anlage zu 8,1 kWp. Grundlage dieses Auftrags waren die von dem Beklagten und dem Zedenten unterzeichneten Angebote des Zedenten vom 08.07.2008 und 20.08.2008 (Anlagen K 1 und K 2 zur Klageerwidlungsschrift). Danach sollten für die erstgenannte, größere Anlage Platten der Marke E und für die zweitgenannte, kleinerer Anlage Platten der Marke X verwendet werden.

Es existieren, jeweils vom 03.11.2008 datierende und von dem Zedenten erstellte Auftragsbestätigungen, in denen – abweichend von den vorgenannten Angeboten - für die 11,22 kWp-Anlage Module der Marke X2 und für die 8,1 kWp-Anlage Module der Marke F ausgewiesen sind (Anlage K 3 zur Klageschrift). 6

Die dem Beklagten von dem Zedenten gestellte Rechnung vom 08.12.2008 bzw. die Abschlagsrechnung vom 13.11.2008 weist schließlich für die 11,22 kWp-Anlage Module der Marke E2 und im Übrigen Module der Marke X2 aus (Anlagen K 2 und K 4 zur Klageschrift). 7

Ferner sollte die gesamte Photovoltaikanlage - jedenfalls ursprünglich - mit einem Schienensystem fest auf dem Dach des Gebäudes des Betriebs des Beklagten verankert werden. Tatsächlich wurden aber Kunststoffwannen geliefert, auf denen die Anlage befestigt wurde. 8

Von dem gesamten, in Höhe von 108.441,13 Euro in Rechnung gestellten Gesamtvolumen ist noch ein Teilbetrag aus der letzten Rechnung vom 08.12.2009, die sich über 40.431,13 Euro verhält, in Höhe von noch 11.456,13 Euro offen. Diesen Betrag macht die Klägerin mit der Klage geltend. 9

Mit Schreiben vom 23.12.2008 beanstandete der Beklagte gegenüber dem Zedenten, dass ihm nicht diejenigen Anlagen geliefert und montiert worden seien, die Gegenstand des Auftrags gewesen seien. Das sei nicht vertragsgemäß. Zwischen den Platten bestünden qualitative Unterschiede. Darüber hinaus erhob er weitere Beanstandungen. So wies er darauf hin, dass die Anlagen mit einem Schienensystem fest auf dem Flachdach des Gebäudes hätten verankert werden sollen. Tatsächlich seien aber Kunststoffwannen geliefert worden, auf denen die Voltaikplatten befestigt worden seien. Ferner sei die Verkabelung nicht fachgerecht. Wegen der Einzelheiten wird auf das der Klageschrift als Anlage K 6 beigefügte Schreiben des Beklagten vom 23.12.2008 Bezug genommen. Der Beklagte hat wegen der von ihm gerügten Qualität der seit Dezember 2008 laufenden Anlage erklärt, er mache Minderung geltend. 10

Auf das Schreiben vom 23.12.2008 erwiderte der Zedent mit Schreiben seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 21.01.2009 (Anlage K 7 zur Klageschrift), dass sämtliche Leistungen vertragsgemäß erbracht worden seien. Minderungs- oder Zurückbehaltungsrechte des Beklagten bestünden deshalb nicht. Die Klägerin erwarte die Zahlung der ausstehenden 11.456,13 Euro bis zum 29.01.2009. Nach fruchtlosem Ablauf werde der Mandantin empfohlen, die Angelegenheit gerichtlich klären zu lassen. 11

Die Einzelfirma M hat die streitgegenständlichen Ansprüche unter dem 08.05.2009 an die Klägerin abgetreten. 12

Die Klägerin hat behauptet, für die Anlage mit 11,22 kWp seien Module der Firma X2 und für die Anlage mit 8,1 kWp Module der Firma E2 verbaut worden. Zwischen den angebotenen und angelieferten Solarmodulen bestehe kein qualitativer Unterschied. Allenfalls handele es 13

sich bei den nunmehr eingebauten Modulen um solche, die gegenüber den ursprünglich angebotenen Modulen höherwertig seien. Die Verwendung von Kunststoffwannen stelle zudem eine deutlich teurere und höherwertige Montage als ein Schienensystem dar.

Im Übrigen sei der Beklagte noch vor Ort von der Lieferung der einzelnen Module unterrichtet worden, wobei er mit dem jeweiligen Aufbau wertgleicher Module einverstanden gewesen sei. Der Beklagte habe sich sowohl mit dem Einbau der Elemente der Marken E als auch der Marke X einverstanden erklärt, weil diese Elemente damals lieferbar gewesen und zudem baugleich seien. 14

Ferner habe der Beklagte die Montage der Kunststoffwannen gewünscht, um eine Beschädigung der Dachkonstruktion – einem mit Bitumenbahnen verschweißten Flachdach - zu vermeiden. Das sei vor Ort mit den Dachdeckern abgestimmt und von dem Beklagten so gewünscht und akzeptiert worden. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

den Beklagten zu verurteilen, an sie 11.456,13 Euro nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB ab dem 09.01.2009 zu zahlen. 17

Der Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Der Beklagte hat behauptet, dass für die Photovoltaik-Anlage zu 11,22 kWp nicht die sich aus dem Angebot vom 08.07.2008 ergebenden Platten der Marke E, sondern Platten der Marke X geliefert worden seien. Für die Anlage zu 8,1 kWp seien nicht die sich aus dem Angebot vom 20.08.2008 ergebenden Platten der Marke X, sondern Platten der Marke E geliefert worden. 20

Der Beklagte hat – jedenfalls zunächst - ausdrücklich bestritten, dass er mit Abweichungen von dem ursprünglich Vereinbarten einverstanden gewesen sei. Er hat die Ansicht vertreten, dass die Photovoltaik-Anlage schon deshalb nicht die vereinbarte Beschaffenheit habe. 21

Der Beklagte hat behauptet, dass zudem zwischen den angebotenen und gelieferten Modulen ein qualitativer Unterschied bestehe. Die Platten der Marke E hätten eine höhere Ausbeute an Stromerzeugung. Die eingebauten Platten seien gegenüber den angebotenen Platten minderwertig. 22

Er hat ferner behauptet, dass auch die gelieferten und montierten Kunststoffwannen mangelhaft montiert seien, da diese nur mit Gehwegplatten beschwert worden seien. Da sei nicht ordnungsgemäß, da das Dach abfalle und es nicht möglich sei, die Kunststoffwannen auszurichten, so dass die Anlagen schief stünden. 23

Das Landgericht hat den Beklagten durch das am 27.05.2010 verkündete Urteil verurteilt, an die Klägerin 11.456,13 Euro zuzüglich 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB ab dem 09.01.2009 sowie weitere 440,80 Euro Kosten außergerichtlicher Rechtsverfolgung zu zahlen. 24

Das Landgericht hat die Ansicht vertreten, dass zwischen dem Zedenten und dem Beklagten ein Werkvertrag zustande gekommen sei. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Restwerkloanspruch zu. Die Photovoltaikanlage sei unstreitig montiert und in Betrieb, so dass auch ohne eine förmliche Abnahme zumindest von einer konkludenten Abnahme eines abnahmefähigen Werkes auszugehen sei. Soweit der Beklagte rüge, dass die angebotenen 25

Platten im Gegensatz zu den eingebauten Platten minderwertig seien und die Befestigung mit Kunststoffwannen einen Mangel darstelle, sei der Beklagte beweisbelastet. Der von dem Landgericht gefasste Beweisbeschluss sei nur deshalb nicht zur Ausführung gekommen, weil der Beklagte trotz Frist- und Nachfristsetzung den von ihm zu erbringenden Auslagenvorschuss nicht eingezahlt habe. Er sei damit beweisfällig geblieben. Dem Beklagten sei es nicht um den Markennamen, sondern um die Qualität der dahinterstehenden Geräte gegangen. Das ergebe sich aus seinem Vortrag und dem Umstand, dass er sich insoweit auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen habe.

Gegen das so begründete und ihm am 11.06.2010 zugestellte Urteil richtet sich die am 28.06.2010 bei dem Oberlandesgericht Hamm eingegangene Berufung des Beklagten, die er mit am 11.08.2010 bei dem Oberlandgericht Hamm eingegangenen Schriftsatz begründet hat. 26

Der Beklagte beanstandet mit der Berufungsbegründungsschrift vor allem, dass das Landgericht die Beweislast verkannt habe. Es sei zu Unrecht von einer konkludenten Abnahme ausgegangen. Allein aufgrund der Montage der Anlage auf dem Dach seines Betriebs könne nicht von einem Abnahmewillen ausgegangen werden. Er habe zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht, dass er bereit sei, das Werk als vertragsgerecht abzunehmen, im Gegenteil. Vor allem sei ihm auch nach der Installation der Anlage eine gewisse Prüfzeit einzuräumen. In diesem Prüfzeitraum habe er die Mängel der Anlage erkannt und den nunmehr eingeklagten Teil der Vergütung einbehalten. 27

Danach müsse die Klägerin beweisen, dass die gelieferten Platten die vertragsmäßige Qualität besäßen. Ferner sei die Klägerin darlegungs- und beweisbelastet für ihre Behauptung, dass der Vertrag während der Bauphase geändert worden sei. 28

Der Beklagte beantragt, 29

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 30

Die Klägerin beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Die Klägerin wiederholt und vertieft zunächst ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie beruft sich darauf, dass die angelieferten Module in den Garagen des Beklagten zusammen mit N und dem Beklagten persönlich ausgepackt worden seien. Dabei habe der Beklagte die Markennamen der Module direkt in Augenschein habe nehmen und erkennen können, dass teilweise andere Markennamen als ursprünglich angeboten angeliefert worden seien. Schließlich habe der Beklagte dem Zedenten ein etwaiges Nachbesserungsrecht nicht eingeräumt. Der Schriftsatz des Beklagten vom 23.12.2010 gebe dafür nichts her. Deshalb lägen die Voraussetzungen einer Minderung, auf die sich der Beklagte allein berufe, ohnehin nicht vor. 33

Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass sich der Beklagte jedenfalls in Bezug auf die größere Anlage nicht auf eine Abweichung des angebotenen von dem gelieferten Modul berufen könne, da sich jedenfalls die Auftragsbestätigung vom 03.11.2008 gerade über die Module der Marke X2 verhalte, welche nach ihrer Behauptung für die größere Anlage auch tatsächlich verbaut worden seien. Der Beklagte habe – insoweit unstreitig – auf die vorgenannte Auftragsbestätigung geschwiegen. Der Beklagte hätte aber als Kaufmann, nämlich Inhaber der Firma T, Reifen-Felgen-Kfz-Service, eine Rüge erheben müssen, wenn 34

er mit dem Inhalt der Auftragsbestätigung nicht einverstanden gewesen sei. Über die – als solche unstrittige - Kaufmannseigenschaft des Beklagten hinaus, sei die Photovoltaikanlage dem Gewerbebetrieb zugeordnet und auf den zum Betrieb gehörenden Hallen installiert worden. Zudem habe der Beklagte „bei der Größe und dem Umfang der Anlage“ als Kaufmann und Unternehmer gehandelt, der Leistungen am Markt, nämlich Einspeisung von Solarstrom, anbiete, die über die private Nutzung von Solarstrom hinausgehe.

Ferner könne sich der Beklagte auch zumindest für die große Anlage nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dafür eine Wannenkonstruktion und keine Schienenkonstruktion verwandt worden sei. Denn die Wannenkonstruktion sei – insoweit unstrittig – sowohl in Position 3 des Angebots vom 08.07.2008 als auch unter Position 4 der Auftragsbestätigung vom 03.11.2008 ausgewiesen. 35

Der Beklagte repliziert in der Berufungsinstanz wie folgt: 36

Der Beklagte bestreitet nun erstmals die Aktivlegitimation der Klägerin. Ferner bestreitet der Beklagte erstmals, die Auftragsbestätigungen vom 03.11.2008 erhalten zu haben. Zudem sei § 377 HGB vorliegend nicht anwendbar, da es am Merkmal der Betriebszugehörigkeit fehle. Der Einbau der Solaranlage habe mit seinem eigentlichen Geschäftsbetrieb nichts zu tun. Insbesondere habe er nicht beabsichtigt mit der Anlage Gewinne zu erzielen, sondern umweltfreundliche Energie zu gewinnen. 37

Der Beklagte räumt aber ein, dass die Klägerin jedenfalls „angedeutet“ habe, dass man wohl andere Module einbauen müsse. Er habe jedoch von Beginn an deutlich gemacht, dass er mit der Lieferung abweichender Module nur unter Vorbehalt einverstanden gewesen sei. Der Vorbehalt habe darin bestanden, dass die Lieferung abweichender Module keinen Qualitätsverlust beinhalten würde, was der Zedent ihm auch zugesichert habe. 38

Da es ihm um die Qualität der Module, mithin der gesamten Anlage, gegangen sei, hätte die Marke der gelieferten Module eine erhebliche Rolle gespielt. 39

Der Beklagte vertritt schließlich die Ansicht, dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bzw. Nachbesserung gegenüber dem Zedenten bzw. der Klägerin nicht bedurft habe, da die Klägerin durch ihr Verhalten deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass sie zur Nachbesserung ohnehin nicht gewillt sei. 40

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen N2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk vom 16.06.2011 Bezug genommen. 41

II. 42

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg. 43

Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Zahlungsanspruch zu. 44

Die Parteien haben vorliegend unstrittig einen Vertrag über die Lieferung und Montage zweier Photovoltaikanlagen geschlossen. Dabei handelt es sich um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 03.03.2004, Az.: VIII ZR 76/03, BauR 2004, 995-997). Der Bundesgerichtshof hat sich in der letztgenannten Entscheidung mit der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht für den Fall der Lieferung und Montage einer Solaranlage auseinandergesetzt und damit seine Rechtsprechung im Urteil vom 22.07.1998 (VIII ZR 220/97 = NJW 1998, 3197-3199) sowie im 45

Urteil vom 24.11.1976 (VIII ZR 137/75 = BGHZ 67, 359-367) fortgeführt (vgl. Leidig in IBR 2008, 1201 (nur online), Sprau in Palandt, 70. Aufl., § 651 BGB, Rn. 3).

Der Bundesgerichtshof hat in seiner vorgenannten Entscheidung aus dem Jahr 2004 ausgeführt: „Verpflichtet sich ein Unternehmer, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren, so kommt es für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag (mit Montageverpflichtung) oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Dabei ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf den "Besteller" im Vordergrund steht und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrages (mit Montageverpflichtung) geboten.“ 46

Nach diesen Maßstäben ist die Vertragsbeziehung zwischen dem Zedenten und dem Beklagten als Kaufvertrag zu werten. 47

Die Lieferverpflichtung des Zedenten beschränkte sich auf Photovoltaikanlagen aus serienmäßig hergestellten und typmäßig bezeichneten Teilen nebst Zubehör, welche der Zedent seinerseits von einer Drittfirma bezogen hatte. Der Gesamtpreis belief sich ausweislich der Angebote vom 08.07. und 20.08.2008 auf 50.000,00 Euro netto bzw. 41.127,00 Euro netto. Darauf entfielen für die Montage 2.616,50 Euro netto bzw. 3.888,00 Euro netto, mithin ca. 5 % bzw. ca. 9,5 % der Gesamtleistung. Bereits diese Gesichtspunkte – die Art der zu liefernden Gegenstände sowie das Verhältnis des wirtschaftlichen Wertes der verschiedenen Leistungen – sprechen für die Annahme eines Kaufvertrages (so: BGH, BauR 2004, 995-997, über juris, Rn. 11; BGH, NJW 1998, 3197-3199, über juris, Rn. 16; Leibig in IBR 2008, 1201). 48

An diesem Verhältnis ändert sich grundlegend auch dann nichts, wenn man nicht auf die ursprünglichen Angebote, sondern auf den Inhalt der Auftragsbestätigungen oder die letztlich gestellten Rechnungen abstellen wollte. 49

Schließlich ergibt sich auch nichts anderes aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach zwar auch bei einem verhältnismäßig geringen wirtschaftlichen Wert der reinen Montageleistung die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 S.3 BGB n.F. (vgl. § 651 I S.2 Halbs. 2 BGB a.F.), auf den wesentliche Vorschriften des Werkvertragsrechts Anwendung finden, dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Vertragsgegenstand eine Anpassung typisierter Einzelteile an die individuellen Wünsche des Bestellers erfordert hätte und deshalb nach der Montage nur noch schwer anderweitig absetzbar gewesen wäre (BGH, BauR 2004, 995-997, über juris, Rn.12; BGH, BGHZ 67, 359-367, über juris, Rn.16) Eine derartige Fallgestaltung liegt hier jedoch nicht vor. Die Hauptbestandteile der Photovoltaikanlage - die Module und die Tragevorrichtung - waren ohne größeren Aufwand wieder zu demontieren und gegebenenfalls anderweitig zu verwenden. Das zeigt schon der Umstand, dass der Beklagte die Anlage zwischenzeitlich wieder von dem Dach seines Betriebs entfernt hat. 50

Der Klägerin steht aber gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises gemäß § 433 II BGB i.Vm § 398 BGB zu. 51

Zwar ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Forderung durch Herrn C2 als Inhaber der Einzelfirma M wirksam an die Klägerin abgetreten wurde, auch wenn die 52

vorgenannte Person zugleich Geschäftsführer der Klägerin ist und nach § 181 BGB ein solches Insichgeschäft nur dann wirksam vornehmen kann, wenn er als Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Die Klägerin hat die Abtretung nämlich bereits mit der Klageschrift vorgetragen. Das hat der Beklagte erstinstanzlich zu keinem Zeitpunkt bestritten. Der Beklagte hat sich gegen eine wirksame Abtretung selbst zweitinstanzlich mit der Beufungsbegründungsschrift nicht gewandt. Die Aktivlegitimation hat er vielmehr erstmals mit nachfolgendem Schriftsatz vom 21.03.2011 bestritten. Bei diesem erstmals in der Berufungsinstanz erfolgten Bestreiten handelt es sich um ein neues Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel i.S.d. § 531 II S.1 ZPO (Zöller, 28. Aufl., § 531 ZPO, Rn. 21). Die Voraussetzungen für dessen Zulassung liegen indes nicht vor. Gemäß § 531 II S.1 Nr. 3 ZPO, der hier allein in Betracht kommt, ist ein solches Vorbringen nur dann zuzulassen, wenn es im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurde, ohne dass dies auf der Nachlässigkeit der Partei beruht. Die Partei, die neues Vorbringen einführen will, muss sich entlasten (Zöller, a.a.O., Rn. 29). Das kann der Beklagte aber nicht. Vielmehr wäre es dem Beklagten ohne weiteres bereits in erster Instanz möglich gewesen, die Aktivlegitimation der Klägerin zu bestreiten. Schon der Klageschrift war nämlich die schriftliche Abtretungserklärung beigelegt.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch aber unabhängig u.a. von der Frage, ob die eingebauten Module den angebotenen Modulen qualitativ gleichwertig sind und unabhängig von der Frage des „richtigen“ Befestigungssystems und auch unabhängig von der Frage, ob dasjenige geliefert und verbaut wurde, was sich aus dem Angebot, der Auftragsbestätigung oder der Rechnung ergibt, nicht zu. Denn zum einen ist die gesamte Photovoltaikanlage gar nicht für die geschuldete Plattenleistung von 11,22 kWp für die größere und 8,1 kWp für die kleinere Anlage ausgelegt. Zum anderen weist die Anlage erhebliche Sicherheitsrisiken, vor allem eine Brandgefahr, auf und ist damit unbrauchbar, also mangelhaft i.S.d. § 434 I S.2 Nr. 1 BGB ist. Sie eignet sich nämlich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, d.h. einen effektiven und zudem gefahrlosen Betrieb zur Stromproduktion. Aufgrund dieses Umstands, führt das von dem Beklagten zu Recht geltend gemachte Minderungsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu einer Minderung des Kaufpreisanspruchs auf Null. 53

Die vorstehend näher beschriebene Mangelhaftigkeit der Anlage steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats, insbesondere nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen N2, fest. 54

Dieser hat zunächst in Bezug auf das Angebot für die größere Anlage ausgeführt, dass die im Angebot ausgewiesene Schalteinrichtung mit 9,9 kWp zu gering für die Leistung der Platte mit 11,22 kWp sei. Das sei in etwa so, wenn man einen VW-Käfer mit einem 500 PS-Motor hätte, der VW aber nicht fahren könne, weil der Antrieb es nicht schaffe. Die Technik von 9,9 kWp sei nicht ausreichend. Das Angebot sei also in sich nicht schlüssig. Der Sachverständige hat sodann darauf hingewiesen, dass sich zwar aus der Auftragsbestätigung als Schalteinrichtung 10,6 kWp und aus der Rechnung schließlich 11,3 kWp ergebe. Beides sei aber für den Betrieb der großen Anlage mit einer Plattenleistung von 11,22 kWp nicht ausreichend. Vielmehr müsse die Umsatzleistung mindestens 10 % größer sein als die Plattenleistung. Das sei sie aber weder nach dem Angebot noch nach der Auftragsbestätigung noch nach der Rechnung. 55

Darüber hinaus hat der Sachverständige die Gefahr, dass die Photovoltaikanlage grundsätzlich hätte in Brand gehen können, damit begründet, dass die Leistung, die in die Platte gehe, größer sei als das, was am Wechselrichter ankomme. Der Senat hat keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Ausführungen. Der Sachverständige hat die Brandgefahr mit 56

den vorstehenden Ausführungen nämlich nachvollziehbar und für Laien verständlich erklärt. Darüber hinaus hat er sich mit den von dem Geschäftsführer der Klägerin im Senatstermin erhobenen Beanstandungen auseinandergesetzt.

Soweit der Geschäftsführer der Klägerin im Senatstermin u.a. darauf hingewiesen hat, dass die Klägerin nur Wechselrichter bestimmter Firmen verwende, so hat der Sachverständige dazu gut nachvollziehbar und überzeugend darauf hingewiesen, dass es für die vorstehend geschilderte Brandgefahr nicht auf die Firma ankomme, die die Wechselrichter produziere. Maßgeblich sei, dass das, was an Leistung auf den Wechselrichter von der Platte, auf der die Sonnenenergie ankomme, zugeführt werde, von dem zu gering ausgelegten Wechselrichter nicht verarbeitet werden könne. Das bedeute konkret für die große Anlage, dass man - beispielsweise bezogen auf das Angebot – eine auf der Platte ankommende Leistung von 11,22 kWp nur mit 9,9 kWp verarbeiten könne. 57

Der Senat hat dabei nicht übersehen, dass der Geschäftsführer der Klägerin im Senatstermin noch erklärt hat, dass er vielleicht in den Rechnungen etwas falsch abgerechnet bzw. ausgewiesen habe. Dem schenkt der Senat aber keinen Glauben. Denn der Sachverständige hat in seiner spontanen Reaktion dazu darauf hingewiesen, dass der Geschäftsführer der Beklagten ihm anlässlich des Ortstermins selbst erklärt habe, dass das, was abgerechnet worden sei, auch verbaut worden sei. Deshalb ist der von der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 10.06.2011 erhobene Einwand, dass eine Verwertung des Gutachtens nicht mehr in Betracht komme, weil die Anlage zum Zeitpunkt der Begutachtung bereits abgebaut und deshalb eine Begutachtung nicht mehr möglich gewesen sei, unzutreffend. 58

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich auch nach dem Inhalt der von dem Sachverständigen im Senatstermin übergebenen Übersicht sinngemäß unmittelbar auf die kleinere Anlage übertragen. 59

Grundsätzlich kann die Minderung zwar nur nach einer vorherigen, erfolglosen Fristsetzung zur Nacherfüllung geltend gemacht werden. Daran fehlt es vorliegend. Die Fristsetzung ist aber ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 323 II Nr. 1-3, der §§ 275, 326 V oder des § 440 S.2 BGB vorliegen (Weidenkaff in Palandt, a.a.O., § 437 BGB, Rn. 24). Vorliegend ist eine solche Fristsetzung gemäß § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nämlich dann entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das gilt vor allem dann, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Das gesamte Verhalten des Unternehmers ist zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH, BauR 2002, 1399-1401, über juris, Rn. 17 m.w.N.). 60

Vorliegend hat die Klägerin durchweg eine nicht vertragsgerechte Leistung bestritten. Es ist nicht erkennbar, dass eine fristgebundene Aufforderung zur Beseitigung der zuletzt von dem Beklagten unter Hinweis auf das Sachverständigengutachten behaupteten Mängel den Zedenten bzw. die Klägerin zu einem anderen Verhalten veranlasst hätte. So hat die Klägerin nicht nur in der Klageschrift vorgetragen, dass sie ihre Leistungen ordnungsgemäß erbracht habe. Sie hat vielmehr bereits in der Klageschrift die vorgerichtlich von dem Beklagten erhobenen Beanstandungen aufgegriffen und deren Richtigkeit insgesamt in Abrede gestellt. Dazu passt, dass die Klägerin auf die von dem Beklagten erhobenen Beanstandungen auch schon vorprozessual nicht mit ihrer Bereitschaft zur Beseitigung etwaiger Mängel reagiert, sondern diese ebenfalls insgesamt – mit anwaltlichem Schreiben vom 21.01.2009 - negiert und für den Fall nicht fristgerechter Zahlung schon mit der Erhebung einer Klage gedroht hat. 61

Vor diesem, letztlich entscheidenden Hintergrund kommt es nicht auf die ohnehin erstmals in der Berufungsinstanz erhobene und damit gemäß § 531 II Nr. 3 ZPO als neues Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel nicht mehr zuzulassende Behauptung an, der Zedent habe mehrfach versucht, mit dem Beklagten Kontakt aufzunehmen, um eine einvernehmliche Lösung mit ihm zu treffen. Zudem kann der gewählten Formulierung auch nicht die Bereitschaft entnommen werden, den von dem Beklagten behaupteten Mängeln nachzugehen, diese jedenfalls zu überprüfen und ggfs. nachzubessern. 62

Der Beklagte hat seine Mängelrechte auch nicht gemäß § 377 II HGB verloren. 63

Gemäß § 377 II HGB gilt die Ware nur dann als genehmigt, wenn der Käufer die unverzügliche Anzeige eines Mangels, der im Rahmen einer im ordnungsmäßigen Geschäftsgang tunlichen Untersuchung feststellbar ist, unterlässt. Das gilt auch für den Fall der Falschlieferung (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 34. Aufl., 2010, § 377 HGB, Rn. 16). Die Beweislast für die Ablieferung trägt der Verkäufer. Die Beweislast für eine unverzügliche Untersuchung (durch den Abnehmer) trägt der Käufer. Im Hinblick auf verdeckte Mängel i.S.d. § 377 III HGB trägt der Käufer die Beweislast dafür, dass der Mangel bei der Untersuchung nicht erkennbar war (Hopt, a.a.O., § 377 HGB; Rn. 55). 64

Die Ablieferung selbst ist unstreitig, ohne dass es insoweit darauf ankommt, ob der Beklagte auch beim Auspacken der Module zugegen war. Der Beklagte hat jedenfalls selbst vorgetragen, dass er Kenntnis von der Ablieferung hatte, da er selbst unterzeichnet hat, dass die Ware angeliefert wurde. 65

Eine Untersuchung hat zu erfolgen, soweit sie „nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich“ ist, d.h. sie muss aufgrund der Umstände des konkreten Falls dem Käufer zumutbar sein. Was tunlich ist, bestimmt sich objektiv unter Berücksichtigung von Branche, Groß- und Kleinbetrieb, Fachhandel oder nicht, nicht nach den subjektiven Fähigkeiten des Käufers. Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Untersuchung dürfen im Rahmen der Interessenabwägung zwischen Verkäufer und Käufer zwar nicht überspannt werden, doch entbinden Schwierigkeiten der Entdeckung eines Mangels nicht von der Untersuchungspflicht. Zu beachtende Umstände des Einzelfalls sind insbesondere Kosten, technischer, organisatorischer Aufwand und Zeitaufwand, etwa drohende Beschädigung der Sache, Erfordernis technischer Kenntnisse, die Erforderlichkeit besonderer Vorkehrungen oder die erforderliche Zuziehung von Sachverständigen (Hopt, a.a.O., Rn. 25 m.w.N.). Die Untersuchungsobliegenheit erstreckt sich dementsprechend auch auf seltene oder schwierig feststellbare Mängel. Soweit dem Käufer hierzu die erforderliche Sachkunde fehlt, muss er nötigenfalls einen Sachkundigen heranziehen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Natur der Ware und die Branchenüblichkeit. Maßstab ist auch hier die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Hopt, a.a.O., Rn. 28 m.w.N.). 66

Gemessen an diesen Maßstäben ist der Senat der Auffassung, dass der Beklagte mit der im Senatstermin erhobenen, weiteren Beanstandung in Bezug auf die falsche Auslegung der Anlage und die ihr dadurch innewohnende Brandgefahr, die ihm erstmals aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen bekannt geworden sind, noch unverzüglich gehandelt hat. 67

Denn „Unverzüglichkeit“ i.S.d. § 377 I, III HGB bedeutet nichts anderes als ein Tätigwerden ohne schuldhaftes Zögern. Dieser Begriff ist angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles weiter zu verstehen als in „klassischen“ Kaufrechtsfällen. Die Rügeobliegenheit ist nämlich kein Selbstzweck, sondern die Mängelrüge soll den Verkäufer in die Lage versetzen, sich ein schnelles und zuverlässiges Bild über die als vertragswidrig gerügte sachliche 68

Beschaffenheit der Sache zu machen, um die zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlichen Schritte zu ergreifen, wie beispielsweise die Sache untersuchen und gegebenenfalls Beweismaterial für eine drohende Auseinandersetzung über die Vertragsmäßigkeit der Lieferung sichern oder eine einwandfreie Ersatzlieferung vornehmen zu können (Müller in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2009, § 377 HGB, Rn. 140).

Dieses Ziel ist mit den in Bezug auf den erstmals im Senatstermin durch den Sachverständigen bekannt gewordenen Mangel in ausreichendem Maße gewahrt, zumal sich die Anlage auch noch bei dem Beklagten befindet, wenn auch nicht mehr vollständig auf dem Dach, sondern teilweise eingelagert. Der Senat erachtet bei dieser Bewertung die vorliegende Besonderheit, dass beide Parteien bis dato offensichtlich übereinstimmend von einem Werkvertrag ausgegangen sind und deshalb beide nicht an eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gedacht haben, für beachtlich. Dazu passt, dass die Klägerin überhaupt erstmals im Schriftsatz vom 25.02.2011 und überdies nur ganz allgemein die Ansicht vertreten hat, dass der Beklagte etwaige Mängel vor Ort hätte rügen müssen. Schließlich kann im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Anlage erst seit Dezember 2008 betrieben wird und der Beklagte die grundlegende Mangelhaftigkeit der Anlage bereits mit Schreiben vom 23.12.2008 beanstandet hat. 69

Vor diesem Hintergrund gibt der Inhalt des nachgelassenen Schriftsatzes der Klägerin vom 10.06.2011 keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. 70

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 I ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 71

Die Voraussetzungen, unter denen die Revision zuzulassen wäre (§ 543 II S.1 ZPO), liegen nicht vor. 72