

## **Urteil des OLG Düsseldorf vom 06.11.2012 - 21 U 75/11**

*vorhergehend: LG Wuppertal, 30.12.2010 - 3 O 516/07*

Leitsatz:

1. Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, qualifizieren die Leistung nicht als Werkvertrag. Vielmehr liegt der Schwerpunkt des Vertrages in der Lieferung beweglicher Sachen und qualifiziert den Vertrag als Werklieferungsvertrag.

2. Bei Anlagenteilen, die noch zu montieren sind, ist hinsichtlich der Überprüfungspflicht des § 377 HGB nicht auf die Anlieferung jedes einzelnen Teils abzustellen. Vielmehr ist die erste Inbetriebnahme maßgeblich. Erst zu diesem Zeitpunkt kann die Anlage geprüft und festgestellt werden, ob sie den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht.

3. Erfolgt die Inbetriebnahme am 13.04. eines Jahres ist eine Mangelrüge am 02.05. nicht unverzüglich iS. des § 377 HGB.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 30. Dezember 2010, Az.: 3 O 516/07, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.771,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.570 Euro seit dem 15.04.2007 und aus 2.201,50 Euro seit dem 15.06.2007 nebst 459,40 Euro an vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zu zahlen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Beklagte, die Anlagen zum Lackieren von metallischen Gegenständen betreibt, arbeitete schon längere Zeit mit dem Kläger zusammen, der ein Unternehmen auf dem Gebiet des Baues von Lackieranlagen führt. Nachdem der Kläger der Beklagten am 14.02.2007 ein Angebot für deren Werk 2 unterbreitet hatte, wurden mit Schreiben vom 19.02.2007 die Ergebnisse eines Telefongespräches zusammengefasst, in welchem die Bestellung einer Abkühlzone in abgewinkelter Form und einer Abdunstzone erfolgte. Sodann heißt es dort u.a.:

"Wir haben in dem Telefongespräch u.a. vereinbart, dass für den dreitägigen Montageverlauf die Fa. C..... vier Leute zur Verfügung stellt. Darunter muss mindestens einer der Blechverarbeitung und des Schweißens fähig sein. Das Schweißgerät dazu stellt die Fa. C....."

Zur Abkühlzone - der im vorliegenden Verfahren streitigen Konstruktion - im Werk 2 in der Produktionslinie BE 3 sieht die Funktionsbeschreibung der Auftragsbestätigung vor, dass Runddüsen vorhanden sind und die Zuluft zum Erreichen einer Abkühlung aus dem Freien über die Filtereinheit auf die Werkstücke geblasen werden soll.

Die Abkühlzone wurde der Beklagten geliefert und dort aufgebaut. Unstreitig hat diese Anlage keinen mit dem Dach verbundenen Zuluftkanal erhalten. Vielmehr lieferte der Kläger ein Kanalumluftsystem, das die Luft aus der Werkshalle selbst entnimmt und auch nach dort abgibt.

Mit Schreiben vom 02.05.2007 beanstandete die Beklagte dies und forderte den Kläger auf, den in der Auftragsbestätigung genannten Zustand herzustellen. Der Kläger lehnte entsprechende Arbeiten ab und berief sich darauf, dass der von ihm vorgesehene Zustand der Zu- und Abluftkanäle die einzig mögliche Variante wäre, weil die Beklagte keine thermische Nachverbrennungsanlage (TNV) errichtet habe.

Mit der Klage hat der Kläger Beraterhonorar in Höhe von 5.751,50 Euro geltend gemacht, das die Beklagte nicht zu zahlen bereit war. Die Beklagte reagierte mit einer Widerklage. Sie hat sich darauf berufen, dass das Werk des Klägers wegen der mangelhaften Kühlung mangelhaft sei. Dadurch würden ihr entsprechend einem Angebot der Fa. O..... voraussichtlich Kosten zur mangelfreien Herstellung i.H.v. netto 37.495 Euro entstehen. Damit erkläre sie gegenüber den geltend gemachten Honoraren des Klägers i.H. eines Teilbetrages von 2.201,50 Euro gemäß die Aufrechnung. Weitergehendes Beraterhonorar stehe dem Kläger nicht zu.

Mit Urteil vom 30.12.2010, auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 3.570 Euro nebst Zinsen zu zahlen und im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat sie den Kläger verurteilt, an die Beklagte 30.133,50 Euro zu zahlen und im Übrigen die Widerklage abgewiesen.

Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dem Kläger stünden die geltend gemachten Vergütungsansprüche für Beratungsleistungen zu, die jedoch teilweise wegen der erklärten Aufrechnung erloschen seien. Der Beklagten stehe ein Anspruch auf Kostenvorschuss zu. Aufgrund des Gutachtens T..... stehe fest, dass die Werkleistung des Klägers mangelhaft sei. Das Angebot der Fa. O..... sei eine ausreichende Schätzgrundlage. Davon sei lediglich der darin angebotene Schaltschrank in Abzug zu bringen, weil dieser im Lieferumfang des Klägers nicht enthalten gewesen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers.

Er trägt vor, das Landgericht habe den Vortrag der Beklagten unzutreffend

ausgelegt. Die Beklagte habe in erster Instanz Schadensersatz verlangt. Daraus könne kein Kostenvorschuss konstruiert werden. Sein Werk sei nicht mangelhaft. Die Anlage sei funktionstüchtig gewesen und mehrere Jahre betrieben worden. Das Landgericht setze sich nicht damit auseinander, warum der aktuelle Stand der Technik nicht eingehalten worden sei. Ihn treffe daran jedenfalls kein Verschulden. Die Beklagte hätte die thermische Nachverbrennungsanlage bauen und die Produktionslinie insgesamt einhausen lassen müssen. Dann hätte die Anlage ohne weiteres funktioniert. Das Gutachten treffe auch keine ausreichenden Aussagen zur Mangelhaftigkeit seiner Anlage. Die Anlage sei - unstrittig - abgeschaltet gewesen. Deshalb habe sie nicht überprüft werden können. Die in Ablichtung vorgelegte Ofenkurve ergebe aber eine ausreichende Abkühlung. Das Gutachten des Sachverständigen sei u.a. auch unzureichend, wenn es davon spreche, dass die üblichen Richtlinien - welche? - von Lackherstellern nicht eingehalten würden. Zudem habe das Gericht diese Äußerung missverständlich wiedergegeben. Schließlich sei die Mangelrüge erst erhoben worden, als er sein Beraterhonorar geltend gemacht habe.

Für die vom Gericht vorgenommene Schätzung gebe es keine ausreichende Tatsachengrundlage. Der Hinweis auf das Angebot O..... vom 20.09.2007 reiche nicht aus.

Nach dem Senatshinweis auf die Notwendigkeit, das Vertragsverhältnis i.S.d. Siloentscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08) abzugrenzen, trägt der Kläger ergänzend vor, er habe ausweislich seines Angebots vom 19.02.2007 nur Montagehilfe geschuldet. Hauptinhalt des Vertrages sei die Lieferung der Anlage mit den vereinbarten Spezifikationen. Die Installation sei durch die Beklagte und deren Mitarbeiter erfolgt. Er sei am 23.03.2007 zum ersten Mal zum Zwecke des Aufbaus auf der Baustelle erschienen. Er habe Vorbereitungsmaßnahmen getroffen, um für die Mitarbeiter kenntlich zu machen, in welcher Position sie welches Teil montieren müssten. Er sei dann am 25. und 26.03. bis 14.30 Uhr auf dem Werksgelände der Beklagten gewesen und nochmals am 28.03.2007 um 8.00 h erschienen. Da man seine Hilfestellung nicht mehr benötigt habe, sei er gegen 12.30 Uhr gefahren. Als er schließlich am 13.04.2007 bei der Beklagten erschienen sei, sei die Anlage bereits im vollen Betrieb gewesen. Die Beklagte habe die Lieferung auch nicht unverzüglich gerügt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 30.12.2010 zu Az.: 3 O 516/07 teilweise abzuändern, soweit der Klage in Höhe von 2.201,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 15.06.2007 abgewiesen und der Widerklage stattgegeben wurde und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.771,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.570 Euro seit dem 15.04.2007 und aus 2.201,50 Euro seit dem 15.06.2007 nebst 459,40 Euro an vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zu zahlen, die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger beanstandete zu Unrecht die Vorgehensweise des Landgerichts. Die Verwirrung des Landgerichts, ob Schadensersatz oder Kostenvorschuss verlangt würde, sei durch die Ausführung des Sachverständigen Dipl.-Ing. T..... und dessen Feststellung, dass die Anlage nicht mehr in Betrieb war, hervorgerufen. Es sei auch unrichtig, dass die streitgegenständliche Anlage mehrere Jahre unproblematisch und mit den gewünschten Ergebnissen betrieben worden sei. Tatsächlich habe die Kühlzone niemals richtig funktioniert. Entscheidend sei, dass die Abkühlzone gar nicht abkühlen könne. Auch seien die Schlitzdüsen ein Mangel. Die Anlage hätte so wie bestellt ausgeführt werden können. Bei dem Angebot O..... handele es sich um die Anlage, die der Kläger eigentlich hätte herstellen müssen.

Nach Senatshinweis trägt die Beklagte noch vor, der Hauptinhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages habe nicht in der reinen Lieferung der Anlage bestanden. Der Kläger hätte die gesamte Anlage zu konstruieren, herzustellen, zu liefern und aufzubauen gehabt. Lediglich die Vormontage der Anlage habe im Hause des Klägers stattfinden sollen. Sie habe ihm auch vier Mitarbeiter als Montagehilfe zur Verfügung gestellt, die nach Anweisung des Klägers die Montage ausgeführt hätten. Der Kläger habe die Leitung der gesamten Montage innegehabt und auch mitgearbeitet und somit die Verantwortung für den gesamten Aufbau seiner Anlage übernommen. Der Kläger habe nach Fertigstellung noch eine Anlagenübergabe machen wollen. Die Anlage habe aber nicht funktioniert.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß dem Beweisbeschluss vom 18.06.2012 (Bl. 511-512). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 18.09.2012 (Bl. 538-542) verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung des Klägers hat Erfolg.

Die ihm nach der landgerichtlichen Entscheidung zustehenden Vergütungsansprüche sind nicht teilweise durch eine Aufrechnung der Beklagten wegen eines ihr zustehenden Gewährleistungsanspruchs erloschen. Entgegen dem Landgericht kommt auf Seiten der Beklagten insoweit lediglich ein Anspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 281, 651 BGB in Betracht. Diesen Anspruch kann die Beklagte aber nicht mehr durchsetzen, weil sie den Mangel der Abkühlzone nicht unverzüglich gemäß den §§ 377, 381 HGB gerügt hat. Daher war auch die Widerklage abzuweisen.

1. Es handelt sich vorliegend um einen Werklieferungsvertrag. Dementsprechend ist auf das Vertragsverhältnis Kaufrecht anzuwenden, was zur Folge hat, dass, wenn, wie vorliegend ein Handelskauf gegeben ist, die sich aus den §§ 377, 381 HGB ergebenden Prüf- und Rügepflichten zu beachten sind.

Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf solche Verträge zwischen Unternehmern. Dem Gesetz kann keine Beschränkung entnommen werden, dass lediglich Verträge über die Lieferung von typischen Massengütern oder zum Verbrauch bestimmten Gütern erfasst werden sollten. Von dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts erfasst bleiben damit ausweislich der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im Wesentlichen die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht körperlicher Werke, wie z.B. die Planung von Architekten oder die Erstellung von Gutachten (vgl. BGH, Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08 (Tz. 19 ff.)).

Vorliegend schuldete der Kläger die Lieferung von beweglichen Sachen. Sie waren in seinem eigenen Werk teilweise vorzumontieren. Zwar haben den Kläger insoweit auch planerische Leistungen getroffen als dass in Vorgesprächen überlegt wurde, wie Erneuerungsarbeiten an den vorhandenen Anlagen stattfinden konnten. Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlageteile anzusehen sind, führen aber nicht dazu, das Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Wäre es anders - so der Bundesgerichtshof (Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08, Tz. 25) - würde die Vorschrift des § 651 BGB weitgehend leer laufen, denn jeder Herstellung geht eine gewisse Planungsleistung voraus. In der Kombination mit Planungsleistungen, die dem Herstellungsprozess vorgeschaltet sind, kann eine Ausnahme hinsichtlich des anzuwendenden Rechts nur dann gelten, wenn die Planungsleistung so dominierte, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. Vorliegend geht es aber nicht um die Kernplanung von allgemeiner Bedeutung, sondern sie erfüllt nur den Zweck, die entsprechende Anlage für die Bedürfnisse des Kunden herzustellen. Die Planung sollte es dem Kläger ermöglichen, ausreichend dimensionierte Bauteile zusammenzustellen, damit diese in die Beschichtungsanlage integriert werden konnten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den nachgeschalteten Montageleistungen des Klägers. Sie bildeten nicht den Schwerpunkt seiner Arbeit. Der Kläger schuldete nur die Bereitstellung eines Mitarbeiters - dies war er selber - für eine dreitägige Montagezeit. Die eigentlichen Montagearbeiten sollten durch Mitarbeiter der Beklagten (insgesamt vier Personen) durchgeführt werden. Dabei handelte es sich nicht nur um Handlanger, sondern um qualifiziertes Personal, von dem zumindest einer der Blechverarbeitung und des Schweißens fähig sein musste. Die dreitägige Montagezeit war auch nicht allein für die streitgegenständliche Abkühlzone im Werk 3 bestimmt. Vielmehr war auch noch die Abdunstzone in Werk 3 in dieser Zeit herzurichten. Selbst wenn man von der Behauptung des Klägers ausgeht, dass er für einen Arbeitstag bei der Beklagten üblicherweise 1.850,- Euro netto erhalten habe, zeigt sich, dass die Montageleistung von drei Tagen von untergeordneter Bedeutung ist angesichts des Gesamtvolumens von 50.000 Euro. Schließlich ergibt sich auch aus dem Angebot O....., das die Beklagte eingeholt hat, dass die einzelnen Teile einen überwiegenden Teil der Kosten verursacht haben. Hinzu kommt, dass der Kläger weder den Schaltschrank noch die elektrische Verkabelung der Anlage zu erbringen hatte. Dies oblag vielmehr der Beklagten. Gerade aber die ordnungsgemäße elektrische Schaltung macht die Anlage erst zu einer "Anlage".

Dies zeigt insgesamt, dass der Kläger hier kein Werk erstellen musste, sondern im Schwerpunkt tatsächlich Anlageteile zu liefern hatte, wobei das von ihm für die Montage bereitzustellende know-how den Vertrag noch nicht zum Werkvertrag machte.

2. Das Werk des Klägers ist auch im Sinne der kaufrechtlichen Vorschriften mangelhaft. Auch im Kaufrecht gilt gemäß § 434 BGB, dass die zu liefernde Sache die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen muss. Vorliegend sollte - unstreitig - die Zu- und Abluft anders eingebaut werden, als dies tatsächlich mit Hilfe der gelieferten Teile möglich war. Zur Kühlung sollte die Zuluft durch Frischluft erfolgen und die Abluft auch wieder nach draußen durch eine Öffnung im Dach abgeführt werden. Stattdessen lieferte der Kläger eine Umluftanlage. Soweit der Kläger mit der Berufung beanstandet, dass der Sachverständige die Anlage überhaupt nicht im Betrieb geprüft habe, vermag dies die Feststellung des Sachverständigen, dass der gewünschte Kühleffekt damit nicht erreicht werden konnte, nicht zu erschüttern. Insofern hat der Sachverständige auf allgemeine thermische Prinzipien Bezug genommen. Danach führt ein in sich geschlossenes System zwangsläufig dazu, dass sich die Temperatur der Luft allmählich erhöht je mehr heiße Werkstücke mit dieser "Abkühlluft" in Verbindung treten. Der Kläger konnte sich auch nicht einfach darüber hinweg setzen, dass vertraglich etwas Anderes vereinbart war, weil er kurzfristig erfahren haben will, dass die Umweltbehörden keine Öffnung mehr im Dach gestatten würden. Andererseits - und dies ergibt sich aus dem Gutachten T..... und der beigezogenen Akte des Umweltamtes des Kreises M..... - war eine Genehmigung der Anlage unter anderen Voraussetzungen beantragt worden, als sie mit dem Kläger besprochen waren. Der Sachverständige hat - in Verkleinerung - einen entsprechenden Plan in sein Gutachten eingefügt. Dieser Plan entspricht der Zeichnung im Stehordner des Kreises M..... unter Ordnungsziffer 5. Daraus ergibt sich eindeutig, dass hier der gesamte Komplex BE 3 durch eine Einhausung eine einheitliche Anlage werden sollte und dass der gesamte Bereich an eine Anlage TNV angeschlossen werden sollte. Mithin hätte die Anlage also so ausgerichtet werden müssen, dass die produzierte Warmluft nach dem Abkühlen der Produktionsteile ebenso wie die übrigen Abluftdämpfe der Beschichtungsanlage BE 3 der TNV zugeführt wurde, also nicht über das Dach abgeleitet wurde. Aus der beigezogenen Akte ergibt sich aber nichts dafür, dass hier keine Luft von außerhalb des Gebäudes hätte angesaugt werden dürfen. Vielmehr hätte durch einen durch das Dach verlegten Kanal durchaus Frischluft in den eingehausten Bereich geleitet werden können. Insoweit ergibt sich aus dem damaligen Antrag der Beklagten (Stehordner unter Ablagenummer 7 zur Belüftung (insbesondere zu BE 3)), dass die gesamte Einhausung zwar an die geplante Ablufferfassung und Abluftreinigung anzuschließen ist; gleichzeitig wird in Abs. 2 aber festgestellt, dass die abgesaugte Hallenluft über Dachlüfter, Türen und Tore in die Halle nachströmen soll. Es war also keine "Umluftanlage" zwingend erforderlich.

Durch die in dem Antrag nach § 16 BImSchG beschriebene Konzeption ist es letztendlich auch unerheblich, ob speziell durch die Abkühlung noch lösungsmittelhaltige Dämpfe entstehen (so der Kläger) oder nicht entstehen (so die Beklagte). Da die Kühlzone Teil des einzuhausenden Bereiches ist, kann die Abluft der Kühlanlage nicht einfach über das Dach in die Umwelt abgegeben werden, weil eine Trennung der verschiedenen Bereiche gar nicht vorgesehen ist.

Als Mangel unter Berücksichtigung der tatsächlichen Genehmigung ist es daher auf jeden Fall anzusehen, dass dem Kühlbereich keine Frischluft von außen zugeführt wird, sondern diese Luft nur aus einem Umluftsystem bezogen wird. Hinsichtlich der Abluft hätte ein Anschluss an eine TNV vorgesehen werden müssen. Da diese TNV nicht vorhanden war, hätte der Kläger Bedenken anmelden müssen bzw. darauf hinweisen müssen.

Im Übrigen ist es auch ein Mangel, wenn die Anlage statt der angebotenen und vereinbarten Runddüsen nur über Schlitzdüsen verfügt. Auf die Frage, ob diese dieselbe Leistung erbringen wie Runddüsen, kommt es nicht an, weil das eine willkürliche Abweichung vom vertraglich Vereinbarten ist.

3. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht jedoch nicht fest, dass die Beklagte diese Mängel unverzüglich im Sinne der §§ 377, 381 HGB gerügt hat.

Bei Anlageteilen, die noch zu montieren sind, ist hinsichtlich der Überprüfungspflicht nicht auf die Anlieferung jedes einzelnen Teils abzustellen. Vielmehr ist die erste Inbetriebnahme maßgeblich. Zu diesem Zeitpunkt kann die Anlage geprüft und festgestellt werden, ob sie den vertraglich vereinbarten Anforderungen genügt (vgl. OLG Naumburg, IBR 2010, 204, RZ 78). Da hier die Abkühlzone nur dem Zweck dient, abzukühlen, ist die Prüfungsverpflichtung auf diesen Umstand zu richten. Trifft die Mangelrüge zu, dass sich die Abkühlluft immer mehr aufheizt, lässt sich dies auch schon alsbald feststellen, weil die Mitarbeiter dann die aus dem Trockner herauslaufenden Metallteile, die lackiert wurden, nicht anfassen konnten, weil sie nicht ausreichend abgekühlt sind. Maßgeblich ist damit die erste Inbetriebnahme.

Die Beklagte hatte hierzu nach Hinweis des Senats behauptet, das genaue Datum des ersten Probelaufs bzw. der Inbetriebnahme zwar nicht mehr ermitteln zu können. Die Anlage sei jedoch Ende März/Anfang April 2007 an einem Freitag, Samstag und Sonntag aufgebaut worden, am darauffolgenden Montag mit Farbe befüllt und am Dienstag in Betrieb genommen worden. Am gleichen Tag sei dann festgestellt worden, dass die Abkühlzone nicht ordnungsgemäß funktioniere und die erforderliche Kühlleistung nicht erbringe. Dies sei noch am gleichen Tag oder spätestens am nächsten Tag gegenüber dem Kläger mündlich durch den Zeugen L..... gerügt worden. Dass die Anlage statt Runddüsen Schlitzdüsen aufgewiesen habe, sei noch während der Aufbaumaßnahmen gegenüber dem Kläger gerügt worden. Dann habe der Kläger den Trockner umgebaut, damit die Teile kälter aus diesem kamen und daher weniger stark abgekühlt werden mussten. Danach sei die Ofenkurve am 13.04.2007 erstellt worden. Der Kläger habe auch die Installation eines Abluftventilators angeboten, nachdem er die unzureichende Kühlung feststellen musste. Diesen hätte sie natürlich nicht gesondert vergütet, da er schon im ursprünglichen Angebot enthalten gewesen sei.

Der Kläger bestreitet diesen Vortrag insgesamt. Das Angebot des Abluftventilators sei nicht auf eine Mängelrüge der Beklagten zurückzuführen. Hätte die Installation der Mängelbeseitigung dienen sollen, hätte er diese nicht als kostenpflichtig unterbreitet. Andernfalls wäre auch zu erwarten gewesen, dass die Beklagte ein solches kostenpflichtiges Angebot unter Hinweis auf seine kostenlose Mängelbeseitigungspflicht unmittelbar zurückweist. Ausweislich eines Gesprächsprotokolls des Zeugen L..... vom 13.04.2007 hätte vielmehr wegen der

geplanten Verwendung von Einbrennlacken die Temperatur der Werkstücke erhöht werden müssen, was zur Veränderung der Lüftungsschlitze und dem Angebot des Ventilators geführt habe.

Aus den von der Beklagten zum Beweis einer rechtzeitigen Rüge angeführten weiteren unstreitigen Umständen, der Erstellung einer Ofenkurve am 13.04.2007 und dem Angebot eines zu bezahlenden Abluftventilators durch den Kläger, kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit auf die beim Handelskauf erforderliche unverzügliche Rüge geschlossen werden. Denn diese lassen sich auch mit den jeweils abweichenden Erklärungen des Klägers in Einklang bringen.

Die von der Beklagten benannten Zeugen haben eine solche unverzügliche Rüge nicht bestätigt. Der Zeuge D..... hat zwar bekundet, dass er während des Aufbaus gegenüber dem Kläger moniert habe, dass die Anlage mit Schlitzdüsen bzw. Schlitzen nicht funktionieren könne. Dies stellt, ungeachtet der Frage einer entsprechenden Rügebefugnis des Zeugen D..... für die Beklagte, aber noch keine Rüge im Sinne der §§ 377, 381 HGB dar, da diese, wie ausgeführt, erst nach einer ersten Inbetriebnahme der gesamten Anlage erfolgen kann. Eine solche hat der Zeuge D..... nicht ausgesprochen, da für ihn nach einer entsprechenden Information des Klägers und des Zeugen L..... der Fall erledigt war. Der Zeuge L..... hat die Behauptung der Beklagten, er habe unmittelbar nach der ersten Inbetriebnahme gegenüber dem Kläger die mangelnde Kühlung gerügt, nicht bestätigt. Er hat vielmehr bekundet, dass er ein Reklamationsschreiben, seiner Erinnerung nach als E-Mail und als Brief, verfasst habe, dessen Inhalt ihm aber heute nicht mehr geläufig sei. Eine genauere zeitliche Einordnung war dem Zeugen nicht mehr möglich. Eine Abschrift des Briefes oder eine Ablichtung der E-Mail könne er nicht vorlegen.

Dass die Beklagte bereits vor dem 02.05.2007 gegenüber dem Kläger wegen der Abkühlzone eine Beanstandung erhoben hat, ist damit nicht bewiesen. Dies war nicht mehr unverzüglich. Ausgehend von den Angaben des Klägers, dass am Freitag dem 23.03.2007, mit der Montage begonnen worden sei, wäre die Anlage nach dem Vortrag der Beklagten (Aufbau Ende März/Anfang April 2007 beginnend mit einem Freitag) bereits am folgenden Dienstag in Betrieb genommen worden. Jedenfalls jedoch am 13.04.2007 war die Inbetriebnahme erfolgt. Selbst wenn man dieses spätere Datum zugrunde legt, war eine Rüge vom 02.05.2007 nicht mehr unverzüglich im Sinne der §§ 377, 381 HGB.

4. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 BGB iVm. §§ 343, 344, 353 HGB.

5. Die Widerklage war abzuweisen. Wie ausgeführt, scheidet ein Anspruch der Beklagten aus §§ 437 Nr. 3, 281, 651 BGB daran, dass sie den Mangel der Abkühlzone nicht unverzüglich gemäß den §§ 377, 381 HGB gerügt hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.



Zur Zulassung der Revision besteht kein Anlass, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

IV.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 32.335,00 Euro