

---

**Datum:** 16.06.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 24. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 24 U 178/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0616.24U178.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 11 O 166/13

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 25.10.2016 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Dieses und das angefochtene Urteil sind jeweils ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe:**

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Restzahlung wegen der Lieferung zweier Blockheizkraftwerke und einer Biogasfackel; die Beklagte rechnet hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen auf.

Die Klägerin konzipiert, produziert und installiert Blockheizkraftwerke zur Strom- und Wärmeerzeugung. Die Klägerin bot der Beklagten mit Angebot vom 22.11.2011, auf dessen

1

2

3

4

Inhalt (Anl. K1, Bl. 13 - 22 d.A.) zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, ein Blockheizkraftwerk „C1D“ (im Folgenden: 1. Blockheizkraftwerk) in Containerbauweise zu einem Gesamtpreis von 267.574,78 € brutto an. Mit weiterem Angebot vom 22.11.2011, auf dessen Inhalt (Anl. K4, Bl. 33-42 d.A.) ebenfalls zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, bot die Klägerin der Beklagten ein Blockheizkraftwerk „C2D“ (im Folgenden: 2. Blockheizkraftwerk) zu einem Gesamtpreis von 334.390,00 € brutto an. Mit weiterem Angebot vom 22.11.2011 (Anl. K7, Bl. 53-55 d.A.) bot die Klägerin der Beklagten eine Biogasfackelanlage zu einem Preis von 37.386,83 € brutto an.

Mit Bestellscheinen vom 23.11.2011 (Anl. K2, Bl. 23 d.A.; Anl. K5, Bl. 43 d.A.; Anl. K7, Bl. 53-55 d.A.) nahm die Beklagte die vorgenannten Angebote an. 5

Die Klägerin übersandte die Versandbereitschaftsmeldung für das 1. Blockheizkraftwerk vom 02.12.2011 (Anlage K 17, Bl. 332 d.A.) und für das 2. Blockheizkraftwerk vom 13.02.2012 (Anlage K 16, Bl. 331 d.A.). 6

Die Klägerin erstellte einen Aufstellungsplan hinsichtlich der Container mit Aufbauten (Bl. 186 d.A.). Die Klägerin ging bei der Konzeption der Fundamentgrößen für beide Container von jeweils zwei Streifenfundamenten und für den leichteren Teilbereich des Containers von zwei kleineren Fundamentpfelern mit den Abmessungen 35 cm x 35 cm x 100 cm aus. Die Beklagte ließ die Fundamente nach dem Aufstellungsplan errichten. 7

Die Klägerin lieferte die Anlagen und installierte sie bei der Beklagten. Seitens der Klägerin wurde - ausweislich des Kurzinbetriebnahmeprotokolls vom 29.12.2011 (Anlage K 18, Bl. 333 d.A.) jedenfalls für das 1. Blockheizkraftwerk eine Kurzinbetriebnahme durchgeführt. Nach dem als „Abnahmebescheinigung B“ bezeichneten Formular (Anlage K 18 Bl. 334/335 d.A.) sollte die Einstellung und eine Regulierung unter Betriebsbedingungen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Eine Inbetriebnahme beider Anlagen erfolgte indes zu einem späteren Zeitpunkt nicht. 8

Die seitens der Klägerin im Aufstellungsplan geplanten und von der Beklagten plangemäß ausgeführten kleineren Fundamentpfelern waren nicht in der Lage, die ankommenden Lasten norm- und sachgerecht abzutragen. Die Klägerin überreichte hierauf mit Schriftsatz vom 24.03.2014 den 1. Nachtrag der statischen Berechnung für die Fundamente des klägerseits beauftragten A (Anlage, 182-192, 296-301 d.A.) für die Fundamente zu beiden Anlagen; hiernach waren die Einzelfundamente durch Einzelfundamente mit dem Maßen 60,00 cm x 80,00 cm x 100,00 cm zu ersetzen. 9

Die Beklagte leistete für das erste Blockheizkraftwerk am 30.12.2011 80.220,44 € und weitere 160.544,88 €. Für das zweite Blockheizkraftwerk zahlte die Beklagte am 09.01.2012 100.317,00 € und am 17.04.2012 weitere 200.634,00 €. Für die Biogasfackelanlage zahlte die Beklagte 35.149,63 €. Die Klägerin räumte der Beklagten zwei Gutschriften i.H.v. 2.928,70 € brutto und in Höhe von weiteren 3.057,17 € brutto wegen der nicht erfolgten Inbetriebnahmen ein. 10

Mit Schreiben vom 31.01.2013 (Anlage K 10, Bl. 60-62 d.A.) forderte die Klägerin die Beklagte auf, einen Betrag i.H.v. 62.433,66 € und weitere 3.647,18 € an Zinsen bis zum 08.02.2013 zu zahlen. Die Beklagte erklärte hilfsweise die Aufrechnung mit einer Forderung i.H.v. 48.300,00 € (Kosten für die Änderung der Fundamentgröße) und mit einer weiteren Forderung i.H.v. 120.000,00 € (Gewinnausfall). 11

Mit Schreiben vom 16.12.2013 (Anlage K 13, Bl. 111/112 d.A.) und 26.09.2013 übersandte die Klägerin der Beklagten die Prüfbescheinigung für die Ölleitung vom 25.01.2012 für beide Anlagen, das WHG-Zertifikat vom 06.06.2013, die EG-Konformitätserklärung für das 1. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Bl. Anlage B6, Bl. 136 d.A.), die EG-Konformitätserklärung für das 2. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage B7, Bl. 138 d.A.; Anlage B14 2.2.1, Bl. 218 d.A.) und die gutachterliche Stellungnahme Nr. 2009-P-0184/02 E hinsichtlich der Beurteilung des Brandverhaltens der G-Trennwand mit einem nachträglich eingebrachten Bohrloch vom 28.01.2009 und überreichte der Beklagten für die Biogasfackelanlage eine EG-Konformitätserklärung des Herstellers. Mit weiterem Schreiben vom 19.08.2013 übersandte die Klägerin der Beklagten die Prüfbescheinigung für die Gasleitung und die Zulassung der Gasregelstrecke, die Technische Anweisung Gas/Auslegungsdaten Gasverdichter, das technische Datenblatt Gemischkühler, das technische Datenblatt Notkühler für beide Anlagen, die Pegelbilanz des Abgasschalldämpfers, den Schalleistungspegel für das erste Blockheizkraftwerk, die Ergebnisse der Schallmessungen G & F vom 17.04.2014 (Anlage K 20, Bl. 337 d.A.), Unterlagen zur Trennwand zwischen Blockheizkraftwerksraum und Öllageraum und Unterlagen über den Brandschutz, und bestätigte mit weiterem Schreiben vom 11.02.2015 (Anlage K 19, Bl. 336 d.A.) die Einhaltung von Richtlinien der Konformitätserklärung.

Nachdem es zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über die Ordnungsgemäßheit der überreichten EG-Konformitätserklärungen kam, überreichte die Klägerin der Beklagten die jeweils um den Zusatz „im Container“ ergänzten EG-Konformitätserklärungen für das 1. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13 Bl. 115, 261 d.A.) und für das 2. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13, Bl. 116, 260 d.A.) 13

Mit Kaufvertrag vom 15.01.2018 (Bl. 1320-1324 d.A.) verkaufte die Beklagte das 1. Blockheizkraftwerk an die Biogas H GmbH & Co. KG. Mit weiterem Kaufvertrag vom 15.02.2018 Bl. (1325-1330 d.A.) verkaufte die Biogas I GmbH & Co. KG das 2. Blockheizkraftwerk an die Biogas H GmbH & Co. KG. Nach dem jeweiligen § 4 Abs. 1 der Kaufverträge vom 15.01.2018 sind an den jeweiligen Käufer vom Verkäufer alle Gewährleistungsansprüche und alle Ansprüche aufgrund sonstiger Pflichtverletzungen abgetreten worden. 14

Mit Schreiben vom 03.05.2018 (Anlage 1, Bl. 839-841, 902-905 d.A.; Anlage D-2, 2.1-2.4; 1092-1095) forderte die Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung bis zum 18.05.2018 zur Vorlage der EG-Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung, des Schallnachweises, eines Sanierungskonzeptes der Fundamente und einer Zustandseinschätzung der gesamten Containeranlagen auf. Mit Schreiben vom 28.05.2018 (Anlage D-4, 4.1-4.10, Bl. 1100-1109 d.A.) erklärte die Beklagte den Rücktritt. 15

Beide Blockheizkraftwerke wurden im Juni 2018 am Standort J abgebaut und auf dem Hof K 2, H, abgestellt. Nach wie vor befinden sie sich nicht im Betrieb. 16

Die Klägerin hat gemeint, ihr stehe ein Anspruch aus Kaufvertrag gegen die Beklagte zu. Zwar handele es sich um Module, die speziell für Kunden gefertigt würden; gleichwohl handele es sich um Standardanlagen. 17

Sämtliche Unterlagen seien – jedenfalls inzwischen – der Beklagten übergeben worden. Die vorgelegten EG-Konformitätserklärungen entsprächen den Anforderungen der Maschinenrichtlinie, zumal Steuerungskonzepte und Peripheriebauteile aufgenommen worden seien, die mit dem Gesamtlieferumfang der Motor- und Generatorkombinationen fest verknüpft seien. Insofern liege nicht lediglich eine Konformitätserklärung zum Generator, 18

sondern zur gesamten Containeranlage vor. Mithin seien auch die Aufbauten von der Konformitätserklärung umfasst. Die Biogasfackelanlage habe eine herstellereigene EG-Konformitätserklärung und diese Anlage sei überdies lediglich „als Stück“ geliefert worden.

Ein bestimmter Brandschutz sei ebenfalls nicht vereinbart gewesen und die Unterlagen über die verwendeten Materialien lägen der Beklagten vor, da diese am 26.09.2013 an die Beklagte übersandt worden seien. Hinsichtlich des Schallschutzes sei das Privatgutachten des Ingenieurbüros für Lärmschutz L und M vom 12.03.2014 (Bl. 169-180 d.A.) eingeholt worden; hiernach würden die Schallschutznormen sogar übererfüllt. 19

Hinsichtlich der Fundamente sei zutreffend, dass diese nachzuarbeiten seien; das Anpassen der Fundamente verursache Kosten in Höhe von max. 2.000,00 € netto. 20

Die Klägerin hat beantragt, 21

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 56.447,79 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 23.700,29 € seit dem 15.02.2012, aus weiteren 2.237,20 € seit dem 15.02.2012 sowie aus weiteren 30.510,30 € seit dem 09.08.2012 zu zahlen und 22

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie Mahnkosten i.H.v. 5,00 € sowie AuskunftsKosten i.H.v. 10,58 € zu zahlen. 23

Die Beklagte hat beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass Werkvertragsrecht anzuwenden und die Anlage nicht abnahmefähig sei. Es fehlten noch Restleistungen, so etwa die Inbetriebnahme und umfangreiche Nachweise, um die Blockheizkraftwerke betreiben zu können. Nach wie vor fehle eine EG-Gesamtkonformitätserklärung für die gesamte gelieferte Anlage mit Aufbauten. Die vorliegenden EG-Konformitätserklärungen umfassten allein die Position 10.1 der Auftragsbestätigung; alle weiteren Positionen ab 10.2-10.17 seien nicht erfasst. Auch für die Biogasfackelanlage müsse die Klägerin eine entsprechende EG-Konformitätserklärung abgeben. 26

Überdies fehle ein Schallschutznachweis, wonach der Container den Lärmpegel - und zwar ohne Schalldämpfer - von 65 dB(A) nicht überschreite, weil bei einem Versagen des Schalldämpfers zumindest eine entsprechende Eigendämmung vorausgesetzt werden könne. Ungeachtet dessen seien die weiteren Geräte des Blockheizkraftwerkes, etwa Kühlanlagen, die einen Schallpegel von 100 dB (A) haben könnten, nicht erfasst, da lediglich die Geräuschquelle des Motors in die Berechnung eingegangen sei. Nach der privatgutachterlichen Stellungnahme des Ingenieurbüros N (Anlage B 13, Bl. 149-152 d.A.) liege der Schalldruckpegel unter Anwendung der klägerseitigen Vorgaben bei 84,9 dB in 10 m Entfernung. Das Schreiben G & F vom 19.08.2013 (Anlage B 17, Bl. 251-252 d.A.) entspreche nicht den Anforderungen an einen Messbericht. 27

Für die Änderung der Fundamentgröße müssten Kosten i.H.v. 48.300,00 € aufgewendet werden. Mit dieser Forderung erkläre sie hilfswiese die Aufrechnung. Soweit der Sachverständige O geringere Kosten ermittelt habe, sei beachtlich, dass ein Anheben des Containers zu einer Überbeanspruchung der Containerkonstruktion führe, was auch im Privatgutachten des Ingenieurbüros N (Anlage B 21, Bl. 382-398 d.A.) bestätigt werde. 28

29

Wegen der verspäteten Inbetriebnahme der Anlage habe sie, die Beklagte, einen Schaden erlitten, mit der sie hilfsweise die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung erkläre. Die Beklagte hat zuletzt behauptet, ihr sei ein Gewinn i.H.v. 120.000,00 € (4 Jahre x 30.000,00 €) entgangen.

Das Landgericht hat zur Frage der Kosten der Herstellung geeigneter Fundamente Beweis erhoben durch Einholung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen O vom 09.01.2016 und hat mit am 25.10.2016 verkündetem Urteil die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 48.934,13 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 16.186,63 € seit dem 15.02.2012, aus weiteren 2.237,20 € seit dem 15.02.2012 sowie aus 30.510,30 € seit dem 09.08.2012 zu zahlen. 30

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin ursprünglich ein Anspruch i.H.v. 56.447,79 € zugestanden habe. Da der Schwerpunkt des Vertrages in werkvertraglichen Elementen liege, habe zum Eintritt der Fälligkeit grundsätzlich das Erfordernis einer Abnahme bestanden. Indes sei auch ohne Abnahme Fälligkeit eingetreten, da nach der entsprechenden vertraglichen Regelung seitens der Klägerin die Versandbereitschaft angezeigt worden sei, jeweils mehr als 60 Tage verstrichen seien und nicht feststellbar sei, dass die Abnahme aus von der Klägerin zu vertretenden Umständen verzögert worden sei. Auch die Beklagte behaupte letztlich nicht ernsthaft, jedenfalls nicht hinreichend substantiiert, dass die von der Klägerin gelieferten Maschinen und Anlagen nicht betriebsfähig gewesen seien. Wesentliche Mängel an den Anlagen bestünden ebenfalls nicht. Dies treffe insbesondere für die Schalldämmung zu. Schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin werde der Sollwert von 65 dB erreicht. Dass hierbei ein größerer Schalldämpfer genutzt werde, sei ohne Relevanz, zumal auch die Beklagte nicht darlege, dass durch die Verwendung des Schalldämpfers die Funktionalität der Maschine beeinträchtigt werde. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht vorgelegter Nachweise bestehe nicht. Soweit EG-Konformitätserklärungen nach der Maschinenrichtlinie erforderlich seien, seien diese übergeben worden. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 11.02.2015 die Einhaltung der Richtlinien bestätigt und für beide Blockheizkraftwerke jeweils eine entsprechende EG-Konformitätserklärung abgegeben. Für die Biogasfackelanlage sei die EG-Konformitätserklärung des Herstellers übergeben worden. Soweit die Beklagte meine, darüber hinaus müsse eine weitere EG-Konformitätserklärung erteilt werden, da die Klägerin die Installationen vorgenommen habe und aufgrund dessen die EG-Gesamtkonformitätserklärung abzugeben sei, habe sie nicht unter Beweis gestellt, dass die Klägerin die Biogasfackelanlage selbst installiert und angeschlossen habe. 31

Der Anspruch der Klägerin sei jedoch aufgrund der Hilfsaufrechnung der Beklagten i.H.v. 7.513,66 € erloschen. Die Beklagte habe gegenüber der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in dieser Höhe. Die Klägerin habe die ursprünglichen Fundamentgrößen fehlerhaft zu klein geplant; diese seien von der Beklagten entsprechend errichtet worden. Es sei deswegen erforderlich, die Fundamente zumindest teilweise zu erneuern. Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen O betrügen die Kosten hierfür bei einem Abriss der alten Fundamente 7.513,66 € brutto. Der Beklagten stehe hingegen kein Anspruch auf Zahlung von entgangenem Gewinn i.H.v. 120.000,00 € zu. Die Beklagte habe schon nicht substantiiert dargetan, dass die unterbliebene Inbetriebnahme allein durch die fehlerhafte Größe der Fundamente ursächlich bedingt worden sei. 32

Die seitens der Klägerin geltend gemachten Nebenforderungen seien hingegen nicht begründet. Schlüssiger Vortrag zu den Mahn- und Auskunftskosten fehle. 33

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie rügt, das Landgericht habe schon verkannt, dass mangels Abnahme eine – unterstellte – Forderung nicht fällig sei. Das Kurzinbetriebnahmeprotokoll vom 29.12.2011 (Anlage K 18, Bl. 333 d.A.) dokumentiere keine Abnahme. Dort finde sich zwar die Unterschrift – wahrscheinlich – eines ehemaligen Mitarbeiters, Herrn P. Dieser Mitarbeiter habe jedoch keine „Autorität“ gehabt, eine entsprechende Abnahme zu bescheinigen. 34

Ein Anspruch der Klägerin scheitere zudem daran, dass ihr mit Schreiben vom 28.05.2018 erklärter Rücktritt wirksam sei. Ungeachtet des Umstandes, dass die mit Schreiben vom 03.05.2018 gesetzte Frist fruchtlos verstrichen sei, kämen die Erklärungen der Klägerin einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung gleich. Zudem habe die Klägerin an einer Strategie der Verletzung von Ausführungs-, Prüfungs- und Hinweispflichten, auch hinsichtlich des unterlassenen Hinweises auf die Problematik der Konservierung der Anlagen, festgehalten, die dem gemeinsamen Vertrag das notwendige Vertrauen entzogen habe. Auch ihre Abwehrhaltung stelle eine weitere Pflichtverletzung dar. Die Klägerin beharre auf der Sanierung der Fundamente auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen O. Zudem meine die Klägerin nach wie vor, dass die erforderliche „CE-Zertifizierung“ bereits erbracht worden sei. Das Werk der Klägerin weise überdies nach wie vor wesentliche Mängel auf. Das Landgericht habe die Wesentlichkeit des Mangels hinsichtlich der Fundamentabmessungen verkannt. Beachtlich sei zunächst, dass der Statiker die beiden Blockheizkraftwerke mit jeweils 4,5 t geprüft habe. Dementsprechend sei auch nur eine Prüfung vorgenommen worden. Tatsächlich sei das zweite Blockheizkraftwerk mit seinem Aggregat – unstreitig – 6 t schwer, so dass dies unter Ansatz der gleichen Bodenpressungen zu größeren Fundamenten für diesen Typ führe. Bei der Bemessung der Fundamente seien die Lastfälle „Vibration“ bzw. „schwingungserregt“ unberücksichtigt geblieben und entsprechende Nachweise lägen überhaupt nicht vor. Die Änderung der Fundamente von 35/35 cm auf 80/60 cm sei nicht durchführbar, was sich auch am Schreiben des Statikers Q und Partner an sie, die Beklagte, vom 09.03.2018 (Anlage 4.1, Bl. 764 d.A.) ergebe, da hiernach eine anderweitige Fundamentfigur berechnet und nachgewiesen sei, da in der Achse F-3 ein durchgehendes bewehrtes Fundament ausgewiesen sei, während der Sanierungsvorschlag „A/O“ von unbewehrten Fundamenten 60/80 cm ausgehe. Die Klägerin habe überdies die zulässige Bodenbelastung auf 280 kN/m<sup>2</sup> erhöht, um ihre Berechnungen nachweisbar zu machen, obgleich sich aus dem Geotechnischen Bericht R T vom 14.03.2011 (Bl. 1163-1165 d.A.) eine Gründung auf ungestörtem Erdreich von lediglich 250 kN/m<sup>2</sup> ergebe. Überdies wiesen die statischen Berechnungen zahlreiche Mängel auf, da dynamische Lasten ebenso wie der Umstand, dass das Aggregat auf 6 Punktlagern aufgestellt sei, nicht berücksichtigt worden seien. Der Container mit den Ein- und Aufbauten sei nicht geprüft worden und die Berechnung behandle nur die Bauteile selbst, nicht aber Verbindungen, wie Schweißnähte und Schrauben. Ungeachtet dessen entsprächen die Berechnungen nicht den geometrischen Ansätzen aus den Zeichnungen und es fehle nach wie vor an einem tragfähigen Sanierungskonzept. 35

Verkannt habe das Landgericht ferner, dass zwar EG-Konformitätserklärungen durch die Klägerin übergeben worden seien; diese seien indes unzureichend. Zwischen ihnen, den Parteien, stehe zwar nicht mehr im Streit, dass die gesamten Blockheizkraftwerksanlagen jeweils als Gesamtanlage einer EG-Konformitätserklärung und einer entsprechenden CE-Kennzeichnung bedürften. Soweit die Beklagte unter Verweis auf das Privatgutachten des Privatgutachters S vom 25.06.2018 (Anlage K28) meine, dass die bereits vorgelegten EG-Konformitätserklärungen genügten, sei dies indes unzutreffend. Ungeachtet des Umstandes, dass sie, die Beklagte, keinerlei Kenntnisse davon habe, welche Unterlagen dem Privatgutachter S vorgelegen hätten, und sie an seiner privatgutachterlichen Tätigkeit nicht 36

beteiligt gewesen sei, sei der Privatgutachter nicht fachlich qualifiziert, um beurteilen zu können, welchen Anforderungen die EG-Konformitätserklärungen zu genügen hätten. Die EG-Konformitätserklärungen seien unter Einschluss der ATEX-Richtlinie und der Bauprodukte-Richtlinie 305/2011/EU zu erteilen gewesen. Weitere Bestandteile der Gesamtanlage, wie Abluftschornstein mit Schalldämpfer und Aufbauten der Ab- und Zuluft, habe er unbeachtet gelassen. Ausführungen zu der CE-Kennzeichnung fehlten, die Nummerierungen im Privatgutachten wichen von der jeweiligen CE-Kennzeichnung ab und eine Zuordnung der Konformitätserklärungen sei nicht möglich. Der Privatgutachter S verwechsle überdies behördliche Zuständigkeiten und habe sich auch nicht bei den zuständigen Behörden rückversichert, obgleich ihm die Abstimmung mit Behörden vorgegeben worden sei. Es handele sich vorliegend um eine Gesamtheit von Maschinen und Geräten, die selbst eine eigene Maschine darstellten. Aus Behördensicht bedürfe es noch zahlreicher Nachweise.

Überdies fehlten die Risikobeurteilung, eine entsprechende Kennzeichnung der Gesamtanlage gemäß des Anhangs 1 der Maschinenrichtlinie, eine Betriebsanleitung, eine Kennzeichnung nach Art. 16 der Maschinenrichtlinie, die Unterlagen gemäß Anhang VII, Ort und Datum der Erklärung, Angaben zu der Person, die zur Ausstellung der Erklärung im Namen des Herstellers oder dessen Bevollmächtigten bevollmächtigt sei und die Bekanntgabe der Emissionswerte, zumal auch die Ausführungen im Privatgutachten G & F sich nicht auf die Gesamtmaschine bezögen, sondern sich allein auf die Messung des Motors bzw. an der Abgasmündung der Generator-Motor-Einheit beschränkten. Dementsprechend schulde die Klägerin weiterhin den Nachweis der Luftschallimmissionen und der vertraglich vereinbarte Schalldruckpegel von 65 dB (A) in 10 m Entfernung sei überschritten. Die schalltechnischen Untersuchungen G & F vom 26.03.2018 hinsichtlich des 1. Blockheizkraftwerks (Bl. 880-902 d.A.) und vom 16.05.2018 hinsichtlich des 2. Blockheizkraftwerks (Anlage K 22, Bl. 914-959 d.A.) seien unzureichend. Nach Anhang 1 zu 1.7.4.2 der Maschinenrichtlinie müssten die Werte entweder an der betreffenden Maschine tatsächlich gemessen oder durch Messungen an einer technisch vergleichbaren, für die geplante Fertigung repräsentativen Maschine ermittelt werden; hieran fehle es aber, zumal keine vergleichbare Anlage zugrunde gelegt worden. Unter Berücksichtigung des Kühlers, des Lüfters, der Lüftungsöffnungen, der Rohrleitungen und des geringeren Schalldämmmaßes der Tür ergebe sich auch unter Berücksichtigung anzusetzender Toleranzen ein Wert von 67,9 dB (A). Eine tatsächliche Messung des Schalldruckpegels sei überdies möglich. Soweit es wegen unterbliebener Instandhaltungsmaßnahmen oder Fehlens einer Komponentenübersicht nicht möglich sei, eine Messung an baugleichen Anlagen vorzunehmen, habe dies die Klägerin zu vertreten, da sie pflichtwidrig nicht auf das Erfordernis der Konservierung verwiesen habe und die Inventarisierung der Komponenten eine Hauptpflicht im Zuge der Zertifizierung sei.

37

Sie, die Beklagte, erkläre nunmehr nur noch hilfswiese die Aufrechnung zunächst mit ihren Schadensersatzforderungen wegen Wertverlustes und sodann wegen ihr entstandener Privatgutachterkosten. Aufgrund der fehlenden Betriebsfähigkeit habe der Anlagenbetreiber eine Weiterführung des Projektes ausgeschlossen, so dass die beiden Blockheizkraftwerke kurzfristig hätten verkauft werden müssen. Wegen der statischen Mängel, der fehlenden CE-Zertifizierung, der unklaren Emissionsdaten, der Schallschutzproblematik, des Gewährleistungsverzichts, der langen Standzeit und der fehlenden Konservierung der Maschinen sei ein Kaufpreis von insgesamt 190.000,00 € netto (1. Blockheizkraftwerk: 70.000,00 € netto; 2. Blockheizkraftwerk: 120.000,00 € netto) erzielt worden. Dies habe ausgehend von den vertraglich vereinbarten Preisen und unter Berücksichtigung ihrer Zahlungen zu einem Gesamtverlust von 248.832,34 € geführt.

38

Ihr seien durch die erforderlich gewordene Einschaltung des Ingenieurbüros N Kosten in Höhe von 39.236,91 € entstanden, die die Klägerin als Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen habe, da hierdurch die Sachverhalte aufgeklärt worden seien. Soweit sie hingegen mit Schriftsatz vom 05.06.2020 Minderung in Höhe von 219.586,07 € geltend gemacht habe, sehe sie nunmehr vom „Thema der Minderung“ ab. 39

Die Beklagte beantragt, 40

unter Abänderung des am 25.10.2016 verkündeten und am 11.11.2016 zugestellten Urteils des Landgerichts Münster (Az. 011 O 166/13) die Klage abzuweisen. 41

Die Klägerin beantragt, 42

die Berufung zurückzuweisen. 43

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie behauptet, das 2. Blockheizkraftwerk sei von der Beklagten an die U GmbH verkauft worden. Die U GmbH habe das 2. Blockheizkraftwerk – ebenfalls unter Einschluss aller Gewährleistungsrechte – an die Biogas I GmbH & Co. KG verkauft, welche ihrerseits das 2. Blockheizkraftwerk an die Biogas H GmbH & Co. KG mit Kaufvertrag vom 15.01.2018 verkauft habe. Aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin beide Anlagen verkauft und sämtliche Gewährleistungsrechte an die Käufer abgetreten habe, sei die Beklagte nicht mehr Rechteinhaberin, so dass bereits aus diesem Grunde die Berufung zurückzuweisen sei. 44

Eine Abnahme sei erfolgt. Seinerzeit seien Probeläufe erfolgt, die vollkommen beanstandungsfrei gewesen seien und die Beklagte habe die Anlagen abgenommen. Die Gesamtanlage laufe deswegen immer noch nicht, weil die Beklagte offenbar erhebliche Finanzierungsprobleme habe und es zudem außerhalb der von ihr zugelieferten Container, zu einem „Störfall“ gekommen sei. Soweit die statischen Berechnungen der Fundamente betroffen seien, treffe es zwar zu, dass in der Statik das zweite Blockheizkraftwerk versehentlich mit 4,5 t, statt 6 t berücksichtigt worden sei; wie jedoch aus dem 2. Nachtrag der statischen Berechnung (Anlage, Bl. 621-627 d.A.) erkennbar, habe dies auf die Statik und die Gebrauchsfähigkeit keinen Einfluss, da sich am Ergebnis für die Fundamente nichts geändert habe. 45

Die zunächst übergebenen EG-Konformitätserklärungen seien ausreichend und bezögen sich jeweils auf die Gesamtanlage, was sich schon zwanglos aus der jeweiligen Maschinenummer ergebe, da das Kürzel „CO“ die Abkürzung für „Container“ sei. Soweit im Nachgang jede EG-Konformitätserklärung um den Zusatz „im Container“ ergänzt worden sei, sei dies zwar nicht erforderlich gewesen, weil schon die ursprüngliche EG-Konformitätserklärung ausreichend klar gewesen sei. Gleichwohl sei die Ergänzung wegen des aufkommenden Streits aus Klarstellungsgründen erfolgt. Die Konformität werde im Werk festgestellt und die entsprechende Erklärung ausgestellt. Sämtliche Tests fänden im Werk in einer „standardisierten Umgebung“ statt. 46

Die seitens der Beklagten bemängelte fehlende Kennzeichnung sei tatsächlich am Grundrahmen des Blockheizkraftwerkmoduls sichtbar angebracht; insofern sei beachtlich, dass insgesamt nur ein einziges CE-Kennzeichen pro Anlage angebracht werde. Ungeachtet dessen, gebe es keine Rechtsnorm, aus der konkret ersichtlich sei, welche Angaben in einer CE-Zertifizierung aufzulisten seien und nach der Maschinenrichtlinie gebe es nur eine CE-Zertifizierung, also auch nur ein „Schild“, dass bei den streitgegenständlichen Anlagen jeweils am Hauptaggregat angebracht worden sei. Aber selbst wenn die Zertifizierung an anderer 47

Stelle oder mit geringfügig anderem Inhalt ausgestellt werden müsse, sei sie, die Klägerin, hierzu sofort bereit. Auch der Privatgutachter S habe in seinem Privatgutachten vom 25.06.2018 (Anlage K 28) festgestellt, dass die Zertifizierung in Ordnung sei.

Die seitens der Beklagten gerügte fehlende Betriebsanleitung liege tatsächlich vor und sei mit den Anlagen übergeben worden. Hierbei sei auch beachtlich, dass der Vorwurf der fehlenden Betriebsanleitung erst vier Jahre nach Lieferung und Probelauf der Anlagen erhoben werde. Eine Bekanntgabe der Emissionswerte sei mit der technischen Dokumentation an die Beklagte übergeben worden; soweit nunmehr erstmals in zweiter Instanz das Fehlen der Bekanntgabe der Emissionswerte gerügt werde, sei dieser Einwand als verspätet zurückzuweisen. 48

Soweit der Schallschutz betroffen sei, habe sie, die Klägerin, mit den schalltechnischen Untersuchungen G & F C vom 26.03.2018 hinsichtlich des 1. Blockheizkraftwerks (C1, Bl. 880-902 d.A.) und vom 16.05.2018 hinsichtlich des 2. Blockheizkraftwerks (C2, Anlage K 22, Bl. 914-959 d.A.) die vertraglich vereinbarten Werte nachgewiesen. Beachtlich sei überdies, dass die beiden Blockheizkraftwerke - unstreitig – im Juni 2018 abgebaut worden seien. Durch den Abbau seien wichtige schalltechnische Komponenten wie die Lüftungsanlage, Tischkühler, Notkühler und Abgasanlage demontiert worden. Diese schalltechnischen Komponenten seien zuvor mit der Containeranlage als ganze schalltechnische Einheit verbunden und entsprechend abgedichtet gewesen; nunmehr seien zuvor verschlossene Durchbrüche geöffnet worden, so dass schalltechnisch ohnehin keinerlei Bewertung mehr vorgenommen werden könne und durch das Anheben der Container sei die Versiegelung von Schallschutzkassetten der Containereinheit beschädigt worden, so dass es schlechterdings unmöglich sei, am neuen Standort vergleichbare Schallschutzmessungen vorzunehmen, zumal die Gegebenheiten dort vollkommen andere seien als am alten Standort. 49

Der Senat hat den Prokuristen der Klägerin, Herrn V, und den Geschäftsführer der Beklagten persönlich angehört; wegen des Ergebnisses der Parteianhörung wird auf die Vermerke des Berichterstatters vom 22.03.2018 und 16.06.2020 verwiesen. Der Senat hat ergänzend Beweis erhoben durch Einvernahme des Sachverständigen O in der mündlichen Verhandlung am 01.03.2020 und durch Einholung des Gutachtens des Sachverständigen W vom 14.06.2019 und Einholung eines Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen W vom 09.03.2020. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Gutachtens vom 14.06.2019 und des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen W vom 09.03.2020 und des Gutachtens des Sachverständigen O vom 09.01.2016 und auf die das wesentliche Ergebnis der Einvernahme der Sachverständigen O und W zusammenfassenden Vermerke des Berichterstatters vom 22.03.2018 und 16.06.2020 verwiesen. 50

II. 51

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Klage ist zulässig und in erstinstanzlich tenorierter Höhe begründet. 52

1. 53

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von 48.934,13 € nach § 631 Abs. 1 BGB zu. 54

a) 55

Hinsichtlich der Herstellung und Lieferung der beiden Blockheizkraftwerksanlagen liegt kein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung nach § 433 Abs. 1 BGB, sondern ein Anspruch aus 56

Werkvertrag nach § 631 Abs. 1 BGB vor.

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 (vgl. BGH, Urteil vom 30. August 2018 – VII ZR 243/17 – NZBau 2018, 666; OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 06. Januar 2016 – 3 U 77/13 – zitiert nach juris und Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. Februar 2014 – 2 U 28/12 (Hs) – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 29. April 2015 – 20 U 2941/14 – zitiert nach juris und OLG Hamm, Urteil vom 03. Juni 1997 – 34 U 148/96 – zitiert nach juris für Werkvertrag; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. August 2009 – I-3 U 75/08 – zitiert nach juris). 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 Kunden 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 (vgl. BGH, Urteil vom 30. August 2018 – VII ZR 243/17 – NZBau 2018, 666; BGH, Urteil vom 03. März 2004 – VIII ZR 76/03 – NZBau 2004, 326; BGH, Urteil vom 22. Juli 1998 – VIII ZR 220/97 – NJW 1998, 3197; OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 23. August 2011 – 13 U 59/11 – NJW-RR 2011, 1498; OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 06. Januar 2016 – 3 U 77/13 – zitiert nach juris und Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. Februar 2014 – 2 U 28/12 (Hs) – zitiert nach juris jeweils für Kaufvertrag für serienmäßiges Blockheizkraftwerk; OLG München, Urteil vom 29. April 2015 – 20 U 2941/14 – zitiert nach juris und OLG Hamm, Urteil vom 03. Juni 1997 – 34 U 148/96 – zitiert nach juris für Werkvertrag; offengelassen von OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. August 2009 – I-3 U 75/08 – zitiert nach juris). Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ist insofern ein Werkvertrag anzunehmen.

Der Wortlaut des jeweiligen Angebots spricht zwar zunächst von „Verkaufsbedingungen“ und „UN-Kaufrecht“, allerdings auch von „bauseitig“ zu erbringenden Leistungen und der „Abnahme“, was für eine werkvertragliche Ausgestaltung spricht. Nach unwidersprochen gebliebenem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.06.2020 handelt es sich bei den Blockheizkraftwerken um Standardausführungen. Allerdings beschränkte sich die vertragliche Verpflichtung der Klägerin nicht nur auf die Lieferung und Montage der serienmäßigen Blockheizkraftwerksmodule nebst Zubehör, sondern auch auf die Installation der anderen Anlagenteile (Abgasschalldämpfer, Wärmetauscherschrank, Umwälzpumpe, Gemischkühler, Nachfüllautomatik, Abgaswärmetauscher, Oxidationskatalysator) im Container. Nach den Angeboten war die Installation im Container geschuldet. Hiervon umfasst war die Einbringung und Aufstellung des Blockheizkraftwerkes, die Abführung der Raumlüftung, die Abführung des Abgasweges und auch der Anschluss an das bauseitige Heizungssystem. Zudem war auch die jeweilige Projektierung geschuldet. Dann aber ist davon auszugehen, dass der Vertragsgegenstand eine Anpassung typisierter Einzelteile an die individuellen Wünsche der Beklagten erforderte und deshalb nach der Montage diese Konfiguration nur noch schwer anderweitig absetzbar gewesen wäre (BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 – VII ZR 175/89 – zitiert nach juris). Damit sollte die Klägerin nicht nur einzelne Teile liefern, sondern ein funktionsfähiges Blockheizkraftwerk im Wege des Aufbaus und der Inbetriebnahme der zutreffend dimensionierten Anlage auf dem dafür auf dem Gelände vorgesehenen Platz zur Verfügung stellen. Diese zum Erreichen der Funktionalität erforderlichen Leistungen sind auch objektiv

betrachtet nicht so typisiert, dass die Beklagte diese selbst vornehmen oder leicht von dritter Seite erbringen lassen könnte (vgl. OLG München, Urteil vom 29. April 2015 – 20 U 2941/14 – zitiert nach juris; vgl. auch OLG München, Urteil vom 10. Juli 2013 – 27 U 31/13 – zitiert nach juris).

Soweit die Biogasfackelanlage betroffen ist, ist zwar beachtlich, dass es sich hierbei um eine Standardausführung eines anderen Herstellers handelt, was für eine kaufvertragliche Einordnung sprechen kann. Indes ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die Anlieferung dieser Anlage vereinbart und diese Anlage lediglich als „Stück“ geliefert worden ist. Vielmehr wollte die Beklagte die Verträge hinsichtlich beider Blockheizkraftwerke und der Biogasfackelanlage zusammen schließen und die Auswahl der passenden Biogasfackelanlage oblag der Klägerin, was die Klägerin bestätigt hat, da auch nach ihrem Vortrag die Biogasfackel klägerseits für die Anlage ausgelegt wird. Dann aber ist bei einer Gesamtbetrachtung insgesamt von einem werkvertraglichen Anspruch auszugehen. 59

b) 60

Die Höhe des Restwerklohns also solche steht nicht im Streit. 61

Auf die vertraglich geschuldete Gesamtvergütung in Höhe von 639.351,61 € sind insgesamt 576.917,95 € gezahlt worden; auf die ausstehende Restvergütung in Höhe von 62.433,66 € hat die Klägerin unstreitig 2 Gutschriften in Höhe von 2.928,70 € und weiteren 3.057,17 € gewährt, so dass noch ein Vergütungsanspruch in Höhe von 56.447,79 € bestand; dieser ist infolge der erstinstanzlich erklärten Hilfsaufrechnung in Höhe von 7.513,66 € untergegangen, so dass der Klägerin noch ein Restwerklohnanspruch in Höhe von 48.934,13 € zusteht. 62

c) 63

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin ist auch fällig. 64

aa) 65

Eine ausdrückliche Abnahme ist zwar nicht erfolgt. 66

Soweit die Klägerin auf die Abnahmebescheinigung für die Kurzinbetriebnahme vom 29.12.2011 (Anlage K 18, Bl. 334/335 d.A.) verweist, lässt sich - ungeachtet des Umstandes, dass sich die Abnahmebescheinigung ausweislich der AB-Nummer 11005291 ohnehin nur auf das 1. Blockheizkraftwerk bezieht – eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB durch die Beklagte nicht erkennen. Denn nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2018 unterzeichnete ein ehemaliger Mitarbeiter der Beklagten, Herr P, die Abnahmebescheinigung. Dieser war jedoch zu einer Abnahme nicht befugt, da er „keine Autorität“ hierzu, sondern lediglich die Funktion des Einkäufers hatte. Für eine Anscheinsvollmacht finden sich insofern keine Hinweise; entsprechender Vortrag, dass dieser Mitarbeiter für die Beklagte zuvor als Bevollmächtigter aufgetreten ist, ist nicht gehalten worden. Eine Duldungsvollmacht ist ebenfalls nicht anzunehmen. Diese ist nur dann gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Dabei ist erforderlich, dass die den Vertrauenstatbestand begründenden Umstände bereits bei Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäft vorgelegen haben (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2002 – XI ZR 155/01 – NJW 2002, 2325). Der Geschäftsgegner muss diese Umstände gekannt haben. Da es um 67

wissentliches Dulden geht, kann schon ein einmaliges Gewährenlassen eine Duldungsvollmacht begründen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. Mai 2005 – 9 U 73/05 – zitiert nach juris). Allerdings fehlt es hier am Vortrag der Klägerin, dass die Beklagte es zugelassen hat, dass dieser Mitarbeiter im Rahmen der Abnahme für sie auftritt.

bb) 68

Auch für die Annahme einer konkludenten Abnahme fehlt es an einer tragfähigen Grundlage, da jedenfalls die vertraglich vereinbarte Inbetriebnahme ausstand und eine konkludente Abnahme nur in Betracht kommen kann, wenn das Werk im Wesentlichen mangelfrei fertig gestellt ist (vgl. Senat, Urteil vom 30. April 2019 – 24 U 14/18 – NJW 2019, 3240).

cc) 70

Ob eine fiktive Abnahme auf der Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin anzunehmen ist, weil hiernach die Anlage als abgenommen gilt und die Zahlung der ausstehenden 10 % jeweils spätestens 60 Tage nach Anzeige der Versandbereitschaft – hier erfolgt mit der Versandbereitschaftsmeldung für das 1. Blockheizkraftwerk vom 02.12.2011 (Anlage K 17, Bl. 332 d.A.) und der Versandbereitschaftsmeldung für das 2. Blockheizkraftwerk vom 13.02.2012 (Anlage K 16, Bl. 331 d.A.) – fällig wird, kann dahinstehen.

Denn jedenfalls ist ein Abrechnungsverhältnis anzunehmen. Dieses entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Auftraggeber endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht, was etwa dann der Fall ist, wenn sich – wie hier – nur noch Restwerklohnanspruch und Schadensersatzansprüche gegenüberstehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607; BGH, Urteil vom 13. September 2001 – VII ZR 113/00 – NJW-RR 2002, 160; Senat, Urteil vom 30. April 2019 – 24 U 14/18 – NJW 2019, 3240; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. April 2019 – I-5 U 91/18 – NJW 2019, 2944; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Mai 2012 – 8 U 173/10 – zitiert nach juris; vgl. auch KG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2019 – 21 U 40/18 – zitiert nach juris; OLG Celle, Urteil vom 11. Mai 2016 – 7 U 164/15 – zitiert nach juris zum Rücktritt). Ungeachtet des Umstandes, ob der Rücktritt wirksam, ist, hat die Beklagte klargestellt, dass sie aufgrund des von ihr erklärten Rücktritts und des Verkaufs der Anlagen wegen der von ihr behaupteten Defizite nur noch die Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen geltend macht und von der Klägerin keine Nacherfüllungsleistungen mehr erwartet.

d) 73

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin ist nicht infolge des seitens der Beklagten erklärten Rücktritts erloschen.

aa) 75

Der wirksame Rücktritt hat zwar Befreiungswirkung und die Leistungspflicht des Zurücktretenden zur Zahlung des Restwerklohns erlischt (vgl. Kaiser, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 346 BGB Rn. 2; Schall, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2020, § 346 BGB Rn. 155, 205; Schulze, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, § 346 BGB Rn. 9).

77

bb)	
Allerdings ist der Rücktritt der Beklagten unwirksam, da im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung kein zum Rücktritt berechtigender Grund vorlag.	78
(1)	79
Insofern kann auch dahinstehen, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch Inhaberin eines etwaigen Rücktrittsrechts war.	80
Nach dem jeweiligen § 4 Abs. 1, Abs. 2 der Kaufverträge vom 15.01.2018 sind an den jeweiligen Käufer alle Gewährleistungsansprüche und alle Ansprüche aufgrund sonstiger Pflichtverletzungen unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises abgetreten worden. Im Rahmen ihrer Schadensberechnung zum Wertverlust hat die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, dass sie die entsprechenden Kaufpreise (70.000,00 € und weitere 120.000,00 € netto) vereinnahmt habe. Hieraus folgt, dass die aufschiebende Bedingung eingetreten und die Gewährleistungsansprüche abgetreten worden sind. Dabei kann dahinstehen, ob das Rücktrittsrecht isoliert frei abtretbar ist (vgl. Schall in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2020, § 346 BGB Rn. 135 ff.), da hier sämtliche Gewährleistungsansprüche übertragen worden sind.	81
Indes ist nicht dargetan, ob im Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts am 28.05.2018 die aufschiebende Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung bereits eingetreten war. Wäre anzunehmen, dass die Kaufpreise nach Erklärung des Rücktritts gezahlt worden wären, so wäre die Beklagte im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch zur Erklärung des Rücktritts berechtigt gewesen. Wäre hingegen anzunehmen, dass die Kaufpreise vor Erklärung des Rücktritts gezahlt worden wären, hätte nach erfolgter Abtretung der Rücktritt grundsätzlich durch den Zessionar ausgeübt werden müssen (vgl. Schall in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2020, § 346 BGB Rn. 142), so dass die Beklagte nach erfolgter Abtretung nur mit Zustimmung des jeweiligen Käufers zurücktreten konnte, um diesen vor der Lastwirkung aus der Gestaltungserklärung zu schützen (vgl. Schall in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2020, § 346 BGB Rn. 145).	82
Eine entsprechende Zustimmung hat die Beklagte zwar behauptet, da sie erklärt hat, dass der erklärte Rücktritt auch mit der Biogas H GmbH & Co. KG abgestimmt gewesen sei. Ungeachtet des Umstandes, dass dies nur für den Kaufvertrag für das 1. Blockheizkraftwerk gelten kann, da die Beklagte nicht am zwischen der Biogas I GmbH & Co. KG und der Biogas H GmbH & Co. KG geschlossenen das 2. Blockheizkraftwerk betreffenden Kaufvertrag beteiligt war, hat die Klägerin bestritten, dass die Beklagte berechtigt gewesen sei, irgendetwas geltend zu machen. Dies hätten die jeweiligen Käufer ihr, der Klägerin, versichert. Die Beklagte hat für ihre Behauptung, eine Zustimmung liege vor, keinen Beweis angetreten. Dann aber wäre die Beklagte insoweit nicht zum Rücktritt berechtigt gewesen. Indes kann die Berechtigung der Beklagten zum Rücktritt dahinstehen, da jedenfalls kein Rücktrittsgrund besteht.	83
(2)	84
Eine erhebliche Pflichtverletzung der Beklagten im Sinne von § 634 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 und 5 Satz 2 BGB in Form einer mangelhaften Werkleistung liegt nicht vor. Vielmehr steht auf Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass kein erheblicher Mangel der Werkleistung anzunehmen ist.	85

(a)		87
	Ob eine Pflichtverletzung in Form einer mangelhaften Werkleistung erheblich ist, bestimmt sich nach umfassender Abwägung der Interessen der Parteien. Im Rahmen der Abwägung ist die Bedeutung des Mangels anhand der Verkehrsanschauung und aller Umstände des Einzelfalls zu würdigen (vgl. KG Berlin, Urteil vom 11. Juni 2019 – 21 U 116/18 – zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 12. September 2013 – I-21 U 35/13 – zitiert nach juris). Abzustellen ist auf den Beseitigungsaufwand und darauf, ob der Mangel überhaupt Einfluss auf die Errichtung des Werks hat (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 21. November 2012 – 4 U 83/08 – zitiert nach juris). In Anlehnung an Rechtsprechung zum Kaufrecht kann insbesondere bei behebbaren Mängeln der für eine Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand im Verhältnis zum Kaufpreis zu berücksichtigen sein (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.2016 – VIII ZR 240/15 - NJW 2017, 153).	
(b)		88
	Zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass die Beklagte keine Mängel der technischen Funktionstauglichkeit der gelieferten Anlagen als solcher geltend macht. Zwar hat die Beklagte darauf verwiesen, dass eine Inbetriebnahme der Anlagen bislang unzulässig und sie damit nicht in der Lage gewesen sei, die Funktionstauglichkeit der gelieferten Anlagen zu überprüfen. Indes macht sie gleichwohl keine Mängel hinsichtlich der Funktionstauglichkeit der Anlagen geltend.	89
(c)		90
	Die von der Klägerin übergebenen EG-Konformitätserklärungen für das 1. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13 Bl. 115, 261 d.A.) und für das 2. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13, Bl. 116, 260 d.A.) sind nicht mangelhaft.	91
(aa)		92
	Mit der EG-Konformitätserklärung bestätigt der Hersteller, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes Produkt den grundlegenden Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen aller relevanten europäischen Richtlinien entspricht, also mit ihnen konform ist (vgl. Hensiek, BePr 2017, 192 (194)).	93
	Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.05.2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG (Neufassung) (im Folgenden: Maschinenrichtlinie; vgl. hierzu näher Kiemer, GewArch 2008, 201) verlangt, dass der Hersteller oder sein Bevollmächtigter vor dem Inverkehrbringen und/oder der Inbetriebnahme einer Maschine eine „EG-Konformitätserklärung gemäß Anhang II Teil 1 Abschnitt A ausstellen“ muss. Ohne erfolgreich abgeschlossene Risikobeurteilung mit anschließender Konformitätserklärung darf ein Hersteller weder eine CE-Kennzeichnung an seiner Maschine anbringen noch diese Maschine in Verkehr bringen. Auch die Inbetriebnahme einer Maschine ist ohne Konformitätserklärung unzulässig. Ist aber die Inbetriebnahme ohne EG-Konformitätserklärung unzulässig, kann ein bestimmungsgemäßer Gebrauch der Maschine nicht erfolgen, mit der Folge, dass eine Maschine ohne EG-Konformitätserklärung oder mit den Voraussetzungen der Maschinenrichtlinie nicht entsprechender EG-Konformitätserklärung mangelhaft ist (vgl. LG Erfurt, Urteil vom 07. August 2014 – 10 O 410/12 – zitiert nach juris).	94
(bb)		95

Die von der Klägerin übergebenen EG-Konformitätserklärungen für das 1. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13 Bl. 115, 261 d.A.) und für das 2. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13, Bl. 116, 260 d.A.) sind mangelfrei. Sie bezogen sich auf die Gesamtanlagen und sind im Übrigen richtlinienkonform. 96

?) 97

Die Klägerin schuldete nach den jeweiligen Verträgen nicht nur die Lieferung des jeweiligen Blockheizkraftwerksmoduls, sondern darüber hinaus weiterer Komponenten, so etwa des Abgasschalldämpfers, des Wärmetauscherschrankes, der elektrischen Umwälzpumpe, des Gemischkühlers, der Ölnachfüllautomatik, des Abgaswärmetauschers, des Oxidationskatalysators, des Containers, des Notkühlers, eines Gaszählers, der Schmierölversorgung und der Gasdruckerhöhung. Damit aber schuldete die Klägerin nicht nur die Lieferung einer einzelnen Maschine, sondern einer Maschinenanlage. 98

Eine Maschinenanlage ist nach Art. 2 lit. a) 4. Gedankenstrich der Maschinenrichtlinie dann eine Maschine, wenn die „Gesamtheit von Maschinen, damit sie zusammenwirken, so angeordnet sind und betätigt werden, dass sie als Gesamtheit funktionieren“ (vgl. Schucht, GewArch 2016, 106 (107)). 99

Nach dem Interpretationspapier des BMAS und der Länder zum Thema „Gesamtheit von Maschinen“ vom 10.03.2006-IIIb6-39607-3 handelt es sich nur dann um eine „Gesamtheit von Maschinen“ wenn jeweils ein produktionstechnischer und sicherheitstechnischer Zusammenhang zu bejahen ist. Ein produktionstechnischer Zusammenhang ist schon deswegen zu bejahen, weil die einzelnen Geräte mechanisch bzw. steuerungstechnisch miteinander verbunden sind. Auch der sicherheitstechnische Zusammenhang ist zu bejahen, was die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.06.2020 klargestellt hat. Unstreitig handelt es sich damit bei den beiden Blockheizkraftwerksanlagen einschließlich des Blockheizkraftwerksmoduls und den weiteren verbauten Geräten um jeweils eine Maschine im Sinne der Maschinenrichtlinie. Auch die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt, dass es sich bei der Gesamtanlage – also Blockheizkraftwerksmodul und Anbauteile – um eine Gesamtmaschine handelt, zumal nach den Feststellungen des seitens der Klägerin eingereichten Privatgutachten des Privatgutachters S vom 25.06.2018, mithin qualifizierten Parteivortrag der Klägerin, die „BHKW-Anlage in Container-Bauweise...eine „Maschine“ gemäß Richtlinie 2006/42/EG“ ist. 100

Die von der Klägerin übergebenen EG-Konformitätserklärungen für das 1. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13 Bl. 115, 261 d.A.) und für das 2. Blockheizkraftwerk vom 23.12.2009 (Anlage K 13, Bl. 116, 260 d.A.) bezogen sich jeweils auf die Gesamtanlage als eine Maschine im Sinne der Maschinenrichtlinie. 101

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unwidersprochen vorgetragen, dass allein aus des jeweiligen Maschinenummer, - CO1211B-BGLB-220095 und CO112B-BGLB-400109 – erkennbar ist, dass hiermit die Gesamtanlage als eine Maschine beschrieben ist, da das Kürzel „CO“ die Abkürzung für „Container“ ist. Auch die vorangehende Bauartbeschreibung als „Biogas-Blockheizkraftwerk“ zeigt auch ohne den Zusatz „(im Container)“, dass nicht allein das Blockheizkraftwerksmodul, wie jeweils in der Position 10. 1 der Angebote und Auftragsbestätigungen ausdrücklich als „Modul“ bezeichnet und beschrieben, sondern das gesamte Blockheizkraftwerk beschrieben wird. Dies wird erst recht klargestellt durch den später eingefügten Zusatz „(im Container)“. 102

Soweit die Klägerin in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung am 01.04.2014 erklärt hat, dass es für das Einzelprojekt Blockheizkraftwerk „ja diese CE-Zertifizierung...nur nicht für den Bereich inklusive Container“ gebe, hat die Klägerin zuvor in ihrem Schreiben vom 16.12.2013 (Anlage K 13, Bl. 111 d.A.) ausgeführt, dass die „CE-Konformitätserklärung...auch den Container“ beinhalte und auch in der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2016 klargestellt, dass die EG-Konformitätserklärung für das Containeraggregat mit allen für einen Betrieb erforderlichen Komponenten gelte; auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.06.2020 hat die Klägerin behauptet, dass bereits die jeweils erste EG-Konformitätserklärung die Gesamtanlage als eine Maschine beschrieben habe.

Dass als Typ nur die Bezeichnung des jeweiligen Blockheizkraftwerksmoduls – „C1D“ und „C2D“ angegeben wird, ist vor diesem Hintergrund unschädlich, da damit allein die Typenbezeichnung des jeweiligen Blockheizkraftwerksmoduls auch als Typenbezeichnung der Gesamtanlage Verwendung gefunden hat. Dies folgt auch zwanglos aus der Position 10 der Angebote und Auftragsbestätigungen, da hiernach die Gesamtanlage als „C2D“ bzw. „C1D“ bezeichnet wird und diese Anlagenbezeichnung die nachfolgenden Bauteile und Geräte der Pos. 1 bis 10.18 bzw. 10.19, also auch das jeweilige Blockheizkraftwerkmodul „C1D“ und „C2D“ der Pos. 1, einschließt. 104

Gegenteiliges folgt auch nicht aus der Abbildung auf der „EG-Konformitätserklärung/Anlagendatenblatt“ (Anlage B6, Bl. 135 d.A.; Anlage B7, Bl. 137 d.A.). Dort findet sich zwar jeweils eine zeichnerische Darstellung des Blockheizkraftwerkmoduls; indes ist nicht erkennbar, dass diese zeichnerische Darstellung Teil der jeweiligen EG-Konformitätserklärung sein könnte. Ungeachtet dessen zeigt der Umstand, dass sich diese zeichnerische Darstellung des Blockheizkraftwerkmoduls unter anderem auch auf dem Deckblatt der Dokumentation (Anlage 6.2, Bl. 772 d.A.) und der Inbetriebnahme-Sicherheitsdatenblätter (Anlage B-B-1, 1.1, Bl. 1553 d.A.) wiederfindet, dass die zeichnerische Darstellung des Blockheizkraftwerkmoduls in diesem Zusammenhang – etwa im Gegensatz zu der erläuternden Verwendung der Anlage C-61 (Bl. 1063 d.A.) - eher gestalterischen Aspekten dient. 105

?) 106

Die EG-Konformitätserklärungen genügen auch den formalen Vorgaben der Maschinenrichtlinie. 107

Die EG-Konformitätserklärung muss nach Anhang II.1 A der Maschinenrichtlinie die Firmenbezeichnung und vollständige Anschrift des Herstellers und gegebenenfalls seines Bevollmächtigten, den Namen und die Anschrift der Person, die bevollmächtigt ist, die Beschreibung und Identifizierung der Maschine, einschließlich allgemeiner Bezeichnung, Funktion, Modell, Typ, Seriennummer und Handelsbezeichnung und einen Satz, in dem ausdrücklich erklärt wird, dass die Maschine allen einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie entspricht, und gegebenenfalls einen ähnlichen Satz, in dem die Übereinstimmung mit anderen Richtlinien und/oder einschlägigen Bestimmungen, denen die Maschine entspricht, erklärt wird, enthalten. All diese Angaben enthalten die EG-Konformitätserklärungen. Insbesondere ist auch klargestellt, dass es sich bei dem Unterzeichnenden um den Geschäftsführer der Klägerin handelt. 108

Der Einwand der Beklagten dass unklar sei, auf welche Dokumentationen sich die EG-Konformitätserklärungen bezögen, verfängt nicht. Denn die EG-Konformitätserklärungen nehmen ausdrücklich Bezug auf die technische Dokumentation, so dass dahinstehen kann, 109

ob ein derartiger Hinweis zwingender Inhalt der Erklärung ist.

- ?) 110
- Die EG-Konformitätserklärungen enthalten auch die Erklärung der Übereinstimmung mit anderen Richtlinien bzw. einschlägigen Bestimmungen, denen die Maschine zu entsprechen hat. 111
- ??) 112
- Der Einwand der Beklagten, dass in den EG-Konformitätserklärungen Hinweise auf die ATEX-Richtlinie RL 94/9/EG [EG-Explosionsschutz-Richtlinie], die in der Zeit vom 20.11.2003 bis 19.04.2016 galt (nunmehr gilt die RL 2014/34/EU), enthalten sein müssten, verfährt schon deswegen nicht, weil das Blockheizkraftwerksmodul nicht zur bestimmungsgemäßen Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen im Sinne der ATEX-Richtlinie RL 94/9/EG vorgesehen ist. 113
- (?) 114
- Nach Art. 1 Abs. 3 RL 94/9/EG gelten Maschinen, Betriebsmittel, stationäre oder ortsbewegliche Vorrichtungen, Steuerungs- und Ausrüstungsteile sowie Warn- und Vorbeugungssysteme, die einzeln oder kombiniert zur Erzeugung, Übertragung, Speicherung, Messung, Regelung und Umwandlung von Energien und/oder zur Verarbeitung von Werkstoffen bestimmt sind und die eigene potentielle Zündquellen aufweisen und dadurch eine Explosion verursachen können, als Geräte in diesem Sinne. Handelt es sich damit um ein solches Gerät, so muss nach Anhang X B. der RL 94/9/EG die EG-Konformitätserklärung sämtliche einschlägige Bestimmungen, denen das Gerät im Sinne des Art. 1 Abs. 2 entspricht, beinhalten, damit also auch den Verweis auf die RL 94/9/EG. 115
- Das Blockheizkraftwerkmodul unterfällt schon deswegen, weil es mittels Zündung das Gasgemisch entzündet, dem Gerätebegriff des Art. 1 Abs. 3a der ATEX-Richtlinie RL 94/9/EG. 116
- (?) 117
- Indes ist gerade keine bestimmungsgemäße Verwendung des Blockheizkraftwerkmodul und der Blockheizkraftwerksanlage in explosionsgefährdeten Bereichen vorgesehen. 118
- Nach Art. 1 Abs. 1 der ATEX-Richtlinie RL 94/9/EG findet die Richtlinie lediglich Anwendung auf Geräte und Schutzsysteme zur bestimmungsgemäßen Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen. Die bestimmungsgemäße Verwendung wird definiert als Verwendung von Geräten entsprechend der Gerätegruppe und Gerätekategorie; die Gerätegruppe I gilt für Geräte zur Verwendung in Untertagebetrieben von Bergwerken sowie deren Übertageanlagen, die durch Grubengas und/oder brennbare Stäube gefährdet werden können. Gerätegruppe II gilt für Geräte zur Verwendung in den übrigen Bereichen, die durch eine explosionsfähige Atmosphäre gefährdet werden können. Eine explosionsfähige Atmosphäre ist bei einem Gemisch aus Luft und brennbaren Gasen, Dämpfen, Nebeln oder Stäuben unter atmosphärischen Bedingungen, in dem sich der Verbrennungsvorgang nach erfolgter Entzündung auf das gesamte unverbrannte Gemisch überträgt, anzunehmen, während ein explosionsgefährdeter Bereich der Bereich ist, in dem die Atmosphäre aufgrund der örtlichen betrieblichen Verhältnisse explosionsfähig werden kann. 119

Indes ist der Aufstellraum einer vorschriftengerecht ausgeführten Anlage kein explosionsgefährdeter Bereich.

Ungeachtet dessen behauptet die Beklagte nicht, dass das jeweilige Blockheizkraftwerk vorschriftswidrig undicht ausgeführt worden wäre und deswegen – wenn auch bestimmungswidrig – ein Einsatz in zumindest explosionsgefährdeten Bereichen erfolgt. Soweit die Beklagte auf das Privatgutachten des Ingenieurbüros N vom 08.01.2019 und auf die E-Mail der SGD Nord vom 18.10.2012 (Anlage 9-9.1, A1, Bl. 1416 d.A.) verweist, behauptet die Beklagte gerade nicht, dass die Anlage oder Anlagenteile entgegen den Anforderungen der BGR 104 Explosionsschutz-Regeln - Berufsgenossenschaftliche Regel für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit – technisch undicht ausgeführt worden wären, so dass deswegen und überdies bestimmungswidrig die Anlage in einem explosionsgefährdeten Bereich eingesetzt würde, weil aufgrund von Undichtigkeiten Biogase im Container freigesetzt würden. Denn die Beklagte hat Mängel der Anlagen als solcher nicht gerügt. 121

Zudem bestätigt die E-Mail der SGD Nord vom 18.10.2012, dass bei einer entsprechenden dichten Ausführung der Aufstellungsraum kein explosionsgefährdeter Bereich ist. Demgemäß kommt es bei einem bestimmungsgemäßen Gebrauch, wie vorliegend, nicht zur Verwendung in einem explosionsgefährdeten Bereich. 122

??) 123

Die EG-Konformitätserklärungen mussten auch nicht die Konformität mit der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 09.03.2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates - Bauproduktverordnung (im Folgenden: BauPVo) - erklären. 124

Ungeachtet des Umstandes, dass Vortrag, die Konformitätserklärungen entsprächen nicht der BauPVo entsprächen, erstmals seitens der Beklagten in zweiter Instanz gehalten wird und nicht dargetan ist, dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt, sollte das jeweilige Blockheizkraftwerk gerade nicht im Sinne des Art. 1 Abs. 2 BauPVo und des Art. 2 lit. a) – dritter Gedankenstrich der Maschinenrichtlinie erst nach Installation in einem Gebäude oder Bauwerk funktionsfähig sein (vgl. S. 40 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Auflage 2.1 – Juli 2017). Die BauPVo gilt also nur dann zusätzlich zur Maschinenrichtlinie für Maschinen, die dauerhaft in Bauwerken eingebaut werden sollen, beispielsweise für kraftbetriebene Tore, Türen, Fenster, Rolläden und Jalousien, Lüftungs- und Klimaanlage (vgl. S. 96 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Auflage 2.1 – Juli 2017). Dieser Fall liegt hier indes nicht vor. 125

??) 126

Eine Übereinstimmung mit der Richtlinie 97/68/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.1997 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Bekämpfung der Emission von gasförmigen Schadstoffen und luftverunreinigenden Partikeln aus Verbrennungsmotoren für mobile Maschinen und Geräte (im Folgenden: Richtlinie 97/68/EG) musste ebenfalls nicht erklärt werden. 127

Ungeachtet des Umstandes, dass der Vortrag der Beklagten, die Konformitätserklärungen entsprächen nicht der Richtlinie 97/68/EG, ebenfalls erstmals in zweiter Instanz gehalten wird und nicht dargetan ist, dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt, ist beachtlich, dass nach der Richtlinie 97/68/EG dem Maschinenhersteller (OEM) 128

erlaubt wird, zeitlich und mengenmäßig begrenzt Motoren beim Motorenhersteller in Auftrag zu geben, die nicht der aktuellen, jedoch der unmittelbar vorangegangenen Abgasstufe entsprechen. Dass aber hier der jeweils verbaute MAN-Motor seinerzeit nicht geltenden Abgasstufen entsprochen hätte, ist weder seitens der Beklagten dargetan noch anderweit erkennbar.

Soweit in den Blockheizkraftwerksmodulen jeweils ein MAN-Motor verbaut ist, ist er zudem in eine nicht für die Teilnahme am Straßenverkehr bestimmte Maschine eingebaut, so dass die Richtlinie 97/68/EG in der EG-Konformitätserklärung der Maschine ohnehin nicht aufgeführt werden darf (S. 77 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG 2. Auflage – Juni 2010). 129

??) 130

Die EG-Konformitätserklärungen mussten auch nicht die Übereinstimmung mit der Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.01.2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten (im Folgenden: Richtlinie 2002/95/EG) erklären. Die Richtlinie 2002/95/EG regelt die Verwendung von Gefahrstoffen in Geräten und Bauteilen. Indes ist weder vorgetragen noch anderweit erkennbar, dass derartige Gefahrstoffe verbaut worden sind. Ungeachtet dessen erfolgt der Vortrag der Beklagten, dass die EG-Konformitätserklärungen die Übereinstimmung mit der Richtlinie 2002/95/EG bestätigen müssten, erstmals in zweiter Instanz und es ist seitens der Beklagten nicht dargetan, dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt. 131

??) 132

Die EG-Konformitätserklärungen mussten auch nicht die Übereinstimmung mit der Richtlinie 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über einfache Druckbehälter (im Folgenden: Richtlinie 2009/105/EG) erklären. 133

Ungeachtet des Umstandes, dass Vortrag der Beklagten, die Konformitätserklärungen entsprächen nicht der Richtlinie 2009/105/EG, erstmals in zweiter Instanz gehalten wird und nicht dargetan ist, dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt, ist nicht dargetan oder anderweit erkennbar, dass der Richtlinie 2009/105/EG unterfallende Druckbehälter verbaut sind. Denn Druckgeräte, die nicht höher als in Kategorie 1 eingestuft sind und in Maschinen, die - wie vorliegend - in den Anwendungsbereich der Maschinenrichtlinie fallen, verbaut sind, sind aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/105/EG ausgenommen. Die Maschinenrichtlinie gilt dann in vollem Umfang für derartige Geräte (vgl. S. 74 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, 2. Auflage – Juni 2010) 134

??) 135

Die EG-Konformitätserklärungen mussten nicht die Übereinstimmung mit der Richtlinie 2009/142/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über Gasverbrauchseinrichtungen (im Folgenden: Richtlinie 2009/142/EG) erklären. Nach Art. 3 der Maschinenrichtlinie gilt die Richtlinie 2009/142/EG für Maschinen oder Geräte, die dem Anwendungsbereich der Maschinenrichtlinie unterfallen, gerade nicht. Die Maschinenrichtlinie gilt nämlich auch hinsichtlich der Gefährdungen für in den Anwendungsbereich der Gasgeräte richtlinie fallende Gasgeräte, die kraftbetriebene bewegliche Teile aufweisen (vgl. S. 94 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Auflage 2.1 – 136

- kk) 137
- Die EG-Konformitätserklärungen mussten nicht die Übereinstimmung mit der Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen (im Folgenden: Niederspannungsrichtlinie) ausweisen. Nr. 1.5.1 Abs. 2 Satz 1 des Anhangs I der Maschinenrichtlinie macht zwar die Sicherheitsanforderungen der Niederspannungsrichtlinie auch in Fassung der Richtlinie 2006/95/EG für Maschinen anwendbar (S. 256 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Auflage 2.1 – Juli 2017). Nr. 1.5.1 Abs. 2 Satz 2 des Anhangs I der Maschinenrichtlinie stellt indes klar, dass die Verfahren der Niederspannungsrichtlinie, die sich auf Inverkehrbringen und Inbetriebnahme beziehen, nicht auf Maschinen anwendbar sind, welche der Maschinenrichtlinie unterliegen. Damit aber darf die EG-Konformitätserklärung für Maschinen, die – wie hier – der Maschinenrichtlinie unterliegen, gerade nicht die Konformität mit der Niederspannungsrichtlinie erklären (S. 256 des Leitfadens für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Auflage 2.1 – Juli 2017). Insofern bestätigen die jeweiligen EG-Konformitätserklärungen gerade nicht die Übereinstimmung mit der Niederspannungsrichtlinie, sondern verweisen in zulässiger Weise lediglich darauf, dass die Schutzziele der Niederspannungsrichtlinie eingehalten worden sind. 138
- (d) 139
- Dass eine EG-Konformitätserklärung hinsichtlich der Biogasfackel fehlte und deswegen ein Mangel anzunehmen wäre, ist nicht feststellbar. Der Geschäftsführer der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vom 01.04.2014 ausdrücklich bestätigt, eine Konformitätserklärung erhalten zu haben. 140
- (e) 141
- Soweit die CE-Kennzeichnungen betroffen sind, kann letztlich dahinstehen, ob allein der Umstand, dass die EG-Konformitätserklärung für das 2. Blockheizkraftwerksmodul die Seriennummer CO112B-BGLB-400109 ausweist, während die dazugehörige CE-Kennzeichnung (Anlage, Bl. 595 d.A. = Anlage 10.7, Bl. 1425 d.A.) die hiervon abweichende Seriennummer CO0112B-BGBL-400109 nennt, einen Mangel begründet (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 4.9.2018 – 2 U 58/18 - NJW 2019, 863). Denn selbst unterstellt, dass diese Abweichung einen Mangel darstellen könnte, ist - ungeachtet des Umstandes, dass sich die Klägerin bereit erklärt hat, die CE-Kennzeichnung ohne weiteres an anderer Stelle anzubringen – jedenfalls kein erheblicher Mangel anzunehmen, da lediglich eine neue CE-Kennzeichnung mit der richtigen Maschinenummer anzubringen wäre. Der hierfür zu veranschlagende Aufwand stellt sich im Verhältnis zur Gesamtvergütung als unbedeutend dar. 142
- (f) 143
- Soweit die Beklagte rügt, dass eine Betriebsanleitung nicht vorhanden sei, kann dahinstehen, ob aufgrund einer fehlenden Betriebsanleitung ein Mangel angenommen werden kann. 144
- Denn der entsprechende Vortrag der Beklagten zur fehlenden Betriebsanleitung ist aus prozessualen Gründen unbeachtet zu lassen. In erster Instanz hat die Beklagte zwar 145

zunächst behauptet, dass umfangreiche Nachweise fehlten. Das Fehlen einer Betriebsanleitung hat sie aber nicht gerügt. Erstmals in zweiter Instanz ist das Fehlen der Betriebsanleitung gerügt worden. Damit handelt es sich um neuen Vortrag. Die Klägerin bestreitet, dass die Betriebsanleitung fehle und behauptet, dass diese vorliege und mit den Anlagen übergeben worden sei. Da aber weder erkennbar noch dargetan ist, dass die Beklagte das Fehlen der Betriebsanleitung nicht bereits in erster Instanz hätte rügen können, ist dieser neue Vortrag in der Berufungsinstanz nicht mehr zuzulassen. Dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt, ist seitens der Beklagten nicht dargetan.

Gleiches gilt sinngemäß für die erstmals in zweiter Instanz erhobene Rüge der Beklagten, dass eine ausreichende Dokumentation fehle. Ungeachtet des Umstandes, dass im Privatgutachten des Ingenieurbüros N vom 23.01.2018 (dort S. 24) Unterlagen, aus denen die Dokumentation besteht, beigelegt sind (Anlage 4-2, S. 4-2.1 – 4-2.4 Privatgutachten des Ingenieurbüros N vom 23.01.2018), ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass die Beklagte das Fehlen der Dokumentation nicht bereits in erster Instanz hätte rügen können, so dass dieser neue Vortrag in der Berufungsinstanz aus prozessualen Gründen nicht mehr zuzulassen ist. Dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt, ist seitens der Beklagten nicht dargetan. 146

(g) 147

Dass der Beklagten keine Risikobeurteilung übergeben worden ist, begründet ebenfalls keinen Mangel der Leistung. 148

Nach Anhang VII der Maschinenrichtlinie hat der Hersteller oder dessen Bevollmächtigter eine technische Dokumentation zu erstellen anhand derer es möglich sein muss, die Übereinstimmung der Maschine mit den Anforderungen dieser Richtlinie zu beurteilen. 149

Die Risikobeurteilung ist ein Teil dieser technischen Dokumentation. Nach Anhang I der Maschinenrichtlinie hat der Hersteller oder der Bevollmächtigte eine Risikobeurteilung durchzuführen, um die für die Maschine geltenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen zu ermitteln. Die Maschine muss dann unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Risikobeurteilung konstruiert und gebaut werden (Anhang I). Soweit für diese Beurteilung erforderlich, hat sich diese auf die Konstruktion, den Bau und die Funktionsweise der Maschine zu erstrecken. Detailpläne oder sonstige speziellen Angaben zu den für den Bau der Maschine verwendeten Unterbaugruppen sind nicht notwendig, es sei denn, deren Kenntnis ist für die Überprüfung der Einhaltung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen unerlässlich. Diese technischen Unterlagen müssen aber - anders als die Bedienungsanleitung nach 1.7.4. Anhang I der Maschinenrichtlinie - nicht der Maschine beiliegen, sondern sind nach Anhang VII A Abs. 2 für die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach dem Tag der Herstellung der Maschine — bzw. bei Serienfertigung nach dem Tag der Fertigstellung der letzten Einheit — mindestens zehn Jahre lang bereitzuhalten. 150

Dass die Parteien abweichend hiervon vereinbart hätten, dass die Risikobeurteilung nach Anhang VII Teil A/B der Maschinenrichtlinie mitzuliefern und der Beklagten zu übergeben ist, ist weder behauptet, noch anderweit dargetan, so dass auch kein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der Risikobeurteilung besteht. Soweit die Beklagte darüber hinaus die Übergabe der in Anhang VII A Abs. 1 Maschinenrichtlinie genannten Unterlagen vermisst, gilt auch hier, dass diese Unterlagen lediglich für die zuständige Behörde aufzubewahren und – mangels entsprechender vertraglicher Vereinbarung – nicht an die Beklagte zu übergeben sind. 151

(h)	152
Ein zum Rücktritt berechtigender Mangel in Form eines mangelhaften Aufstellungsplans lag jedenfalls im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nicht mehr vor.	153
(aa)	154
Nach Pos. 10.18 der Auftragsbestätigungen schuldete die Klägerin die Erstellung eines Aufstellungsplanes auf der Basis der 2G Standardinstallation. Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 16.06.2020 vor dem Senat behauptet hat, der Aufstellungsplan sei speziell für den Aufstellungsort in J zu entwickeln gewesen, ist dieser Vortrag in zweiter Instanz neu und überdies streitig, da die Klägerin behauptet, dass es sich um einen Standard-Aufstellungsplan gehandelt hat. Dieser neue Vortrag ist in der Berufungsinstanz aus prozessualen Gründen nicht mehr zuzulassen, weil nicht dargetan ist, dass ein Fall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorliegt. Da selbst die Beklagte nicht behauptet, dass die Auftragsbestätigungen unecht seien, ist überdies beachtlich, dass für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden nach § 416 ZPO die tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit besteht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2016 – V ZR 295/14 – DNotZ 2017, 48; BGH, Urteil vom 05. Juli 2002 – V ZR 143/01 – zitiert nach juris). Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft, trifft die Darlegungs- und Beweislast für deren Vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2016 – V ZR 295/14 – DNotZ 2017, 48; BGH, Urteil vom 05. Juli 2002 – V ZR 143/01 – zitiert nach juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. August 2002 – 3 U 44/01 – zitiert nach juris). Hieraus folgt also, dass derjenige, der sich auf einen vom Urkundsinhalt abweichenden Inhalt beruft, vollen Gegenbeweis erbringen muss (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2016 – V ZR 295/14 – DNotZ 2017, 48). Die Beklagte hat indes für ihren Vortrag, dass – entgegen dem Inhalt der Auftragsbestätigungen – der Aufstellungsplan speziell für den Aufstellungsort in J entwickelt worden sei, schon keinen Beweis angetreten.	155
(bb)	156
Unstreitig war der zunächst ausgehändigte Aufstellungsplan (Bl. 186 der Akte) mangelhaft. Unter dem Container waren 3 Fundamentbereiche vorgesehen; für den leichteren Teilbereich des Containers waren 2 Stahlbetonfundamente mit jeweiligen Fundamentgrößen von 35 cm x 35 cm vorgesehen. Unstreitig waren diese Fundamentgrößen ungeeignet, die anfallenden Lasten abzutragen.	157
(cc)	158
Die Klägerin hat aber vor Erklärung des Rücktritts mit dem 1. Nachtrag der statischen Berechnung (Anlage, Bl. 182-192 d.A.) und mit dem 2. Nachtrag der statischen Berechnung (Anlage Bl. 621-627 d.A.) den Mangel des Aufstellungsplanes beseitigt und für die Einzelfundamente nunmehr jeweils Fundamentgrößen von 60 cm x 80 cm x 100 cm ausgewiesen. Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht fest, dass diese Fundamentgröße unter Zugrundelegung der geschuldeten Standardinstallation ausreichend ist.	159
Der Sachverständige O hat in seiner Einvernahme vor dem Senat in der mündlichen Verhandlung am 01.03.2018 ausgeführt, dass die Fundamente, wie im 1. Nachtrag zur Statik ausgeführt, auf ein Gewicht von 6 t ausgelegt seien. Soweit er darauf verweist, dass hinsichtlich des tatsächlichen Zustands des hügeligen und in Terrassenform angelegten Geländes entweder eine Anpassung der Geländeoberfläche an die Planung oder eine	160

Anpassung der Planung an die Geländeoberfläche hätte erfolgen müssen, ist beachtlich, dass eine derartige, an die tatsächlichen Geländeverhältnisse angepasste Planung seitens der Klägerin nicht geschuldet war. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Auftragsbestätigungen war ein Aufstellungsplan auf Basis der 2G Standardinstallation geschuldet.

Dieser Aufstellungsplan sieht nach dem unwidersprochenen Vortrag des Prokuristen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2018 stets eine gerade Fläche vor. Soweit also eine darüber hinausgehende weitere Planung oder die Anfertigung einer Statik erforderlich gewesen wäre, war diese nach den abgeschlossenen Werkverträgen seitens der Klägerin gerade nicht geschuldet. Auch der Sachverständige O hat überzeugend ausgeführt, dass im Falle des Vorliegens von Besonderheiten der Geländeoberfläche zwar eine gesonderte Statik anzufertigen, diese aber auch gesondert zu vergüten sei, da sie nicht vom „Standardpaket“ mit umfasst werde. Damit aber war es allein Sache der Beklagten, die konkreten örtlichen Besonderheiten in den Aufstellungsplan einzuarbeiten. 161

Damit aber steht auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen O fest, dass der geschuldete standardisierte Aufstellungsplan in Form des 1. und 2. Nachtrags zur Statik keinen Fehler mehr aufwies, da hierin Fundamentgrößen von 60 cm x 80 cm x 100 cm ausgewiesen sind. Dass diese Fundamentgrößen von 60 cm x 80 cm x 100 cm unter Zugrundelegung einer standardisierten geraden Geländeoberfläche genügten, hat der Sachverständige O überzeugend in seinem Gutachten vom 09.01.2016 ausgeführt, indem er festgestellt hat, dass die beiden kleineren Fundamente Abmessungen von 60 cm x 80 cm x 100 cm haben müssten, was er auch im Rahmen seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2018 nochmals unter Hinweis auf seine langjährige Berufserfahrung überzeugend bestätigt hat. Hierbei hat er auch berücksichtigt, dass das schwerere Blockheizkraftwerk ein Gewicht von 6,0 t hat. 162

Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe ausweislich der Auszüge aus der statischen Berechnung Q und Partner (Anlage 1, 1.1, 1.2, Bl. 1161/1162 d.A.) die zulässige Bodenbelastung auf 280 kN/m<sup>2</sup> erhöht, um ihre Berechnungen nachweisbar zu machen, obgleich sich aus dem Geotechnischen Bericht R T vom 14.03.2011 (Bl. 1163-1165 d.A.) für eine Gründung auf gewachsenem, also ungestörtem Erdreich ein zulässiger Wert von lediglich 250 kN/m<sup>2</sup> ergebe, greift schon deswegen nicht durch, weil die Klägerin keine auf die Besonderheiten des konkreten Geländes abgestimmte statische Planung geschuldet hat, sondern lediglich den 2G Aufstellungsplan auf Basis der 2G Standardinstallation, der naturgemäß nicht auf die konkreten Besonderheiten des für die Aufstellung der beiden Container vorgesehenen Geländes abgestimmt war. Auch die Beklagte trägt unter Verweis auf den Internetauftritt der Klägerin vor, dass jeweils Standard-Container vereinbart und geliefert worden seien. Aus diesem Grunde verfängt auch der weitere Einwand der Beklagten, die Statik X (Prüfberichte vom 15.06.2018 für die Containerkonstruktion, Anlage K 27, Anlagenband) sei fehlerhaft, nicht, da keine komplette statische Berechnung, sondern lediglich der standardisierte Aufstellungsplan geschuldet war. 163

(i) 164

Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme steht ebenfalls fest, dass beide Blockheizkraftwerke am ursprünglichen Aufstellungsort im Freifeld keinen Schalldruckpegel im Mittelwert von ca. 65 dB (A) in 10 m Entfernung überschritten und damit dem Vertragsoll entsprachen. 165

Der Sachverständige W hat in seinem Gutachten vom 14.06.2019 und im Rahmen seiner Einvernahme vor dem Senat am 16.06.2020 überzeugend aufgrund einer Bewertung der 166

vorhandenen Berechnungen festgestellt, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit jede Anlage in 10 m Entfernung einen Schalldruckpegel von 65 dB (A) einhält. Der Sachverständige W hat hierbei festgestellt, dass die Berechnungen der Ingenieurbüros L und M und G und F fachtechnisch solide sind und vermeintliche Widersprüche in den Berechnungen beider Ingenieurbüros sich auflösen lassen.

(aa) 167

Dem Sachverständigen W stand mit den Berechnungen der Ingenieurbüros L und M und G und F eine hinreichend sichere Erkenntnisgrundlage zur Verfügung, auf die er seine Feststellungen gründen konnte. 168

Nach dem Schreiben des Ingenieurbüros G und F vom 19.08.2013 (Anlage B 17, Bl. 251-252 d.A.) sind tatsächlich an Anlagen jedenfalls derselben Typbeschreibungen 1 in Y und des Typs 2 in Z Messungen durchgeführt worden, die für den Typ 1 Werte zwischen 54 und 58 dB (A) und für den Typ 2 Werte von 53 und 63 dB (A) ergaben, wobei eine geschätzte Messunsicherheit von +/-3 dB angenommen wurde. 169

Insoweit hat der Sachverständige W aber festgestellt, dass nicht bekannt oder zu unterstellen sei, dass die Details der tatsächlich gemessenen Anlagen mit den streitgegenständlichen Anlagen übereinstimmen, so dass diese Bewertungen nicht ohne Anpassungen zugrunde gelegt werden könnten. Schon deswegen verfängt der Einwand der Beklagten, dass sich der Sachverständige mit den zahlreichen Messungen an „vergleichbaren“ Anlagen hätte auseinandersetzen müssen, nicht. Denn aufgrund des Umstandes, dass nicht zu bewerten ist, ob Messungen an exakt vergleichbaren Anlagen durchgeführt worden sind und auch nicht erkennbar ist, ob die entsprechenden Messungen unter Freifeldbedingungen vorgenommen worden sind, hat der Sachverständige zutreffend schon dem Grunde nach diese Messungen für nicht allein maßgeblich erachtet. Soweit das Schreiben des Ingenieurbüros G und F vom 17.04.2014 (Anlage K 20, Bl. 337 d.A.) betroffen ist, hat der Sachverständige W darauf verwiesen, dass die Anlagen offenbar nicht identisch seien und bei den gemessenen Anlagen die Kühler fehlten (S. 6 des Gutachtens vom 14.06.2019). 170

Hinsichtlich des Privatgutachtens des Ingenieurbüros für Lärmschutz L und M vom 12.03.2014 (Bl. 169-180 d.A.) hat der Sachverständige W festgestellt, dass zwar die Berechnungen an sich fachlich korrekt abgeleitet seien. Allerdings habe sich dieses Privatgutachten nur mit dem Abgasauspuff als Schallquelle, nicht jedoch mit der gesamten Anlage befasst und die Schalleistung des Motorengeräusches werde zwar genannt aber nicht weiter in die Berechnung eingestellt. Damit aber ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass dieses Privatgutachten unvollständige Angaben enthält und mithin allein keine geeignete Basis für eine Bewertung darstellt. 171

Demgegenüber wird im Privatgutachten des Ingenieurbüros G und F vom 16.05.2018 (Anlage K 22, Bl. 914-960 d.A.) jeweils unter Berücksichtigung der Gesamtanlage (BHKW-Container mit Zu- und Abluftschalldämpfer sowie Not- und Gemischkühler, Abgaskamine, Gesamtanlagen) für das 1. Blockheizkraftwerk ein Wert von 51 dB (A) und für das 2. Blockheizkraftwerk ein Wert von 54 dB (A) ermittelt. Der Sachverständige W erklärt die Unterschiede zwischen der Bewertung G und F vom 16.05.2018 und L und M vom 12.03.2014 damit, dass nicht nur eine Gesamtbetrachtung vorgenommen wurde, sondern auch die inneren Wandverkleidungen berücksichtigt worden seien. Der Sachverständige W hat hierzu zwar selbst keine eigenen Feststellungen getroffen, sondern ausgeführt, dass, sofern dieses Bauteil eingesetzt worden sei, eine bessere Schalldämmung erreicht worden sei. Indes ist davon auszugehen, dass bei den streitgegenständlichen Anlagen diese Bauteile 172

vorhanden waren. Ungeachtet des Umstandes, dass nach dem Privatgutachten des Ingenieurbüros G und F vom 26.06.2018 (Anlage K 26, Anlagenband) ein Schallschutzcontainer über ein 2 mm starkes Außenblech, 80 mm starke Mineralwolle sowie ein innenseitiges Lochblech zur Optimierung der Schallabsorption verfügt, waren nach der jeweiligen Pos. 10.10 der Auftragsbestätigungen die Wände und Decke der Container jeweils mit einer Dämmung aus 80 mm Mineralwolle zu dämmen und ein Vlies und ein verzinktes Lochblech einzubauen. Dass die Container diesen Vorgaben nicht entsprechen, behauptet auch die Beklagte nicht. Sie verweist lediglich darauf, dass es sich vorliegend um einen Standardcontainer handelt. Dass dieser aber hinsichtlich der Dämmung nicht dem Vertragsoll entspricht, behauptet sie hingegen nicht. Damit aber waren die im Privatgutachten des Ingenieurbüros G und F vom 16.05.2018 (Anlage K 22, Bl. 914-960 d.A.) vorausgesetzten Bauteile auch für die streitgegenständlichen Blockheizkraftwerksanlagen anzunehmen. Dementsprechend ist der Sachverständige W zutreffend von den Werten im Privatgutachten des Ingenieurbüros G und F vom 16.05.2018 (Anlage K 22, Bl. 914-960 d.A.)

Soweit die streitgegenständlichen Anlagen – im Gegensatz zu den im Schreiben des Ingenieurbüros G und F vom 19.08.2013 (Anlage B 17, Bl. 251-252 d.A.) genannten Anlagen – über zusätzliche Kühler verfügten, die zu einer Erhöhung des Pegels gegenüber den „baugleichen“ gemessenen Anlage um 1 dB (2) bzw. 2 dB (Anlage 1) führten, hat der Sachverständige W nachvollziehbar festgestellt, dass dies Werte von 59 dB (A) und 62 dB (A) in 10 m Abstand ergibt. Soweit ausweislich des Schreiben des Ingenieurbüros G und F vom 19.08.2013 ein entsprechender Korrekturzuschlag (Toleranz von/-3 dB) vorgenommen worden ist, hat der Sachverständige W nicht nur klargestellt, dass insofern auch ein Abschlag hätte vorgenommen werden können, sondern, dass ein derartiger Korrekturzuschlag deswegen nicht angezeigt ist, weil eine solche willkürliche Messungenauigkeit schon dem Grunde nach nicht angenommen werden kann, da Präzisionsschallmessgeräte nicht so große Messungenauigkeiten aufweisen. Überdies fand die Messung der 2. Anlage (2) in Z in einer Entfernung von 5 m statt, was darauf deutet, dass es in 10 m Entfernung Hindernisse, mithin kein Freifeld, gegeben hat, so dass es hier mehr oder weniger schallreflektierende Flächen gegeben hat, die tendenziell zu einer Pegelerhöhung führen. Dann aber wäre tatsächlich ein zu hoher, nicht zu niedriger Pegel gemessen worden, so dass vorliegend ein Abschlag angezeigt ist. 173

Der Inhalt der von der Beklagten bemühten Studie des Amtes für Umwelt, Naturschutz und Geologie des Landes Mecklenburg, Vorpommern (Anlage B-8.1-8.4, Bl. 1023-1026 d.A.), wonach die von den Herstellern angegebenen Schalleistungspegel im praktischen Anlagenbetrieb zumeist nicht erreicht würden, bestätigt diese Schlussfolgerung, da hiermit ebenfalls bestätigt wird, dass Schalleistungspegel unterschritten („nicht erreicht“) würden. 174

(bb) 175

Die Feststellungen des Sachverständigen W sind auch im Übrigen in sich überzeugend und nachvollziehbar. 176

Soweit der Aufbau der Türen betroffen ist, hat der Sachverständige W festgestellt, dass die Wandkonstruktion eine Stärke von 80 mm und die Tür eine Stärke von 70 mm hat. Insofern ist beachtlich, dass – wie bereits ausgeführt – nach den entsprechenden Auftragsbestätigungen die Wände und Decken der Container jeweils mit einer Dämmung aus 80 mm Mineralwolle versehen waren. Selbst bei einer Unterschreitung der Schalldämmung der Türkonstruktion um 2-3 dB im Verhältnis zur Wandkonstruktion, fällt dies bezogen auf die Schallabstrahlung der Gesamtfläche mit weniger 1 dB ins Gewicht. 177

Hinsichtlich der Hohlprofile hat der Sachverständige W nachvollziehbar ausgeführt, dass die seitens der Beklagten als „kritisch vermuteten Hohlprofile“ Bestandteil der Wandkonstruktion sind, so dass sie auch als Bestandteil deren Schalldämmung gelten und nicht als weitere Schwachpunkte zu betrachten sind. Soweit die Eingangsgrößen für Kulissenschalldämpfer betroffen sind, hat der Sachverständige zutreffend angenommen, dass die Beklagte nicht bezweifelt, dass diese Werte realistisch seien. Die Beklagte stellt auch nicht dar, welche anderen Werte gegebenenfalls zugrunde zu legen wären.

Hinsichtlich der Werte des Abgasmündungsgeräusches hat der Sachverständige festgestellt, dass die in der Anlage B1 wiedergegebenen Schalleistungspegel Linearangaben sind und aus dem Privatgutachten des Ingenieurbüros für Lärmschutz L und M vom 12.03.2014 die Herleitung nachzuvollziehen ist. Soweit die Beklagte unter Verweis auf das Privatgutachten des Ingenieurbüros N vom 24.01.2014 (Anlage B 13, Bl. 149-152 d.A.) annimmt, dass der Abgasschalldämpfer eine Dämmwirkung von 40 dB (A) habe und deswegen insgesamt ein Schalldruckpegel von 84,9 dB (A) anzunehmen sei, hat der Sachverständige W nachvollziehbar festgestellt, dass diese Berechnung fachtechnisch falsch sei, da eine Schalleistung zu einer Fläche in Beziehung gesetzt werden müsse, um eine Aussage über den Schalldruck in einer bestimmten Entfernung machen zu können. Auch der weitere Einwand der Beklagten, der Sachverständige habe nicht verifizierte Daten der Klägerin übernommen, verfängt schon im Ansatz nicht, weil der Sachverständige Rücksprache mit der Herstellerfirma Ä genommen hat und die angegebenen Dämpfungswerte für den hier gegebenen Einsatzfall nach seiner fachlichen Einschätzung im realistischen Bereich liegen. 179

Soweit die von der Beklagten angesprochenen jeweiligen Lüftungen betroffen sind, geht der Sachverständige davon aus, dass es sich hierbei um die Zu- und Abluftöffnungen handelt, die aber tatsächlich mit Schalldämpfern berücksichtigt worden sind. Insofern hat die Beklagte nicht dargetan, welche Zu- und Abluftöffnungen es außer diesen mit Schalldämpfern ausgestatteten Öffnungen noch geben sollte. Gleiches gilt auch für die von der Beklagten angeführte Kabelzuführung, da nicht dargetan ist, wo sich diese Kabelzuführungsbereiche befinden sollen. Hinsichtlich etwaiger offener Rohreinführungen hat der Sachverständige nachvollziehbar festgestellt, dass von Rohreinführungen üblicherweise keine nennenswerte Schallabstrahlung ausgeht, da diese keine eigene Schallquelle sind und schon aus Wetterschutzgründen dicht eingebaut sein müssen, so dass sie in der Berechnung nicht berücksichtigt werden. 180

Zusammenfassend ist damit selbst unter Berücksichtigung von minder starken Türen, Rohrleitungen oder Kabeldurchführungen eine Erhöhung des Schalldruckpegels auszuschließen. 181

(cc) 182

Einer tatsächlichen Vergleichsmessung bedurfte es aus diesem Grunde nicht. 183

Eine tatsächliche Messung war auch nicht deswegen geschuldet, weil nach Ziffer 1.7.4.2 Satz 2 des Anhangs der Maschinenrichtlinie Emissionsschalldruckpegel an der betreffenden Maschine tatsächlich zu messen sind. Denn Ziffer 1.7.4.2 Satz 2 des Anhangs der Maschinenrichtlinie gilt lediglich für Arbeitsplätze, worauf auch der Sachverständige W zutreffend verwiesen hat. Dass aber in oder am Blockheizkraftwerkscontainer ein Arbeitsplatz in diesem Sinne vorhanden ist, ist weder erkennbar noch seitens der Beklagten dargetan. 184

Ungeachtet dessen ist beachtlich, dass nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen W aussagekräftige Vergleichsmessungen an den streitgegenständlichen 185

Anlagen selbst dann nicht vorgenommen werden könnten, wenn unterstellt würde, dass beide Anlagen nach entsprechenden Instandsetzungsarbeiten in Betrieb genommen werden könnten. Der Sachverständige W hat überzeugend dargetan, dass bereits wegen des Abbaus der Anlagen und deren Aufbau an ihrem jetzigen Standort, keine aussagekräftige Vergleichsmessung vorgenommen werden kann. Denn bereits das unterschiedliche „Festziehen einer Schraube“ kann zu abweichenden Messergebnissen führen. Mangels Inventarisierung kann nicht festgestellt werden kann, ob sämtliche Anbauteile in identischer Weise nach deren Abbau wieder angebracht worden sind, wie es dem Zustand am ursprünglichen Aufstellungsort entsprach, so dass eine Aussage über die Vergleichbarkeit tatsächlich durchgeführter Messungen nicht möglich ist. Auch die lange Standzeit oder Stillstandsschäden in Form von Korrosion können Einfluss auf die Messergebnisse haben.

Aber selbst, wenn die Möglichkeit einer abweichenden Messung bestünde, ist zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen der vertraglich vereinbarte Pegel um 2-3 dB(A) unterschritten wird und eine große Messabweichung erforderlich wäre, um anzunehmen, dass der Maximalwert von 65 db(A) überschritten würde. Insofern hat der Sachverständigen zwar nicht ausschließen können, dass bei einer möglichen Messung ein um 1 bis 2 dB(A) höherer Wert angenommen werden könnte. Aber aufgrund der relativ großen „Reserve“ von 2-3 dB(A) müssten deutliche „Fehler“, für deren Vorhandensein keine Umstände erkennbar sind, vorliegen. Hiernach ist aber mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass eine tatsächlich unter vergleichbaren Verhältnissen durchgeführte Messung zu derart abweichenden Messergebnissen führen kann.

(j) 187

Soweit die Beklagte auf das Fehlen eines Schallschutznachweises abstellt, kann dahinstehen, ob ein vertraglicher Anspruch der Beklagten auf Übergabe des Schallschutznachweises, etwa als Teil der nach Pos. 20 der Auftragsbestätigungen geschuldeten Dokumentation, besteht. Auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass jedenfalls die vor Erklärung des Rücktritts überreichten schalltechnischen Untersuchungen vom 26.03.2018 und 16.05.2018 des Ingenieurbüros G und F den Anforderungen eines Schallschutznachweises genügen. Der Sachverständige O hat in seiner Einvernahme vor dem Senat überzeugend ausgeführt, dass es sich bei dem Schallschutznachweis um eine theoretische Berechnung auf der Grundlage der Pläne handele. Auch der Sachverständige W hat festgestellt, dass eine tatsächliche Messung nur bei Vorliegen besonderer Umstände, etwa einer angrenzenden Wohnbebauung oder bei gesonderter Vereinbarung auch einer zusätzlichen Vergütung, vorgenommen wird.

(3) 189

Neben einer mangelhaften Leistung ist auch eine andere erhebliche Pflichtverletzung der Klägerin, die die Beklagte zum Rücktritt berechtigt hätte, nicht ersichtlich.

(a) 191

Der Verweis der Beklagten auf eine vermeintliche „Abwehrhaltung“ der Klägerin geht deswegen fehl, weil die Klägerin zutreffend darauf abstellt, dass Mängel des Aufstellungsplans behoben worden sind, die EG-Konformitätserklärungen den vertraglichen und gesetzlichen Anforderungen entsprechen und die Anlagen auch den vereinbarten Schalldruckpegel nicht überschreiten. Soweit allein ein fehlerhaftes, weil die Maschinenummer unzutreffend wiedergebendes CE-Kennzeichen vorliegen könnte, ist ungeachtet der Frage, ob dieser Fehler durch ein bloßes Übertragungsversehen verursacht

worden ist und einen Mangel begründet, beachtlich, dass die Klägerin sich zu einer anderweitigen Anbringung des CE-Kennzeichens bereit erklärt hat, so dass insofern eine „Abwehrhaltung“ nicht erkennbar ist.

(b) 193

Die Klägerin hat auch keine nachvertragliche Pflicht (vgl. Riehm, in beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.07.2019, § 280 BGB Rn. 49) dadurch verletzt, dass sie keinen Hinweis auf die Erforderlichkeit von Konservierungsmaßnahmen im Falle einer dauerhaften Nichtinbetriebnahme der Anlagen erteilt hat. Die Klägerin musste nicht damit rechnen, dass die an sich funktionsfähigen Anlagen auf Dauer nicht in Betrieb genommen würden, zumal die Beklagte vor dem Senat eingeräumt hat, dass es auch – ungeachtet des vorliegenden Rechtsstreits – mit dem Luftdachhersteller Probleme gegeben hat, so dass bereits aus diesem Grunde die Anlagen nicht in Betrieb gegangen sind. Dass die Klägerin von diesen Problemen Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, so dass ein Hinweis auf die erforderliche Konservierung angezeigt gewesen sein könnte, ist nicht erkennbar. Ungeachtet dessen ist mangels substantiierten Vortrags der Beklagten unklar, ob und in welchem Maße eine unterlassene Konservierung sich nachteilig auf die Funktionsfähigkeit der Anlagen ausgewirkt hat. 194

(c) 195

Dass der Stillstand der Anlagen im Verantwortungsbereich der Klägerin liegt und damit eine Pflichtverletzung der Klägerin anzunehmen wäre, ist dementsprechend ebenfalls auszuschließen. Denn die Gesamtanlage konnte wegen der seitens der Beklagten geschilderten Probleme mit dem Luftdachhersteller nicht in Betrieb gehen. 196

Damit aber ist der Rücktritt unwirksam und der Restwerklohnanspruch der Klägerin nicht infolge des erklärten Rücktritts erloschen. 197

e) 198

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin ist infolge der erstinstanzlich erklärten Hilfsaufrechnung in Höhe von 7.513,66 € gemäß § 389 BGB untergegangen, so dass der Klägerin noch ein Restwerklohnanspruch in Höhe von 48.934,13 € (56.447,79 € abzüglich 7.513,66 €) zusteht 199

aa) 200

Das Landgericht hat auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen O einen Anspruch der Beklagten nach den §§ 631, 634 Nr. 4, 280 BGB in Höhe von 7.513,66 € als Schadensersatz neben der Leistung bejaht und infolge der erklärten Hilfsaufrechnung den Restwerklohnanspruch der Klägerin in dieser Höhe nach § 389 BGB als erloschen angesehen. 201

Ursprünglich hat die Beklagte wegen der auf der Grundlage des fehlerhaften Aufstellungsplans ausgeführten Fundamente die Aufrechnung mit einem Anspruch in Höhe von insgesamt 48.300,00 € erklärt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.06.2020 hat die Beklagte ausdrücklich klargestellt, dass sie lediglich die Hilfsaufrechnung mit dem Anspruch auf Ersatz des Wertverlustes und sodann die Hilfsaufrechnung mit ihrem Anspruch auf Ersatz der Erstattung von Privatgutachterkosten erklärt. 202

203

Damit aber hat die Beklagte ihre ursprünglich erklärte Hilfsaufrechnung in weiterer, über den vom Landgericht berücksichtigten Betrag hinausgehender Höhe von 40.786,34 € zurückgenommen. Wegen des Doppelcharakters der Prozessaufrechnung kann die prozessuale Aufrechnungserklärung zurückgenommen werden, was zur materiellen Unwirksamkeit der Prozessaufrechnung führt (vgl. Schlüter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 388 BGB Rn. 2). Damit aber verfolgt die Beklagte wegen aufgrund fehlerhaften Aufstellungsplans ausgeführter Fundamente keinen über den vom Landgericht zuerkannten Betrag hinausgehenden Anspruch mehr. Mithin ist dem Senat die Prüfung entzogen, ob für die Sanierung der Fundamente über den vom Sachverständigen O berechneten Betrag in Höhe von 7.513,66 € hinausgehende weitere Kosten anzusetzen sind und der Beklagte dementsprechend ein Schadensersatzanspruch in hierüber hinausgehender Höhe zusteht.

bb) 204

Der Restwerklohnanspruch ist hingegen nicht durch die seitens der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit ihrem Anspruch auf Wertverlust in Höhe von 248.832,34 € untergegangen. 205

Hierbei kann dahinstehen, ob die Hilfsaufrechnung sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1, 2. Alt. ZPO ist und wie sich der Umstand auswirkt, dass die Beklagte die Gewährleistungsansprüche abgetreten hat. Denn ein Anspruch auf Ersatz des Wertverlustes nach den §§ 631, 634 Nr. 4, 280, 281 BGB steht der Beklagten nicht zu. Die seitens der Beklagten behaupteten Mängel in Form der unzureichenden EG-Konformitätserklärungen, des mangelhaften Aufstellungsplanes und der Überschreitung des vertraglich vereinbarten Schalldruckpegels lagen nicht vor. 206

cc) 207

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin ist ebenfalls nicht durch die erklärte Aufrechnung der Beklagten mit ihrem vermeintlich bestehenden Anspruch auf Ersatz von Privatgutachterkosten untergegangen. Denn ein Anspruch auf Ersatz von Privatgutachterkosten nach den §§ 631, 634 Nr. 4, 280, 281, 249 BGB steht der Beklagten nicht zu. 208

Der Senat geht zwar davon aus, dass der Beklagten ein Rechtsschutzbedürfnis zur Geltendmachung dieser Kosten im Klagewege zusteht, und sie hinsichtlich dieser Kosten nicht auf das Kostenfestsetzungsverfahren zu verweisen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1990 – VI ZR 110/89 – NJW 1990, 2060; BGH, Urteil vom 11. Dezember 1986 – III ZR 268/85 – zitiert nach juris; OLG Rostock, Urteil vom 26. November 2009 – 3 U 103/06 – zitiert nach juris; Freymann/Rüßmann, in: Freymann/Wellner zitiert nach jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl., § 249 BGB (Stand: 07.05.2020) Rn. 223); Ebert, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 249 BGB Rn. 95), da der Weg über das Kostenfestsetzungsverfahren nicht zweifelsfrei als erfolgversprechend erscheint. Die Beklagte kann wegen des formalisierten Charakters des Kostenfestsetzungsverfahrens nicht sicher sein, ihren Kostenerstattungsanspruch in diesem durchsetzen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1990 – VI ZR 110/89 – NJW 1990, 2060; OLG Rostock, Urteil vom 26. November 2009 – 3 U 103/06 –, juris). 209

Allerdings ist der geltend gemachte Anspruch unbegründet. Dabei kann dahinstehen, ob bereits dem Grunde nach deswegen ein Anspruch zu versagen ist, weil die Beklagte ihre Anspruchsberechtigung bzw. Einstandspflicht in eigener Verantwortung zu prüfen und die 210

dadurch entstehenden Kosten selbst zu tragen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2002 – VI ZB 56/02 – NJW 2003, 1398; OLG Rostock, Urteil vom 26. November 2009 – 3 U 103/06 – zitiert nach juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21. Juli 2008 – 4 W 63/08 – zitiert nach juris; Ahrens, in: Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 1. Aufl. 2015, Kapitel 19: Kosten der Beweisaufnahme Rn. 60). Denn auch der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Privatgutachterkosten setzt nach den §§ 631, 634 Nr. 4, 280, 281 BGB das Vorliegen eines Mangels voraus. Indes lagen die seitens der Beklagten behaupteten Mängel in Form der unzureichenden EG-Konformitätserklärungen, des mangelhaften Aufstellungsplanes und der Überschreitung des vertraglich vereinbarten Schalldruckpegels nicht vor.

2.	211
Der Zinsanspruch der Klägerin besteht nach den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 Nr. 2, 288 Abs. 1 BGB.	212
III.	213
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	214
Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts.	215