

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 231/96

Verkündet am:
17. Dezember 1997
M a y e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 27. Juni 1996 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 15. Juli 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die in Israel ansässige Klägerin kaufte durch Vertrag vom 18. Januar 1990 von der Beklagten eine Horizontalbohranlage, bestehend aus einem auf einem Lkw montierten Antriebsaggregat sowie einem Bohrteil (Dolly), zum Preis von 1,5 Millionen DM. Der Vertrag enthält u. a. folgende Regelung:

"KSK (Beklagte) will - free of charge ...
give limited warranties ...

- a) that upon delivery and for six month thereafter the UNIT will be free from defects in design, materials and workmanship
- b) that the UNIT will work accordingly to the instructions given by KSK or
- c) promptly repair, replace or otherwise correct any equipment that does not substantially conform to the warranty expressed above ...".

Die Anlage wurde von der Beklagten nach Israel verschifft und dort am 26. Juni 1990 von der Klägerin in Empfang genommen. Wegen wiederholter Betriebsstörungen nach Inbetriebnahme der Anlage Ende Juni 1990 führte die Beklagte verschiedene Reparaturarbeiten durch, zuletzt am 22. August 1991. In der Folgezeit bestritt sie das Vorhandensein weiterer Mängel und wies die von der Klägerin mit Schreiben vom 20. Dezember 1991 unter Fristsetzung bis zum 17. Januar 1992 erhobenen Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises und Rücknahme der Anlage zurück. Daraufhin beantragte die Klägerin am 28. Januar 1992 beim Landgericht Karlsruhe die Durchführung eines selbständigen Beweisver-



fahrens zum Zwecke der Begutachtung der Anlage durch einen Sachverständigen. Das Gutachten des beauftragten Sachverständigen H. ging am 26. Oktober 1992 bei Gericht ein.

Mit ihrer am 26. April 1993 eingereichten und der Beklagten am 10. Mai 1993 zugestellten Klage hat die Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises von 1,5 Millionen DM, Ersatz von Zoll, Frachtkosten und Gebühren für die Einfuhr der Anlage nach Israel in Höhe von 141.138,19 DM (= 175.463 Neue Israelische Shekel) sowie Ersatz weiterer Aufwendungen und entgangenen Gewinn in Höhe von insgesamt knapp 2 Millionen DM nebst Zinsen gefordert.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 1.641.138,19 DM nebst einem Teil der geltend gemachten Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe der Horizontalbohranlage verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieser höhere Zinsen zuerkannt, nämlich 5 % Zinsen auf den in Raten geleisteten Kaufpreis von 1,5 Millionen DM für die Zeit von der Zahlung der einzelnen Raten bis zum 17. Januar 1992 sowie 8,5 % Zinsen von 1,5 Millionen DM ab dem 18. Januar 1992 und von weiteren 141.138,95 DM ab dem 10. Mai 1993. Außerdem hat es festgestellt, daß sich die Beklagte mit der Annahme der Bohranlage in Gläubigerverzug befindet; die weitergehende Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Die Berufung der Beklagten, mit der diese die vollständige Abweisung der Klage begehrt hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stehe nach deutschem Recht, dessen Anwendung von den Parteien vertraglich vereinbart worden sei, ein Recht auf Wandelung des Kaufvertrags zu, welches durch das im Vertrag vorgesehene Nachbesserungsrecht der Beklagten im Falle des Fehlschlagens dieser beschränkten Gewährleistung nicht ausgeschlossen werde.

Die gelieferte Bohrmaschine sei von Anfang an mangelhaft gewesen. Sie sei zunächst mit einem unzureichenden Hydraulikölkühler ausgestattet gewesen, bis die Beklagte im März 1991 das gesamte Kühlsystem ausgetauscht habe. Diesbezüglich habe die Klägerin auch ihrer Rügepflicht aus § 377 HGB genügt, weil der Mangel erst bei entsprechendem Gebrauch der Maschine erkennbar gewesen sei und die Klägerin eine ständige Ölüberhitzung telefonisch schon am 27. Juni 1990 sowie erneut per Telefax am 23. Juli 1990 gerügt habe.

Hinzu komme, daß sich alsbald nach Auslieferung im Juli 1990 Fehler an der Bentonit-Aufbereitungsanlage der Bohrmaschine gezeigt hätten. Dieser Mangel sei endgültig erst durch den von der Beklagten vorgenommenen kompletten Austausch der Aufbereitungsanlage am 22. August 1991 behoben worden, bei dem zugleich noch ein Montagefehler der Beklagten und eine Unterdimensionierung der Hydraulikan-schlüsse beseitigt worden seien. Mangelhaft sei auch die konstruktive Ausgestaltung der auf dem Kettenfahrgestell des Dolly montierten Betriebshebel, weil diese zu tief an-

gebracht und deshalb ständig in der Gefahr seien, auf den Boden aufzuschlagen und beschädigt zu werden.

Die gelieferte Bohranlage sei also vom Zeitpunkt ihrer Auslieferung an mit Mängeln behaftet gewesen, die, bezogen auf das Kühlersystem, erst im März 1991 und, bezogen auf die Bentonit-Aufbereitungsanlage, erst am 22. August 1991 behoben worden seien. Hierdurch sei die sechsmonatige Verjährung des Wandelungsanspruchs analog § 639 Abs. 2 BGB bis zum 22. August 1991 gehemmt gewesen.

Anschließend habe sich die Anlage nach den Feststellungen des Sachverständigen H. noch immer nicht in einem mangelfreien Zustand befunden. Die Biegung der Bohrlanze sei konstruktiv so ausgestaltet, daß - von dem Benutzer auch bei einer Begrenzung der gefahrenen Bohrradien nicht sicher zu verhindernde - Spannungsspitzen aufträten, durch die Risse in der Bohrlanze entstehen könnten. Außerdem seien die Hydraulikschläuche nicht entsprechend den dafür vorgeschriebenen Regeln und dem Stand der Technik verlegt, so daß sie keine 200 Betriebsstunden aushielten. Von der Beklagten nachträglich vorgenommene Veränderungen am Dolly durch eine nicht ordnungsgemäße Schlauchverlegung (Schlauchbuckel), die Aufteilung des ursprünglich einheitlichen Steuerblocks in Einzelsegmente und den Einbau einer verstellbaren Drossel stellten Provisorien dar, die sich zwangsläufig im gesamten System fortsetzende Fehlerquellen bildeten. Auch ein Mitarbeiter der Beklagten selbst habe in einem Bericht von Januar 1991 bestätigt, daß das Bohr- oder eigentliche Transportsystem des Dolly nicht ordnungsgemäß arbeite.

Die danach von Anfang an vorhandenen und die Tauglichkeit der Bohranlage in erheblichem Maße einschränkenden Mängel seien auf Rüge der Klägerin vergeblichen Nachbesserungsversuchen unterzogen worden. Die Beklagte habe die fristgerechte Behebung der gerügten Mängel nicht darzutun vermocht. Bei Einleitung des Beweissicherungsverfahrens am 28. Januar 1992 seien die Gewährleistungsansprüche der Klägerin daher nicht verjährt gewesen. Einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung habe es gemäß § 634 Abs. 2 BGB nicht bedurft, da die Beklagte das Vorhandensein von Mängeln schlechthin bestritten und die geltend gemachten Ansprüche zurückgewiesen habe.

Die Klägerin könne deshalb gemäß §§ 467, 346 ff BGB Rückzahlung des Kaufpreises von 1,5 Millionen DM Zug um Zug gegen Herausgabe der Horizontalbohrereinheit verlangen. Außerdem habe sie gemäß § 467 Satz 2 BGB Anspruch auf Ersatz der ihr durch Zoll, Fracht und Einfuhrgebühren entstandenen Vertragskosten in Höhe von 175.462 NIS = 141.138,19 DM. Der Kaufpreis sei gemäß §§ 347 Satz 2, 286 BGB, 352 HGB von dem Empfang an mit 5 % Zinsen zu verzinsen. Nach Ablauf der mit dem Rückzahlungsverlangen der Klägerin vom 20. Dezember 1991 gesetzten Frist zum 17. Januar 1992 stünden dieser gemäß §§ 284, 286, 288 BGB 8,5 % Zinsen auf den Kaufpreis zu. Zwar habe die Klägerin einen von ihr behaupteten Verzugschaden in Form von Zinszahlungen an israelische Banken in Höhe von 14 % - 28 % nicht beweisen können. Die von ihr geltend gemachten Verzugszinsen seien jedoch gemäß § 287 ZPO auf 8,5 % zu schätzen. Hinsichtlich der Vertragskosten sei eine Verzinsung mit 8,5 % unter dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Rechtshängigkeit begründet.

II. Diese Ausführungen halten den Revisionsrügen in entscheidenden Punkten nicht stand. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann ein Wandlungsanspruch der Klägerin wegen Mängeln der Bohranlage nicht bejaht werden.

1. Zutreffend und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das Rechtsverhältnis der Parteien kraft Rechtswahl (Art. 27 EGBGB) deutschem Recht und damit den Gewährleistungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuches unterliegt. Eine Anwendung der Convention on Contracts for the International Sale of Goods vom 11. April 1980 (CISG) als Teil der deutschen Rechtsordnung (vgl. BGHZ 96, 313, 322 f noch zum EKG; Schlechtriem/Herber, CISG 2. Aufl., Art. 6 Rdnr 16) scheidet aus, weil Art. 100 Abs. 2 CISG dessen zeitlichen Geltungsbereich auf Verträge beschränkt, die an oder nach dem Tag geschlossen worden sind, an dem das CISG in dem betreffenden Vertragsstaat in Kraft getreten ist. Das war in Deutschland erst am 1. Januar 1991 (BGBI. 1990 II, 1477) und damit nach dem Vertragsschluß der Parteien am 18. Januar 1990 der Fall.

2. Rechtsfehlerfrei ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, das im Kaufvertrag vereinbarte Nachbesserungsrecht der Beklagten schließe einen gesetzlichen Wandlungsanspruch der Klägerin im Falle des Fehlschlagens der Nachbesserung nicht aus. Auch insofern greift die Revision das Urteil nicht an.

3. Die Revision beanstandet jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht schon beseitigte Mängel zur Begründung des Wandelungsanspruchs der Klägerin mit herangezogen hat.

Die Revision macht zutreffend geltend, die vom Berufungsgericht festgestellten Mängel des Hydraulikölkühlers, der Bentonit-Aufbereitungsanlage und die zunächst bestehende Unterdimensionierung der Hydraulikschläuche könnten eine Wandelung nicht mehr rechtfertigen, nachdem die Beklagte diese Mängel im Rahmen des ihr vertraglich eingeräumten Nachbesserungsrechtes beseitigt habe. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, der Mangel der Ölkühlung sei im März 1991 und die Mängel der Bentonit-Aufbereitungsanlage sowie der Hydraulikanschlüsse seien am 22. August 1991 behoben worden.

Der Senat hat bisher offengelassen, ob ein Mangel, auf den das Wandelungsverlangen gestützt wird, im Zeitpunkt des Vollzugs der Wandelung noch vorliegen muß (BGHZ 90, 198, 204; Urteil vom 19. Juni 1996 - VIII ZR 252/95 = WM 1996, 1915 unter II 2 c). Diese Frage bedarf auch hier keiner abschließenden Entscheidung. Der Senat hat das Wandelungsrecht jedenfalls dann als ausgeschlossen angesehen, wenn eine im Einverständnis mit dem Käufer durchgeführte Nachbesserung zur vollständigen Behebung des Mangels geführt hat (Urteil vom 19. Juni 1996 aaO). Nichts anderes kann gelten, wenn der Verkäufer die - erfolgreiche - Nachbesserung aufgrund eines ihm schon im Kaufvertrag ausdrücklich eingeräumten Nachbesserungsrechts durchgeführt hat. In diesem Fall entsteht ein Wandelungsrecht erst gar nicht.

4. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin einen Wandelungsanspruch wegen der weiteren Mängel der Bohranlage zugesprochen hat, halten seine Erwägungen den Rügen der Revision gleichfalls nicht stand.

a) Nicht gefolgt werden kann der Revision allerdings in der Annahme, die vom Berufungsgericht weiter festgestellten Mängel der Bohrlanze, der Verlegung der Hydraulikschläuche und der nachträglichen Veränderungen am Bohrgerät, die sie als solche nicht in Abrede stellt, reichten für sich genommen zur Begründung eines Wandelungsanspruchs nicht aus. Mit ihrer Auffassung, das Berufungsgericht habe diesen Mängeln eher geringeres Gewicht beigemessen und es fehlten Feststellungen dazu, daß sie auch bei Außerachtlassung der schon beseitigten Mängel die Wandelung rechtfertigen könnten, will die Revision offensichtlich die Erheblichkeit der Mängel im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB in Zweifel ziehen. Dabei übersieht sie jedoch die ausdrückliche Feststellung des Berufungsgerichts, die nach dem 22. August 1991 noch fortbestehenden Mängel der Bohreinheit berechtigten die Klägerin zur Wandelung des Kaufgegenstandes. Das Berufungsgericht hat dabei auf das Gutachten des Sachverständigen H. Bezug genommen, nach dem das Bohrgerät (Dolly) im Oktober 1992 aufgrund dieser Fehler eine nur mangelhafte Gebrauchstauglichkeit aufwies und einer Grundüberholung beim Hersteller bedurfte.

b) Zu Recht beanstandet die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen zu einer unverzüglichen Anzeige dieser Mängel durch die Klägerin gemäß § 377 Abs. 1 HGB getroffen hat.

§ 377 HGB soll den Verkäufer in die Lage versetzen, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden (Senatsurteile vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = WM 1970, 1400 unter 3; vom 21. Juni 1978 - VIII ZR 91/77 = BB 1978, 1489 unter c; BGH, Urteil vom 14. Mai 1996 - X ZR 75/94 = NJW 1996, 2228 unter II 2). Deshalb muß grundsätzlich bei mehreren Mängeln jeder Mangel gesondert gerügt werden (Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 377 Rdnr. 30; Brüggemann, in Großkomm HGB, 4. Aufl., § 377 Rdnr. 110; Heymann/Emmerich, HGB, § 377 Rdnr. 55; OLG Hamburg, MDR 1964, 601). Auch Mängel einer Nachbesserung müssen nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81 = NJW 1983, 1495 unter I 2, insoweit in BGHZ 86, 198 nicht abgedruckt) erneut angezeigt werden. Die Darlegungs- und Beweislast für eine rechtzeitige Mängelrüge obliegt dem Käufer (BGHZ 86, 198, 200; 93, 338, 347).

Das Berufungsurteil enthält detaillierte Ausführungen nur zur Rüge der mangelhaften Ölkühlung. Im übrigen beschränkt sich das Berufungsgericht auf die pauschale Feststellung von "auf Rüge der Klägerin vergeblichen Nachbesserungsarbeiten". Ob und wann gerade die jetzt noch vorhandenen Mängel oder jedenfalls - was ausreichend wäre (vgl. BGHZ 110, 99, 101 für den Werkvertrag) - die Schadensbilder, die durch diese Mängel hervorgerufen werden, von der

Klägerin angezeigt worden sind, ist daraus nicht zu entnehmen.

c) Erfolgreich ist weiter die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe keine ausreichenden Feststellungen zur Verjährungshemmung nach der Vorschrift des § 639 Abs. 2 BGB getroffen, die im Kaufrecht grundsätzlich entsprechende Anwendung findet, wenn der Verkäufer eine Nachbesserung vornimmt (Senatsurteile vom 28. Februar 1996 - VIII ZR 241/94 = WM 1996, 1007 unter III 1 c und vom 20. November 1996 - VIII ZR 184/95 = WM 1997, 828 unter II 3 jeweils m.w.Nachw.).

Gemäß § 639 Abs. 2 BGB wird die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen nur hinsichtlich solcher Mängel gehemmt, die Gegenstand einer einverständlichen Prüfung oder Nachbesserung durch den Verkäufer waren (Urteil vom 20. November 1996 aaO unter II 4 a. E.). Das Berufungsgericht hat (erfolgreiche) Nachbesserungsarbeiten der Beklagten zwar am Kühlsystem, an der Bentonit-Anlage und an den Hydraulikan-schlüssen festgestellt. Ob die Beklagte sich auch einer Prüfung oder Nachbesserung der jetzt noch vorhandenen Mängel unterzogen hat und gegebenenfalls, bis wann diese gedauert haben, ergibt sich aus seinen Feststellungen dagegen nicht.

Da die Auslieferung der Bohranlage bereits am 26. Juni 1990 erfolgte und die Klägerin erst am 28. Januar 1992 die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens beantragt hat, ist nicht auszuschließen, daß Gewährleistungsansprüche wegen der noch vorhandenen Mängel gemäß § 477 BGB Abs. 1 BGB verjährt sind.

III. Das Berufungsurteil war danach aufzuheben und die Sache zum Zwecke weiterer tatrichterlicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

1. Sollte sich nach erneuter Verhandlung das Wandlungsverlangen der Klägerin als berechtigt erweisen, werden auch zum Inhalt des sich aus der Wandelung gemäß § 467 Satz 2 BGB ergebenden Anspruchs auf Ersatz von Vertragskosten weitere Feststellungen zu treffen sein.

Zu Recht greift die Revision die Verurteilung der Beklagten zum Ersatz der Vertragskosten in DM-Valuta statt in israelischer Währung an. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht auszuschließen, daß es sich im vorliegenden Fall bei der Verpflichtung zum Ersatz der Vertragskosten um eine Fremdwährungsschuld handelt, so daß die Klägerin Zahlung lediglich in Neuen Israelischen Shekeln verlangen kann und gemäß § 244 Abs. 1 BGB allenfalls der Beklagten das Recht zusteht, ihre Schuld statt in israelischer in deutscher Währung zu begleichen.

Gemäß § 361 HGB ist bei einem Handelskauf im Zweifel diejenige Währung als vertragsgemäß zu betrachten, die am Erfüllungsort gilt. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 120, 76, 81; vgl. auch RGZ 102, 60, 62) und nach Ansicht des Schrifttums (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 361 Rdnr 5; Canaris in Großkomm HGB, 3. Aufl., § 361 Anm. 4 ff; Staudinger/K.Schmidt, BGB 13. Bearb., § 244 Rdnr 17) findet diese Vorschrift nicht nur auf

Erfüllungsansprüche, sondern auch auf vertragliche Sekundäransprüche, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 325 f BGB), und auf Ansprüche aus §§ 812 ff BGB Anwendung und ist der Erfüllungsort für die verschiedenen Leistungspflichten jeweils gesondert festzustellen. Einheitlicher Erfüllungsort für den Wandlungsvollzug ist nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 87, 104, 109 m. w. Nachw.) der Ort, an dem sich der Kaufgegenstand zur Zeit der Wandlung vertragsgemäß befindet. Danach müßte der Anspruch auf Ersatz von Vertragskosten gemäß § 467 Satz 2 BGB hier auf Zahlung in israelischer Währung gerichtet sein.

§ 361 HGB stellt jedoch lediglich eine Zweifelsregel dar, der eine abweichende Parteivereinbarung vorgeht. Die Parteien sind übereinstimmend davon ausgegangen, daß der in deutscher Währung geleistete Kaufpreis auch in DM-Valuta zurückzuzahlen ist. Bei dem Anspruch aus § 467 Satz 2 BGB handelt es sich um einen Annex zu dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, nicht um einen selbständigen, an die Stelle eines Erfüllungsanspruchs tretenden Sekundäranspruch. Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, daß nach dem Willen der Parteien dieser Teil der Rückabwicklung des Kaufvertrages ebenso wie die Rückzahlung des Kaufpreises in deutscher Währung erfolgen soll.

Im übrigen wird die Beklagte Gelegenheit haben, ihre in der Revisionsbegründung erhobenen Einwände gegen die Feststellung des Berufungsgerichts vorzubringen, die Klägerin habe an Vertragskosten für Zoll, Fracht und Einfuhrgebühren einen Betrag von 175.462 NIS aufgewandt.

3. Schließlich sind auch die Angriffe der Revision gegen die vom Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO vorgenommene Schätzung des Verzugsschadens auf 8,5 % berechtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 80, 269, 279) können zwar den gesetzlichen Verzugszins übersteigende Zinsschäden grundsätzlich gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung geschätzt werden. Das Berufungsurteil läßt jedoch nicht erkennen, auf welchen Grundlagen die Schätzung hier beruht.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert