

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 25/92

Verkündet am:
12. Oktober 1993
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Schlachtermeister Martin L. [REDACTED], B. [REDACTED], Ortsteil G. [REDACTED],
[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

L. [REDACTED] H. [REDACTED] L. [REDACTED] AG, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer J. G. H. [REDACTED], G. [REDACTED]straße 13, F. [REDACTED] SG
(Schweiz),

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 1993 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 12. Dezember 1991 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger, der eine Fleischerei betreibt, erteilte der in der Schweiz ansässigen Beklagten im Zuge einer von ihm durchgeführten Ladenerweiterung mit Vertrag vom 12. Februar 1986 den Auftrag, eine Metzgerei-Ladeneinrichtung zum Preis von 66.996,-- DM zu liefern. Die gewählte Einrichtung war in der "Offerte 1186" der Beklagten vom 8. Februar 1985 nach Typ und Einzelheiten beschrieben. Die Parteien vereinbarten für das gesamte Vertragsverhältnis schweizerisches Recht (Ziff. 11 des Vertrages) und als Gerichtsstand den Wohnsitz des Bestellers (Ziff. 12).

Lieferung und Einbau der Ladeneinrichtung erfolgten Ende Juli 1986. Mit der auf den 27. Mai 1986 datierten Rechnung verlangte die Beklagte die vereinbarte Vergütung von 66.996,-- DM sowie mit Rechnung vom 28. Juli 1986 weitere 9.607,45 DM für zusätzliche Leistungen, Zinsen und Lagerkosten. Der Kläger zahlte auf die Vergütung 45.000,-- DM und beglich die Zinsforderung von 4.846,45 DM.

Der Kläger rügte Mängel des Werkes, und zwar - nach seiner von der Beklagten bestrittenen Darstellung - zunächst fernmündlich am 31. Juli 1986 und dann schriftlich am 4. August 1986 mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer Woche. Mit Anwaltschreiben vom 5. September 1986 ließ er der Beklagten eine Stellungnahme des Fleischereifachverbandes N [REDACTED] vom 27. August 1986 mit der Aufforderung zur Beseitigung der darin aufgeführten Mängel bis zum 19. September 1986 übersenden. Die Beklagte bestritt mit Anwaltschreiben vom 12. und 18. September 1986 Mängel, bat



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

den Kläger, ein Beweissicherungsverfahren herbeizuführen, und erklärte sich bereit, die von einem neutralen Gutachter festgestellten Mängel sofort zu beseitigen. Mit Anwaltsschreiben vom 23. September 1986 übersandte der Kläger der Beklagten ein in seinem Auftrag von Prof. Dr. M. [REDACTED] erstattetes Gutachten vom 16. September 1986 und focht den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an. Ein späteres Mängelbeseitigungsangebot der Beklagten vom 24. Oktober 1986 wies der Kläger zurück.

Der Kläger hat behauptet, zur Abnahme der Einrichtung nicht verpflichtet zu sein und den Vertrag wirksam angefochten zu haben, weil die Beklagte ihm höchste Qualität, robuste Konstruktion und besondere Bedienungsfreundlichkeit vorge täuscht habe. Tatsächlich sei der Tresenaufbau eine für den gedachten Zweck untaugliche Fehlkonstruktion. Der Kläger hat Rückzahlung von 49.846,45 DM Zug um Zug gegen Rückgabe der Ladeneinrichtung, Erstattung der von ihm aufgewendeten Gutachterkosten in Höhe von 1.754,39 DM sowie Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzverpflichtung der Beklagten verlangt. Hilfsweise hat er wegen Mängeln eine Herabsetzung der vereinbarten Vergütung und weiter hilfsweise Nachbesserung gefordert. Die Beklagte ist dem Vorbringen des Klägers entgegengetreten. Sie hat um Klageabweisung gebeten und widerklagend zuletzt den Restwerklohn von 28.489,-- DM verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage den Kläger zur Zahlung von 28.489,-- DM nebst 10 % Zinsen verurteilt. Auf die Berufung des Klägers und die Anschlußberufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht unter

Neufassung des Urteilstenors die Klage abgewiesen und der Widerklage unter Abweisung im übrigen in Höhe von 25.489,-- DM nebst 14 % Zinsen stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren in vollem Umfang weiter. Die Beklagte tritt der Revision entgegen und beantragt, diese zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat im Hinblick auf Ziffer 12 des Vertrages seine Zuständigkeit nicht in Frage gestellt. Die Beklagte hat dies nicht gerügt.

2. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der geleisteten Vergütung nebst Zinsen in Höhe von 51.600,84 DM Zug um Zug gegen Rücknahme der gelieferten Metzgerei-Ladeneinrichtung verneint. Es hat den Vertrag der Parteien vom 12. Februar 1986 als Werkvertrag im Sinne der Art. 263 ff. des schweizerischen Obligationenrechts (OR) angesehen und ausgeführt, durch diesen Vertrag sei gemäß Art. 363, 373 OR die Verpflichtung des Klägers begründet worden, der Beklagten den vereinbarten Werklohn von 66.996,-- DM zu zahlen. Es hat ferner festgestellt, der Vertrag sei für den Kläger nicht nach Art. 28 Abs. 1 OR wegen einer absichtlichen Täuschung seitens der Beklagten unverbindlich. Die Beklagte habe dem Kläger nicht eine nicht vor-

handene Beschaffenheit der bestellten Ladeneinrichtung oder die Abwesenheit von Mängeln wahrheitswidrig vorgespiegelt. Dies greift die Revision nicht an.

3. Das Berufungsgericht hat weiter die Auffassung vertreten, ein Anspruch des Klägers sei auch nicht aus Mängelhaftung gerechtfertigt. Dazu hat es ausgeführt: Die gelieferte Ladeneinrichtung sei weder für den gewöhnlichen noch für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch ungeeignet. Der Kläger habe sich für eine Ladeneinrichtung mit gefälligem Aussehen und für einen Tresenaufbau mit einer Verglasung ohne Sichtbehinderung entschieden. Ein solcher Tresenaufbau sei weniger stabil und weniger belastbar als ein mit einem verstrebbenden Gerüst versehener. Die schmale, wenig belastbare Abdeckplatte sei nur zum Zählen, nicht aber zur Ablage von Waren geeignet. Das sei aber nicht unüblich und begründe keine Minderwertigkeit des Tresenaufbaus. Dieser sei auch nicht als eine für den Gebrauchszweck untaugliche Fehlkonstruktion zu bezeichnen, wie das Berufungsgericht bei seiner Augenscheinseinnahme festgestellt habe. Die gegenteilige Beurteilung durch den gerichtlichen Sachverständigen M. und den Privatgutachter Prof. Dr. M. beruhe auf einem unrichtigen Vorverständnis von der zu fordernden konstruktiven Beschaffenheit eines Tresenaufbaus, bei dem eine stärkere Belastbarkeit der Zahlplatte gerade nicht angestrebt worden sei. Die Beklagte habe weder ungeeignetes Material verwendet noch leide das Werk an einem nicht behebbaren Mangel der Konstruktion des Tresenaufbaus. Es weiche auch nicht so stark vom Vertrage ab, daß dem Kläger die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden könnte und er deshalb gemäß Art. 368 Abs. 1 OR die Annahme verweigern und

Schadensersatz fordern könnte. Alle vom Sachverständigen bestätigten Beanstandungen des Klägers betrafen Unvollständigkeiten des Werkes (fehlende Anschlüsse der Tragrohre, fehlende Auflagen als Arbeitsflächen auf dem Tresen, fehlende Abdichtungen und Fugenabspritzungen) und Mängel der Montage, die sämtlich mit vertretbarem Aufwand beseitigt werden könnten. Geringfügig und behebbbar seien auch die Abweichungen der Ausführung von der Bestellung, die als Grundlage für Rechte des Klägers überhaupt nur in Betracht kämen, soweit sie nicht vom Kläger veranlaßt worden seien.

4. Diese Ausführungen halten der revisionsgerichtlichen Überprüfung im Ergebnis nicht stand.

a) Die Parteien haben mit Vertrag vom 12. Februar 1986 die Gewährleistungsansprüche des Klägers wegen Mängeln unter Abweichung von den gesetzlichen Regeln nach Art. 368 ff. OR vereinbart. Nach Ziffer 10 des Vertrages leistet die Beklagte als Unternehmerin während der Dauer von zwei Jahren, berechnet ab Montageende, Gewähr dafür, daß die von ihr gelieferte und montierte Ladeneinrichtung keine Mängel aufweist. Bei jedem Mangel hat der Besteller zunächst nur das Recht, von der Unternehmerin die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Behebt die Unternehmerin den Mangel nicht binnen der vom Besteller angesetzten Frist, kann der Besteller nach seiner Wahl Nachbesserung verlangen oder eine dem Minderwert des Werkes entsprechende Zahlung von der Unternehmerin fordern. Ist wegen eines Mangels zusätzlich ein Schaden entstanden, so haftet die Unternehmerin nur bei grobem Verschulden. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob eine solche vertragliche Beschränkung der Ge-

währleistungsrechte nach schweizerischem Recht wirksam ist. Wäre dies der Fall, könnte der Kläger wegen Mängeln an der Ladeneinrichtung lediglich Nachbesserung oder Minderung der Vergütung und Schadensersatz bei grobem Verschulden der Beklagten verlangen, nicht aber Rückzahlung der geleisteten Vergütung Zug um Zug gegen Rücknahme der Ladeneinrichtung. Schon aus diesem Grunde wäre der Klageantrag zu 1 unbegründet, sofern Ziffer 10 des Vertrages nicht gegen das schweizerische Recht verstößt, was das Berufungsgericht nicht geprüft hat und der erkennende Senat als Revisionsgericht von sich aus nicht feststellen kann. Jedenfalls könnte der Kläger auf der Grundlage des Vertrages Minderung der Vergütung (Hilfsantrag 3.) und Schadensersatz (Klageantrag 2.) beanspruchen, wenn die gelieferte Ladeneinrichtung mangelhaft wäre und die weiteren Voraussetzungen der Ansprüche gegeben wären.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob die gelieferte Ladeneinrichtung mangelhaft ist, darauf abgestellt, was der Kläger mit Vertrag vom 12. Februar 1986 bestellt hat. Gegenstand des Vertrages war die Herstellung und Lieferung einer bestimmten Ladeneinrichtung mit einem bestimmten Tresenmodell. Dieses hat die Beklagte unstreitig geliefert. Der Kläger kann sich daher nicht darauf berufen, die Abdeckplatte sei als Zahlplatte ungeeignet, weil sie zu schmal sei. Es kommt bei der Frage der Mangelhaftigkeit der Lieferung auch nicht darauf an, aus welchen Erwägungen sich der Kläger gerade für das von ihm bestellte Modell entschieden hat und ob er von dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Zeugen H. [REDACTED] auf die Vorteile einer festeren Konstruktion hingewiesen worden ist.

c) Mit Recht beanstandet die Revision aber als Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO die Feststellung des Berufungsgerichts, der Glasaufbau des Tresens der gelieferten Ladeneinrichtung sei weder mangelhaft noch unbrauchbar.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 05.06.1981 - V ZR 11/80, NJW 1981, 2578; Urt. v. 27.05.1982 - III ZR 201/80, NJW 1982, 2874 f.; Urt. v. 09.05.1989 - VI ZR 268/88, BGHR ZPO § 286 Abs. 1 - Sachverständigenbeweis 4) muß das Gericht, wenn es einem gerichtlichen Sachverständigengutachten nicht folgen will, seine abweichende Überzeugung begründen. Diese Begründung muß erkennen lassen, daß die Beurteilung nicht von einem Mangel an Sachkunde beeinflußt ist. Der Richter hat sorgfältig zu prüfen, ob er seine Zweifel an dem Gutachten ohne weitere sachkundige Hilfe zur Grundlage eines Urteils machen kann; dies etwa deshalb, weil er bereits durch die ihm vom Sachverständigen vermittelte sachliche Information dazu befähigt worden ist. Fehlt es hieran und verschließt sich das Gericht der zwingenden Erwägung, zur Klärung seiner Bedenken den Sachverständigen zu beauftragen, so bewegt es sich bei seiner Überzeugungsbildung außerhalb des dem richterlichen Ermessen eingeräumten Bereichs.

bb) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht im Streitfall verstoßen. Die in dem angefochtenen Urteil niedergelegten Erwägungen des Berufungsgerichts bieten keine ausreichende Grundlage, um von dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen M., das durch den Privatgutachter Prof. Dr. M. im wesentlichen bestätigt wird, ohne sachkundige Beratung abweichen zu können.

Der Sachverständige M. hat in seinem Gutachten vom 26. März 1990 zu dem von ihm als "Kernstück der Einrichtung" bezeichneten Freikühlverkaufstresen ausgeführt, daß der Glasaufsatz als Bestandteil des Tresens bereits "bei kleinster Belastung in schwingende Bewegung" gerate, so daß man das Gefühl habe, jeden Moment könne etwas zusammenbrechen, wodurch der gesamte Arbeitsablauf gestört werde. Darin hat der Sachverständige "eine große Unfallgefahr für den Kunden" gesehen und weiter dargelegt, der Tresenglasaufsatz sei "mit einer solchen Konstruktion für einen Warenverkauf über die Zahlplatte vollkommen ungeeignet". Der Sachverständige hat dies bei seiner Anhörung bestätigt und dargelegt, ein Glasaufsatz in dieser Ausführung sei in einem Fleischereiladen allenfalls zur Ausstellung der Ware tauglich, nicht aber zum Verkauf über den Tresen. Überdies sei die Herstellung aus normalem Kristallglas in jedem Fall sachwidrig. Der von dem Kläger beauftragte Gutachter Prof. Dr. M. hat die vorhandene Ausführung als "eine für den gedachten Zweck untaugliche Fehlkonstruktion" bezeichnet und auf die bestehende Unfallgefahr hingewiesen. Angesichts dieser Ausführungen durfte sich das Berufungsgericht nicht mit der Feststellung begnügen, es habe sich bei seiner Augenscheinseinnahme von der Tauglichkeit überzeugt, die gegenteilige Beurteilung der Sachverständigen beruhten auf "einem unrichtigen Vorverständnis von der zu fordernden konstruktiven Beschaffenheit eines Tresenaufbaus". Das Berufungsgericht durfte zu einer derartigen Interpretation der gutachterlichen Äußerungen nicht kommen, ohne den gerichtlichen Sachverständigen M. im Rahmen der mündlichen Erläuterung auf mögliche Bedenken gegen den Ansatz seiner Beurteilung hinzuweisen. Zudem hätte es sich mit der Sachkunde des Gutachters und der Qualität

seiner Ausführungen auseinandersetzen müssen und von diesen nicht abweichen dürfen, ohne hinreichend darzulegen, aus welchen Gründen es die Sache anders und besser beurteilen konnte. Dazu reicht die Erklärung, die Überzeugung des Berufungsgerichts beruhe auf seiner eigenen Augenscheinseinnahme, nicht aus. Diese ohne Grundlage vorgenommene Wertung des Berufungsgerichts überschreitet die Grenzen der freien Beweiswürdigung.

cc) Hatte das Berufungsgericht aber Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen und der Qualität seiner Ausführungen, so mußte es nach § 412 Abs. 1 ZPO ein weiteres Gutachten einholen, worauf die Revision mit Recht hinweist. Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Tatrichters, ob er eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachtet, oder ob er noch weitere Beweiserhebungen für erforderlich hält. Insbesondere ist es auch in das Ermessen des Tatrichters gestellt, ob er eine neue Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnet. Dies ist jedoch dann notwendig, wenn das Gericht das erste Gutachten als mangelhaft ansieht, vor allem wenn es - wie das Berufungsgericht ausgeführt hat - von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

dd) Mit Recht beanstandet die Revision ferner, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Tresens nicht berücksichtigt, daß der Aufbau gegen die Unfallverhütungsvorschriften verstoße. Der Kläger hat vorgebracht, die Fleischer-Berufsgenossenschaft habe ihm unter Androhung einer Geldbuße von bis zu 20.000,-- DM die Auflage erteilt, den Tresenaufbau so umzubauen, daß davon keine Un-

fallgefahren ausgehen könnten. Träfe dies zu, könnte auch dieser Umstand dafür sprechen, daß die Beklagte jedenfalls nicht den von ihr geschuldeten funktionsgerechten Tresen geliefert hat.

ee) Die Revision wendet sich mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht die Mangelhaftigkeit der Ladeneinrichtung verneint hat, ohne den Inhalt der Gewährleistungsregeln in Ziffer 10 des Vertrages unter Berücksichtigung der Auslegungsregeln nach schweizerischem Recht ermittelt und insbesondere festgestellt zu haben, was die Parteien unter einem Mangel der vertraglichen Leistung verstanden haben.

Das Berufungsgericht hat von dem ihm nach § 293 ZPO eingeräumten Ermessen, auf welche Weise es sich die Kenntnis des maßgeblichen schweizerischen Rechts über die Vertragsauslegung, die Mangelhaftigkeit und die einschlägige Rechtspraxis verschafft, nicht in verfahrensfehlerfreier Weise Gebrauch gemacht. Dies kann in der Revisionsinstanz ungeachtet der sonst bestehenden Bindung an die inhaltlichen Feststellungen des Tatsachengerichts (§§ 549, 562 ZPO) gerügt und nachgeprüft werden (st. Rechtspr. BGH, Urt. v. 21.01.1991 - II ZR 50/90, NJW 1991, 1418, 1419 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat bei der von Amts wegen (BGH, Urt. v. 20.03.1980 - III ZR 151/79, BGHZ 77, 32, 38 = NJW 1980, 2022, 2025) vorzunehmenden Prüfung die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen des schweizerischen Rechts nicht ausgeschöpft; denn es hat weder ein Gutachten eines mit den einschlägigen Fragen vertrauten wissenschaftlichen Instituts eingeholt noch ausgeführt, auf welcher Grundlage es selbst über die zur Beurteilung des Vertragsinhalts und der Vorschriften über die

Mängelhaftung erforderliche Sachkunde verfügt. Dies wäre aber erforderlich gewesen. Es läßt sich nicht ausschließen, daß dem Berufungsgericht unabhängig vom Inhalt des Werkvertrages bei der Anwendung der Gewährleistungsregeln nach Art. 368 ff. OR Fehler unterlaufen sind und daß es zu einem anderen, dem Kläger günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es sich sachverständigen Rates versichert hätte.

5. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht zwar eine Reihe von Mängeln entsprechend den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen festgestellt, gleichwohl aber die rechtlichen Voraussetzungen für eine Minderung des werkvertraglichen Vergütungsanspruchs verneint habe.

a) Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt: Die Parteien hätten die Rechte aus Art. 368 Abs. 2 OR durch die Regelung in Abschnitt 10 des Vertrages vom 12. Februar 1986 abbedungen. Deshalb seien die Rechte des Klägers zunächst darauf beschränkt, Beseitigung der Mängel innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Erst danach könne der Kläger wahlweise Nachbesserung oder Minderung verlangen. Die Voraussetzungen für die Minderung seien nicht erfüllt, weil der Beklagten nicht vorgeworfen werden könne, eine Frist zur Mängelbeseitigung versäumt zu haben. Die Beklagte habe die mit Schreiben vom 4. August 1986 gesetzte Frist nicht beachten müssen, weil die Mängelrügen nicht substantiiert worden seien. Eine ausreichende substantiierte Mängelrüge habe die Beklagte erstmals mit Anwaltschreiben vom 5. September 1986

erhalten. Die gesetzte Frist sei unangemessen kurz, so daß er weiterhin auf das Recht beschränkt sei, Nachbesserung, nicht aber Minderung der Vergütung zu verlangen.

b) Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an. Bei der Frage der Angemessenheit der Frist muß das Berufungsgericht jedenfalls berücksichtigen, daß nach Ziffer 10 Abs. 4 des Vertrages es dem Besteller überlassen war, eine Frist nach seinem Ermessen zu bestimmen. Der Kläger hat am 31. Juli 1986 fernmündlich die Mangelhaftigkeit des Tresens - wenn auch nicht substantiiert - gerügt. Auf die weitere, ebenfalls nicht substantiierte Mängelrüge vom 4. August 1986 sagte der Geschäftsführer der Beklagten zu, in der "kommen-den Woche" den Kläger aufzusuchen, was unstreitig nicht geschah. Nach weiterem Zuwarten um fast einen Monat hat der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 5. September 1986 eine Mängelbeseitigungsfrist zum 19. September 1986 gestellt. Die Beklagte hat in ihrem Antwortschreiben vom 12. September 1986 die Länge der Frist nicht beanstandet, sondern die Mängel bestritten und den Besuch ihres Geschäftsführers "vorausichtlich noch im September" angekündigt und den Kläger auf ein gerichtliches Beweissicherungsverfahren verwiesen.

War es nach dem Vertrag der Parteien dem Besteller überlassen, die Frist für die Nachbesserung zu bestimmen, so kann die von dem Kläger mit Schreiben vom 5. September 1986 bestimmte Frist zum 19. September 1986 angesichts der vorausgegangenen Verhandlungen der Parteien nicht als unangemessen angesehen werden.

6. Mit Recht rügt die Revision schließlich, daß das Berufungsgericht das Feststellungsbegehren des Klägers am Fehlen der besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 256 ZPO hat scheitern lassen, weil kein Grund für die Annahme bestehe, daß dem Kläger ein noch nicht bezifferbarer Schaden entstanden sei oder noch entstehen werde. Der Kläger hat dargetan, daß ihm mit Sicherheit ein umfangreicher weiterer Schaden schon deshalb entstehe, weil ihm während der notwendigen Schließung des Geschäfts ein erheblicher Einnahmeausfall entstehen werde. Dies hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

II. Im Rahmen der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zunächst unter Berücksichtigung der Rechtsregeln des schweizerischen Obligationenrechts die Wirksamkeit der Gewährleistungsregelung in Ziffer 10 des Vertrages vom 12. Februar 1986 festzustellen und insbesondere im Wege der Auslegung zu ermitteln haben, wie die Parteien den Mängelbegriff und die Befugnis des Klägers zur Fristbestimmung verstanden haben. Auf dieser Grundlage wird es sodann das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen M., unter Umständen nach dessen erneuter Anhörung, zu beurteilen haben. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß der Verkaufstresen gemessen an dem Vertragsinhalt zwar nicht mangelhaft, wohl aber für einen Warenverkauf über den Tresen im Ladengeschäft des Klägers ungeeignet oder gar unbrauchbar ist, so wird das Berufungsgericht klären müssen, ob die Beklagte - wie dies nach deutschem Recht nahegelegen hätte - nach schweizerischem Recht verpflichtet gewesen wäre, den Kläger vor Abschluß des Werkvertrages auf die Ungeeignetheit oder Unbrauchbarkeit des Tresens und auf einen

möglichen Verstoß gegen die Unfallverhütungsvorschriften hinzuweisen. Sollte sich hingegen erweisen, daß die gelieferte Ladeneinrichtung mangelhaft ist, so wird das Berufungsgericht, erneut sachverständig beraten, den Minderwert zu ermitteln und über den Hilfsantrag 3 sowie den Schadensfeststellungsantrag 2 zu entscheiden haben.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Greiner