



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 101/14

Verkündet am:
7. Dezember
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

CISG Art. 3 Abs. 2, Art. 39

Nach Art. 39 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG) obliegt es dem Käufer, einen Mangel der Ware innerhalb angemessener Frist anzuzeigen. Diese Obliegenheit besteht nach Art. 3 Abs. 2 CISG nicht bei Verträgen, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, die die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht. Ein "Überwiegen" ist bereits anzunehmen, wenn aus der für den Lieferanten erkennbaren Sicht des Erwerbers die "Arbeiten und anderen Dienstleistungen" im Mittelpunkt stehen, und zwar unabhängig davon, ob der Wert dieser Leistung den Wert der Waren erreicht. Entscheidend ist, dass nach dem Vertragsinhalt die Beschaffung von Material zur Verwirklichung des Hauptzwecks nur nebenbei geschuldet wird, was bei Anlagelieferverträgen häufig gegeben sein dürfte.

BGB a.F. § 638 Abs. 1 Satz 1; BGB § 634a Abs. 1 Nr. 2

Technische Anlagen (hier: industrielle Anlage zur Produktion von Kartoffelchips) können selbst als Bauwerk im Sinne des Verjährungsrechts zu qualifizieren sein. Das setzt voraus, dass die technische Anlage mit dem Erdboden unmittelbar oder mittelbar über ein Gebäude fest verbunden ist, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) handeln muss. Es genügt eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden oder dem Gebäude allein durch ihr Gewicht, so dass eine Trennung nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Schließlich muss eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sein. Für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zur langen Verjährungsfrist zugrunde liegen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 2. Juni 2016 - VII ZR 348/13, BauR 2016, 1478 = NZBau 2016, 558).

ZPO §§ 240, 717 Abs. 2; InsO §§ 87, 180 Abs. 2

Nach Unterbrechung eines Rechtsstreits wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der beklagten Partei kann die Klagepartei den Rechtsstreit hinsichtlich einer Widerklage als Passivprozess aufnehmen, wenn sie den Widerklageabweisungsantrag mit einem Zahlungsantrag aus § 717 Abs. 2 ZPO verbindet.

BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 - VII ZR 101/14 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Borris

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. Juni 2009 aufgehoben, soweit über die Abweisung der Klage hinsichtlich eines Betrages von 29.803,46 € nebst Zinsen hinaus zum Nachteil der Klägerin entschieden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt wegen behaupteter Mängel einer Anlage zur Produktion von Kartoffelchips Schadensersatz von dem Beklagten als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der B.-B.V. (nachfolgend: Schuldnerin), der seinerseits mit der Widerklage Vergütungsansprüche geltend macht.

- 2 Die Klägerin stellt Kartoffelchips her. Im Juni 2000 beauftragte sie die Schuldnerin, ein niederländisches Maschinenbauunternehmen, mit der Konzipierung, Lieferung und Montage einer vollständigen neuen Produktionslinie sowie mit der Lieferung und Montage von Teilen für die Erweiterung einer bereits bestehenden Produktionslinie in ihrem Werk in O. gegen Zahlung von insgesamt 5,9 Mio. DM. Vertragsinhalt sind "Garantiebedingungen", mit denen die Schuldnerin "Garantiewerte bestätigte". Diese betreffen unter anderem die "Fertigproduktleistung", den "FFA Gehalt des Backöls", die "prozessbedingte Betriebszeit", die "maximale[n] Leistungen des Entsteiners, der Waschanlage und der Schäler", die Eingabe einer "Schälverlustzahl", die "optimale gleichmäßige Beschickung vom Backofen", einen "Restwassergehalt von 8 % beim Backofeneinlauf" und den "Wasserverbrauch der Chipslinie".
- 3 Die Schuldnerin lieferte die Anlagenteile bis einschließlich Dezember 2000 an das Werk der Klägerin in O., wo sie im Dezember 2000/Januar 2001 montiert wurden. Wann die Anlage in Betrieb genommen wurde, ist streitig.
- 4 Nach der Montage rügte die Klägerin eine unzureichende Stärkeabtrennung, zu hohe Schälverluste, mangelhafte Produktqualität und die Nichteinhaltung des garantierten (Frisch-) Wasserverbrauchs. Darüber hinaus beanstandete sie die Nichteinhaltung der nach dem Vertrag garantierten Restfeuchte und forderte die Schuldnerin unter Verweigerung der Abnahme auf, die Mängel der Anlage zu beseitigen. Mit Schreiben vom 13. Juni 2001 wiederholte sie ihre Aufforderung und setzte der Beklagten für die Mängelbeseitigung eine Nachfrist bis zum 31. August 2001. Nachdem die Schuldnerin bis zu diesem Zeitpunkt keine Nachbesserungsarbeiten ausgeführt hatte, machte die Klägerin mit Schreiben vom 4. September 2001 Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend.

- 5 Die Klägerin hat ihre Ansprüche auf insgesamt 1.694.478,28 € beziffert. Mit einem Teilbetrag von 551.615,01 € hat sie die Aufrechnung gegen Vergütungsansprüche der Schuldnerin erklärt. Den verbleibenden Betrag von 1.142.863,27 € hat sie im Juli 2003 klageweise geltend gemacht. Die Schuldnerin hat Widerklage erhoben, mit der sie Restvergütungsansprüche von 767.215,79 € nebst Zinsen beansprucht hat.
- 6 Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der nach Teilrücknahme auf 1.111.111,24 € nebst Zinsen reduzierten Klageforderung abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 597.739,54 € nebst Zinsen verurteilt. Im Übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Nach Erlass dieses Urteils hat die Klägerin zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Widerklage 888.288,21 € an die Schuldnerin gezahlt.
- 7 Gegen das landgerichtliche Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt, mit der sie ihre Zahlungsansprüche weiterverfolgt und die Feststellung beantragt hat, dass die Schuldnerin ihr sämtliche weiteren auf die nicht vertragsgerechte Herstellung der Produktionsanlage zurückzuführenden Schäden zu ersetzen habe. Darüber hinaus hat sie darauf hingewiesen, dass die mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen der Schuldnerin durch Aufrechnung erloschen seien.
- 8 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin sowie die den abgewiesenen Teil der Widerklageforderung betreffende Anschlussberufung der Schuldnerin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision hat die Klägerin ihr Klagebegehren bis auf eine Teilforderung von 29.803,46 € nebst anteiligen Zinsen (Rechnung der H. S. Elektroanlagen GmbH vom 18. Juli 2001) und ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter verfolgt.

9 Während des Revisionsverfahrens ist durch Beschluss des Handels- und Bezirksgerichts Utrecht vom 3. April 2012 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Klägerin hat die Aufnahme des Verfahrens erklärt. Sie beantragt nunmehr, die Klageforderung in Höhe von 1.081.307,96 € zur Tabelle festzustellen, die Widerklage abzuweisen und eine Forderung in Höhe von 888.288,21 € zur Tabelle festzustellen.

Entscheidungsgründe:

A.

10 Das Revisionsverfahren ist nach Aufnahme des Rechtsstreits durch die Klägerin gegen den Beklagten fortzuführen.

I.

11 Die von der Klägerin erklärte Aufnahme des durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin unterbrochenen Rechtsstreits ist sowohl hinsichtlich der Klage als auch der Widerklage wirksam.

12 1. Nach Art. 15 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. Nr. L 160 S. 1, im Folgenden: EulnsVO 2000), die gemäß Art. 84 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (ABl. Nr. L 141 S. 19) auf das hier vor dem 26. Juni 2017 eröffnete Insolvenzverfahren weiter anwendbar ist, gilt für die Wirkungen des Insolvenzverfah-

rens auf einen anhängigen Rechtsstreit über einen Gegenstand oder ein Recht der Masse ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaats, in dem der Rechtsstreit anhängig ist. Die Bestimmung, ob ein Gegenstand zur Masse gehört, richtet sich nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe b EulnsVO 2000 nach niederländischem Recht. Insoweit haben die Parteien übereinstimmend vorgetragen, dass dem Beklagten die Verwaltungsbefugnis über die streitgegenständlichen Forderungen zusteht. Hinsichtlich der Aufnahmemöglichkeiten eines durch die Insolvenz einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits verweist Art. 15 EulnsVO 2000 auf die am Gerichtsort geltenden Regelungen (HK-InsO/Dornblüth, 8. Aufl., Art. 15 EulnsVO Rn. 2; Schmidt/Brinkmann, InsO, 19. Aufl., Art. 15 EulnsVO Rn. 9; MünchKommInsO/Reinhart, 3. Aufl., Art. 15 EulnsVO 2000 Rn. 13 ff.).

13 Die Frage der Wirksamkeit der von der Klägerin erklärten Aufnahme des Verfahrens ist deshalb unter Anwendung von § 240 Satz 1 ZPO, §§ 85 ff., § 180 Abs. 2 InsO zu beantworten (vgl. Schmidt/Brinkmann, aaO; MünchKommInsO/Reinhart, aaO).

14 2. Aktivprozesse des Schuldners kann nach § 85 InsO grundsätzlich nur der Insolvenzverwalter aufnehmen. Erst wenn der Insolvenzverwalter die Aufnahme ablehnt, kann der Prozessgegner den Rechtsstreit aufnehmen. Gegen den Schuldner gerichtete Prozesse (Passivprozesse) kann der Prozessgegner aufnehmen. Das folgt für Insolvenzforderungen aus §§ 87, 180 Abs. 2 InsO und ergibt sich für Masseverbindlichkeiten sowie Ansprüche auf Ab- und Aussonderung aus § 86 Abs. 1 InsO.

15 Werden in einem Verfahren durch Klage und Widerklage wechselseitig Ansprüche geltend gemacht, ist das Aufnahmerecht für Klage und Widerklage getrennt zu prüfen (RGZ 122, 51, 53; HK-InsO/Kayser, 8. Aufl., § 85 Rn. 48; MünchKommInsO/Schumacher, 3. Aufl., § 85 Rn. 4).

16 3. Die Frage, ob ein Aktiv- oder ein Passivprozess vorliegt, ist nicht nach
der formellen Parteirolle zu beantworten, sondern danach, ob in dem anhängi-
gen Rechtsstreit über die Pflicht zu einer Leistung gestritten wird, die in die
Masse zu gelangen hat (BGH, Beschluss vom 14. April 2005 - IX ZR 221/04,
NZBau 2005, 399, juris Rn. 9; Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 140/93, NJW
1995, 1750, juris Rn. 5). Diese Beurteilung richtet sich nach dem aktuellen
Stand des Rechtsstreits, nicht nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (vgl.
BGH, Beschluss vom 14. April 2005 - IX ZR 221/04, aaO).

17 4. Auf dieser Grundlage ist die Klägerin befugt, das Verfahren insgesamt
aufzunehmen.

18 Hinsichtlich der von ihr erhobenen Zahlungsklage liegt ein Passivprozess
vor, da ursprünglich eine Forderung gegen die Schuldnerin geltend gemacht
wurde.

19 Entsprechendes gilt für die Widerklage, nachdem die Klägerin auf der
Grundlage des landgerichtlichen Urteils zur Abwendung der Zwangsvollstrec-
kung den ausgeurteilten Betrag an die Schuldnerin gezahlt hat. Es könnte
deshalb ein Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO (und nicht, wie die Revision meint,
aus § 717 Abs. 3 ZPO, vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 176/10, BGHZ
189, 320) bestehen, den die Klägerin im Insolvenzverfahren verfolgt.

20 5. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin einen Auszug zur Insol-
venztabelle, aus dem sich die Anmeldung ihrer in diesem Verfahren weiterver-
folgten Ansprüche und deren Bestreiten durch den Insolvenzverwalter ergibt
(siehe § 179 Abs. 3 Satz 1 InsO), nicht vorgelegt hat.

21 a) Nach §§ 87, 179 Abs. 1, § 180 Abs. 2, § 181 InsO kann ein anhängi-
ger Rechtsstreit gegen den Insolvenzverwalter nur und insoweit aufgenommen

werden, als die streitgegenständlichen Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet, geprüft und vom Insolvenzverwalter bestritten wurden (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, juris Rn. 4). Zum Nachweis dieser nicht verzichtbaren Sachurteilsvoraussetzungen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 Rn. 12) hat der Prozessgegner des Insolvenzschuldners einen beglaubigten Tabellenauszug (§ 179 Abs. 3 Satz 1 InsO), aus dem sich Grund und Höhe der Forderungen ergeben, vorzulegen (vgl. zur Konkursordnung BGH, Urteil vom 21. Februar 2000 - II ZR 231/98, NJW-RR 2000, 1156, juris Rn. 4; HK-InsO/Depré, 8. Aufl., § 181 Rn. 3; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., § 181 Rn. 13; MünchKommInsO/Schumacher, 3. Aufl., § 181 Rn. 5; Graf-Schlicker in Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 181 Rn. 3; Hess, InsO, 2. Aufl., § 181 Rn. 4; Leonhardt/Smid/Zeuner/Smid, InsO, 3. Aufl., § 181 Rn. 6).

22 b) Diese über Art. 15 EulnsVO 2000 in Bezug genommenen Grundsätze werden modifiziert durch die Regelungen zur Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Forderungen des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe h EulnsVO 2000). Wird in dem Staat des Insolvenzverfahrens ein Tabellenauszug nicht oder nur unter Voraussetzungen erteilt, die nicht gegeben sind, können die für die Aufnahme des Verfahrens erforderlichen Nachweise auch anders als durch die Vorlage eines beglaubigten Tabellenauszugs erbracht werden. Ob diese Voraussetzungen nach niederländischem Insolvenzrecht erfüllt sind, hat der Senat nach §§ 293, 555 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen. In welchem Umfang die Prüfung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere danach, ob die Parteien zum Inhalt des ausländischen Rechts widersprechend vortragen und ob ihnen die ausländische Rechtsordnung unschwer zugänglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 163 f., juris Rn. 28 f.).

23 c) Die Klägerin hat zum Anmelde- und Prüfungsverfahren nach niederländischem Recht vorgetragen. Daraus folgt, dass der Klägerin im jetzigen Stand des niederländischen Insolvenzverfahrens kein Tabellenauszug erteilt wird. Mit dem in deutscher Übersetzung vorgelegten Schreiben des Beklagten vom 28. Oktober 2016 hat die Klägerin die Anmeldung, Prüfung und das Bestreiten ihrer Forderungen über insgesamt 1.969.596,17 € belegt. Der Beklagte ist als im niederländischen Insolvenzrecht sachkundiger Insolvenzverwalter dem nicht entgegengetreten. Zu weiteren Ermittlungen zum Anmelde- und Prüfungsverfahren nach niederländischem Insolvenzrecht sieht der Senat keinen Anlass.

24 Soweit die Prozessbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt hat, nach ihrer Auffassung sei der Rechtsstreit jedenfalls im Bezug auf die Inzidentforderung aus § 717 ZPO nicht wirksam aufgenommen worden, da diese Forderung weder wirksam angemeldet noch zur Tabelle festgestellt worden sei, ist dies angesichts der eigenen Erklärung des Beklagten unsubstantiiert und deshalb unbeachtlich. Auf den Hinweis des Senats zum Inhalt des Schreibens des Beklagten vom 28. Oktober 2016 hat die Prozessbevollmächtigte des Beklagten keine Erklärung abgegeben.

II.

25 Der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin ist für den aufgenommenen Rechtsstreit der richtige Beklagte.

26 1. Nach Art. 15 EuInsVO 2000 gilt für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen anhängigen Rechtsstreit über einen Gegenstand oder ein

Recht der Masse ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaats, in dem der Rechtsstreit anhängig ist. Diese Regelung besagt aber nichts über die Stellung des Insolvenzverwalters im aufgenommenen Verfahren. Ob der Insolvenzverwalter (oder der Insolvenzschuldner) Partei des Verfahrens wird, ist nicht über Art. 15 EulnsVO 2000 nach deutschem, sondern nach niederländischem Insolvenzrecht zu beurteilen (MünchKommInsO/Reinhart, 3. Aufl., Art. 15 EulnsVO 2000 Rn. 12; Schmidt/Brinkmann, InsO, 19. Aufl., Art. 15 EulnsVO Rn. 9). Das hat der Senat nach §§ 293, 555 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen. In welchem Umfang die Prüfung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere danach, ob die Parteien zum Inhalt des ausländischen Rechts widersprechend vortragen und ob ihnen die ausländische Rechtsordnung unschwer zugänglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 163 f., juris Rn. 28 f.).

27 2. Der Beklagte als im niederländischen Insolvenzrecht sachkundiger Insolvenzverwalter hat unter Bezugnahme auf Regelungen der niederländischen Insolvenzordnung vorgetragen, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsmacht und die Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergehen und er deshalb für die Aufnahme des Rechtsstreits der richtige Beklagte ist. Zu weiteren Ermittlungen zum niederländischen Insolvenzrecht sieht der Senat keinen Anlass.

B.

28 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit über einen Teilbetrag von 29.803,46 € nebst Zinsen hinaus zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

29 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB die Gesetze in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung anzuwenden, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

I.

30 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

31 Die Klägerin und die Schuldnerin gingen übereinstimmend davon aus, dass auf das vorliegende Vertragsverhältnis deutsches Recht zur Anwendung komme. Deshalb seien das BGB und das HGB in der bis zum 31. Dezember 2001 gültigen Fassung anzuwenden.

32 Der zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossene Vertrag sei als Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen im Sinne des § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB zu behandeln, auf den gemäß § 381 Abs. 2 HGB a.F. auch die handelsrechtlichen Rügevorschriften des § 377 HGB anwendbar seien. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Schuldnerin in ihren zum Vertragsgegenstand erhobenen Garantiebedingungen die Einhaltung einer Schälverlusttoleranz zugesichert habe und ob diese Toleranzwerte beim Betrieb der Anlage überschritten würden. Die Klägerin könne insoweit schon deshalb keinen Schadensersatz beanspruchen, weil die Anlage gemäß § 377 Abs. 2 HGB als vertragsgemäß genehmigt zu gelten habe. Sie habe es versäumt, den angeblichen Mangel unverzüglich zu rügen, nachdem er Anfang Januar 2001 erkennbar geworden sei. Ebenso scheiterten die wegen der Überschreitung des zugesicherten Restwassergehalts der Kartoffelscheiben beim Backofeneinlauf geltend

gemachten Schadensersatzforderungen an der Rechtsfolge des § 377 Abs. 2 HGB.

33 Hinsichtlich der von der Klägerin zur Begründung ihrer Klageforderung herangezogenen Nichteinhaltung einer Frischwasserverbrauchsgarantie komme es nicht darauf an, ob die Schuldnerin vertragsgerecht geleistet habe und die Klägerin ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB nachgekommen sei. Jedenfalls sei ein Schadensersatzanspruch verjährt. Die maßgebliche Verjährungsfrist habe gemäß § 638 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 BGB a.F. sechs Monate betragen, weil die von der Schuldnerin zu erbringenden Leistungen weder als Arbeiten an einem Grundstück noch als solche an einem Bauwerk anzusehen seien. Die Verjährungsfrist, die mangels Abnahme mit der Umwandlung des vormaligen Erfüllungsverhältnisses in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis durch die Geltendmachung von Schadensersatz nach Maßgabe des Schreibens der Klägerin vom 4. September 2001 in Lauf gesetzt worden sei, habe mit Ablauf des 4. März 2002 geendet. Sie sei weder gemäß § 639 Abs. 2 BGB a.F. durch die Aufnahme von Verhandlungen noch gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. durch die Einreichung des Mahnbescheids unterbrochen worden.

34 Die darüber hinaus von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten (Rechnung Firma M. GmbH: 25.242,86 €) seien in Ermangelung schlüssigen Sachvortrages hierzu nicht gerechtfertigt.

II.

35 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossene Vertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren, der Arbeiten bei Bauwerken zum Gegenstand hat. Der Klägerin oblag es deshalb nicht, Mängel unverzüglich zu rügen (1). Zudem verjähren Ansprüche der Klägerin auf Schadensersatz wegen Mängel in fünf Jahren (2). Schließlich hat das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 25.242,86 € für eine Vergütung der M. GmbH rechtsfehlerhaft als nicht schlüssig dargelegt erachtet (3).

36 1. Die Klägerin war weder nach Art. 39 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG) noch nach § 377 Abs. 1, § 381 Abs. 2 HGB a.F. gehalten, Mängel in angemessener Frist oder unverzüglich zu rügen.

37 a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass auf die schuldvertraglichen Beziehungen der Parteien deutsches Recht Anwendung findet (Art. 27 EGBGB a.F.).

38 Die Verweisung auf deutsches Recht führt jedoch - was das Berufungsgericht nicht beachtet hat - grundsätzlich zur Anwendung des CISG, das als Bestandteil des deutschen Rechts und Spezialgesetz für den internationalen Warenkauf dem unvereinheitlichten deutschen Schuldrecht vorgeht (BGH, Urteil vom 25. November 1998 - VIII ZR 259/97, NJW 1999, 1259, 1260, juris Rn. 13).

39 Die Vertragsparteien haben also nicht, wovon das Berufungsgericht ausgegangen sein könnte, die Anwendung des UN-Kaufrechts nach Art. 6 CISG allein dadurch (konkludent) ausgeschlossen, dass sie deutsches Recht wählten und auf der Grundlage der Regelungen des BGB und des HGB verhandelten.

Es bedarf vielmehr über die Rechtswahl hinausgehender Anhaltspunkte, um auf einen die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ausschließenden Willen der Parteien zu schließen (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2010 - VIII ZR 212/07, NJW-RR 2010, 1217 Rn. 15). Eine übereinstimmend geäußerte irri- gung über das anzuwendende Recht reicht dafür nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2000 - VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002, 1004, juris Rn. 27; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, CISG, 6. Aufl., Art. 6 Rn. 25; Staudinger/Magnus, 2013, CISG, Art. 6 Rn. 51).

40 Umstände, die für einen das CISG ausschließenden Willen der Klägerin und der Schuldnerin sprechen könnten, hat das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt. Hierzu bedarf es auch keiner weiteren Aufklärung, da im vorliegen- den Fall weder aus dem CISG noch aus dem HGB eine Rügeobliegenheit der Klägerin hergeleitet werden kann.

41 b) Nach Art. 39 Abs. 1 CISG verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht inner- halb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrig- keit genau bezeichnet.

42 aa) Diese Regelung findet auf Kaufverträge über Waren Anwendung (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 CISG) und auf die in Art. 3 CISG genannten Verträge. Nach Art. 3 Abs. 1 CISG stehen den Kaufverträgen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren gleich, es sei denn, dass der Be- steller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwen- digen Stoffe selbst zu liefern hat. Unter dieser Voraussetzung sind Werkliefe- rungsverträge vom sachlichen Anwendungsbereich des CISG umfasst (OLG Saarbrücken, MDR 2010, 1338; OLG Dresden, IHR 2011, 142; Ferrari in

Schlechtriem/Schwenzer, CISG, 6. Aufl., Art. 1 Rn. 24; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Art. 1 CISG Rn. 3; Staudinger/Magnus, 2013, CISG, Art. 1 Rn. 26; MünchKommBGB/Huber, 7. Aufl., Art. 3 CISG Rn. 4).

43 bb) Unanwendbar ist dagegen das CISG nach dessen Art. 3 Abs. 2 auf Verträge, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, die die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht.

44 (1) Ein "Überwiegen" ist immer anzunehmen, wenn der Wert der "Arbeiten und anderen Dienstleistungen" den Wert der herzustellenden und zu liefernden Ware (deutlich) übersteigt (Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, CISG, 6. Aufl., Art. 3 Rn. 13 und 15; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 6). Zusätzlich ist der Wille der Vertragsparteien und sind ihre Interessen von wesentlicher Bedeutung. Stehen aus der für den Lieferanten erkennbaren Sicht des Erwerbers die "Arbeiten und anderen Dienstleistungen" im Mittelpunkt, ist es nicht erforderlich, dass der Wert dieser Arbeiten den Wert der Ware erreicht (Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, CISG, 6. Aufl., Art. 3 Rn. 14; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 6; Staudinger/Magnus, 2013, CISG, Art. 3 Rn. 21; MünchKommBGB/H. P. Westermann, 6. Aufl., Art. 3 CISG Rn. 5, der das bloße Abstellen auf eine Wertrelation als realitätsfremd bezeichnet; MünchKommBGB/Huber, 7. Aufl., Art. 3 CISG Rn. 14). Entscheidend ist, dass nach dem Vertragsinhalt die Beschaffung von Material zur Verwirklichung des Hauptzwecks nur nebenbei geschuldet wird (Soergel/Lüderitz/Fenge, 13. Aufl., Art. 3 CISG Rn. 4), was bei Anlagelieferverträgen häufig gegeben sein dürfte (vgl. Honsell/Siehr, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 7;

Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, aaO, Art. 3 Rn. 18; Soergel/Lüderitz/Fenge, aaO).

45 (2) Diese Voraussetzungen für die Annahme eines "Überwiegens" liegen vor.

46 Aus den von der Klägerin und der Schuldnerin vereinbarten "Garantiebedingungen" folgt, dass der Vertrag nicht auf einen Warenaustausch gerichtet war. Denn die bloße Lieferung der einzelnen Elemente zur Herstellung bzw. Erweiterung der Produktionslinie waren für die Klägerin uninteressant. Wesentlich war die Herstellung einer Gesamtanlage, die die in den Garantiebedingungen formulierten Anforderungen an die "Fertigproduktleistung", den "FFA Gehalt des Backöls", die "prozessbedingte Betriebszeit", die "maximale[n] Leistungen des Entsteiners, der Waschanlage und der Schäler", die Eingabe einer "Schälverlustzahl", die "optimale gleichmäßige Beschickung vom Backofen", einen "Restwassergehalt von 8 % beim Backofeneinlauf" und den "Wasserverbrauch der Chipslinie" im Sinne eines funktionstauglichen Werks genügte.

47 Dem entspricht es, dass die Klägerin und die Schuldnerin im Rahmen der "Zahlungsbedingungen" das Recht der Klägerin vereinbarten, bei Nichterfüllung von "Hauptgarantiebedingungen" die Gesamtanlage zurückzugeben.

48 c) Nach § 377 Abs. 1 HGB hat der Käufer, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsgemäßen Geschäftsgänge tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Nach § 381 Abs. 2 HGB a.F. findet diese Vorschrift auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Damit besteht die Rügeobliegenheit auch bei Werklieferungsverträgen über nicht vertretbare bewegliche

Sachen im Sinne von § 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB a.F. Auf Werkverträge findet § 377 Abs. 1 HGB dagegen keine Anwendung.

49 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum alten Schuldrecht sind Werklieferungs- und Werkvertrag typologisch voneinander abzugrenzen. Danach ist entscheidend, welche Pflicht den Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen bildet. Steht für die Vertragsparteien der Warenaustausch im Mittelpunkt, besteht also die Wertschöpfung in der Herstellung und Lieferung einer Sache, liegt ein Werklieferungsvertrag vor. Liegt dagegen der Schwerpunkt des Vertragsinhalts nicht in der Lieferung herzustellender Sachen, sondern in einer, wenn auch Herstellung und Lieferung von Sachen voraussetzenden, Schöpfung eines Werks, liegt ein reiner Werkvertrag vor (vgl. BGH, Urteile vom 10. März 1983 - VII ZR 302/82, BGHZ 87, 112, 116 ff., juris Rn. 18 ff.; vom 15. April 2004 - VII ZR 291/03, BauR 2004, 1152, 1153, juris Rn. 11 f.; zum neuen Schuldrecht Urteil vom 2. Juni 2016 - VII ZR 348/13, BauR 2016, 1478 Rn. 11 m.w.N. = NZBau 2016, 558; Soergel/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 651 Rn. 7; Schwenker in Erman, BGB, 14. Aufl., § 651 Rn. 4b; Glanzmann in RGRK, BGB, 12. Aufl., § 651 Rn. 20; vgl. zudem Motive II, S. 476 = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, S. 265).

50 bb) Auf dieser Grundlage haben die Klägerin und die Schuldnerin, wie bereits zu Art. 3 CISG ausgeführt, einen Werkvertrag geschlossen, der keine Rügeobliegenheiten nach § 377 Abs. 1, § 381 Abs. 2 HGB a.F. begründet.

51 2. Ein sich möglicherweise aus § 635 BGB a.F. ergebender Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen der Nichteinhaltung der Frischwasser-Verbrauchsgarantie ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht verjährt. Nach § 638 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 BGB a.F. verjähren die Schadensersatz-

satzansprüche der Klägerin nicht in sechs Monaten, sondern in fünf Jahren, da es sich um Arbeiten bei einem Bauwerk handelt.

52 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können technische Anlagen selbst als Bauwerk angesehen werden. Das setzt voraus, dass die technische Anlage mit dem Erdboden unmittelbar oder mittelbar über ein Gebäude fest verbunden ist, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) handeln muss. Es genügt eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden oder dem Gebäude allein durch ihr Gewicht, so dass eine Trennung nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Schließlich muss eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sein. Für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zur langen Verjährungsfrist zugrunde liegen (BGH, Urteil vom 2. Juni 2016 - VII ZR 348/13, BauR 2016, 1478 Rn. 29 m.w.N. = NZBau 2016, 558).

53 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze handelt es sich bei der von der Beklagten errichteten Anlage um ein Bauwerk.

54 Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsätzen einschließlich Anlagen und Lichtbildern ist die Anlage bereits durch ihr Ausmaß und Gewicht in einer Weise mit dem Grundstück verbunden, die eine spätere Trennung nur mit größerem Aufwand ermöglicht. Dass ihre mit dieser Verbindung einhergehende Nutzung bestimmungsgemäß auf Dauer angelegt ist, wird belegt durch die von der Klägerin geforderte Eingliederung einer bereits bestehenden Produktionslinie in eine der beiden neuen Produktionsstrecken und die weitergehende Vorgabe, das bestehende Produktionslinienkonzept insgesamt von einem Durchlauf- auf ein Chargensystem umzustellen. Aus alledem ergibt

sich schließlich die Notwendigkeit, die Anlagenteile an die vorhandenen räumlichen und baulichen Gegebenheiten anzupassen. In welchem Umfang hierfür bauliche Veränderungen an der Gewerbehalle vorzunehmen waren, ist ebenso wenig von Belang wie der von der Beklagten hervorgehobene Umstand, dass die Produktionsanlage sich nach den Werbeaussagen der Klägerin unter anderem dadurch auszeichnen soll, leicht an einen neuen Standort oder in ein anderes Gebäude verlegt werden zu können. Denn die Beantwortung der Frage nach einer im obigen Sinne festen und dauerhaften Grundstücksverbindung hängt nicht davon ab, ob die Anlage wieder abgebaut und anderweitig verwendet werden kann (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1998 - VII ZR 109/97, BauR 1999, 670, 671, juris Rn. 13 ff.). Maßgebend ist vielmehr, dass sie ihrer Bestimmung nach ortsfest installiert ist und hinsichtlich des Risikos der späten Erkennbarkeit von Mängeln nicht anders zu beurteilen ist als ein Gebäude.

55 3. Ebenfalls keinen Bestand hat die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit es der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der an die M. GmbH geleistete Zahlung von 25.242,86 € versagt hat. Seine Erwägung, die tatsächlichen Grundlagen für einen Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten seien nicht schlüssig dargetan und es könne nicht nachvollzogen werden, warum die M. GmbH mit angeblich notwendigen Änderungen der Konstruktion beauftragt worden und die Klägerin zur Bezahlung solcher Leistungen verpflichtet gewesen sein soll, wird dem Tatsachenvorbringen der Klägerin nicht gerecht.

56 a) Nach dem Sachvortrag der Klägerin war die M. GmbH als Subunternehmerin der Schuldnerin mit der Ausführung von vertraglich vorgesehenen, notwendigen Änderungen der Konstruktion befasst. Damit hat die Klägerin weder Aufwendungen für die ersatzweise Beseitigung der hier in Rede stehenden Mängel geltend gemacht noch behauptet, zur Bezahlung der M. GmbH ver-

pflichtet gewesen zu sein. Vielmehr sollen die, allerdings bestrittenen, Zahlungen geflossen sein, weil die Schuldnerin die M. GmbH nicht mehr bezahlt und letztere angedroht habe, die Arbeiten deshalb einzustellen.

57 b) Mit diesem Tatsachenvortrag hat die Klägerin dem Berufungsgericht einen Sachverhalt unterbereitet, der Anlass für die rechtliche Prüfung hätte sein müssen, ob die Klägerin mit Tilgungswirkung für die Schuldnerin gezahlt hat und nun insbesondere aus dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen kann. Diese Prüfung hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen.

III.

58 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht keine Feststellungen zur

Berechtigung der Ansprüche der Klägerin getroffen hat. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung über die vor dem Senat gestellten Sachanträge an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Borris

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 11.01.2006 - 10 O 1474/03 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 25.06.2009 - 1 U 14/06 -