

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ : nein

AbzG § 6; HGB § 377

- a) Einen Minderkaufmann trifft auch bei einem finanzierten Abzahlungskauf die Obliegenheit, Mängel der Kaufsache unverzüglich zu rügen. Andernfalls gilt die Ware auch gegenüber dem Finanzierungsinstitut als genehmigt.
- b) Kann der Käufer eine Mängelrüge fernmündlich nicht übermitteln, weil der Hörer auf der Verkäuferseite nicht abgenommen wird, so entspricht es regelmäßig kaufmännischer Sorgfalt, die Mängelrüge nunmehr unverzüglich schriftlich zu erheben.

BGH, Urt.v. 8. November 1979 - III ZR 115/78 - OLG Saarbrücken
 LG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 115/78

URTEIL

Verkündet am

8. November 1979

_____,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Badische K____bank AG,
K____-J____-Straße _____, F_____, gesetzlich vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Anton S_____, Helmut
G____ und Winfried O____, K____-J____-Straße _____,
F_____

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. _____ -

g e g e n

Martin S _____ ,
I_____straße _____, M_____,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. _____ -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 13. Juni 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch schriftlichen Vertrag vom 23. November 1972 kaufte der Beklagte von der Firma "D[REDACTED]", Import- und Handelsgesellschaft für Automaten und Genußmittelerzeugnisse mbH und Co. KG, S[REDACTED]-Se[REDACTED], einen "Heißdispenser"-Münzautomaten für Kaffee, Kakao und Tee im Rahmen seines im Handelsregister nicht eingetragenen Reifengeschäfts als zusätzliches Kundendienstangebot. Der Kaufpreis von insgesamt 7.525,80 DM sollte in Raten "gemäß den Bedingungen der Bank" finanziert werden. Zu diesem Zweck unterzeichnete der Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrags einen ihm von dem Vertreter



der Firma "D[REDACTED]" vorgelegten formularmäßigen "Kreditantrag B" der Klägerin, einer Teilzahlungsbank. In dem Antrag war angegeben, daß es sich um den Kauf eines "Heißdispensers" von der Firma "D[REDACTED]" handle; der Kaufgegenstand sollte der Klägerin gemäß deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen übereignet werden. Die Firma "D[REDACTED]" übernahm die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Rückzahlung des Darlehens. In dem auf der Rückseite des Antrags aufgedruckten Auszug aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin heißt es u.a.:

- " aus 2: Der Darlehensvertrag ist rechtlich unabhängig von Kauf- oder anderen Verträgen, die mit dem Darlehen erfüllt werden sollen. Einwendungen aus solchen Verträgen können der Bank nicht entgegengehalten werden."
- " aus 5: Der Darlehensnehmer kann den Darlehensantrag nur mit Zustimmung der Bank widerrufen..."

Am 29. November 1972 unterzeichnete der Beklagte bei der Übergabe des Automaten eine zum Darlehensantragsformularsatz gehörende "Empfangsbestätigung", die wie folgt lautet:

"Die erwähnten Gegenstände befinden sich in einwandfreiem Zustand und wurden von mir ohne jede Mängelrüge in Besitz genommen. /Weiter in Fettdruck:/ Ich bin damit einverstanden, daß die BKB /Klägerin/ mein Darlehen an den Verkäufer/Vermittler sofort ausbezahlt. Es ist mir bekannt, daß ich die Darlehensrückzahlung an die BKB auch dann vorzunehmen habe, wenn ich die Ware entgegen dieser Bestätigung nicht oder nicht in mangelfreiem Zustand erhalten habe. /Sodann weiter in Rotdruck:/ In meiner Gegenwart ausgefüllt, durchgelesen und eigenhändig unterschrieben.

Achtung! Erst nach erfolgter Lieferung unterschreiben!"

Die Klägerin genehmigte den Kredit am 30. Dezember 1972 und zahlte die Kreditsumme an die Verkäuferin aus.

Die zu finanzierende "Restkaufsumme" betrug 7.300 DM. Einschließlich der im einzelnen aufgeschlüsselten Kreditgebühren und Nebenleistungen belief sich die Gesamtverbindlichkeit des Beklagten auf 10.337,20 DM. Sie war zahlbar in 46 Raten, von denen die erste über 212,20 DM am 1. Januar 1973, die anderen 45 über 225 DM jeweils in den folgenden Monaten fällig wurden.

Der Beklagte entrichtete Anfang Februar 1973 die beiden ersten Darlehensraten über insgesamt 442,38 DM und stellte sodann weitere Zahlungen ein. Die Klägerin kündigte daraufhin den Kredit und schrieb dem Beklagten 1.883,43 DM an nicht verbrauchten "Kreditgebühren" gut. Den Restbetrag von 8.088,94 DM nebst 0,065 % "Verzugsgebühren" pro Tag hat sie im vorliegenden Rechtsstreit verlangt.

Der Beklagte ist dieser Forderung entgegengetreten und hat behauptet, der Apparat habe sich nach kurzer Zeit als funktionsuntüchtig erwiesen. Mängelrügen bei der Verkäuferin seien erfolglos geblieben. Ein zugesagter Kundendienst zur Behebung der Mängel und zur Umstellung der erforderlichen Münzeinheiten habe nicht zur Verfügung gestanden. Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäuferfirma, die unstreitig zwischenzeitlich aufgelöst und am 25. August 1975 im Handelsregister gelöscht worden ist, seien nicht durchsetzbar. Der Beklagte

hat bestritten, die Empfangsbestätigung vom 29. November 1972 wissentlich unterschrieben zu haben, und vortragen, diese müsse ihm untergeschoben worden sein. Er meint, die Verkäuferin habe ihn betrogen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Forderung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat den Darlehensvertrag zwischen den Parteien und den Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und der Firma "D[REDACTED]" als Teilstücke eines finanzierten Abzahlungsgeschäfts angesehen und ausgeführt, der Beklagte könne dem Rückzahlungsbegehren der Klägerin im Wege des Einwendungsdurchgriffs entgegenhalten, daß der gelieferte Automat mangelhaft gewesen sei.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß ein finanziertes Abzahlungsgeschäft vorliegt. In den Vorinstanzen hat die Klägerin dies selbst nicht in Abrede gestellt. Soweit der Revisionsbegründung zu entnehmen wäre, daß die Klägerin das Vorliegen eines finanzierten Abzahlungsgeschäfts nunmehr bestreiten will, könnte dem nicht gefolgt werden.

a) Der Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und der Firma "D[REDACTED]" über den Heißgetränke-Münzautomaten und der Darlehensvertrag zwischen den Parteien ergänzten sich zu einem wirtschaftlich einheitlichen Vorgang, der das Ziel hatte, dem Beklagten den Erwerb des Automaten "auf Abzahlung" zu ermöglichen. Dieses Ziel verband die beiden rechtlich selbständigen Verträge derart miteinander, daß die jeweils Beteiligten den einen Vertrag nicht ohne den anderen abgeschlossen hätten (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 1979 - III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194 = WM 1979, 489; ferner Senatsurteile BGHZ 47, 241 ff. und 47, 253, 255).

b) Der Zusammenhang ergab sich aus der Art des Zustandekommens und aus dem Inhalt beider Verträge. Im Kaufvertrag ist ausdrücklich hervorgehoben, daß der Kaufpreis durch "Raten gemäß den Bedingungen der Bank" finanziert werden sollte. Zu diesem Zweck vermittelte der Vertreter der Verkäuferfirma "D[REDACTED]" zugleich mit dem Abschluß des Kaufvertrags auch das erforderliche Darlehen, indem er dem Beklagten den Darlehensformularsatz der Klägerin vorlegte. Dieser Darlehensantrag war seinerseits auf die Finanzierung eines Teilzahlungskaufs zugeschnitten; er bezeichnete ausdrücklich den Kaufgegenstand, zu dessen Finanzierung

das Darlehen diente, und sah ferner die Sicherungsübereignung an die Kreditgeberin vor; außerdem übernahm die Verkäuferin, die das Darlehen vermittelt hatte, die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Rückzahlung. Die Klägerin gewährte mithin dem Beklagten einen Kredit, der in Raten zurückzuzahlen war, für den Kauf eines bestimmten Gegenstandes (Heißgetränke-Münzautomat) in Kenntnis dessen, daß der Kauf dieses Gegenstands den Kredit notwendig voraussetzte (vgl. dazu: Senatsurteil in BGHZ 47, 253, 256/257). Diese Zweckrichtung des Darlehens kam weiter dadurch zum Ausdruck, daß die Darlehensvaluta nicht an den Beklagten als Kreditnehmer selbst, sondern vereinbarungsgemäß unmittelbar an die Verkäuferfirma "Dispensomat" ausgezahlt wurde.

2. Das Berufungsgericht geht weiter zutreffend davon aus, daß die Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Abzahlungsgeschäfts in zwei rechtlich selbständige Verträge nicht dazu führen darf, den Käufer bei Mängeln der Kaufsache rechtlos oder schlechter zu stellen, als er ohne die Aufspaltung stehen würde (Senatsurteil vom 5. Juli 1971 - III ZR 108/68 = NJW 1971, 2303, 2306). Daher kann ein Käufer unter besonderen Umständen dem Kreditgeber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestimmte Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegensetzen, wenn sonst die Risiken der an einem solchen Geschäft Beteiligten nicht angemessen verteilt wären (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 21. Juni 1979 - III ZR 62/78 = WM 1979, 1180 m.w.Nachw.). So wird dem Käufer insbesondere gestattet, die Rückzahlung des Darlehens zu verweigern, wenn er vom Verkäufer Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nicht zu erlangen vermag (Senatsurteil vom 5. Juli 1971 aaO).

a) Voraussetzung eines derartigen Einwendungsdurchgriffs ist zunächst entsprechend § 8 AbzG, daß der Käufer nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, was bei dem Beklagten unstreitig zutraf. Ob der Beklagte als selbständiger Reifenhändler im übrigen über kaufmännische Erfahrungen verfügt, kann dahinstehen. Denn der hier in Betracht kommende Schutz wäre ihm nur als "Vollkaufmann" zu versagen, der er unstreitig nicht ist (Senatsurteil vom 5. Juli 1971 aaO).

b) Der Revision kann nicht darin beigespflichtet werden, daß der Beklagte durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin und durch die Empfangsbestätigung vom 29. November 1972 über die rechtliche Selbständigkeit der Verträge hinreichend aufgeklärt worden war. Die Frage, ob das Fehlen einer Aufklärung über das "Aufspaltungsrisiko" allgemeine, zwingende Voraussetzung für den Einwendungsdurchgriff ist, ein solcher also immer dann versagt werden muß, wenn die Bank den Abzahlungskäufer hinreichend und klar über dieses Risiko belehrt hat, kann hier dahinstehen (vgl. Senatsurteile BGHZ 47, 233, 239 und vom 5. Juli 1971 aaO).

aa) Der Hinweis der Klägerin in Nr. 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Unabhängigkeit des Kaufvertrages von dem Darlehensvertrag und der Ausschluß von Einwendungen aus dem Kaufvertrag, unterrichtet einen Durchschnittsleser, auf den hier abzustellen ist, nicht ausreichend deutlich über die Risiken, die ihm aus der rechtlichen Selbständigkeit der beiden miteinander verbundenen Verträge erwachsen (Senatsurteil vom 21. Juni 1979 aa0). Insbesondere erfuhr der Darlehensnehmer nicht, welche Rechte ihm gegenüber dem Kreditgeber zustanden, wenn der gelieferte Gegenstand mangelhaft war und Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer nicht durchsetzbar waren.

bb) Die Belehrung und Warnung in der Empfangsbestätigung vom 29. November 1972 war deshalb nicht geeignet, den Beklagten über die bei dem Abschluß des finanzierten Abzahlungskaufs eingegangenen Risiken hinreichend aufzuklären, weil die darin enthaltenen Hinweise zu spät erteilt wurden. Insoweit gleicht der vorliegende Sachverhalt dem im Senatsurteil vom 21. Juni 1979 (aa0) beurteilten, der ein inhaltsgleiches und drucktechnisch gleich ausgestattetes Formular der Klä-

gerin betraf. Die Erwägungen des Senatsurteils zu diesem Punkt können daher für den vorliegenden Fall in vollem Umfang übernommen werden.

Die Unterrichtung eines Kreditnehmers über das mit dem Abschluß des finanzierten Abzahlungsgeschäfts verbundene Risiko ist nur sinnvoll, solange der Abschluß des Geschäfts noch aussteht. Hier dagegen hatte der Beklagte den Darlehensantrag am 23. November 1972 unterzeichnet, zugleich mit dem Abschluß des Kaufvertrags. Die Empfangsbestätigung datiert jedoch erst vom 29. November 1972 und nimmt auf die zu diesem Zeitpunkt - in Erfüllung des bereits fest abgeschlossenen Kaufvertrags - bewirkte Lieferung der Kaufsache Bezug.

Sind Darlehensvertrag und Kaufvertrag bei Erteilung des Hinweises schon geschlossen, so hat sich das Risiko bereits verwirklicht, auf dessen Eintritt der Kreditgeber den Kreditnehmer/Käufer hinweisen soll. Denn der Kreditnehmer kann nun nicht mehr frei wählen, ob er das Geschäft durchführen will oder nicht.

In einer vergleichbaren Lage befindet sich der Darlehensnehmer, wenn er bereits den Darlehensantrag gestellt hat, aber erst später über das Risiko der Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts in ein Kauf- und in ein Darlehensgeschäft aufgeklärt wird. Der Darlehensnehmer ist nach § 145 BGB an seinen Darlehensantrag gebunden und kann ihn nicht mehr einseitig widerrufen (ebenso Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin); das Zustandekommen des Vertrags hing somit allein vom Willen der Klägerin ab.

Diese Bindung mußte aus der Sicht des Beklagten schon mit der Unterzeichnung des Antrags und dessen Aushändigung an den Vertreter der Firma "D[REDACTED]" eintreten. Die Möglichkeit, den Antrag noch bis zu dessen Eingang bei der Klägerin zu widerrufen (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB), kam für den Beklagten praktisch nicht in Betracht. Denn die Klägerin hatte die zum Abschluß des Darlehensvertrags führenden Verhandlungen ausschließlich dieser Firma überlassen. Dem Beklagten mußte der Vertreter daher - trotz etwaiger entgegenstehender Hinweise im Darlehensformular - auch als Beauftragter der Klägerin erscheinen, der für sie und in ihrem Interesse an der Beschaffung des Münzautomaten durch Abschluß eines Kreditgeschäfts mitwirkte. Dies gilt um so mehr, als die Klägerin dieses tatsächliche Handeln der Firma "D[REDACTED]" durch Überlassung der Darlehensantragsformulare legitimierte und durch Übernahme des Verhandlungsergebnisses billigte. Dementsprechend mußte der Vertreter der Firma "D[REDACTED]" aus der Sicht des Beklagten als ermächtigt erscheinen, den Antrag für die Klägerin entgegenzunehmen.

Wegen dieser bereits eingetretenen Bindung an den Antrag war eine erst nachfolgende Belehrung des Darlehensnehmers/Käufers, die ihm nicht auch die rechtliche Möglichkeit eröffnete, von dem Geschäft Abstand nehmen zu können, ohne Bedeutung. Dies gilt erst recht, wenn der Darlehensnehmer, wie es hier der Fall war, den Kaufvertrag bereits wirksam abgeschlossen hat. Er muß dann die Darlehensvaluta zur Bezahlung des Kaufpreises verwenden, hat also auch deshalb nicht mehr die Wahl, von dem Abschluß des Darlehensvertrags abzusehen.

Die Klägerin hat daher ihrer Pflicht nicht genügt, den Käufer und Darlehensnehmer beim Abschluß des Darlehensvertrags eindeutig, klar und unübersehbar darauf hinzuweisen, daß das Darlehen zurückgezahlt werden müsse, selbst wenn der Kaufvertrag gelöst oder die Ware nicht oder schlecht geliefert werde (Senatsurteil vom 21. Juni 1979 aaO m.w.Nachw.).

3. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß der Automat die vom Beklagten behaupteten Mängel aufwies. Schon etwa 14 Tage nach Lieferung transportierte das Gerät den pulverförmigen Getränkegrundstoff nicht mehr ordnungsgemäß, weil dieser sich verklumpte, so daß dem Automaten schließlich nur noch heißes Wasser zu entnehmen war. Außerdem hatte das Gerät keinen dichten Wasserbehälterabschluß, so daß das Wasser ständig unsauber war. Endlich stand dem Beklagten die von der Verkäuferin zugesagte Kundendienstfirma zur Umstellung der Münzeinheiten und Reparatur des Automaten nicht zur Verfügung.

a) Diese Mangelhaftigkeit der Kaufsache allein genügt indes nach den Besonderheiten des vorliegenden Falls noch nicht, um Gewährleistungsansprüche zu begründen. Da die Versorgung der Kunden mit Kaffee aus dem Automaten ein zusätzliches Kundendienstangebot im Rahmen des vom Beklagten als Minderkaufmann betriebenen Reifenhandels darstellen sollte, war der Kauf für den Beklagten ein Geschäft, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörte, also ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB. Gleiches gilt für die Verkäuferfirma "D [REDACTED]", die in der Rechtsform einer GmbH u.Co. KG betrieben wurde, also Vollkaufmannseigenschaft

(§§ 161, 6 HGB) besaß. War der Kauf somit für beide Teile ein Handelsgeschäft, so traf den Beklagten als Käufer die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB. Diese Vorschrift gilt uneingeschränkt auch für Minderkaufleute (Brüggemann in Großkomm. HGB 3. Aufl. 1970 § 377 Anm. 3; Baumbach/Duden HGB 22. Aufl. 1977 §§ 377, 378 Anm. 1 A). Der Umstand, daß der Beklagte in den Schutzbereich der Grundsätze des finanzierten Abzahlungsgeschäfts fiel, enthob ihn nicht der Obliegenheiten, die ihn in seiner Eigenschaft als Minderkaufmann allgemein trafen.

b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben nicht, daß der Beklagte eine ordnungsgemäße, unverzügliche Mängelrüge erhoben hat.

Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 377 HGB nicht ausdrücklich geprüft, aber zur Mängelanzeige nach § 478 BGB entsprechende Erwägungen angestellt. Es hat ausgeführt, der Beklagte habe nicht nur gegenüber der von der Verkäuferin angegebenen Kundendienstfirma seine Beanstandungen geltend machen wollen, sondern auch gegenüber der Firma "D[REDACTED]" selbst. Diese habe er mehrfach telefonisch zu erreichen versucht, ohne daß sich dort zu diesem Zeitpunkt noch jemand gemeldet habe. Diese Bemühungen hätten bei der gegebenen Sachlage ausgereicht. Darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

Bei Handelsgeschäften hat der Kaufmann die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden (§ 347 HGB), also die Regsamkeit, die Kenntnisse und die Umsicht an den Tag zu legen, die man von einem ordentlichen Kauf-

mann erwarten kann (Ratz, Großkomm. HGB 3. Aufl. § 347 Anm. 5). Daher kann der Verkäufer mit der Gefahr der rechtzeitigen Ankunft einer Mängelrüge nur belastet werden (§ 377 Abs. 4 HGB), wenn der Käufer die Anzeige ordnungsmäßig d.h. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns abgesandt hat (BGH Urt. vom 20. November 1961 = LM HGB § 377 Nr. 8).

Eine nur fernmündlich erhobene Mängelrüge kann auch ohne nachfolgende schriftliche Bestätigung, wie seit langem anerkannt ist (RGRK HGB 2. Aufl. § 377 Anm. 25 m.w.Nachw.), genügen. Kommt eine fernmündliche Verbindung aber nicht zustande, wie es nach dem Vortrag des Beklagten der Fall war, so fehlt es, ebenso wie bei einer Willenserklärung unter Anwesenden (vgl. Münchener Kommentar - Förschler § 130 Rdn. 25; Soergel/Hefermehl BGB 10. Aufl. § 130 Rdn. 20), die der Gesprächspartner nicht vernehmen konnte, an einer wirksamen Erklärung. In einem solchen Fall darf es der Erklärende grundsätzlich nicht bei dem - sei es auch mehrfach wiederholten - Versuch eines Telefonanrufs belassen. Er muß vielmehr versuchen, dem Empfänger die Erklärung auf einem anderen Weg, insbesondere schriftlich, zu übermitteln. Hier- von kann nur abgesehen werden, wenn der Käufer inzwischen erfahren hat, daß der Verkäufer nicht mehr erreichbar und die Absendung einer Mängelrüge daher jedenfalls zur Zeit zwecklos ist.

Nach seinem eigenen Vorbringen hatte der Beklagte lediglich festgestellt, daß sich unter dem Anschluß der Verkäuferin niemand meldete. Insbesondere fehlte ein Anzeichen dafür, daß der Anschluß aufgehoben war. Das Scheitern einer fernmündlichen Verbindung gewährte daher, an-

ders als das Berufungsgericht gemeint hat, keinen ausreichenden Anhalt dafür, daß die Verkäuferin unbekannt verzogen war oder ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatte und die Absendung einer Mängelrüge daher zwecklos war.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die Verkäuferin nicht mehr schriftlich hätte erreichen können. Die Firma "D[REDACTED]" hatte zwar, außer der Fernsprechnummer, nur eine Anschrift ohne Straßennamen und Hausnummer mitgeteilt. In kleineren Orten und Ortsteilen kann die Briefpost vielfach aber mit ausreichender Zuverlässigkeit allein aufgrund des Namens und der Angabe des Ortes ausgeliefert werden. Die Verkäuferin hatte als ihre Niederlassung einen kleinen Ortsteil genannt, bei dem die Angabe des Namens danach möglicherweise genügen konnte.

Die Verkäuferin hätte sich aber auf das Fehlen einer schriftlichen Mängelrüge nur berufen können, wenn die Erhebung einer Rüge überhaupt noch Zweck gehabt hätte. Wäre die Verkäuferin unter der bisherigen Anschrift nicht mehr zu erreichen gewesen, weil sie, ohne das dem Beklagten mitzuteilen, den Sitz ihres Unternehmens verlegt oder ihren Geschäftsbetrieb aufgegeben hatte, was beides nach dem Vorbringen des Beklagten in Betracht kommt, so könnte sie eine darauf zurückzuführende Verspätung der Mängelrüge dem Beklagten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht entgegenhalten. Das Berufungsgericht ist - von seinem Standpunkt aus zu Recht - diesem Vorbringen des Beklagten bisher nicht nachgegangen.

c) Sollte es an einer ordnungsmäßigen Mängelrüge gefehlt haben, was revisionsrechtlich zu unterstellen ist, so gilt der gelieferte Automat trotz seiner Fehlerhaftigkeit als genehmigt. Gewährleistungsansprüche sind damit ausgeschlossen; es ist so anzusehen, als habe die Verkäuferin ordnungsmäßig geliefert (Brüggemann aaO Anm. 38, 2). Da das Gesetz die Fiktion der Genehmigung unmittelbar an die unterlassene oder verspätete Rüge knüpft, tritt diese Rechtsfolge unabhängig davon ein, ob sich der Berechtigte darauf beruft. Die Fiktion wirkt allseitig (RG JW 1936, 2391), also nicht nur im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, sondern bei einem finanzierten Kauf auch zwischen dem Käufer und dem Finanzierungsinstitut.

Eine ordnungsgemäße Erfüllung des Kaufvertrages steht einem Einwendungsdurchgriff gegen das eingeschaltete Kreditinstitut entgegen, weil sich das Risiko, das der Darlehensnehmer durch die Trennung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts in zwei rechtlich selbständige Verträge eingeht, in einem solchen Fall nicht verwirklicht. Leistung und Gegenleistung stehen in dem kaufvertraglich vorgesehenen Gleichgewicht, der Käufer hat einen Kaufgegenstand erhalten, der so anzusehen ist, als sei er mangelfrei und entspreche den vertraglichen Zusicherungen. Daher ist der Käufer dann verpflichtet, den Kaufpreis in Form der Darlehensraten zu zahlen (Senatsurteil vom 18. Januar 1979 aaO).

4. Aus denselben Gründen kann bisher nicht, wie es das Berufungsgericht getan hat, davon ausgegangen werden, daß die Klägerin - unabhängig vom Einwendungsdurch-

griff - dem Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluß haftet, weil sie die gebotene Aufklärung über das Aufspaltungsrisiko unterlassen hat. Dieser Gesichtspunkt kann eine Einwendung gegen die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens nur begründen, wenn feststeht, woran es bisher fehlt, daß die Verkäuferin den Kaufvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Bei ordnungsmäßiger Erfüllung kann der Käufer nicht geltend machen, er sei durch die mangelnde Aufklärung besonderen Gefahren ausgesetzt worden; das Aufspaltungsrisiko wäre in diesem Fall nicht eingetreten (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 1979 aaO).

5. Das angefochtene Urteil kann daher nicht bestehenbleiben. Es muß noch geprüft werden, ob die Erhebung einer ordnungsmäßigen Mängelrüge im Ergebnis zwecklos und damit bedeutungslos gewesen wäre, weil die Verkäuferin auch brieflich nicht mehr erreichbar war.

II.

Bei der danach erforderlichen neuen Verhandlung der Sache wird das Berufungsgericht, falls die Klägerin dem Beklagten entgegenhalten kann, er habe verspätet gerügt, noch darauf eingehen müssen, ob sich die Verkäuferin eines betrügerischen Verhaltens gegenüber dem Beklagten schuldig gemacht hat, was es - von seinem Standpunkt aus zu Recht - ausdrücklich offengelassen hat.

Eine Täuschungshandlung könnte - zumindest - darin bestanden haben, daß die Verkäuferin dem Beklagten vorspiegelte, für die Funktionsfähigkeit des geliefer-

ten Automaten sei auf Dauer gesorgt, indem Kundendienst und Wartung gesichert seien. Sollte die Verkäuferin insoweit bewußt wahrheitswidrige Angaben gemacht haben, um den Automaten abzusetzen und in den Besitz des Kaufpreises zu gelangen, würde das für die Verwirklichung des Betrugstatbestandes sprechen. In diesem Falle würde die gelieferte Ware trotz Versäumung der Rügefrist nicht als genehmigt gelten (§ 377 Abs. 5 HGB).

Für eine etwaige unerlaubte Handlung der für die Verkäuferfirma handelnden Personen müßte die Klägerin im Verhältnis zum Beklagten eintreten. Denn diese Personen führten mit ihrem Willen die Vertragsverhandlungen mit dem Beklagten. Die Klägerin setzte den Beklagten damit auch einem unrechten Verhalten der Verkäuferseite aus, während der Beklagte seinerseits keine Möglichkeit hatte, die Beziehungen zwischen der Verkäuferin und der Klägerin zuverlässig zu erkennen. Die Klägerin muß sich unter diesen Umständen eine "Identifizierung" mit der Verkäuferseite gefallen lassen (vgl. Senatsurteil vom 21. Juni 1979 aaO m.w.Nachw.).

Der Beklagte könnte, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, die Rückzahlung des Darlehens verweigern, obwohl er es unstreitig unterlassen hat, den Darlehensvertrag rechtzeitig wegen arglistiger Täuschung (§§ 123, 124 BGB) anzufechten. Das Anfechtungsrecht erfährt zwar durch § 124 BGB eine klare zeitliche Begrenzung. Das schließt aber nicht aus, daß auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist dem Klageanspruch die Einrede der Arglist entgegengehalten werden kann, wenn besondere Umstände vorliegen, die über die bloße Verwirklichung des Anfechtungstatbestandes hinausgehen. Als derartigen be-

sonderen Umstand hat die Rechtsprechung es insbesondere angesehen, wenn der Abschluß eines Vertrages durch Betrug erschlichen ist. Liegt in der Täuschung zugleich eine unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB, so wird die Arglisteinrede durch den Ablauf der Anfechtungsfrist nicht berührt (Münchener Kommentar - Kramer § 124 Rdn. 6 m.w.Nachw.).

Eine weitere Aufklärung des Sachverhalts in dieser Richtung erscheint als möglich. Insbesondere dürften die Hinderungsgründe, die im Berufungsrechtszug der vom Beklagten mehrfach beantragten Beiziehung der Akten des gegen die Verantwortlichen der Firma "D[REDACTED]" geführten Strafverfahrens entgegenstanden, inzwischen weggefallen sein.

Nußgens

Krohn

Tidow

Peetz

Boujong