

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GWB § 34

Die Vereinbarung in einem Bierlieferungsvertrag, nach der der Bierpreis von der Brauerei im Zusammenwirken mit einem Dritten festgelegt werden soll, bedarf der Schriftform.

VerbrKr/ZPOuaÄndG Art. 9

Auf vor dem 1. Januar 1991 geschlossene Verträge der in § 1 c AbzG und § 2 VerbrKrG genannten Art sind die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes in entsprechender Anwendung des Art. 9 Abs. 1 VerbrKr/ZPOuaÄndG weiterhin uneingeschränkt anwendbar.

AbzG § 1 b

- a) An einer "gesonderten Unterschrift" im Sinne des § 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG fehlt es, wenn die Unterschrift sich nicht nur auf die Widerrufsbelehrung, sondern zugleich auf die Bestätigung der Aushändigung einer Vertragsabschrift sowie der Belehrung selbst bezieht.
- b) Ist die Willenserklärung des Käufers mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung noch widerruflich, so kann der Verkäufer aus dem schwebend unwirksamen Vertrag Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung selbst dann nicht verlangen, wenn der Widerruf noch nicht erklärt ist.

BGH, Urteil vom 30. September 1992 - VIII ZR 196/91 - OLG Düsseldorf
LG Mönchengladbach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 196/91

Verkündet am:
30. September 1992
Zöller
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Theodor R[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED], M[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

g e g e n

B[REDACTED] S[REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Reiner M[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED], D[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1992 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Dr. Hübsch und Wiechers

für Recht erkannt:

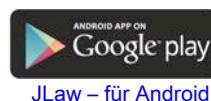
Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. September 1991 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 11. Dezember 1986 einen "Zuschuß- und Getränkelieferungsvertrag". Die Klägerin, eine Brauerei, verpflichtete sich darin, dem Beklagten für die Gaststätte "K[REDACTED]" in H[REDACTED] einen "Zuschuß" von 40.000 DM zu zahlen (§ 1 Nr. 1). Der Beklagte verpflichtete sich, u.a. den gesamten Bierbedarf für diese Gaststätte ab 1. Januar 1987 bis zur Abnahme von wenigstens 2.750 Hektolitern, längstens für die Dauer von zehn Jahren, ausschließlich von der Klägerin zu beziehen (§ 2 Nr. 1). Die in § 3 Nr. 4 des Formularvertrages enthaltene Bestimmung über die Belieferung zu den jeweils gültigen Tageslistenpreisen der Klägerin haben die Parteien durchgestrichen. Der Vertrag enthält u.a. folgende weitere Bestimmungen:

"§ 6 - Vertragsstrafe, Schadensersatz

1. Der Brauerei soll das Recht zustehen, für jeden Hektoliter Bier oder alkoholfreier Getränke, den der Kunde pflichtwidrig nicht in ihren bzw. den von ihr vertriebenen Erzeugnissen auf dem von ihr angegebenen Weg bezieht, die sofortige Zahlung einer Vertragsstrafe von 35 DM mit der Maßgabe vom Kunden zu verlangen, daß die Vertragsstrafe für die ganze noch nicht bezogene Menge fällig ist, sobald der Genannte trotz schriftlicher Abmahnung seitens der Brauerei den Fremdbezug fortsetzt oder den Bezug von Bieren oder alkoholfreien Getränken der Brauerei einstellt oder die Räume einem Dritten ohne vertragsgemäße Auferlegung der Bezugsverpflichtung überläßt oder die Räume nicht mehr zum Betrieb einer Biergaststätte mit Faßbierausschank genutzt werden.

...

§ 7 - Schlußbestimmungen

...

4. Nebenabreden, Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform."

Das Vertragsformular enthält unter den Unterschriften der Parteien eine vorgedruckte Belehrung über ein Widerrufsrecht des Beklagten, deren letzter Satz lautet

"Mit nachfolgender Unterschrift bescheinigt Vertragspartner von der vorstehenden Belehrung Kenntnis genommen und eine Abschrift seiner auf den Vertragsabschluß gerichteten schriftlichen Willenserklärung einschließlich der Belehrung erhalten zu haben"

und die vom Beklagten - wiederum - unterschrieben ist.

Die "K[REDACTED]" befindet sich auf einem im Eigentum der "Gesellschaft für W[REDACTED] und G[REDACTED] GmbH & Co. KG" (im folgenden: GWG) stehenden Grundstück. Der Beklagte ist Kommanditist der KG sowie Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

Im Jahre 1988 führten Verhandlungen zwischen der GWG und der Klägerin über den Abschluß eines Bierlieferungsvertrages für ein weiteres Gaststättenobjekt zu keiner Eini-
gung. Am 31. August 1988 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie habe erfahren, daß er den Pächter der "K[REDACTED]-
[REDACTED]" angewiesen habe, Bier von einer anderen Brauerei zu beziehen, und forderte ihn schriftlich auf, den Fremdbezug

- 5 -

von Bier zu unterlassen. Die GWG erwiderte, der Vertrag vom 11. Dezember 1986 müsse aufgehoben werden, weil sich die Klägerin entgegen früherer Zusagen weigere, Bierlieferungsverträge für weitere Gaststättenobjekte abzuschließen. Bis zum 15. September 1988 bezog der Pächter der "K[REDACTED]" 330,05 Hektoliter Bier zu den Tageslistenpreisen der Klägerin, danach wurde der Bezug eingestellt. Von dem ausbezahlten Zuschuß wurden 33.167,33 DM an die Klägerin zurückgezahlt.

Die Klägerin hat mit der Klage, soweit im Revisionsrechtszug noch von Interesse, Vertragsstrafe oder Schadensersatz wegen Minderabnahme von 2.419,95 Hektoliter Bier, insgesamt 60.498,75 DM geltend gemacht. Der Beklagte hält den Vertrag für formnichtig gemäß § 34 GWB. Die Parteien hätten vereinbart, daß sich die Klägerin mit dem Pächter der "K[REDACTED]" über die Bierpreise einigen solle. Bei Abschluß des Vertrages sei ferner zur Bedingung gemacht worden, daß die Klägerin einen Bierlieferungsvertrag für ein weiteres, damals erst noch fertigzustellendes Gaststättenobjekt der GWG abschließen werde. Erstmals in der Berufungsinstanz hat der Beklagte Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 96 Abs. 2 GWB bis zur Entscheidung des Kartellgerichts über die kartellrechtliche Vorfrage beantragt.

Die Klägerin behauptet demgegenüber, auf eine Vereinbarung von Getränkepreisen sei bei Vertragsschluß bewußt verzichtet worden. Sie bestreitet, den Abschluß weiterer Bierlieferungsverträge als Bedingung für den Fortbestand des Vertrages vom 11. Dezember 1986 zugesagt zu haben.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2.042,94 DM nebst Zinsen (Rückzahlung eines weiteren Teils des Zuschusses) stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen. Es hat aufgrund der Vernehmung des Zeugen F [REDACTED] die mündliche Vereinbarung der Parteien für bewiesen gehalten, daß die Klägerin sich mit dem Gaststättenpächter über die Getränkepreise einigen solle. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung weiterer 40.048,75 DM nebst Zinsen verurteilt. Dagegen richtet sich die - zugelassene - Revision des Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der entscheidende Zivilsenat und nicht der Kartellsenat sei für die Berufung zuständig. Die erstinstanzliche Zivilkammer habe zu Recht ihre Zuständigkeit bejaht, weil es sich nicht um eine Kartellsache im Sinne des § 87 GWB handle. Die Vorfrage der Formnichtigkeit des Vertrages nach § 34 GWB ändere an der Zuständigkeit nichts. Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 96 Abs. 2 GWB komme nicht in

- 7 -

Betracht, weil der Beklagte die Zuständigkeitsrüge erstmals in der Berufungsinstanz und damit - unentschuldigt - verspätet erhoben habe (§ 529 Abs. 2 ZPO entsprechend).

Der geltend gemachte Anspruch sei gemäß § 6 Nr. 1 des Vertrages begründet, weil der Beklagte den Bierbezug trotz Abmahnung eingestellt und einen Bierlieferungsvertrag mit einer anderen Brauerei geschlossen habe. Der Vertrag vom 11. Dezember 1986 sei wirksam. Er scheitere nicht an einem Dissens (§ 154 BGB), weil eine Preisvereinbarung nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nicht habe getroffen werden sollen. Der Vertrag genüge auch dem Schriftform-erfordernis des § 34 GWB. Danach unterlägen dem Formerfordernis alle vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, aber auch nur diese. Eine Vereinbarung über Bierpreise hätten die Parteien jedoch nicht getroffen. Die Bestimmung über Preise in § 3 Nr. 4 des Vertrages sei gestrichen und somit deutlich erkennbar nicht getroffen worden. Aus der Aussage des erstinstanzlich vernommenen Zeugen F. könne nicht geschlossen werden, die Parteien hätten vereinbart, daß sich die Klägerin mit dem Pächter der "K[REDACTED]" über die Bierpreise einigen solle. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, unterläge eine solche Vereinbarung nicht dem Formerfordernis des § 34 GWB. Sie besage nichts anderes, als daß die Bierpreise zwischen den Parteien hätten offenbleiben sollen, was sich bereits aus der Streichung von § 3 Nr. 4 des Vertrages ergebe. Auch der Zweck des § 34 GWB erfordere nicht die schriftliche Niederlegung einer derartigen Abrede, weil die Kartellbehörde aus ihr keine für die Beurteilung des Vertrages bedeutsame Information gewinne.

Ob die Parteien mündlich die Verpflichtung der Klägerin zum Abschluß eines weiteren Bierlieferungsvertrages vereinbart hätten, könne dahingestellt bleiben, weil eine derartige Nebenabrede schon wegen der Schriftformklausel des § 7 Nr. 4 nicht Vertragsinhalt geworden sei.

Die Vertragsstrafenregelung in § 6 Nr. 1 des Vertrages scheitere weder an § 11 Nr. 6 AGBG, weil der Beklagte Kaufmann sei (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG), noch an § 9 AGBG, weil der Gewinnentgang der Klägerin für die von ihr hergestellten Produkte höher sei als die Vertragsstrafe von 35 DM je nicht bezogenem Hektoliter Bier.

Die Klägerin könne aber nur eine Vertragsstrafe für 1.601,95 Hektoliter Bier und damit einen Betrag von 40.048,75 DM beanspruchen. Denn die ihr durch Fremdbezug entgangene oder noch entgehende Abnahmemenge müsse auf der Grundlage des tatsächlichen Bierbezugs in der Zeit vom 1. Januar 1987 bis 15. September 1988 berechnet werden.

II. Die Revision hat darin recht, daß das Berufungsgericht zu seiner Feststellung, die Parteien hätten keine Vereinbarung über die Bierpreise getroffen, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften gelangt ist.

1. Entscheidungserheblich ist der von der Revision geltend gemachte Verstoß gegen § 398 ZPO nur dann, wenn es auf den unterschiedlichen Vortrag der Parteien über die mündliche Preisabsprache ankommt. Das ist - vorbehaltlich späterer Erwägungen (unten III, V) - der Fall.

a) Der Vertragsstrafen- oder Schadensersatzanspruch der Klägerin setzt die Wirksamkeit des Vertrages vom 11. Dezember 1986 voraus. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Vertrag auch bei Zugrundelegung des Vortrages der Klägerin nicht wegen Offenlassens einer Preisregelung an § 154 Abs. 1 BGB scheitert, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Bestimmung des § 154 Abs. 1 BGB ist unanwendbar, wenn sich die Parteien trotz des offenen Punktes erkennbar vertraglich binden wollten, wobei die begonnene Vertragsdurchführung Anzeichen für den Bindungswillen (z.B. BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 - I ZR 14/81 = NJW 1983, 1727 unter II 2 m.Nachw.) und zugleich Indiz dafür sein kann, wie die Lücke nach der Vorstellung der Parteien geschlossen werden sollte (z.B. OLG Karlsruhe WuW/E OLG 2583; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2396). Das Vorliegen des Bindungswillens hat in erster Linie der Tatrichter zu prüfen, dessen Feststellungen hier auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen werden.

Der Vertrag bedurfte zwar der Schriftform gemäß § 34 GWB, weil er eine Ausschließlichkeitsbindung des Beklagten hinsichtlich des Getränkebezugs enthält (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und der Beklagte Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift ist. Die Vorschrift des § 34 GWB stellt aber, wie der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen hat, keine Anforderungen an den Inhalt eines dem Formzwang unterliegenden Vertrages (z.B. BGHZ 77, 1, 5 ff; Senatsurteile vom 23. November 1983 - VIII ZR 333/82 = WM 1984, 88 unter II 1 und vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 = BGHR GWB § 34 - Automatenaufstellvertrag 1, jeweils m.Nachw.). Haben die Parteien daher, wie die Klägerin behauptet, keinerlei Ver-

einbarungen über den zu entrichtenden Bierpreis getroffen, so liegt insoweit auch keine schriftformbedürftige Erklärung vor.

b) Trifft dagegen der Vortrag des Beklagten zu, die Parteien hätten sich auf eine Festlegung der Bierpreise durch die Klägerin und den Pächter geeinigt, so ist der Vertrag vom 11. Dezember 1986 wegen Verstoßes gegen § 34 GWB unwirksam oder aber gar nicht wirksam zustande gekommen.

aa) Grundsätzlich unterliegt der ganze Vertrag, so wie er abgefaßt ist, dem Schriftformerfordernis nach § 34 GWB. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erschöpft sich die Vereinbarung der Parteien nach der Behauptung des Beklagten nicht in einer Offenhaltung der Preisregelung. Der Beklagte hat vielmehr weitergehend eine Einigung über das Verfahren vorgetragen, nach dem die Preise später bestimmt werden sollten. Eine Vereinbarung, nach der der Preis nach Vertragsschluß einseitig durch eine der Vertragsparteien festzulegen ist (§§ 315, 316 BGB), unterfällt nach einhelliger Ansicht dem Formerfordernis des § 34 GWB (z.B. BGH, Urteile vom 6. März 1979 - KZR 12/78 = LM GWB § 34 Nr. 11 unter 1, 3 b; vom 25. März 1980 - KZR 17/79 = LM GWB § 34 Nr. 14 zu I 2 und vom 23. November 1983 aaO; Hesse Anm. zu BGHZ 77, 1 in LM GWB § 34 Nr. 15 zu 4; Emmenrich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 31 b). Nichts anderes kann für die Absprache gelten, nach der der Preis später entsprechend § 317 BGB durch eine Vertragspartei gemeinsam mit einem Dritten bestimmt werden soll. Das Berufungsgericht irrt, wenn es meint, der Zweck

des § 34 GWB mache die schriftliche Fixierung einer derartigen Abrede entbehrlich, weil die Kartellbehörde aus ihr keinen Aufschluß über die Höhe der Bierpreise gewinnen könne. Zu dem für die Überwachungsfunktion der Kartellbehörden und Gerichte bedeutsamen Inhalt des Vertrages gehört schon die Festlegung der Art und Weise, in der die Preise später zu berechnen sind (Emmerich aaO). Daran ändert nichts, daß die künftigen Bierlieferungen nicht von dem Beklagten, sondern von dem Pächter der Gaststätte zu bezahlen waren. Die festzulegenden Preise waren auch für den Beklagten von Bedeutung, weil sich im Falle von Vertragsstörungen die Höhe einer Vertragsstrafenforderung oder eines Schadensersatzanspruches der Klägerin wegen entgangenen Gewinns nach dem Vertragspreis richtete.

bb) Dem Formerfordernis des § 34 GWB ist nicht Genüge getan, weil sich die behauptete Vereinbarung des Preisfestlegungsverfahrens weder konkludent aus der Streichung des § 3 Nr. 4 des Vertrages noch aus Sinn und Zusammenhang des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ergibt (dazu BGH, Urteil vom 6. März 1979 aaO unter 3 b, d).

cc) Der - im Hinblick auf den Sachvortrag des Beklagten unterstellte - Verstoß gegen das gesetzliche Formerfordernis auch nur hinsichtlich einer ergänzenden Abrede führt regelmäßig zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages (BGH, Urteil vom 9. Juli 1985 - KZR 8/84 = NJW-RR 1986, 336 unter 3; Emmerich aaO § 34 Rdnr. 107). Die - in diesem Zusammenhang von dem Berufungsgericht unerörtert gelassene - Schriftformklausel in § 7 Nr. 4 des Vertrages ändert daran

im Ergebnis nichts. Sie findet zwar ihrem Wortlaut nach auf eine - den Vertrag abändernde oder ergänzende - Abrede über die Preisfestlegung Anwendung. Eine Schriftformklausel kann grundsätzlich auch geeignet sein, einen Vertrag vor der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit zu bewahren. Wenn nämlich eine Vereinbarung bereits aufgrund eines gewillkürten Schriftformerfordernisses, das auch auf einer formularmäßigen Schriftlichkeitsklausel beruhen kann (z.B. Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 125 Rdnr. 5), unwirksam ist, so greift das gesetzliche Formerfordernis nicht ein (BGH, Urteil vom 23. September 1980 - KZR 23/79 = WuW/E BGH 1773 unter 2 b aa; vgl. auch Jesch, Das kartellrechtliche Schriftformgebot, 1990, S. 210). Denn von einer Bestimmung, die schon nach dem Parteiwillen keinen wirksamen Eingang in den Vertrag gefunden hat, muß der Kartellbehörde auch nicht Kenntnis verschafft werden. Das kann der Klage hier aber nicht ohne Rücksicht auf die vom Beklagten behauptete mündliche Absprache zum Erfolg verhelfen.

aaa) Dabei kann offenbleiben, ob eine AGB-Schriftformklausel, die lediglich das Formgebot des § 34 GWB wiederholt, nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen ist (dazu Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 32) oder jedenfalls der Angemessenheitsprüfung nach § 9 AGBG standhält (dazu z.B. Brandner aaO Anh. §§ 9 - 11 Rdnr. 625; Ulmer aaO Anh. §§ 9 - 11 Rdnr. 893; OLG Frankfurt ZIP 1983, 952, 959 f, dessen Entscheidung insoweit nicht mehr Gegenstand des Senatsurteils BGHZ 93, 29 war). Ebenso bedarf keiner Entscheidung, ob eine Schriftlichkeitsklausel grundsätzlich gegenüber einer mündlichen Individualabrede nach dem Vorrangprinzip des § 4 AGBG zurückzu-

treten hat (dazu z.B. BGH, Urteil vom 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85 = NJW 1986, 3131 unter I 3 c aa; Ulmer aaO § 4 Rdnr. 33 ff; Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 4 AGB-Gesetz Rdnr. 15 ff) und ob dies auch zutrifft, wenn die Notwendigkeit schriftlicher Niederlegung abändernder oder ergänzender Vereinbarungen zugleich aus der gesetzlichen Formvorschrift des § 34 GWB folgt. Ist die Bestimmung des § 7 Nr. 4 des Vertrages nach § 9 AGBG unwirksam oder geht ihr die behauptete mündliche Vereinbarung nach § 4 AGBG vor, so führt die dann eintretende Rechtsfolge des § 34 GWB zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages.

bbb) Ist die Schriftformklausel dagegen wirksam, so bestehen in tatsächlicher Hinsicht nur zwei Möglichkeiten: Die Parteien können - etwa durch die längere Vertragsdurchführung (dazu z.B. BGH, Urteile vom 23. September 1980 und 24. Februar 1983, jeweils aaO) - ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet der Schriftformvereinbarung gelten (dazu z.B. Senatsurteile vom 31. Oktober 1984 - VIII ZR 226/83 = WM 1985, 24 unter II 2 c bb; vom 26. März 1986 - VIII ZR 85/85 = WM 1986, 712 unter III 3 b bb und vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 38/90 = WM 1991, 1306 unter II 2 b bb). Haben sie in dieser Weise die Schriftlichkeitsklausel außer Kraft gesetzt, so findet wiederum die Vorschrift des § 34 GWB Anwendung. Fehlt es hingegen an einem die Schriftform aufhebenden Willen der Parteien, so gilt der Vertrag nach der gesetzlichen Regel des § 154 Abs. 2 BGB solange als nicht geschlossen, bis die Beurkundung auch der behaupteten ergänzenden Abrede erfolgt ist. Zwar greift die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB dann nicht ein, wenn die Parteien

trotz fehlender Beurkundung der Zusatzvereinbarung die Durchführung des Vertrages wollten (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 1980 aaO). Es ist aber schwer vorstellbar, jedenfalls von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin nicht vorgetragen, daß die Parteien, wenn sie das Verfahren der Preisfestlegung mündlich vereinbart haben, den Vertrag durchführen wollten, ohne zugleich die Schriftformklausel außer Kraft zu setzen. Gegen diese Möglichkeit und für einen auf Aufhebung der gewillkürten Schriftform gerichteten Willen der Parteien würde gerade der Umstand sprechen, daß sich die Klägerin entsprechend der vom Beklagten behaupteten Abrede mit dem Gaststättenpächter auf die Bierpreise geeinigt hat.

c) Nach allem kam es darauf an, ob die Parteien mündlich eine Preisvereinbarung in dem vom Beklagten behaupteten Sinn (oben b aa) getroffen haben oder nicht.

2. Das Landgericht hat seine Überzeugung, die Parteien hätten eine Absprache über die Preisbestimmung getroffen, aus der Aussage des Zeugen F. gewonnen. Dieser Zeuge hatte bekundet:

"Wenn vertragliche Bindungen bestehen, wie hier, wird nach Tageslistenpreisen abgerechnet. Sonst wird mit den Kunden ein Einzelpreis ausgehandelt. Die Tageslistenpreise sind für den Kunden einsehbar. § 3 Nr. 4 des Bierlieferungsvertrages wurde gestrichen, weil der Beklagte als Nichtvertreiber keinen Einfluß auf die Preise ausüben wollte. Deshalb haben wir uns mit dem Pächter geeinigt. D.h. wir haben uns mit der Firma K. geeinigt, das ist der Getränke-Fachgroßhändler in V., und die Firma K. ihrerseits hat sich mit dem Pächter geeinigt."

Das Landgericht hat zwar eine ausdrückliche Bestätigung des Zeugen darüber vermißt, daß die Parteien eine Einigung der Klägerin mit dem Pächter vereinbart hätten. Es meint gleichwohl, eben dies lasse sich "zwanglos der Aussage entnehmen", "nur so" könne sie "verstanden werden", weil es einer Streichung des § 3 Nr. 4 des Vertrages nicht bedurft hätte, wenn es dem Beklagten nicht offensichtlich zum Schutze des Pächters darauf angekommen wäre, diesem ein Mitspracherecht in Form der erforderlichen Einigung mit der Klägerin einzuräumen. Das Berufungsgericht ist demgegenüber der Ansicht, aus der Aussage könne gerade "nicht zwanglos" gefolgert werden, die Parteien hätten sich auf ein Preisfestlegungsverfahren geeinigt. Dies verstößt gegen § 398 ZPO.

a) Nach dieser Vorschrift steht es zwar grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es einen in erster Instanz vernommenen Zeugen ein zweites Mal vernehmen will. Diesem Ermessen sind jedoch Grenzen gesetzt. So ist die erneute Vernehmung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unter anderem dann rechtlich geboten, wenn das Berufungsgericht der Aussage eine andere Tragweite, ein anderes Gewicht oder eine vom Wortsinn abweichende Auslegung geben will (z.B. BGH, Urteil vom 3. November 1987 - VI ZR 95/87 = NJW 1988, 566 unter III) oder wenn es die protokollierten Angaben des Zeugen für zu vage und präzisierungsbedürftig hält (z.B. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80 = NJW 1982, 1052 unter II). Zwar ist es dem Berufungsgericht nicht verwehrt, die Aussage des erstinstanzlich vernommenen Zeugen ohne dessen wiederholte Vernehmung entgegen der Würdigung des Erstrichters für

nicht zur Beweisführung ausreichend zu erachten, sofern sich nicht auch insoweit die Pflicht zu erneuter Vernehmung aus Zweifeln über die Vollständigkeit und Richtigkeit der protokollierten Aussage ergibt (z.B. Senatsurteile vom 4. Oktober 1978 - VIII ZR 259/77 = LM ZPO § 398 Nr. 9 unter II 2 und vom 23. Juni 1982 - VIII ZR 333/80 = WM 1982, 842 unter I 1; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 96/83 = VersR 1985, 341 unter B II 2, jeweils m.w.Nachw.). Anders verhält es sich aber, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen will als die Richter der Vorinstanz (z.B. BGH, Urteile vom 3. April 1984 - VI ZR 195/82 = NJW 1984, 2629 unter II 1 und 1 b aa; vom 20. Oktober 1987 - X ZR 49/86 = BGHR ZPO § 398 Abs. 1 - Ermessen 4; vom 6. Dezember 1990 - I ZR 25/89 = BGHZ ZPO § 398 Abs. 1 - Ermessen 9 und vom 29. Januar 1991 - IX ZR 76/90 = BGHR ZPO § 398 Abs. 1 - Ermessen 10). Das gilt jedenfalls dann, wenn die Aussage widersprüchlich oder mehrdeutig ist (Senatsurteil vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 = NJW 1968, 1138 unter II 2 a) und es für die Auffassung des Erstrichters nicht an jedem Anhaltspunkt in der protokollierten Aussage fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1981 aaO; Pantle, NJW 1987, 3160, 3162).

b) So liegt der Fall hier. Denn das Landgericht hat seine Überzeugung nicht allein aus objektiven Umständen oder abstrakten, von der Aussage des Zeugen völlig gelösten Erwägungen, sondern unmittelbar aus dessen Bekundungen unter Würdigung des Hintergrunds der Vertragsanbahnung gewonnen. Für seine - im übrigen nach der Beweisaufnahme zunächst von der Klägerin selbst geteilte - Beweiswürdigung ergaben sich Anhaltspunkte aus der protokollierten Zeugen-

aussage, mit denen sich das Berufungsgericht jedenfalls nicht auseinandergesetzt hat: Angesichts der Streichung der im Formularvertrag vorgesehenen Klausel muß die Preisgestaltung zwischen den Parteien zur Sprache gekommen sein. Es ist schon nicht leicht nachvollziehbar, daß sie die Frage einer den § 3 Nr. 4 des Vertrages ersetzenden Regelung völlig offenlassen wollten; das Berufungsgericht führt auch nicht aus, welche Vorstellungen die Parteien seiner Meinung nach mit der Streichung der Preisklausel verbunden haben könnten. Wenn der Zeuge zudem bekundet hat, die Klägerin habe sich "deshalb" mit dem Pächter über die Preise geeinigt, weil der Beklagte in dessen Interesse keinen Einfluß hierauf haben nehmen wollen, so ist diese Aussage unter den genannten Umständen der - nicht fernliegenden - Würdigung zugänglich, daß nicht nur der Grund, sondern auch die Folge eines Offenhaltens der Preise der Willenseinigung der Parteien entsprach. Zumindest läßt die Aussage diese Deutung ebenso zu wie diejenige des Berufungsgerichts, die Parteien hätten über die Preisgestaltung gar nichts vereinbart. Waren die Bekundungen des Zeugen aber jedenfalls mehrdeutig, so durfte sie das Berufungsgericht nicht abweichend vom Landgericht verstehen, ohne den Zeugen nochmals zu vernehmen, zumal dieser seine Aussage möglicherweise hätte präzisieren oder ergänzen können, wenn ihm vom Berufungsgericht Bedenken oder Zweifel vorgehalten worden wären (dazu z.B. Senatsurteil vom 13. März 1968 aaO).

3. Das Berufungsgericht wird daher durch erneute Vernehmung des Zeugen F. zu klären haben, ob die Parteien die vom Beklagten behauptete mündliche Absprache getroffen haben. Zu diesem Zweck war die Sache unter Aufhebung des an-

gefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der in § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht.

III. Wenn sich auch nach der ergänzenden Beweisaufnahme eine mündliche Vereinbarung der Parteien über das Preisfestlegungsverfahren nicht feststellen läßt, so wird das Berufungsgericht dem weiteren Vortrag des Beklagten nachzugehen haben, die Parteien hätten den Abschluß eines zweiten Bierlieferungsvertrages zur Bedingung für den Fortbestand des Vertrages vom 11. Dezember 1986 gemacht. Auch diese Abrede unterfiele dem Schriftformerfordernis nach § 34 GWB. Die Auffassung des Berufungsgerichts, auf eine derartige Vereinbarung komme es nicht an, weil sie wegen der Schriftformklausel in § 7 Nr. 4 des Vertrages mündlich ohnehin nicht wirksam habe getroffen werden können, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das folgt aus den obigen Ausführungen zum Einfluß der Schriftformabrede auf die angebliche Preisvereinbarung (II 1 b cc). Hier gilt nichts anderes: Ist die Schriftformklausel unwirksam oder von den Parteien - teilweise - aufgehoben worden, ergreift die Nichtigkeitsfolge des § 34 GWB den gesamten Vertrag. Ist sie wirksam und nicht außer Kraft gesetzt, scheitert der Vertragsschluß an § 154 Abs. 2 BGB. Für eine Geltung des Vertrages in Abweichung von der Regel des § 154 Abs. 2 BGB spricht in diesem Falle schon deshalb nichts, weil die behauptete Vereinbarung einer Bedingung mit einer (Teil-) Wirksamkeit des Vertrages ohne Rücksicht auf diese Bedingung unvereinbar erscheint.

IV. Mit ihren weiteren Rügen vermag die Revision nicht durchzudringen.

1. Ihre gegen § 6 Nr. 1 des Vertrages erhobenen Bedenken sind unbegründet. Zwar unterliegt eine im kaufmännischen Geschäftsverkehr verwendete Vertragsstrafenklausel der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG (Senatsurteil vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 = WM 1990, 1198 unter II 1 a). Die vereinbarte Vertragsstrafe ist aber weder unangemessen hoch noch benachteiligt sie den Beklagten in sonstiger Weise entgegen den Geboten von Treu und Glauben.

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Gewinn der Klägerin im Jahre 1988 die mit 35 DM je Hektoliter vereinbarte Vertragsstrafe überstieg. Mit ihrer dagegen gerichteten Beanstandung berücksichtigt die Revision nicht, daß der hierüber vernommene Zeuge Fr. einen niedrigeren Gewinn nur unter Berücksichtigung auch der sogenannten Fixkosten angegeben hat. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht der entgangene Gewinn einer Brauerei in Höhe des Unterschieds zwischen dem Vertrags- und dem Herstellungspreis der nicht abgenommenen Getränkmenge. An ersparten Kosten muß sie sich grundsätzlich nur die sogenannten variablen, nicht auch die fixen Kosten (Generalunkosten) anrechnen lassen (BGHZ 107, 67, 69 f).

b) Die von der Revision weiter geltend gemachte Unangemessenheit des letzten Halbsatzes des § 6 Nr. 1 des Vertrages ("sobald ... die Räume nicht mehr ... genutzt werden") kann auf sich beruhen. Der Konditionalsatz der Klausel ist inhaltlich und sprachlich teilbar und könnte auch in seiner

ersten Alternative ("sobald der Genannte ... den Fremdbezug fortsetzt") aufrechterhalten werden (z.B. Senatsurteil vom 15. Mai 1991 aaO unter II 5 c m.Nachw.). Gegen die Angemessenheit einer Vertragsstrafe bei vertragswidrigem Fremdbezug, auf den es hier allein ankommt, ist nichts einzuwenden (z.B. BGH, Urteil vom 14. Juli 1980 - KZR 19/79 = WM 1980, 1309 unter II 1 b).

Inwiefern der Beklagte, wie die Revision meint, auch das Risiko der Lieferfähigkeit und -bereitschaft des Getränkegroßhändlers zu tragen hat, ist nicht ersichtlich.

2. Schließlich ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht entschieden hat, ohne das Verfahren nach § 96 Abs. 2 GWB auszusetzen. Eine kartellrechtliche Streitigkeit, für die die besonderen Zuständigkeitsvorschriften der §§ 87, 94, 95 GWB gelten, liegt nicht vor. Die kartellrechtliche Vorfrage der Formwirksamkeit des Vertrages gemäß § 34 GWB ist in den hier erheblichen Punkten durch die Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofes dahingehend geklärt, daß § 34 GWB keine inhaltlichen Anforderungen an Verträge stellt (dazu oben II 1 a), daß andererseits jede Absprache über die Bestimmung der Preise der Schriftform bedarf (oben II 1 b). Deshalb kam auch eine Entscheidung durch den Kartellsenat des Bundesgerichtshofes nicht in Betracht (BGH, Urteile vom 21. April 1983 - I ZR 201/80 = GRUR 1983, 602 unter IV 2 und vom 15. Januar 1987 - I ZR 112/84 = NJW 1987, 1084 unter 3; Beschluß vom 4. Oktober 1988 - X ZR 3/88 = GRUR 1989, 39 unter II; v. Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., § 95 Rdnr. 3 zu 4).

V. Für das weitere Verfahren erscheint der folgende Hinweis angezeigt. Die Vordergerichte haben bisher keine Veranlassung gesehen, den Vertrag und den Klageanspruch unter dem Blickwinkel des Abzahlungsgesetzes einer Prüfung zu unterziehen. Diese Veranlassung besteht.

1. Zwar ist das Abzahlungsgesetz mit Wirkung vom 1. Januar 1991 durch das Verbraucherkreditgesetz abgelöst worden (Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze [VerbrKr/ZPOuaÄndG] v. 17. Dezember 1990, BGBl I S. 2840). Die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf vor dem 1. Januar 1991 geschlossene Verträge ordnet Art. 9 Abs. 1 VerbrKr/ZPOuaÄndG ausdrücklich nur für "Kreditverträge" an. Bei den in § 1 c AbzG - ebenso wie jetzt in § 2 VerbrKrG - genannten Geschäften, zu denen Bierlieferungsverträge nach der ständigen Rechtsprechung des Senats gehören (zuletzt Senatsurteil vom 22. Januar 1992 - VIII ZR 374/89 = WM 1992, 951 unter III 2 a m.Nachw.), handelt es sich nicht um Kreditverträge (z.B. Ott in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 1992, § 2 Rdnr. 1), sondern in aller Regel um Kaufverträge (z.B. Bülow, Komm. z. VerbrKrG, § 2 Rdnr. 6; für den Bierlieferungsvertrag vgl. Paulusch, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Brauerei- und Gaststättenrecht, 7. Aufl., S. 35). Das hindert aber die Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf vor dem 1. Januar 1991 abgeschlossene Bierlieferungsverträge nicht. Denn bei der Beschränkung auf "Kreditverträge" in der Übergangsvorschrift des Art. 9 Abs. 1 VerbrKr/ZPOuaÄndG handelt es sich um ein offensichtliches - durch die späte Einfügung des § 2 VerbrKrG verursachtes (vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates BT-Drucks.

11/5462 S. 35; Gegenäußerung der Bundesregierung ebd. S. 41; Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 11/8274 S. 21) - Redaktionsversehen. Die entstandene Lücke ist durch entsprechende Anwendung des Art. 9 Abs. 1 VerbrKr/ZPOuaÄndG auf die in § 2 Nr. 1 - 3 VerbrKrG bzw. § 1 c Nr. 1 - 3 AbzG genannten Vertragsarten zu schließen (ebenso Ulmer in: Ulmer/Habersack, VerbrKrG, 1992, § 2 Rdnr. 10; Paulusch aaO S. 91). Dem Vorschlag, das Widerrufsrecht dann aber in Anlehnung an die in § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG enthaltene Einjahresfrist auf die Zeit bis zum 31. Dezember 1991 zu begrenzen (so Reiter BB 1991, 2322, 2324), ist nicht zu folgen. Für eine - auch nur teilweise - Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf vor dem 1. Januar 1991 geschlossene Verträge besteht angesichts des eindeutigen Versehens des Gesetzgebers kein Anlaß.

2. Der Bierlieferungsvertrag vom 11. Dezember 1986 ist - die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf diesen Vertrag unterstellt (dazu unten V 5) - noch nicht wirksam zustande gekommen (§ 1 b Abs. 1 AbzG). Denn der Lauf der Widerrufsfrist hat mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung noch nicht begonnen (§ 1 b Abs. 2 Satz 2 AbzG). Der Vertrag vom 11. Dezember 1986 enthält zwar eine Widerrufsbelehrung. Die unter ihr stehende Unterschrift des Beklagten bezieht sich jedoch nicht nur auf die Widerrufsbelehrung, sondern zugleich auf die Bestätigung der Aushändigung einer Vertragsabschrift sowie der Belehrung selbst. Damit erfüllt sie nicht die Anforderungen an eine "gesonderte Unterschrift" im Sinne des § 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG.

a) Den Begriff der "gesonderten Unterschrift" oder auch der "gesonderten Erklärung" hat der Gesetzgeber in verschiedenen - vorwiegend jüngeren - Gesetzen verwendet (§ 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG; § 11 Nr. 15 Satz 2 AGBG; § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG; vgl. auch § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG und § 11 Nr. 14 a AGBG). Da sich die neueren Gesetze eng an die Regelung im Zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 15. Mai 1974 angelehnt haben (so BT-Drucks. 10/2876 S. 12 f zum HWiG; BT-Drucks. 11/5462 S. 21 f zum VerbrKrG), ist der Begriff in allen genannten Gesetzen einheitlich auszulegen (vgl. auch OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 1273, 1274) und dabei von dem Gesetzeszweck auszugehen, daß durch den Zwang zur gesonderten Unterschrift der Effekt erhöhter Aufmerksamkeit des Kunden erreicht (vgl. Beratungen des Rechtsausschusses in: Materialien zum 2. Abzahlungsänderungsgesetz, 1969 - 1974, S. 205 R) und ihm so Inhalt und Bedeutung der Belehrung klar vor Augen geführt werden soll (BT-Drucks. 10/2876 S. 13 zum HWiG). Die Aufmerksamkeit des Kunden wird indessen gemindert, je mehr andere Vertragsbedingungen und -erklärungen er neben der Widerrufsbelehrung lesen und überprüfen muß (vgl. auch BT-Drucks. 7/1398 S. 3 zum 2. Abzahlungsänderungsgesetz). Das spricht dafür, daß sich die "gesonderte" Unterschrift allein auf die Widerrufsbelehrung zu beziehen hat und jede andere von ihr abgedeckte Erklärung des Kunden ihr den Charakter der "Gesondertheit" nimmt. Nur dieses Gesetzesverständnis verhindert Aufweichungsversuche und Abgrenzungsschwierigkeiten.

Zwar hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 7. Mai 1986 - I ZR 95/84 = WM 1986, 1062 unter I 2 a) entschieden, daß Zusätze zur Belehrung und Unterschrift

"nicht schlechthin" unzulässig seien. Jedenfalls auf beweislaständernde Tatsachenbestätigungen aber, wie sie Empfangsbekennnisse angesichts der Beweisregel des § 1 b Abs. 2 Satz 4 AbzG enthalten, darf sich die "gesonderte Unterschrift" nicht beziehen (Klauss/Ose, Verbraucherkreditgeschäfte, 2. Aufl., Rdnr. 361 f, insbesondere 362 a.E.; OLG Zweibrücken EWiR § 1 b AbzG 1/89, 729, wo sich allerdings zwischen Belehrung und Empfangsbestätigung noch ein "größerer Abstand" befand; dieser Entscheidung zustimmend Sobieraj ebd. und Soergel/Hönn, BGB, 12. Aufl., § 1 b AbzG Rdnr. 11 Fußn. 25).

b) Das entspricht der Auslegung dieses Begriffs in den anderen genannten Gesetzen.

aa) Zu der nahezu wörtlich mit § 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG übereinstimmenden Vorschrift des § 11 Nr. 15 Satz 2 AGBG hat der erkennende Senat entschieden, daß mit der gesonderten Unterschrift "keine sonstigen Erklärungen" abgegeben werden dürfen (BGHZ 100, 373, 382 m.w.Nachw.; grundsätzlich zustimmend BGH, Urteil vom 24. März 1988 - III ZR 21/87 = WM 1988, 607 unter II 3 a und auch die abzahlungsrechtliche Literatur, z.B. MünchKomm-Ulmer, BGB, 2. Aufl., § 1 b AbzG Rdnr. 33; Soergel/Hönn aaO Rdnr. 10; Klauss/Ose aaO Rdnr. 361). Daran ist festzuhalten. Was für das Empfangsbekennnis gilt (zu dem ähnlichen Begriff der "gesonderten Erklärung" in § 11 Nr. 14 a AGBG vgl. auch noch Senatsurteil BGHZ 104, 232, 237), kann bei einer Zusammenfassung von Empfangsbestätigung und Widerrufsbelehrung für letztere nicht anders beurteilt werden.

bb) Auch für die wortgleiche Bestimmung des § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG wird die Auffassung vertreten, daß eine Empfangsbestätigung in der Widerrufsbelehrung diese unwirksam macht (Scholz, Verbraucherkreditverträge, 2. Aufl., Rdnr. 256), weil sich die Unterschrift auch nicht auf Teile des Vertragstextes beziehen darf (Bülow aaO § 7 Rdnr. 33).

cc) Besonders deutlich wird dies durch die Fassung des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG bestätigt. Ihr etwas anderer Wortlaut ("Die Belehrung darf keine anderen Belehrungen enthalten und ist vom Kunden zu unterschreiben") beruht nicht etwa darauf, daß der Gesetzgeber des Haustürwiderrufsgesetzes strengere Anforderungen an die Gesondertheit der Widerrufsbelehrung stellen wollte (zutreffend Löwe BB 1986, 1734). Im Gegenteil sollte die Regelung "eng an § 1 b AbzG angelehnt" sein (BT-Drucks. 10/2876 S. 12). Die Notwendigkeit einer anderen Formulierung ergab sich allein daraus, daß bei Abzahlungsgeschäften die Willenserklärung des Käufers der Schriftform bedarf (§ 1 a Abs. 1 Satz 1 AbzG), während Haustürgeschäfte formfrei gültig sein sollten (BT-Drucks. 10/2876 S. 13; dazu auch OLG Köln NJW 1987, 1205; Löwe BB 1986, 821, 828). Ist somit hinsichtlich der Gesondertheit der Unterschrift von einem identischen Regelungsgehalt der §§ 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG, 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG auszugehen (ebenso z.B. Palandt/Putzo, BGB, 51. Aufl., zum Verhältnis von § 7 VerbrKrG, dort Rdnr. 6, und § 2 HWiG, dort Rdnr. 7), so ist im einen wie im anderen Fall ein von der Unterschrift unter die Widerrufsbelehrung abgedecktes Empfangsbekenntnis dieser Gesondertheit abträglich (ebenso OLG Stuttgart aaO). Ob dasselbe auch für zusätzliche Erklärungen des Vertragspartners des Kunden gilt, die sich auf Aus-

übung und Folgen des Widerrufs beziehen (insoweit einschränkend Soergel/M. Wolf, BGB, 12. Aufl., § 2 HWiG Rdnr. 9; Werner/Machunsky, HWiG, Kommentar, § 2 Rdnr. 24), kann dahinstehen.

3. Da der Lauf der Widerrufsfrist mangels gesetzgemäßer Widerrufsbelehrung noch nicht begonnen hat, steht dem Beklagten - unter dem Vorbehalt der Ausführungen zu V 4 - die Möglichkeit des Widerrufs nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch noch nach längerer Zeit der Vertragsdurchführung zu (Nachw. bei Paulusch WM 1991 Sonderbeil. 9 S. 11 f). Zwar hat er eine ausdrückliche Widerrufserklärung bisher nicht abgegeben. Ob eine solche in seiner Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 34 GWB gesehen werden kann, braucht nicht näher geprüft zu werden. Denn bereits die Widerruflichkeit der auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung des Beklagten würde einem Erfolg der Klage entgegenstehen (Paulusch, Höchststrichterliche Rechtsprechung aaO S. 87). Denn solange die Widerrufsmöglichkeit besteht, befindet sich der Vertrag in einem der Vorschrift des § 177 BGB entsprechenden Schwebezustand (z.B. Palandt/Putzo, BGB, 50. Aufl., § 1 b AbzG Rdnr. 3; Klauss/Ose aaO Rdnr. 364; MünchKomm-Ulmer aaO Rdnr. 9, 11) Aus einem schwebend unwirksamen Vertrag kann weder Erfüllung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Für den vom Berufungsgericht zugesprochenen Vertragsstrafenanspruch gilt nichts anderes.

4. Es kann aber derzeit nicht abschließend beurteilt werden, ob das Abzahlungsgesetz deshalb keine Anwendung finden kann, weil der Beklagte als Kaufmann in das Handels-

register eingetragen ist (§ 8 AbzG). Die Klägerin hat zwar unwidersprochen vorgetragen, daß der Beklagte Vollkaufmann sei. Das reicht aber für die Unanwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes nicht aus, entscheidend ist vielmehr der Eintrag im Handelsregister (st.Rspr., z.B. Senatsurteil vom 24. Mai 1982 - VIII ZR 105/81 = WM 1982, 873 unter II 1 m.Nachw.). Daß der Beklagte eingetragener Kaufmann ist, ergibt sich nicht aus seiner Stellung als Kommanditist der GWG (Senatsurteil vom 19. Februar 1986 - VIII ZR 113/85 = NJW 1986, 1679 unter II 3 m.Nachw.) sowie als Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH (BGH, Urteil vom 12. Mai 1986 - II ZR 225/85 = WM 1986, 939 unter 2 a m.Nachw.). Die Klägerin hat eine Eintragung des Beklagten im Handelsregister auch nicht behauptet. Sie ist insoweit darlegungspflichtig (Senatsurteil vom 24. Mai 1982 aaO; vgl. auch Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privat-

recht, Bd. 4, 1988, § 8 AbzG Rdnr. 2). Da aber der Beklagte sich bisher nicht auf den Schutz des Abzahlungsgesetzes berufen hat und die sich aus diesem Gesetz ergebenden Fragen auch nicht in den Instanzen angesprochen worden sind, muß der Klägerin Gelegenheit gegeben werden, ihren Sachvortrag in diesem Punkt zu ergänzen.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Wiechers