

2088 077

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 214/64

URTEIL

Verkündet am

5. April 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Helmut L [REDACTED] in F [REDACTED],
S [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die S [REDACTED]-R [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in D [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Jupp W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Weber für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Juli 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kreisverband des Deutschen Familienverbandes (Bund der Kinderreichen), dessen Mitglied der Beklagte ist, hatte im Jahre 1961 ein umfangreiches Bauvorhaben für Mitglieder des Kreisverbandes eingeleitet, an dem sich der Beklagte beteiligte. Es war vorgesehen, Fertighäuser aufzustellen, die von der Klägerin geliefert werden sollten. Die Verhandlungen mit dieser hatte für die Bauherren und den Verband dessen erster Vorsitzender, Gewerbeinspektor L., geführt. Der Beklagte unterzeichnete am 15. Oktober 1961 einen auf einem Formblatt niedergelegten Kaufvertrag über ein halbes Doppelhaus, der von der Klägerin am 7. November 1961 angenommen wurde. Auf der von dem Beklagten unterzeichneten Vorderseite des Antrags heißt es in dem gedruckten Text:

"Lieferzeit: (nicht ausgefüllt), frühestens jedoch 10 Wochen nach Zahlung des Kaufpreises an die (Klägerin)
Preis 39 650 DM."

Auf der Rückseite des Kaufvertrages waren Lieferungs- und Zahlungsbedingungen aufgedruckt, die dem Vertrage zugrunde liegen sollten. Sie lauten, soweit sie für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können:

- "1. e): Die vereinbarten Lieferfristen werden nach Möglichkeit eingehalten. Sie rechnen ab dem Zeitpunkt der vollständigen Zahlung des Kaufpreises oder der Hingabe einer entsprechend vereinbarten Zahlungssicherheit. Schadensersatzansprüche oder Rücktritt wegen verspäteter Lieferung oder Montage sind ausgeschlossen.
2. b): Für den Transport der Lieferung gelten die 'Allgemeinen Deutschen Speditionsbedingungen' bzw. die Haftungsregelung der Deutschen Bundesbahn ergänzend.
3. a): Der Kaufpreis ist in bar an die Verkäuferin zu entrichten. Mit schriftlicher Bestätigung der Verkäuferin kann statt dessen ganz oder teilweise die Bestätigung einer Bank oder Sparkasse treten, daß diese zum vereinbarten Termin als Selbstschuldner den Betrag an die Verkäuferin zahlt.
4. Rücktritt vom Vertrag:
Kommen die Käufer ihrer Abnahmeverpflichtung oder ihrer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung nicht nach, so ist die Verkäuferin berechtigt, die Erfüllung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.
Treten die Käufer vom Vertrag zurück, so haben sie, unbeschadet der Genehmigung der Verkäuferin, ihr die gemachten Aufwendungen und den entgangenen Gewinn zu ersetzen.
Die Verkäuferin kann - nach ihrer Wahl - statt der vorstehenden Rechte und ohne weiteren Nachweis einen Betrag von 20 % der vereinbarten Kaufpreissumme verlangen.
7. Erfüllungsort:
Erfüllungsort ist der Sitz der ausländischen Lieferfirma.



Die Übersendung erfolgt für Rechnung des Käufers; sie wird jedoch von der Verkäuferin transportversichert und im Falle des Schadens werden die Ersatzansprüche an den Käufer abgetreten."

In die Finanzierung des Bauvorhabens war die Bank für Gemeinwirtschaft (im folgenden BfG) Aktiengesellschaft, Zweigniederlassung F██████, eingeschaltet. Diese erklärte für sieben andere Bauherren, die Häuser bei der Klägerin bestellt hatten, daß sie für die Besteller die Verpflichtung übernehme, die Rechnungsbeträge wie angegeben zu bezahlen, sobald die vertraglich vereinbarte Lieferung der jeweiligen Holzhauslieferung durch die Beauftragten des Familienverbandes bestätigt wird (Schreiben vom 28. Dezember 1961). Die Klägerin lieferte die Holzhäuser an die in dem Schreiben genannten und weitere vierzehn Bauherren aus, hinsichtlich deren die BfG am 10. Mai 1962 folgende Erklärung abgegeben hatte:

"Wir bestätigen Ihnen hiermit, daß wir die nachstehenden Beträge auf den betreffenden Baukonten entsperren und Ihnen jeweils entsprechend den Eingängen bzw. aus dem Bauzwischenkredit - im Verhältnis zum Bautenstand des Bauvorhabens gesehen - Teilbeträge überweisen werden."

In einem Schreiben vom 13. Juli 1962 teilte die BfG der Klägerin mit, daß sie im Falle des Beklagten noch keine Bestätigung geben könne. Unter dem 17. August 1962 schrieb die BfG an die Klägerin hinsichtlich des Beklagten:

"Im Nachgang zu unserem Schreiben vom 13.7.1962 teilen wir Ihnen mit, daß uns bezüglich des Darlehens der Badischen Landeskreditanstalt, Karlsruhe, in Höhe von 39.000,- DM eine Fotokopie der endgültigen Zusage vorliegt. Wie auch Ihnen bekannt ist, werden diese Mittel von der Lakra, Karlsruhe, auf das bei uns geführte Baukonto in Teilbeträgen - dem jeweiligen Bautenstand ent-

sprechend - überwiesen. Von uns wird nur die erstrangige Hypothek und der Bausparvertrag zwischenfinanziert.

Wir bestätigen hiermit, daß uns von den Eheleuten Helmut L. ein unwiderruflicher Auftrag zur Überweisung von

39.650,- DM (i.W. Neununddreißigtausendsechshundertfünfzig Deutsche Mark)

zur Zahlung des A-S vorliegt. Die Überweisung an Sie kann jedoch erst vorgenommen werden - lt. Auftrag der Eheleute L. -

- a) nach Eingang der Lakra-Mittel
- b) nach Vorlage einer Bestätigung des Herrn L. - Deutscher Familienverband, Kreisverband F. - über die ordnungsgemäße Lieferung der Holzhausteile.

Wir bemerken ausdrücklich, daß wir auf den Zeitpunkt der Überweisung der Lakra-Mittel an uns keinen Einfluß haben und daß Verfügungen über das Konto der Eheleute L. nur im Rahmen von eingehenden Finanzierungsmitteln getroffen werden können."

Mit Brief vom 12. September 1962 an die Klägerin kündigte der Beklagte den Kaufvertrag wegen Verzögerung der Lieferung des Holzhauses und erklärte, daß er die geschäftliche Verbindung mit der Klägerin als gelöst betrachte. Die Klägerin widersprach der Kündigung. Mit Schreiben vom 23. September 1962 verblieb der Beklagte bei seinem Standpunkt. Daraufhin verlangte die Klägerin durch Schreiben ihrer Rechtsanwälte vom 2. Oktober 1962 von dem Beklagten unter Bezug auf die Lieferungsbedingungen Zahlung von 20 % des Kaufpreises, das sind 7 930 DM, bis zum 10. Oktober 1962.

Der Beklagte verweigerte die Zahlung und machte geltend, der Kaufvertrag sei unwirksam und von ihm angefochten worden. Auch sei er mit Recht von dem Vertrage

zurückgetreten, denn die Vorauszahlungspflicht sei mündlich abbedungen worden. Außerdem rechnete der Beklagte mit einer ihm von Frau W■■■■, der früheren Leiterin der Geschäftsstelle der Klägerin in F■■■■, abgetretenen Provisionsforderung von 2 000 DM gegen die Klageforderung auf.

Darauf hat die Klägerin Klage im Urkundenprozeß auf Zahlung von 7 930 DM nebst Zinsen erhoben. Das Landgericht hat den Beklagten entsprechend dem Antrag der Klägerin verurteilt und dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Es hat sodann nach Beweisaufnahme die Klage unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils abgewiesen. Dieses Urteil hat das Oberlandesgericht abgeändert und das Vorbehaltsurteil des Landgerichts unter Abweisung des weitergehenden Zinsanspruchs in Höhe von 7 930 DM nebst 4 % Zinsen bestätigt.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte den Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Da der Beklagte im Berufungsrechtszuge nicht mehr bestritten hatte, daß jedenfalls zunächst ein wirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien zustandegekommen war, hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob der Vertrag nichtig oder von Anfang an unwirksam sei. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht diese Frage trotz der Einlassung des Beklagten im Berufungsrechtszuge von Amts wegen hätte entscheiden müssen, wenn der Tatsachen-

vortrag des Beklagten Umstände ergab, aus denen die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages hergeleitet werden könnten. Die Revision macht geltend, daß sich aus dem Vorbringen des Beklagten entsprechende Anhaltspunkte hätten gewinnen lassen. In dieser Annahme kann ihr jedoch nicht gefolgt werden.

a) Die Revision verweist darauf, daß die Spalte "Lieferzeit" auf der Vorderseite des Kaufantrags nicht ausgefüllt ist, und meint, gemäß § 154 BGB sei sonach im Zweifel der Vertrag nicht zustandegekommen. Diese Rüge ist nicht begründet. Richtig ist allerdings, daß die in dem Kaufantrag enthaltenen vorgedruckten Bedingungen nicht vollständig waren und auch das wirklich Vereinbarte nicht in allen Punkten zutreffend wiedergaben. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß die Parteien mündlich vereinbart hatten, die Klägerin sollte in Abweichung von den gedruckten Bedingungen nicht Vorauskasse verlangen können, sie sei vielmehr zur Leistung verpflichtet gewesen, wenn die Bestätigung der BfG vorlag, daß diese nach Lieferung des Holzhauses zahle. Die Klägerin konnte mithin ihre Lieferung nicht von der Vorauszahlung des Beklagten abhängig machen, sondern sie hatte die Holzteile für das aufzustellende Haus bereits nach Erhalt der erwähnten Bestätigung der BfG dem Beklagten zur Verfügung zu stellen. Nach dem Sinn der getroffenen Vereinbarungen, wie ihn das Berufungsgericht feststellt, war die Klägerin nach Eingang der erwähnten Bestätigung zur Lieferung innerhalb angemessener Frist verpflichtet, damit das Bauvorhaben zügig gefördert werden konnte. Dies war ersichtlich der vom Berufungsgericht ermittelte Inhalt der mündlichen, den Vertragstext abändernden und ergänzenden Vereinbarung der Parteien, die sich nach der Annahme des Berufungsgerichts über alle

wesentlichen Punkte des Vertrages geeinigt hatten, so daß für die Anwendung des § 154 BGB kein Raum ist.

b) Die unter Zeugenbeweis gestellte Behauptung des Beklagten, der Geschäftsführer der Klägerin habe am 12. oder 14. September 1962 erklärt, er denke nicht daran, den Finanzier für den Bauherrn zu spielen, er liefere erst nach Zahlung, ergibt keinen Anhalt für den von der Revision gezogenen Schluß, der Vertrag sei wegen Ungültigkeit einzelner Bestimmungen nach § 139 BGB nichtig. War der Vertrag mit der vom Berufungsgericht festgestellten Abrede über Zahlung und Lieferung des bestellten Holzhauses zustandegekommen, so war die Klägerin nicht verpflichtet, dem Beklagten die Teile für das Holzhaus zur Verfügung zu stellen, bevor sie die Bestätigung der BfG erhalten hatte. Warum diese Vereinbarung nichtig gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Aus der unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten über die angebliche Äußerung des Geschäftsführers der Klägerin läßt sich auch nicht der Schluß ziehen, daß die Klägerin nicht mehr bereit war, sich an die getroffene Abrede zu halten. Die Klägerin war vielmehr nach wie vor willens, nach Erhalt der Bestätigung der BfG zu liefern (vgl. Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 21. September 1962). Es war gerade der Beklagte, der nicht mehr zu der Vereinbarung stehen wollte. Er hat eine Bestätigung der BfG dahin, daß diese nach Lieferung des Holzhauses den Kaufpreis zahle, unstreitig nicht beigebracht und war auch nicht bereit, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß die BfG eine solche Bestätigung der Klägerin gegenüber abgab.

c) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Vertrag auch nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Die Re-

vision meint, nach dem Wortlaut des Vertrages habe es einseitig im Belieben der Klägerin gestanden, einen Lieferzeitpunkt für das Holzhaus zu bestimmen. Das Berufungsgericht hat indessen dem Vertrage eine solche Vereinbarung nicht entnommen. Allerdings brauchte die Klägerin erst zu liefern, wenn die Bestätigung der BfG vorlag. Erhielt die Klägerin diese, so mußte sie indes das Holzhaus nach Treu und Glauben binnen angemessener Frist liefern, wie bereits ausgeführt ist. Diese Verpflichtung folgt schon daraus, daß es sich um ein begonnenes Bauvorhaben handelte, das nicht ohne Schaden für den Bauherrn liegen bleiben konnte. Es war daher Pflicht der Klägerin, sobald der Bauherr seiner Verpflichtung nachgekommen war und die Bestätigung der BfG beschafft hatte, ihrerseits mit der gebotenen Beschleunigung das Holzhaus zur Verfügung zu stellen. Aus dem Verhalten der Klägerin ergibt sich auch, daß sie hierzu bereit war. Sie hat also die Vereinbarung in diesem Sinne aufgefaßt. Die von der Revision behauptete, möglicherweise sittenwidrige Bedingung war mithin nicht Inhalt des Vertrages der Parteien.

d) Auch die Bestimmungen in Nr. 7 der Lieferungsbedingungen sind weder sittenwidrig, noch widersprechen sie Nr. 2 b). Daß aus ihnen zu entnehmen sei, die Klägerin habe ihre wirtschaftliche Übermacht in unzulässiger Weise ausgenutzt, kann der Revision nicht zugegeben werden.

e) Auf die von dem Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrages ist die Revision nicht zurückgekommen. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums verneint hat, läßt auch keinen Rechtsirrtum erkennen.

Es ist mithin aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Vertrag zwischen den Parteien mit dem festgestellten Inhalt als wirksam angesehen hat.

2. Das Berufungsgericht verneint ein Recht des Beklagten zum Rücktritt vom Vertrage, weil die Leistung der Klägerin noch nicht einmal fällig gewesen sei. Die Vereinbarung der Parteien über die der Klägerin von der BfG zu übermittelnde Erklärung sei dahin zu verstehen, daß die BfG eine selbstschuldnerische Verpflichtungserklärung abzugeben hatte, um die Lieferpflicht der Klägerin auszulösen. Eine solche Erklärung habe die BfG zwar für 21 andere Bauvorhaben abgegeben (Schreiben vom 28. Dezember 1961 und vom 10. Mai 1962) nicht aber bezüglich des Beklagten. Eine solche Erklärung der Bank sei auch nur zu erreichen gewesen, wenn die Baugelder bei ihr bereits eingegangen waren oder eine Zwischenfinanzierung mit ihr vereinbart wurde. Sich die Zwischenfinanzierung zu verschaffen, sei aber nicht Aufgabe der Klägerin, sondern des Beklagten gewesen, der dies gerade abgelehnt habe. Er habe daher die Erfüllung des Kaufvertrages ohne Rechtsgrund verweigert.

Diese Ausführungen werden von der Revision bekämpft. Sie halten jedoch den Angriffen stand. Auch die Verfahrensrügen können keinen Erfolg haben.

a) Richtig ist, daß der Ausdruck "selbstschuldnerische Verpflichtung" in der vorliegenden Korrespondenz nicht gebraucht ist. Darauf kommt es indes nicht an. Das Berufungsgericht hat die Aussage des als Zeugen vernommenen Gewerbeinspektors L. [REDACTED], des Vorsitzenden des Kreisverbandes F. [REDACTED], gewürdigt und die Erklärung der BfG in

den von ihm für maßgeblich angesehenen Schreiben ausgelegt. Hierzu war es befugt. Der erkennende Senat ist an diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden Wertungen gebunden, die einen Rechtsfehler nicht erkennen lassen.

b) Die Revision meint allerdings, die Unrichtigkeit der Annahme des Berufungsgerichts ergebe sich bereits aus dem Schreiben der BfG an den Deutschen Familienverband vom 10. Oktober 1962. Ihr kann jedoch nicht gefolgt werden. In dem Schreiben wird zwar darauf hingewiesen, daß die von L. [REDACTED] gewünschte Bestätigung bezüglich des Beklagten der Klägerin am 17. August 1962 übermittelt worden sei. Der Brief vom 17. August 1962 enthielt indes kein selbstschuldnerisches Zahlungsversprechen der BfG, sondern lediglich die Mitteilung, daß die Badische Landeskreditanstalt ein Darlehen in Höhe von 39 000 DM endgültig zugesagt habe und daß der Beklagte sowie seine Ehefrau die BfG unwiderruflich beauftragt hätten, 39 650 DM an die Klägerin nach Eingang der Lakra-Mittel und nach Vorlage einer Bestätigung des L. [REDACTED] über die ordnungsmäßige Lieferung der Holzteile auszusahlen. Der im Tatbestand mitgeteilte Schlußsatz des Schreibens ergab mit aller Deutlichkeit, daß die BfG sich nicht selbst zur Zahlung verpflichten wollte und daß sie auch hinsichtlich des Eingangs der Mittel bei ihr und des Zeitpunkts der Weiterleitung an die Klägerin keinerlei Zusagen machen konnte und wollte. Die Mitteilung der BfG bot der Klägerin also keine Gewähr dafür, daß sie in absehbarer Zeit den Gegenwert für das Holzhaus erhalten würde. Es mag sein, daß L. [REDACTED] das Schreiben der BfG vom 17. August 1962 an die Klägerin angeregt und gehofft hatte, die Klägerin werde nach Erhalt des Schreibens bereit sein, das bestellte Holzhaus zu liefern. Nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen, wie ihn das Berufungsgericht festgestellt hat, war aber die Klägerin hierzu nicht gehalten, weil

das Schreiben nicht die Verpflichtung der BfG enthielt, daß sie selbst den Gegenwert für das Holzhaus an die Klägerin zahlen werde. Für die Annahme der Revision, das Berufungsgericht habe das erwähnte Schreiben übersehen, fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Sich mit dem Schreiben ausdrücklich auseinanderzusetzen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet.

c) Eine unwiderrufliche Zahlungsvereinbarung (gemeint ist offenbar Zahlungsanweisung des Beklagten) zugunsten der Klägerin bei der BfG reichte nicht aus, um die Klägerin zur Lieferung zu verpflichten. Auf die Beweisantritte dafür, daß sie vorgelegen habe, kommt es deshalb nicht an.

d) Wenn die Klägerin in anderen Fällen Holzhäuser an Bauherren geliefert haben sollte, ohne daß die BfG die selbstschuldnerische Verpflichtung zur Zahlung übernommen hatte, so kann der Beklagte daraus keine Rechte für sich herleiten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Klägerin erst beim Vorliegen einer entsprechenden Erklärung der BfG zur Lieferung verpflichtet. War die Klägerin anderen Bauherren weiter entgegengekommen, so gab ein solches Verhalten dem Beklagten noch nicht das Recht, zu verlangen, daß die Klägerin ihn ebenfalls in dieser Weise begünstigte und das Haus auch an ihn lieferte, bevor die Verpflichtungserklärung der BfG vorlag. Auf das entsprechende Vorbringen des Beklagten und die Beweisantritte hierzu kommt es somit ebenfalls nicht an.

e) Im zweiten Rechtszuge hatte der Beklagte vorgebracht, es sei vereinbart worden, daß die Klägerin liefern müsse, wenn die BfG bestätige, daß die Finanzierung

klappte, nämlich wenn der Bewilligungsbescheid der Lakra vorliege. Zum Beweise berief er sich auf das Zeugnis von L., Frau W. der früheren Leiterin der Geschäftsstelle der Klägerin in F., und M., des Sachbearbeiters bei der BfG in F. Von diesen Zeugen war Lehmann, der unstreitig allein die Verhandlungen für die Bauherren mit der Klägerin geführt hatte, bereits im ersten Rechtszuge benannt und sowohl in dieser Sache als auch in der Sache 2 O 67/63 LG Krefeld - diese Akten sind vom Berufungsgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden - als Zeuge vernommen worden. Das Berufungsgericht hat die Aussagen des Zeugen dahin gewertet, daß er den Vortrag des Beklagten nicht bestätigt habe, sondern es entnimmt seinen Bekundungen, mit dem Geschäftsführer der Klägerin sei vereinbart gewesen, daß die Holzhäuser dann geliefert werden sollten, wenn die BfG bestätigte, daß sie zahle. Die Bank habe diese Bestätigung für den Augenblick versprochen, in dem die öffentlichen Mittel bewilligt waren. Angesichts dieser klaren Aussage des von ihm selbst benannten Zeugen, deren Richtigkeit der Beklagte nicht einmal in Zweifel gezogen hatte, hätte er substantiiert darlegen müssen, wann, unter welchen Umständen und von welchen Personen die von ihm behauptete abweichende Vereinbarung getroffen worden war. Auf die gänzlich unsubstantiierte und zu der Aussage des L. in Gegensatz stehende Behauptung des Beklagten brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen. Es war deshalb nicht gehalten, die für die Richtigkeit der Behauptung benannten Zeugen zu vernehmen.

Es läßt sich mithin nicht beanstanden, daß das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, von dem Kaufvertrag zurückzutreten.

3. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann die Klägerin von dem Beklagten, der ohne Rechtsgrund die Erfüllung des Kaufvertrages verweigert habe, nach Nr. 4 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen 20 % des Kaufpreises als Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne im einzelnen den Schaden nachweisen zu müssen. Gegen eine solche Pauschalierung des Schadensersatzes beständen, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, keine Bedenken, weil der entgangene Gewinn der Klägerin nebst Geschäftsunkosten durchaus 20 % des Kaufpreises ausmachen könne und keine Anhaltspunkte für eine sittenwidrige oder gegen Treu und Glauben verstößende Ausnutzung der Vertragsfreiheit gegeben seien.

Auch dieser Gedankengang läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Er wird auch von der Revision nicht ausdrücklich angegriffen. Diese regt lediglich eine Nachprüfung dahin an, ob der von dem Beklagten nach Nr. 4 der Bedingungen geschuldete Betrag, bei dem es sich in Wahrheit um eine Vertragsstrafe handele, unverhältnismäßig hoch und deshalb nach § 343 BGB herabzusetzen sei.

Der erkennende Senat braucht nicht zu entscheiden, ob der Revision darin gefolgt werden könnte, daß der in Nr. 4 der Bedingungen vorgesehene Schadenspauschbetrag in Wirklichkeit eine Vertragsstrafe darstellte. Auch wenn hiervon ausgegangen wird, würde eine Herabsetzung doch nur dann möglich sein, wenn der Betrag unverhältnismäßig hoch wäre. Der Beklagte hat indes in den Tatsachenrechtszügen nichts dafür vorgetragen, daß dies der Fall sein könnte. Im Revisionsrechtszug ist er mit dem entsprechenden Vorbringen ausgeschlossen.

Der Beklagte schuldet daher den vollen eingeklagten Betrag.

4. Die Aufrechnung mit der von Frau W. an den Beklagten abgetretenen Gegenforderung greift nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht durch, weil der Beklagte die Gegenforderung nicht ausreichend substantiiert habe. Die Revision greift diese Darlegungen, die keinen Rechtsirrtum erkennen lassen, nicht an.

Die Revision des Beklagten muß daher zurückgewiesen werden. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Weber