

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 33/75

URTEIL

Verkündet am
16. Juni 1976
Mückenhäusen,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Kauffrau Liesbeth L. [REDACTED] in B. [REDACTED],
Ort [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die H. [REDACTED] Handelsgesellschaft für technische und elektrische Maschinen und Geräte mit beschränkter Haftung & Co. KG, Ha. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin H. [REDACTED] Handelsgesellschaft für technische und elektrische Maschinen und Geräte GmbH, Ha. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED], diese vertreten durch ihre Geschäftsführerin Ursula M. [REDACTED]-Lü. [REDACTED] in Ha. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1976 durch die Richter Braxmaier, Claßen, Dr. Hiddemann, Wolf und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Dezember 1974 im Kostenpunkt und soweit es der Klage stattgegeben hat, aufgehoben. Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Am 20. März 1972 traf ein Offizier der US-Luftwaffe mit der Klägerin, einem Handelsunternehmen für technische und elektrische Maschinen und Geräte, eine schriftliche Vereinbarung, in der die Klägerin ermächtigt wurde, zur Bewirtschaftung der Flughafenkantine Te[REDACTED] einen geeigneten Bewirtschafter (Operator) einzusetzen, der die Versorgung in eigener Regie und für eigene Rechnung nach den in der Vereinbarung näher bestimmten Richtlinien vornehmen sollte. Diese - von den Parteien des Rechtsstreits als "Pachtvertrag" bezeichnete - Vereinbarung sah für beide Teile Kündbarkeit mit 90tägiger Frist vor.

- 3 -

Am selben Tage ließ sich die Klägerin auf einem für diese Zwecke in ihrem Betriebe verwendeten Vor-
druck von dem US-Offizier das Recht zur Aufstellung
von drei Verpflegungsautomaten in der Flughafenkantine
einräumen.

Am 23. März 1972 unterzeichneten sodann Günter
J. [REDACTED] als Vertreter der Klägerin und die - nicht im
Handelsregister als Kauffrau eingetragene - Beklagte
einen Kaufvertrag über drei Verpflegungsautomaten. Dar-
in heißt es u.a.:

"KONDITOREI - CAFE
L. [REDACTED] (Beklagte)
[REDACTED] B. [REDACTED], N. [REDACTED] STR. [REDACTED]

kauft bei der (Klägerin) aufgrund der
umseitigen allgemeinen und der nach-
stehend angeführten Vertragsbedingun-
gen folgende Geräte: ...

Kundin behält sich Eigenfinanzierung
vor. Bei Barzahlung 3 % Skonto.

Barzahlungspreis	37 695,60
./. Anzahlung bei Lieferung	<u>8 195,60</u>
Restkaufpreis	29 500,00

Der Restkaufpreis zuzüglich des Kredit-
zuschlages von monatlich 1 % wird in 30
aufeinanderfolgenden Monatsraten gezahlt,
wobei die erste DM 1 319,40 betragende
Teilzahlungsraten am 1. des auf die An-
lieferung folgenden übernächsten Monats
und die weiteren Teilzahlungsraten von
je DM 1 271,00 jeweils am 1. der nächst-
folgenden Monate fällig werden. Der Teil-
zahlungspreis beträgt mithin DM 38 178,60.
Die Verpflichtung zur Erfüllung dieses
Vertrages ist unabhängig vom Bestand ei-
nes etwa vermittelten Aufstellplatzes.



Andere als die hier vorstehend und umseitig festgelegten Kaufvertragsbedingungen werden nicht anerkannt. Spätere Abweichungen haben nur dann Rechtswirksamkeit, wenn sie vereinbart und von der Verkäuferin schriftlich bestätigt werden."

In den auf der Rückseite des Kaufvertrages abgedruckten Allgemeinen Verkaufsbedingungen (AVB) der Klägerin heißt es u.a.:

"...

2. Das Eigentum am Gerät geht erst mit der vollständigen Bezahlung auf den Käufer über.

5. Kommt der Käufer durch seine Ratenrückstände in Verzug und machen diese mindestens 10 % des Kaufpreises aus, so ist der gesamte Restkaufpreis sofort fällig. Dies gilt auch, wenn der Käufer das Gerät vor völliger Bezahlung ohne schriftliche Genehmigung der Verkäuferin einem Dritten überläßt.

6. Der Käufer ist nicht berechtigt, aus irgendwelchen Gründen die Zahlung zurückzuhalten oder mit einer Gegenforderung aufzurechnen. Die vereinbarten Ratenzahlungen sind pünktlich und ohne besondere Aufforderung zu leisten.

7. Wenn umseitiger Kaufvertrag vom Käufer und der Verkäuferin bzw. deren zur Annahmeerklärung bevollmächtigten Vertretern unterzeichnet ist, ist der Vertrag rechtswirksam. Andere Bedingungen als die dieses Kaufvertrages, insbesondere mündliche Abreden, auch nicht schriftliche Vereinbarungen außerhalb dieses Vertragsformulars, werden in keinem Falle anerkannt. Spätere Abweichungen sind

nur dann rechtswirksam, wenn sie schriftlich vereinbart und von der Verkäuferin ausdrücklich zusätzlich bestätigt werden. Der Käufer erklärt, daß allein die in diesem Kaufvertrag enthaltenen Vertragsbedingungen für seine Erklärung bestimmend waren und daß er seine Erklärung in Kenntnis dieser Bedingungen abgegeben hat.

8. Die Verkäuferin ist berechtigt, ... zurückzutreten, wenn
 - a) ...
 - b) der Käufer seinen vereinbarten Verpflichtungen zuwiderhandelt,
 - c) ...
 - d) ...
 - e) ...
9. Dem Käufer ist bekannt, daß Vertreter der Verkäuferin oder Vermittler nicht berechtigt sind, Erklärungen abzugeben, die mit diesen Vertragsbedingungen im Widerspruch stehen oder nicht vermerkt sind oder getroffene Vereinbarungen wieder zur Aufhebung bringen sollen. Gegen diese Vertragsbedingungen verstoßende Erklärungen der Vertreter und Vermittler wirken nicht gegen die Verkäuferin.

...
12. Platzauswahl, Aufstellung und Instandhaltung des Gerätes übernimmt grundsätzlich der Käufer, selbst wenn die Verkäuferin ausnahmsweise einen ersten Aufstellplatz vermittelt hat. Sollte sich der vermittelte Aufstellplatz aus irgendwelchen Gründen nicht realisieren, so ist der vorliegende Kaufvertrag doch zu erfüllen. Es muß sich dann der Käufer einen anderen Aufstellplatz beschaffen, da ein Rechtsanspruch auf Vermittlung des Aufstellplatzes nicht besteht.
13. Mängelrügen sind schriftlich bei der Verkäuferin innerhalb von 8 Tagen anzubringen. Bei Anerkennung hat der Käufer nur Anspruch auf kostenlose Nachbesserung des Gerätes. Das

Recht auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz ist ausgeschlossen. Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Nachbesserung können nur geltend gemacht werden, wenn der Käufer eine mindestens 6 Wochen betragende Nachfrist gesetzt hat. ... Voraussetzung für den Anspruch auf Beseitigung von Mängeln ist die pünktliche Erfüllung der vereinbarten Zahlungsverpflichtungen...

14. ...

15. Die etwaige Unwirksamkeit einzelner Bedingungen dieses Vertrages berührt nicht die Gültigkeit der übrigen Bedingungen und Vereinbarungen..."

Durch weitere schriftliche Vereinbarung vom 23. März 1972 übertrug die Klägerin ihre aus dem Operator-Vertrag ("Pachtvertrag") vom 20. März 1972 erlangte Rechtsstellung auf die Beklagte. In dieser Übertragungsvereinbarung heißt es u.a.:

"Neben der anliegenden Vereinbarung (zwischen der Klägerin und der US-A F), ist der Automatenkaufvertrag Bestandteil des Gesamtvertrages.

Der Automatenkaufvertrag muß auch erfüllt werden, wenn der Operator/Bewirtschafter die selbständige Führung der Kantine aus Gründen, die die (Klägerin) nicht zu vertreten hat, aufgibt.

Es besteht Klarheit darüber, daß der Fortbestand der Vereinbarung zur Bewirtschaftung der Kantine auf die Dauer davon abhängig ist, daß mit der US-A F (Betriebsrat des Zivilbereiches) ein angenehmes Verhältnis herbeigeführt und unterhalten wird. Das setzt voraus, daß das Warenangebot den Wünschen des Betriebsrats weitgehend angepaßt wird und diese in einwandfreiem Zustand zur Ausgabe gelangen. Dieses bezieht sich auch auf den Verkauf aus den Automaten.

Der Operator/Bewirtschafter erkennt an, daß, falls der Automatenkaufvertrag, wie abgeschlossen, nicht erfüllt wird, er mit sofortiger Wirkung auch das Recht verliert, die Kantine weiterhin zu bewirtschaften."

Für die Vermittlung der Kantinenbewirtschaftungsrechte zahlte die Beklagte an die Klägerin gesondert 4 440 DM.

Mit Datum vom 7. April 1972 unterzeichnete die Beklagte einen an die Ha[REDACTED] Finanzierungs-Kredit-Bank GmbH gerichteten Antrag auf Gewährung eines Darlehens, das einschließlich Gebühr 38 446,20 DM betragen sollte; die Bank gewährte jedoch das Darlehen nicht.

Am 9. April 1972 wurden die drei Verpflegungsautomaten in der Kantine des Flughafengeländes angeliefert. Darüber bestehen zwei vom 7. April 1972 datierte Lieferscheine: der eine lautend auf die Beklagte als Empfängerin, der andere auf deren Sohn Max-Adolf L[REDACTED]. Die beiden Adressaten haben jeweils die am 9. April 1972 erfolgte Übernahme der drei Geräte quittiert, der Vertreter Bl[REDACTED] der Klägerin hat auf beiden Lieferscheinen den Empfang der Anzahlung bescheinigt.

Um die Zeit der Anlieferung der Geräte hatte der Sohn der Beklagten, Max-Adolf L[REDACTED], einen weiteren Kaufvertrag mit der Klägerin, vertreten durch die bei ihr damals als Büroleiterin tätige Zeugin Inge T[REDACTED], über dieselben drei Verpflegungsautomaten unterzeichnet, der jedoch, was unstreitig ist, auf den 22./23. März 1972 zurückdatiert wurde. Dieser Kaufvertrag II unter-

scheidet sich von dem von der Beklagten unterzeichneten Kaufvertrag I dadurch, daß im Kaufvertrag II keine Ratenzahlung vorgesehen ist. Der Barzahlungspreis, die geleistete und quittierte Anzahlung und der angegebene Kaufpreisrest decken sich mit den im Kaufvertrag I genannten Beträgen.

Unstreitig hat die Klägerin nicht nur den - schon erwähnten - zweiten Lieferschein auf den Sohn der Beklagten ausgestellt, sondern ihm auch die vom 7. April 1972 datierte, in deutscher und englischer Sprache abgefaßte Rechnung über die drei Verpflegungsautomaten übersandt, ferner eine gesonderte Rechnung vom selben Tage über 258,63 DM Anschlußkosten für die drei Geräte. Unstreitig hat Max-Adolf L. bei Unterzeichnung des Kaufvertrages II auch einen - gleichfalls auf den 23. März 1972 zurückdatierten - "Zusatzvertrag zum Kaufvertrag" unterzeichnet, worin die Klägerin ihm ihre Rechte gegenüber der US-A. F. auf Aufstellung von Verpflegungsautomaten im Flughafengelände Tempelhof übertrug. Schließlich hat die Klägerin, diesmal vertreten durch den bei ihr als Handelsvertreter tätigen Zeugen Jürgen Bl., durch gleichfalls auf den 23. März 1972 rückdatierten Vertrag auf den Sohn der Beklagten auch ihre Rechte aus dem Operator-Vertrag ("Pachtvertrag") übertragen.

Max-Adolf L., der die Kantine übernommen hatte, gab Ende Juli 1972 die Bewirtschaftung auf. Die Automaten blieben zunächst in der Kantine. Mit Schreiben vom 25. August 1972 kündigte die US-A. F. die mit der Klägerin geschlossenen Verträge mit 90tägiger Frist und forderte die Entfernung der Maschinen. Durch

zwei Anwaltschreiben vom 14. September 1972 und vom 15. November 1972 gab die Klägerin das Räumungsverlangen an die Beklagte weiter, kündigte gegebenenfalls eigene Maßnahmen zur Entfernung und Verwahrung der Automaten an und bemerkte zusätzlich im letztgenannten Schreiben:

"... Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß in dieser Abräumung der Automaten kein Rücktritt vom Kaufvertrag vom 23.3.1972 zu sehen ist. Die Abräumung erfolgt lediglich auf Grund der Verpflichtung meiner Mandantin gegenüber der A■■■■ F■■■■ sowie zum Schutze des Eigentums..."

Am 5. Dezember 1972 ließ die Klägerin die drei Verpflegungsautomaten vom Flughafengelände in ihren B■■■■-■■■■ Laden verbringen, wodurch ihr 555-DM Transportkosten entstanden.

Schon bald nach Aufstellung der Geräte hatte die Klägerin gegen die Beklagte wegen der ersten Restkaufpreisrate von 1 319,40 DM das Mahnverfahren eingeleitet. Hierzu war gegen die Beklagte das im Verfahren 10 C 453/72 des Amtsgerichts Charlottenburg rechtskräftig gewordene Versäumnisurteil vom 12. September 1972 ergangen.

Mit der jetzigen Klage wurden geltend gemacht:

1. der Restkaufpreis für die drei Automaten 29 500,-- DM abzüglich der durch Versäumnisurteil des Amtsgerichts Charlottenburg erledigten Rate von
- | | |
|--|--------------------|
| | <u>1 319,40 DM</u> |
| | 28 180,60 DM |

nebst 5 % Zinsen seit dem 1.Juni 1972

2. Ersatz der Transportkosten	555,-- DM
sowie der Einlagerungskosten	<u>645,-- DM</u>
	1 200,-- DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat nach Vernehmung der Zeugen Max-Adolf L., Fr., Thomas und Bl. die Berufung der Beklagten im wesentlichen zurückgewiesen, der Klägerin jedoch Einlagerungskosten von 645-DM sowie einen von ihr geltend gemachten Zinsmehrbetrag abgesprochen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin Klageabweisung in vollem Umfange.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsurteil ist aufzuheben, weil es dem Revisionsangriff nachstehend zu II 3 nicht standhält.

I. 1. Im Kaufvertrag vom 23. März 1972 (Kaufvertrag I) ist als "Teilzahlungspreis" der Betrag von 38 178,60 DM genannt. Dies ist unrichtig. Der genannte Betrag ist nur die Summe der noch zu zahlenden 30 Monatsraten. Gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 4 AbzG (hier anzuwenden i.d.F.d. Ges. v. 1. September 1969 - BGBl I S. 1541) besteht der "Teilzahlungspreis" aus dem Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Käufer zu entrichtenden Raten einschließ-

lich Zinsen und sonstigen Kosten. Unter Hinzurechnung der geleisteten Anzahlung (gemäß Kaufvertragsurkunde: 8 195,60 DM) beträgt demnach der Teilzahlungspreis im Sinne des Gesetzes hier in Wirklichkeit 46 374,20 DM.

2. Ob auch in einem solchen Falle die Rechtsfolgen des § 1 a Abs. 3 Satz 2 AbzG eintreten, wonach bei fehlender Angabe des Teilzahlungspreises der Käufer nur den Barzahlungspreis schuldet, kann dahinstehen. Denn die Klägerin legt ihrer Klagforderung nur den Barzahlungspreis zugrunde abzüglich der geleisteten Anzahlung und des durch Versäumnisurteil zugesprochenen Betrages.

Soweit die Klägerin den verbleibenden Rest nicht - wie in § 1 a Abs. 3 AbzG an sich vorgesehen - in Monatsraten, sondern in einem sofort zahlbaren Gesamtbetrag geltend macht und Zinsen verlangt, ist hierfür Rechtsgrundlage Nr. 5 ihrer AVB, wonach bei Ratenrückständen in Höhe von mindestens 10 % des Kaufpreises der gesamte Restbetrag sofort fällig ist. Die Revision bestreitet nicht, daß in der letzten Verhandlung vor dem Berufungsgericht ein Zahlungsrückstand dieses Umfangs bestand und daß die Beklagte mit mehr als 2 Raten in Verzug war (§ 4 Abs. 2 AbzG).

3. Der Erfüllungsanspruch der Klägerin ist nicht dadurch untergegangen, daß sie die 3 Geräte aus der Kantine entfernte und auf Lager nahm. Eine Rücknahme der Kaufsache im Sinne des § 5 AbzG, die als Ausübung des Rücktrittsrechts durch die Klägerin zu werten wäre, scheidet aus, weil die Klägerin bei Wegschaffung der Geräte lediglich dem Verlangen der US-Dienststelle nach-

kam und weil sie zuvor der Beklagten gegenüber schriftlich klargestellt hatte, daß sie, falls sie wegen Säumnis der Beklagten die Geräte wegschaffen müsse, auch weiterhin auf Erfüllung des Kaufvertrags bestehen werde. Eine freiwillige Besitzaufgabe durch den Abzahlungskäufer mit zeitlich getrennter, nachfolgender Inbesitznahme durch den Abzahlungsverkäufer, wie beides hier vorliegt, vermag nicht die Fiktion der Ausübung des Rücktritts nach § 5 AbzG auszulösen (BGH LM AbzG § 5 Nr. 9; Palandt/Putzo, BGB, 33. Aufl. Anm. 2 a zu § 5 AbzG).

II. 1. Erfolglos muß der Revisionsangriff bleiben, die Beklagte habe den Kaufvertrag I nicht für sich, sondern für ihren Schwiegersohn Mo[REDACTED] abgeschlossen, für den sie in verdeckter Stellvertretung gehandelt habe: Die Schriftlichkeitsklausel gemäß Nr. 7 Satz 2 AVB sowie die Regelung Nr. 9 AVB der Klägerin über die Beschränkung der Befugnisse ihrer Vertreter hindern, diesem Vortrag der Beklagten rechtliches Gewicht zu geben. Darin liegt keine Unbilligkeit, denn bei Handelsunternehmen besteht, wie auch dem rechtsunkundigen Laien bekannt ist, ein echtes und schutzwürdiges Bedürfnis, sich gegenüber bloß mündlichen Erklärungen, die Vertreter gegenüber einer am Kauf interessierten Kundschaft machen, wirksam abzuschirmen. Schon deshalb ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht dem - übrigens im zweiten Rechtszug nicht mehr ausdrücklich aufgegriffenen - einschlägigen Sachvortrag der Beklagten nicht mehr nachgegangen ist.

2. a) Entgegen der Auffassung der Revision bestehen rechtlich auch keine Bedenken gegen eine vertragliche Regelung, wie sie unter Nr. 12 AVB vorgesehen ist. Hiernach ist der Kaufvertrag auch dann zu erfüllen, "wenn sich der vermittelte Aufstellplatz aus irgendwelchen Gründen nicht realisieren sollte". Abgesehen davon, daß die Beschaffung eines geeigneten Aufstellplatzes bei Ankauf eines Automaten grundsätzlich Sache des Erwerbers ist, der das Gerät wirtschaftlich nutzen will, wurde hier ein Aufstellplatz von der Klägerin auch "realisiert" (bereitgestellt), wenngleich mit 90tägiger Frist kündbar durch die US-Dienststelle.

b) Auch die Vereinbarung einer "Vermittlungsprovision" ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten wurde die Provision von 4 440-DM nicht etwa speziell für den Aufstellplatz, sondern dafür vereinbart und gezahlt, daß die Klägerin der Beklagten die "Kantinenpacht" vermittelte, im Rechtssinne ihr also - in Übereinstimmung mit dem sog. Operator-Vertrag - die Bewirtschaftung der Kantine übertrug. Diese Position ging über die bloße Gerätenutzung hinaus, denn die Einkünfte aus dem Betrieb der Automaten waren nur ein Bruchteil dessen, was dem benannten Operator auf Grund dieser seiner neuen Position zufließen sollte und was dieser auch erwartete.

Der Umstand, daß hier eine "Vermittlungsprovision" in beträchtlicher Höhe gezahlt wurde, kann demnach die Wirksamkeit des Kaufvertrags über die Geräte nicht in Frage stellen. Zwischen beiden Abmachungen besteht rechtlich keine Abhängigkeit. Soweit die Revision die

"Vermittlungsprovision" als unangemessen hoch bezeichnet, kann darüber gesondert gestritten werden, ohne daß dies aber Auswirkungen hätte auf die hier allein zur Klärung stehenden kaufvertraglichen Ansprüche.

3. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Abschluß des Kaufvertrags II mit dem Sohn der Beklagten sei ohne Einfluß auf die Fortdauer der eigenen Zahlungsverpflichtung der Beklagten. Dieser Angriff ist berechtigt.

a) Beizupflichten ist dem Berufungsgericht darin, daß der bloße Abschluß des Kaufvertrags II mit dem Sohn der Beklagten die Pflichten der Beklagten selber aus dem Kaufvertrag I nicht etwa deshalb schon in Fortfall brachte, weil Kaufobjekt in beiden Fällen dieselben Geräte waren. Ein mehrfacher Verkauf derselben Sache ist rechtlich an sich möglich und hindert nicht die Wirksamkeit des einen oder des anderen Vertrags. Die Beklagte blieb somit rechtlich gebunden. Für einen Schuldnerwechsel (Entpflichtung der Beklagten durch Aufhebung des Kaufvertrags I) hätte es einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten bedurft. Eine Erklärung der Klägerin, sie entlasse die Beklagte aus dem Kaufvertrag I, liegt jedoch nicht vor; ganz im Gegenteil läßt das Verhalten der Klägerin im Sommer 1972 (Einklagung der ersten Kaufpreisklage) erkennen, daß sie nach wie vor die Beklagte als Vertragspartnerin ansah und hinsichtlich des Kaufpreises als Schuldnerin behandeln wollte.

Auch läßt die Feststellung des Berufungsgerichts (BU S. 21), der Sohn der Beklagten sei bei dem Gespräch mit dem Vertreter Bl. der Klägerin Anfang April 1972 anlässlich der Unterzeichnung des Kaufvertrags II nicht als Vertreter der Beklagten aufgetreten, einen Rechtsfehler nicht erkennen. Ist aber von fehlender Vertretungsmacht des Sohnes auszugehen, so kommt es weder darauf an, ob Bl. damals dem Sohn der Beklagten, wie die Revision vorträgt, erklärt hat, er werde der Beklagten sofort die erfolgte "Umschreibung" des Kaufvertrags I mitteilen, noch darauf, ob Bl. die Aufhebung des mit der Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrags I mit rechtlicher Wirkung für die Klägerin überhaupt vereinbaren konnte oder ob er durch solches Vorgehen gegen Nr. 9 Satz 1 AVB verstieß, wonach die Vertreter der Klägerin zur Aufhebung getroffener Vereinbarungen nicht berechtigt waren.

b) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kaufvertrag I bestehe fort, die Beklagte sei weiterhin Vertragspartnerin und Schuldnerin der Klägerin, rechtfertigte es aber noch nicht, der Klage stattzugeben. Un-erörtert ist im Berufungsurteil die Frage geblieben, ob es vielleicht rechtsmißbräuchlich ist, wenn die Klägerin sich nach Abschluß des Kaufvertrags II darauf beruft, hinsichtlich des Kaufvertrags I sei ein Aufhebungsvertrag mit der Beklagten nicht zustande gekommen (§ 242 BGB).

Anders als der Kaufvertrag I, der Ratenzahlung oder Barregulierung (mit 3 % Skonto) dem Käufer zur Wahl stellte, sah der Kaufvertrag II nur noch Barzahlung des Kauf-

preises vor. Objektiv handelt es sich bei der Zahlungsregelung nach Kaufvertrag II wegen des Ausschlusses einer ratenweisen Regulierung um eine Verbesserung der Rechtsposition der Klägerin.

Der unstreitig erst Anfang April 1972 abgeschlossene Kaufvertrag II wurde auf den 23. März 1972, den Abschlußzeitpunkt des Kaufvertrags I, zurückdatiert. Spricht nicht schon dies für den Willen der Klägerin, fortan nur den Sohn der Beklagten zu Leistungen heranzuziehen, so sprechen dafür die weiteren Maßnahmen der Klägerin gegenüber dem Sohn der Beklagten, wovon die Beklagte selber unstreitig alsbald Kenntnis erhielt. Anders als im Regelfall der erwogenen, aber schließlich gescheiterten Haftentlastung des ursprünglichen Schuldners unter Andienung eines Ersatzpartners hat hier die Klägerin die Anfang April 1972 mit dem Sohn der Beklagten getroffenen Abmachungen praktisch in vollem Umfang vollzogen. So erhielt der Sohn der Beklagten die Automaten ausgehändigt. Ihm wurden die Rechnung über die 3 Geräte und eine weitere Rechnung über deren Montage übersandt, ihm wurden nicht nur die Rechte aus dem sog. Operator-Vertrag von der Klägerin übertragen, sondern auch diejenigen aus der Aufstellungsvereinbarung. Vor allem übernahm er unter Zuziehung der US-Dienststelle und mit deren Billigung die Kantinenbewirtschaftung in eigener Regie. Schon bei Auslieferung der Geräte Anfang April war ihm ein auf ihn ausgestellter Lieferschein übergeben worden, auf dem die - von der Beklagten geleistete - Anzahlung so quittiert war, wie wenn ihr Sohn sie geleistet hätte. Einige der ihm zugeleiteten

urkundlichen Unterlagen waren nicht von örtlichen Vertretern, sondern von der Zentralstelle der Klägerin ausgestellt. Die Sachdarstellung der Klägerin, alles mit dem Sohn der Beklagten schriftlich Vereinbarte sei nicht ernstlich gewollt und reine Gefälligkeit gewesen, um ihm durch die Vorlage des Barzahlungsvertrags die Freigabe von Geldern aus einer Erbmasse zu ermöglichen, erscheint deshalb, nachdem das Berufungsgericht diese Frage nicht geprüft hat, aufklärungsbedürftig. Gegebenenfalls wird dann zu prüfen sein, ob die Klägerin, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen und Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs zu verletzen, die Beklagte noch unter Hinweis auf die im Kaufvertrag I getroffenen Abreden zu Zahlungen heranziehen konnte. Mußte schon die Beklagte ihre eigene Bestellung zum Operator der Kantine als hinfällig betrachten, nachdem die Klägerin ebendiese Stellung urkundlich und tatsächlich dem Sohn der Beklagten übertragen hatte, so konnte die Beklagte möglicherweise aus diesem Vorgehen der Klägerin deren Bereitschaft entnehmen, Zahlungsansprüche aus dem Kaufvertrag I als erledigt zu betrachten. Abschließende eigene Feststellungen hierzu vermag der Senat nicht zu treffen.

4. Sollte die Heranziehung der Beklagten zur Zahlung sich nicht als rechtsmißbräuchlich erweisen, so scheitert entgegen der Auffassung der Revision die Klage nicht schon daran, daß die verkauften Geräte möglicherweise - wie die Beklagte erst im Berufungsverfahren vorgebracht hat und wie hier zugunsten der Revision zu unterstellen ist - beträchtliche Mängel aufweisen. Der Hinweis auf angebliche Mängel der Kaufsache gibt dem

Käufer grundsätzlich nicht das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, wenn ein solches Leistungsverweigerungsrecht in den zum Vertragsinhalt gewordenen AGB ausgeschlossen worden ist (Senatsurteil vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 = LM BGB § 476 Nr.4). Die Klägerin konnte mit rechtlicher Wirkung in ihren AVB ihre gesetzlichen Gewährleistungspflichten als Verkäuferin (§§ 459 ff BGB), wie hier durch Nr. 13 geschehen, in der Weise begrenzen, daß sie dem Käufer grundsätzlich nur Nachbesserungsansprüche einräumte (BGH Urteil vom 29. Oktober 1956 - II ZR 79/55 = BGHZ 22, 90,99). Dem Schutz des Käufers ist dann regelmäßig hinreichend dadurch gedient, daß ihm bei solcher vertraglichen Regelung die Sachmängeleinwendungen nach allgemeinem Recht zustehen, wenn die Nachbesserung unmöglich ist, vom Verkäufer verweigert, unzulänglich vorgenommen oder ungebührlich verzögert wird (aaO). Auch für den Fall der Begrenzung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche auf ein bloßes Nachbesserungsrecht besteht deshalb in der Regel kein Anlaß, dem auf Zahlung des Kaufpreises verklagten Käufer ein Leistungsverweigerungsrecht zu geben; er ist auf den Weg der Widerklage oder der gesonderten Einklagung seiner Gegenrechte zu verweisen. Ein Leistungsverweigerungsrecht, begründet mit angeblichen Mängeln der Kaufsache, kann dann in Betracht kommen, wenn die daraus hergeleiteten Gegenrechte des Käufers begründet und zudem entscheidungsreif sind (Senatsurteil vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 = LM AGB Nr.10). Davon kann hier jedoch nicht die Rede sein, denn die von der Beklagten behaupteten Mängel der verkauften Automaten sind von der Klägerin bestritten.

III. Nach alledem war das Berufungsurteil aus den zu II 3 näher dargelegten Gründen aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im erneuten Berufungsverfahren ist auch über die Kosten der Revision zu befinden, weil die Entscheidung hierüber maßgeblich vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Claßen

Dr.Hiddemann

Richter am Bundes-
gerichtshof Wolf
ist beurlaubt und
deshalb verhindert
zu unterschreiben

Braxmaier

Treier