

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 326 A, 459

Verpflichtet sich der Verkäufer im Kaufvertrag gegenüber dem Käufer, einen bei diesem zu Versuchszwecken befindlichen Industrieautomaten mit einem moderneren, für die Funktion des Gerätes wesentlichen Greifarm auszurüsten, so ist Kaufgegenstand nur der Automat in der geänderten Ausrüstung. Gerät der Verkäufer mit der Umrüstung in Verzug, richten sich die Rechtsfolgen nicht nach Gewährleistungsrecht, sondern nach den allgemeinen Regeln über Nichterfüllung, insbesondere auch nach § 326 BGB.

BGB §§ 326 A, 398

Die in einem solchen Falle vom Käufer (Leasinggeber) in einem formularmäßigen Leasingvertrag im Zusammenhang mit dem Ausschluß seiner Haftung für Sach- und Rechtsmängel erklärte Abtretung seiner gegen den Verkäufer bestehenden "Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche" ergreift nicht die Rechte und Ansprüche aus § 326 BGB, zu deren Geltendmachung daher der Käufer berechtigt bleibt.

HGB § 378

Solange der im Kaufvertrag zugesagte Greifarm eines Industrieautomaten nicht geliefert und montiert ist, ist die Kaufsache nicht "abgeliefert". Der fortdauernde Besitz des Käufers an dem ein "aliud" darstellenden Automaten mit der ursprünglichen Ausrüstung begründet keine Rügepflicht für den Käufer, weil der Verkäufer mit einer Genehmigung einer Vertragsabweichung nicht rechnen kann (§ 378 HGB).

BGB § 326 F

Die Verzögerung mit der zugesagten Umrüstung begründet Verzug nicht nur mit einem Leistungsteil, sondern mit der gesamten Leistung, weil diese mit Rücksicht auf die zentrale Funktion des Greifarmes technisch unteilbar ist (§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB).

HGB § 377

Hat sich der Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages zur Beseitigung von Mängeln der bereits beim Käufer befindlichen Kaufsache verpflichtet, bedarf es keiner Mängelanzeige nach § 377 Abs. 1 HGB; die Kaufsache gilt daher auch ohne Mängelanzeige nicht gemäß § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt.

BGB § 326 F

Ist nach dem Willen beider Kaufvertragspartner die Lieferung eines technischen Gerätes mit mehreren Zusatzteilen als einheitliche, nicht teilbare Leistung zu behandeln, so begründet die Nichtlieferung mehrerer Zusatzteile - sofern kein Sachmangel vorliegt - keinen Teilverzug, sondern Verzug mit der Gesamtleistung (§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB). Ob im Einzelfalle ein Sachmangel der Gesamtanlage oder eine nicht vollständige Lieferung anzunehmen ist, ist Sache der tatrichterlichen Würdigung.

BGB §§ 164, 363, 368, 781

Die von einem Leasingnehmer bei Lieferung der Leasingsache auf einem Formular des Leasinggebers erteilte Übernahmebestätigung ist nicht zugleich eine Erklärung des Leasinggebers in dessen Kaufvertragsverhältnis mit dem Lieferanten. Sie stellt in diesem Rechtsverhältnis insbesondere keine Anerkennung oder Genehmigung der Leistung als fehlerfrei dar (Ergänzung zu BGH WM 1987, 1131).

BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - VIII ZR 72/89 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

38

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 72/89

URTEIL

Verkündet am:
27. Juni 1990
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma DG L [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer
Manfred H [REDACTED] und Hans Theo K [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],
F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

1. ...

2. Susanne K [REDACTED], H [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 10. Januar 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Leasinggesellschaft, verlangt von der Beklagten die Rückabwicklung zweier Kaufverträge über insgesamt drei Fertigteil-Entnahme- und Einlege-Automaten.

Die Beklagte ist Alleinerbin ihres am 21. Juni 1983 verstorbenen Ehemannes, der in einem von ihm betriebenen Unternehmen Industrie-Roboter herstellte und veräußerte (im folgenden als Lieferant bezeichnet). Von diesem erhielt mit Lieferschein vom 27. September 1982 die später in Konkurs geratene Firma S [REDACTED] (im folgenden: Leasingnehmerin) einen der oben genannten Automaten vom Typ KF 200 "für Versuche". In der Folgezeit bestellte die Leasingnehmerin bei dem Lieferanten zur Montage auf zwei Spritzgußmaschinen verschiedenen Fabrikats zwei weitere Automaten vom Typ KF 300 mit mehreren "peripheren Geräten" wie Angußabzwickzangen, Einsprühvorrichtungen und Abschneid-oder Bohr- und Frässtationen (im folgenden: BF). Diesen Auftrag bestätigte der Lieferant schriftlich unter Bezugnahme auf seine beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) am 29. Oktober 1982 u.a. mit dem erläuternden Hinweis, die Montage solle auf der feststehenden Werkzeugplatte der Spritzgußmaschinen erfolgen; ferner heißt es wörtlich:

Die Inbetriebnahme der Geräte ist für Sie kostenlos, wobei wir einen Chefmonteur für maximal 5 Arbeitstage zur Verfügung stellen.

Die Montage der Geräte sowie die Verknüpfung mit den Spritzgußmaschinen wird von Ihnen nach unseren Angaben vorgenommen.



In Nr. 7 der AGB ist u.a. bestimmt, daß Mängelrügen innerhalb einer Woche zu erfolgen haben und daß sich die Gewährleistungsrechte des Kunden grundsätzlich auf Nachbesserung beschränken. Außerdem heißt es in Nr. 8, daß die Montage nur gegen gesonderte Bezahlung durchgeführt werde.

Da die Leasingnehmerin die drei Geräte nicht selbst kaufen wollte, schloß sie mit der Klägerin am 1. und 15. Dezember 1982 zwei "Mietkaufverträge". In deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es unter § 5:

§ 5 Gewährleistung

- 5.1 Eine Haftung der Vermieterin für die nicht rechtzeitige oder fehlerhafte Lieferung oder ein sonstiges irgendwie geartetes Verschulden des Lieferanten und/oder des Herstellers ist ausgeschlossen.
- 5.2 Für Sach- und Rechtsmängel des Mietgegenstandes leistet die Vermieterin nur in der Weise Gewähr, daß sie mit Abschluß dieses Mietkaufvertrages ihre Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche, soweit ihr solche gegen den Lieferanten, den Vorlieferanten, den Hersteller oder einen sonstigen Dritten zustehen, an den Mieter hiermit abtritt. Der Mieter nimmt die Abtretung dieser Ansprüche hiermit an.
- 5.3 Es ist Sache des Mieters, die ihm abgetretenen Ansprüche fristgerecht geltend zu machen.
- 5.4 Die Vermieterin weist ausdrücklich darauf hin, daß der Lieferant alle Wandelungs- und/oder Minderungsansprüche ihr gegenüber ausgeschlossen hat. Abgetreten sind also nur die verbleibenden Gewährleistungsansprüche. Aus diesem Ausschluß der Gewährleistungsansprüche selbst kann der Mieter Ansprüche gleich welcher Art gegen die Vermieterin nicht herleiten.

5.5 Weitergehende Rechte und Ansprüche des Mieters gegen die Vermieterin, insbesondere solche gemäß § 536 ff BGB oder aus sonstigen, gleichgültig wie mit dem Mietgegenstand zusammenhängenden Gründen, sind ausgeschlossen.

5.6 ...

Der Lieferant sandte die Rechnung für den Automaten KF 200 über 36.160 DM am 15. November 1982 an die Klägerin, die den Rechnungsbetrag am 6. Januar 1983 bezahlte, nachdem die Leasingnehmerin unter dem 14. Dezember 1982 die Übernahme in einwandfrei funktionsfähigem Zustand bestätigt hatte.

Mit Datum vom 6. Januar 1983 schloß die Klägerin mit dem Lieferanten zwei Kaufverträge ("Kaufaufträge") über den Automaten KF 200 und über die beiden Automaten KF 300, in deren Nr. 1 es u.a. heißt, der Lieferant garantiere, daß die gelieferten Geräte den von ihm mit dem Mieter getroffenen Vereinbarungen entsprächen. Die Rechnung des Lieferanten vom 21. Februar 1983 für zwei Automaten KF 300, zwei Einsprühvorrichtungen und zwei BF über 154.810 DM wurde von der Klägerin am 3. März 1983 bezahlt, nachdem die Leasingnehmerin am 25. Februar 1983 die ordnungsmäßige Übernahme bestätigt hatte. Die Bestätigung war unrichtig, weil die Geräte am 25. Februar 1983 noch nicht vollständig und einwandfrei montiert waren. Die Gründe dafür sind zwischen den Parteien streitig. Fest steht jedoch, daß noch nicht alle Zusatzeinrichtungen vorhanden waren und daß für den Automaten KF 200 ein modernerer Greifarm fehlte oder zumindest nicht montiert war, dessen Nachlieferung und Einbau anstelle des ursprünglich zur Ausrüstung gehörenden und vorhandenen der Lieferant nach Behauptung der Klägerin schon vor Kaufvertragsabschluß zugesagt hatte, während sich die Beklagte auf den Standpunkt

gestellt hat, der Austausch habe aus Kulanz und ohne rechtliche Verpflichtung vorgenommen werden sollen.

Ein weiterer Montageversuch am 10. und 11. März 1983 scheiterte ebenfalls, möglicherweise deshalb, weil sich der am 15. März 1983 von der Leasingnehmerin gestellte Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens bereits abzeichnete. Deren Betriebstätigkeit wurde im anschließenden Konkursverfahren nicht eingestellt und später von einer Firma S [REDACTED] fortgeführt.

Mit Schreiben vom 28. Juni 1983 rügte die Klägerin, daß die drei Industrieroboter immer noch nicht voll funktionsfähig und daher nicht einsatzbereit seien, und verlangte unter Fristsetzung bis 13. Juli 1983 die Beseitigung der Mängel.

Eine weitere Rüge erfolgte durch Anwaltsschreiben vom 14. Juli 1983, in dem die Klägerin dem Lieferanten eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung bis zum 22. Juli 1983 setzte und für den Fall fruchtlosen Fristablaufs den Rücktritt vom Kaufvertrag bzw. dessen Wandelung sowie Rückforderung des Kaufpreises androhte. Gerügt wurde, daß einer der Automaten KF 300 nach 40 Betriebsstunden ausgefallen und der zweite KF 300 nie einsatzbereit gewesen sei, der KF 200 sei wegen Montage eines falschen Greifers noch nicht einsatzfähig. Unter dem 15. August 1983 trat der Konkursverwalter der Leasingnehmerin die in § 5 der Leasingverträge abgetretenen Gewährleistungsansprüche wieder an die Klägerin ab. Sodann erklärte diese mit Anwaltsschreiben vom 22. August 1983 die Wandelung der beiden Kaufverträge, weil der Lieferant die

restliche Montage nicht ausgeführt hatte. In der Folgezeit ließ die Klägerin die drei Automaten auf Verlangen der Firma SEG aus dem von dieser fortgeführten Betrieb entfernen und anderweitig einlagern.

Mit ihrer am 7. September 1983 zunächst noch gegen den verstorbenen Ehemann der Beklagten erhobenen und am 10. Oktober 1983 auf die Beklagte erweiterten Klage fordert die Klägerin Rückgängigmachung der Kaufverträge. Sie macht u.a. die Nichtlieferung des von dem Lieferanten zugesagten moderneren Greifarmes (Greifkopfes) für den Automaten KF 200, die mangelnde Beseitigung von Steuerungsfehlern an diesem Automaten entgegen ausdrücklicher Zusicherung, die Vertauschung der beiden Automaten KF 300 bei der Montage auf den Spritzgußmaschinen und die unterbliebene Korrektur dieses Fehlers, die nicht ausgeführte Programmänderung für die Verbindung eines der Automaten mit der zugehörigen Spritzgußmaschine sowie das Fehlen der Einsprühvorrichtungen, der beiden BF und einer Angußabzwickzange geltend. Die Beklagte beruft sich auf Versäumung der Rügefrist nach § 377 HGB und auf Verjährung der Mängelansprüche; sie bestreitet Fehler der gelieferten Geräte und macht die Leasingnehmerin für die nicht rechtzeitige und letztlich unvollständige Montage verantwortlich; die Fristsetzungen durch die Klägerin seien unwirksam, weil dieser die Gewährleistungsansprüche noch nicht zurückabgetreten gewesen seien.

Das Landgericht hat die Klage gegen den verstorbenen Ehemann der Beklagten als unzulässig abgewiesen und die Beklagte zur Zahlung von 190.970 DM Zug um Zug gegen Rückgabe der drei Automaten und mehrerer im einzelnen aufgeführter

Zusatzteile verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage auch gegen die Beklagte abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Automaten KF 200 nicht schon wegen ursprünglicher Unwirksamkeit des darüber abgeschlossenen Kaufvertrages zu. In den Vorinstanzen hat die Klägerin geltend gemacht, der von der Verkäuferin zugesagte Austausch des Greifkopfes (Greifarmes) durch eine modernere Ausführung sei als aufschiebende Bedingung (§ 158 BGB) zu verstehen und der Vertrag infolge Nichteintritts dieser Bedingung unwirksam. Das Berufungsgericht verneint - anders als das Landgericht - die Annahme einer solchen aufschiebenden Bedingung mit der Begründung, weder der Wortlaut des Vertrages noch die sonstigen Umstände enthielten Anhaltspunkte dafür; es erscheine ausgeschlossen, daß die Klägerin vor Eintritt der Bedingung den Kaufpreis bezahlt und bereits vorher mit der Leasingnehmerin einen unbedingten Leasingvertrag abgeschlossen hätte; der Vertrag sei daher unbedingt zustande gekommen. Aus Rechtsgründen ist diese tatrichterliche Auslegung

und Würdigung des Kaufvertrages nicht zu beanstanden. Die Revision erhebt keine Einwendungen, sondern will die Frage dahingestellt sein lassen. Sie wendet sich nur dagegen, daß das Berufungsgericht die Vereinbarung über die Beseitigung von Steuerungsfehlern nicht als aufschiebende Bedingung gewertet habe und daß diese Frage im angefochtenen Urteil nicht erörtert worden sei. Die Begründung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Lieferung eines Greifarmes trifft indessen offensichtlich auch für die Beseitigung der Steuerungsfehler zu, so daß das angefochtene Urteil jedenfalls nicht auf der unterbliebenen ausdrücklichen Erörterung dieser Frage beruht.

II. Hinsichtlich des Kaufvertrages für den Automaten KF 200 hält das Berufungsgericht weder ein Wandelungsrecht (§§ 459, 462 BGB) für begründet noch einen auf § 326 BGB gestützten Rücktritt für wirksam erklärt. Es führt dazu aus: Es könne offenbleiben, ob der Automat mit Mängeln behaftet gewesen sei. Etwaige Fehler seien jedenfalls nicht unverzüglich (§ 377 HGB) gerügt worden. Da der Automat bereits im September 1982 geliefert und der Kaufvertrag - ein Handelskauf - Anfang Januar 1983 zustande gekommen sei, habe die Klägerin Mängel spätestens in der zweiten Januarhälfte 1983 rügen müssen. Daß dies durch sie selbst oder durch die Leasingnehmerin als ihre Erfüllungsgehilfin geschehen sei, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Ihre Behauptung, alle Mängel seien stets sofort gerügt worden, reiche dafür nicht aus. Der Automat gelte daher als genehmigt (§ 377 Abs. 2 HGB). Weiterhin berufe sich die Beklagte mit Recht auf Verjährung der Gewährleistungsansprüche. Die sechsmonatige Frist für

die Geltendmachung (§ 477 BGB) habe Anfang Januar 1983 zu laufen begonnen und sei bei Klageerhebung abgelaufen gewesen. Der Fristablauf sei nicht durch eine zu unterstellende, nicht eingehaltene Zusicherung der Verkäuferin gemäß § 202 BGB gehemmt worden. Die Klägerin habe schließlich keine Rechte aus § 326 BGB. Sie habe nicht einmal vorgetragen, daß ihr Interesse an der Erfüllung des Kaufvertrages infolge des Teilverzuges der Verkäuferin mit der Lieferung eines neuen Greifkopfes insgesamt entfallen sei (§ 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB). Außerdem seien die Voraussetzungen für § 326 Abs. 1 und 2 BGB nicht erfüllt. Nach § 5 ihrer bei dem Leasingvertrag verwendeten AGB habe sie ihre Haftung für die nicht rechtzeitige Lieferung ausgeschlossen und ihre Schadensersatzansprüche, mithin auch alle Rechte aus § 326 BGB, an den Leasingnehmer abgetreten, der somit allein zur Geltendmachung befugt gewesen sei. Die im Schreiben vom 14. Juli 1983 enthaltene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei infolgedessen unwirksam. Denn der Konkursverwalter der Leasingnehmerin habe die abgetretenen Gewährleistungsansprüche erst später an die Klägerin zurückabgetreten. Die Klägerin habe nicht behauptet, nach dieser Rückabtretung erneut eine Nachfrist gesetzt und Ablehnung der Leistung angedroht zu haben.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Revision nicht stand.

1. a) Hinsichtlich des Automaten KF 200 streiten die Parteien in erster Linie darum, ob der Klägerin ein Kaufpreisrückzahlungsanspruch wegen nicht erbrachter Lieferung und Montage eines moderneren Greifarmes zusteht. Diese Frage

ist bei Berücksichtigung des für die Revisionsinstanz maßgeblichen Sachverhalts ausschließlich nach den für die Nichterfüllung eines Vertrages geltenden Vorschriften, insbesondere nach § 326 BGB, zu beantworten und nicht nach Gewährleistungsrecht (§§ 459 ff BGB), weil die Klägerin keinen Sachmangel geltend macht.

Gegenstand des am 6. Januar 1983 zwischen der Klägerin und dem Lieferanten geschlossenen Kaufvertrages war nach der vom Berufungsgericht nicht endgültig geklärten, für die Revisionsinstanz deshalb zu unterstellenden Darstellung der Klägerin der bei der Leasingnehmerin befindliche Automat KF 200, jedoch mit dem noch zu liefernden und zu montierenden moderneren Greifarm. Zwischen den Parteien ist unstreitig und überdies aus der von dem Lieferanten im Kaufvertrag übernommenen "Garantie" ersichtlich, daß alle mit der Leasingnehmerin getroffenen, die Ausrüstung des Automaten betreffenden Vereinbarungen Bestandteil des Kaufvertrages werden sollten. Hatte also der Lieferant schon vor Kaufvertragsabschluß die Lieferung und Montage des anderen Greifarmes zugesagt, so bestimmte dies im Verhältnis zur Klägerin den Kaufgegenstand. Geschuldet wurde nicht die Lieferung des ursprünglich zu Betriebszwecken überlassenen Automaten KF 200, sondern vom Vertragsabschluß an der Automat mit der noch herzustellenden anderen Ausrüstung.

Den in dieser Weise umschriebenen Kaufgegenstand hat der Lieferant zu keiner Zeit geliefert. Daß die Leasingnehmerin und mittelbar damit auch die Klägerin im Besitz des Automaten KF 200 mit der ursprünglichen Ausrüstung war, steht dem nicht entgegen. Die unterschiedliche Ausrüstung

gerade mit dem für die Funktion des Gerätes wesentlichen Greifarm qualifiziert den vorhandenen gegenüber dem vertraglich geschuldeten Automaten als eine andere Sache (sog. aliud). Ein Sachmangel der geschuldeten Kaufsache scheidet unter diesen Umständen aus, weil nicht deren Funktionsfähigkeit infolge der Abweichung von der vertragsmäßigen Leistung beeinträchtigt, sondern an ihrer Stelle eine andere, möglicherweise ebenfalls funktionsfähige Sache bereits vorhanden war. Bei dieser Sachlage scheidet die Anwendung der Gewährleistungsregelung (§§ 459 ff BGB) von vornherein aus, ohne daß es in diesem Zusammenhang auf die für den Verkauf mangelhafter Sachen in Literatur und Rechtsprechung in Einzelheiten umstrittene Abgrenzung zwischen der Anwendung des Gewährleistungsrechts und allgemeinen Vertragsstörungsregelungen ankommt (vgl. zu diesen Streitfragen Soergel/Huber, BGB, 11. Aufl., Vorbem. vor § 459 Rdnr. 168 f; 173 ff, 185 ff, § 459 Rdnr. 56 m.Nachw. über den Meinungsstand). Maßgebend sind infolgedessen die Vorschriften der §§ 320 ff BGB, wegen des Ausbleibens der geschuldeten Leistung insbesondere § 326 BGB. Davon geht möglicherweise auch das Berufungsgericht - wenn auch ohne nähere Erörterung - aus, weil es den von der Klägerin im Schreiben vom 22. August 1983 erklärten Rücktritt nur aus anderen Gründen für unwirksam hält.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war nicht die Leasingnehmerin, sondern die Klägerin als die Vertragspartnerin des Kaufvertrages zur Ausübung der sich aus § 326 BGB ergebenden Rechte befugt. Diese waren nicht an die Leasingnehmerin abgetreten. Die auch nach Meinung des Berufungsgerichts allein in Betracht kommende Abtretungserklärung für "Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche" in

§ 5.2 der formularmäßigen "Mietkaufverträge" bezieht sich nach dem sprachlichen Zusammenhang nur auf die Haftung für Sach- und Rechtsmängel. Verzugsfolgen wie die Rechte und Ansprüche aus § 326 BGB sind nicht darin einbezogen. Zu dieser Feststellung ist das Revisionsgericht befugt, weil die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung mit dem eindeutigen Wortlaut der Verträge unvereinbar ist. Die Revision hat die Auslegung zu dieser Frage zwar nicht ausdrücklich, jedoch nach ihrem Sinnzusammenhang angegriffen, indem sie die Zulässigkeit der vom Berufungsgericht angenommenen Abtretung und damit zugleich die Richtigkeit der Auslegung bezweifelt hat. Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfange die sich aus § 326 BGB ergebenden Rechte und Ansprüche abgetreten werden können (zur Problematik vgl. BGH Urteil vom 21. Juni 1985 - V ZR 134/84 = NJW 1985, 2640 m.w.Nachw.; Palandt/Heinrichs, BGB, 49. Aufl., § 398 Anm. 5 b; MünchKomm./Emmerich, BGB, 2. Aufl., § 326 Rdnr. 30).

Das Rücktrittsrecht der Klägerin war nicht durch Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung, insbesondere nicht mangels rechtzeitiger Rüge nach §§ 378, 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen. Hatten sich die Vertragspartner durch Einbeziehung der Vereinbarung mit der Leasingnehmerin gerade darauf geeinigt, Kaufgegenstand solle ein Automat mit dem moderneren Greifarm sein, konnte der Lieferant nicht damit rechnen, daß die Klägerin den vorhandenen, ursprünglich zu Versuchszwecken gelieferten Automaten mit dem älteren Greifarm als Vertragsleistung genehmigen werde. Einer besonderen Rüge der Falschlieferung, deren Versäumung zur fingierten Genehmigung nach § 377 Abs. 2 HGB hätte führen können, bedurfte es unter diesen Umständen nicht (§ 378 HGB).

d) Die weiteren sachlichen Voraussetzungen für den Rücktritt lassen sich nach dem bisherigen Sachstand jedenfalls nicht ausschließen. Das gilt zunächst für die - von der Revision mit Recht gerügte - unterbliebene Feststellung darüber, wann der Lieferant mit seiner Leistung in Verzug geraten ist. Dieser könnte mit dem Schreiben der Klägerin vom 28. Juni 1983 und der darin liegenden Mahnung eingetreten sein. Auf die in dem Antwortschreiben vom 1. Juli 1983 erwähnte Vereinbarung über zeitlich beschränkte und schon ausgeschöpfte Montageleistungen könnte sich die Beklagte nicht berufen, weil sich diese Vereinbarung ersichtlich auf die Verbindung der Automaten mit den bei der Leasingnehmerin vorhandenen Produktionsmaschinen bezog, nicht aber auf die Herstellung des vertragsmäßigen Kaufgegenstandes. Die nach § 326 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung hat das Berufungsgericht dem Schreiben der Klägerin vom 14. Juli 1983 entnommen. Rechtliche Bedenken gegen diese Auslegung einer individuellen Erklärung bestehen nicht, zumal die Klägerin dadurch nicht beschwert ist und die Beklagte zulässige Revisionseinwendungen insoweit nicht erhoben hat.

e) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht in seiner Annahme, der Rücktritt sei unwirksam, weil die Klägerin nicht vorgetragen habe, daß infolge Teilverzuges des Lieferanten ihr Interesse an der Gesamtleistung entfallen sei (§ 326 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eines solchen Sachvortrags bedurfte es hier nicht. Wegen der technischen Beschaffenheit des Kaufgegenstandes kam nur ein Gesamtrücktritt in Betracht. Ein Teilrücktritt setzt denotwendig die Teilbarkeit der Kaufsache voraus. Daran fehlt es,

wenn die Sache technisch unteilbar ist oder nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten als unteilbar behandelt werden soll (BGH Urteil vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89 = WM 1990, 987, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Kaufgegenstand war der Automat mit dem moderneren Greifarm. Fehlte dieser, so war der verbleibende Teil technisch funktionsunfähig und stellte keinerlei verwertbare Teilleistung dar. Daß der zu Versuchszwecken überlassene Automat mit dem möglicherweise funktionsfähigen anderen Greifarm vorhanden war, steht dem nicht entgegen. Denn bei diesem Gerät mit anderer Ausstattung handelte es sich - wie oben ausgeführt - um eine andere Sache und nicht um einen Teil der geschuldeten. Damit lag nicht ein Teilverzug vor, sondern ein Verzug mit der gesamten Leistung, so daß - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - der Rücktritt vom ganzen Kaufvertrag berechtigt war.

2. a) Da bereits ein wirksamer Rücktritt von dem Kaufvertrag über den Automaten KF 200 nicht ausgeschlossen werden kann, konnte das angefochtene Urteil mit der in ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Für die Revisionsentscheidung kam es deshalb nicht mehr darauf an, ob die weitere Einwendung der Klägerin, der Lieferant habe entgegen seiner ausdrücklichen Zusage einen Steuerungsfehler an dem Automaten nicht beseitigt, ebenfalls den Kaufpreisrückzahlungsanspruch begründen könnte.

b) Nach Aufhebung des Urteils hinsichtlich des Automaten KF 200 und Zurückverweisung der Sache wird in erster Linie festzustellen sein, ob sich der Lieferant zur Lieferung und zum Einbau eines moderneren Greifarmes verpflichtet

hatte, wie die Klägerin behauptet und die Beklagte bestritten hat. Gegebenenfalls mag auch zu klären sein, ob der Leistungsverzug entgegen dem bisher ersichtlichen Geschehensablauf von dem Lieferanten nicht zu vertreten war.

c) Sollten Lieferung und Montage des Greifarmes vom Lieferanten nicht geschuldet gewesen sein, könnte sich der Kaufvertrag nur auf den ursprünglich zu Versuchszwecken gelieferten Automaten bezogen haben. Die darauf beruhende Lieferpflicht hätte der Lieferant - wenn auch möglicherweise mangelhaft - erfüllt, weil sich bei Vertragsabschluß der Kaufgegenstand bereits im mittelbaren Besitz der Klägerin befand. Für diesen Fall käme es auf die Berechtigung der von der Klägerin verlangten Wandelung des Kaufvertrages an. Im einzelnen kann dies im Revisionsverfahren nicht geklärt werden, weil Entstehung und Inhalt der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung über die Beseitigung eines Steuerungsfehlers nicht festgestellt sind. Hinzuweisen ist deshalb nur auf folgendes:

aa) Hätte sich der Lieferant zwar nicht zur Lieferung des neueren Greifarmes, wohl aber ausdrücklich zur Beseitigung des Steuerungsfehlers verpflichtet, so käme die Versäumung einer Rügefrist nach § 377 Abs. 1 und Abs. 2 HGB nicht in Betracht. Bloße Kenntnis des Verkäufers von einem Mangel der Kaufsache befreit den Käufer zwar nicht von seiner Rügelast, wie sich schon daraus ergibt, daß das Gesetz diese Rechtsfolge nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer vorsieht (§ 377 Abs. 5 HGB; BGH Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 22/89 = NJW 1990, 1290

= WM 1990, 510, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, unter II 2 b cc, 4 b aa; Baumbach/Hopt, HGB, 28. Aufl. § 377 Anm. 4 A). Die bei Vertragsabschluß ausdrücklich einbezogene Vereinbarung einer Fehlerbeseitigung geht aber über bloße Kenntnis des Verkäufers hinaus. Sie macht - auch für den Verkäufer - den Willen des Käufers erkennbar, Beseitigung des Mangels zu fordern. Zugleich erklärt sich der Verkäufer ausdrücklich dazu bereit, so daß keinerlei Anlaß besteht, den Fehler nochmals zu rügen. Es mag offenbleiben, ob bei einer solchen Sachlage von einer bereits erklärten Mängelmitteilung oder von einem Verzicht des Verkäufers darauf auszugehen ist. Jedenfalls tritt die nach § 377 Abs. 2 HGB anzunehmende fingierte Genehmigung nicht ein.

bb) Weiterhin hätte auch der Lauf der Verjährungsfrist (§ 477 BGB) nicht schon am 6. Januar 1983 begonnen. Mit seiner ausdrücklichen Zusage hatte sich der Lieferant der Mängelbeseitigung unterzogen, so daß in analoger Anwendung von § 639 Abs. 2 BGB die Verjährung der Gewährleistungsansprüche gehemmt war, bis der Lieferant die Beseitigung ablehnte oder für ausgeführt erklärte (BGHZ 39, 287, 293; BGH Urteil vom 8. Februar 1984 - VIII ZR 295/82 = NJW 1984, 1525 unter 1 a). Feststellungen darüber, ob und wann der Lieferant die Beseitigung des Mangels endgültig abgelehnt hätte, enthält das angefochtene Urteil nicht. Das in Betracht kommende Schreiben vom 1. Juli 1983 läge weniger als sechs Monate vor Erhebung der Klage, so daß die Verjährung rechtzeitig unterbrochen wäre.

III. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin von dem Kaufvertrag über die beiden Automaten KF 300 nicht wirksam zurückgetreten; ihr stehe auch kein Wandlungsrecht zu. Dem kann nach dem bisherigen Sachstand nicht gefolgt werden.

1. a) Ein Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 1 BGB verneint das Berufungsgericht ebenso wie bei dem Automaten KF 200 mit der Begründung, im Zeitpunkt der Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung im Anwaltsschreiben vom 14. Juli 1983 hätten die Rechte aus § 326 BGB nicht der Klägerin, sondern der Leasingnehmerin zugestanden. Dies trifft jedoch nicht zu, weil sich die Abtretung in den Mietkaufverträgen nicht auf die Rechte aus § 326 BGB erstreckte (vgl. oben II 1 b).

b) Hinsichtlich der weiteren Rücktrittsvoraussetzungen führt das Berufungsgericht aus: Maßgebend seien im wesentlichen dieselben Erwägungen wie für den Automaten KF 200. Nach dem Kaufvertrag vom 6. Januar 1983 hätten außer den beiden Automaten noch zwei Angußzangen, zwei Einsprühvorrichtungen und zwei Bohr- und Frässtationen geliefert werden sollen. Mindestens die beiden Einsprühvorrichtungen und eine Bohr- und Frässtation hätten gefehlt, so daß es sich ebenso wie bei dem Automaten KF 200 um einen Teilverzug (§ 326 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB) gehandelt habe.

Die Verweisung auf die Ausführungen zum Automaten KF 200 läßt erkennen, daß das Berufungsgericht eine Darlegung der Klägerin über ihr weggefallenes Interesse an der bereits erbrachten Teilleistung vermißt. Darauf läßt sich

jedoch die Verneinung des Rücktrittsrechts nicht stützen. Das folgt entgegen der Ansicht der Revision allerdings nicht schon aus der noch nicht vollständigen Ablieferung aller Zusatzgeräte. Wäre in einem solchen Falle stets von einem Verzug mit der Gesamtleistung auszugehen, hätte die Regelung in § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB keinen Sinn, weil es zu einem Teilverzug gar nicht kommen könnte. Maßgebend für dessen Feststellung als Voraussetzung für einen Teilrücktritt ist deshalb nicht die Ablieferung, sondern - sofern nicht ein Sachmangel geltend gemacht wird - die Frage, ob die Leistung teilbar oder unteilbar ist. Insoweit läßt sich anders als bei dem Automaten KF 200 bei den Automaten KF 300 mit ihren Zusatzgeräten nicht von einer technischen Unteilbarkeit sprechen, weil die Automaten durch das Fehlen der Zusatzgeräte nicht in ihrer unmittelbaren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt waren. Unteilbarkeit kann aber auch dann vorliegen, wenn die Gesamtleistung nach dem Vertragszweck und dem Willen der Vertragspartner als unteilbar behandelt werden sollte (zu diesen Voraussetzungen vgl. im einzelnen BGH Urteil vom 7. März 1990 aaO unter III 1 b). Feststellungen darüber hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht getroffen, so daß nicht erkennbar ist, ob es § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtsfehlerfrei angewandt und den Sachvortrag der Klägerin, auf den die Revision hinweist, zutreffend gewürdigt hat. Soweit es bei der Frage der Gewährleistungsansprüche die Automaten mit Zusatzgeräten als "Einheit" bezeichnet und behandelt, bleibt unklar, inwiefern ein Unterschied gegenüber der Frage des Teilverzuges bestehen soll.

Bereits aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Automaten KF 300 keinen Bestand haben. Denn die Berechtigung der Klägerin zum Rücktritt vom ganzen Vertrag ist mangels Feststellung der einzelnen Voraussetzungen nicht auszuschließen. Ist nach erneuter Prüfung Teilbarkeit der Leistung anzunehmen, läßt sich ein Gesamtrücktritt der Klägerin nicht ohne weiteres verneinen. Die Revision verweist zutreffend darauf, daß nach dem Zusammenhang des Vortrags der Klägerin nicht unerhebliche Anhaltspunkte für den Wegfall ihres Interesses an einer Teilerfüllung vorliegen. Die Parteien werden Gelegenheit haben, in der erneuten Verhandlung ergänzend hierzu vorzutragen.

Zu prüfen wäre bei der weiteren Verhandlung ferner, ob das Fehlen mehrerer Zusatzgeräte einen Sachmangel einer im übrigen einheitlichen Kaufsache darstellte. In diesem Fall könnte die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 BGB durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen sein, wenn die Gefahr des zufälligen Unterganges bereits auf die Klägerin übergegangen war (h.M., vgl. die oben zu II. 1 a) zitierte Literatur; ferner Palandt/Putzo, BGB, 49. Aufl., Vorbem. 2 a vor § 459 m.w.Nachw.). Der bisherige Sachstand läßt dies allerdings nicht annehmen. Als Zeitpunkt des Gefahrenüberganges kommt in erster Linie die Übergabe bzw. Ablieferung der Kaufsache in Betracht (§ 446 Abs. 1 Satz 1, § 459 Abs. 1 BGB). Daran kann es fehlen, wenn eine aus mehreren, an sich selbständigen Teilen bestehende Kaufsache hinsichtlich einzelner Teile noch nicht vorhanden und deshalb nicht "abgeliefert" ist (vgl. zu einem ähnl. Fall BGH Urteil vom 24. Januar 1990 aaO unter III. 2 b hinsichtlich der erst nach Ablieferung beginnenden Verjährungsfrist). Im übrigen

bedarf es der Prüfung und tatrichterlichen Würdigung, ob es sich bei dem Fehlen der Zusatzteile um einen die Funktionsfähigkeit einer einheitlichen Kaufsache beeinträchtigenden Mangel oder um eine Teilnichterfüllung handelt, wie dies besonders beim Fehlen selbständiger Funktionsteile naheliegt.

2. Ist die Klägerin nicht bereits wirksam vom ganzen Kaufvertrag zurückgetreten, kommt es darauf an, ob ihr Wandlungsbegehren begründet ist. Das wird vom Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint:

Nach den Feststellungen vor dem Landgericht seien jedenfalls eine Angußzange und eine Bohr- und Frässtation mangelhaft gewesen, so daß die Voraussetzungen des § 459 BGB erfüllt gewesen seien, weil nach den Umständen des Falles die Lieferung der Automaten und aller Zusatzgeräte als Einheit behandelt werden müsse. Indessen habe die Klägerin eine unverzügliche Rüge der Mängel nach Lieferung im Februar 1983 nicht einmal behauptet, so daß die Lieferung nach § 377 HGB genehmigt sei. In diesem Zusammenhang sei auf die unrichtige Übernahmebestätigung der Leasingnehmerin vom 25. Februar 1983 hinzuweisen, die zur Folge habe, daß die Klägerin die volle Beweislast treffe, und die auf jeden Fall die Annahme einer rechtzeitigen Erfüllung der Rügepflicht ausschließe. Auf die Verjährung der Gewährleistungsansprüche komme es unter diesen Umständen nicht an.

a) War die aus den beiden Automaten und Zubehörteilen bestehende Kaufsache als "Einheit" zu behandeln, jedoch wegen Fehlens mehrerer Zusatzteile noch nicht abgeliefert

(oben zu III. 1. b, a.E.), war die Frist für die Mängelanzeige der Klägerin (§ 377 Abs. 1 und Abs. 2 HGB) noch nicht in Lauf gesetzt. Schon aus diesem Grunde wären Mängelansprüche der Klägerin nicht nach § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen.

b) An dieser Sachlage ändert sich nichts durch die inhaltlich unrichtige Übernahmebestätigung der Leasingnehmerin vom 25. Februar 1983. Deren vom Berufungsgericht erwähnte Beweislastwirkung ist hier ohne Belang, weil die Unrichtigkeit der Erklärung feststeht.

Eine weitergehende Folge läßt sich aus der Bestätigung nicht herleiten. In Betracht käme nur, die Bestätigung als Genehmigung eines Mangels auch im Verhältnis der Kaufvertragspartner aufzufassen und damit jede weitere Mängel einwendung auszuschließen. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Leasingvertragspartnern hat der Bundesgerichtshof jedoch in seinem Urteil vom 1. Juli 1987 (VIII ZR 117/86 = NJW 1988, 204 = WM 1987, 1131 unter II 2) entschieden, daß der Übernahmebestätigung kein Anerkenntnis oder Verzicht auf Einwendungen zu entnehmen ist. Nur auf diese Wirkung im Leasingverhältnis bezieht sich die vom Berufungsgericht zitierte Kritik von Lieb (DB 1988, 2495, 2501 f), der sich der Bundesgerichtshof aus den in der zitierten Entscheidung genannten Gründen und deshalb nicht anschließen vermag, weil der Leasingnehmer bei Auslegung seiner Bestätigung als Anerkenntnis oder Genehmigung zu einer Erklärung veranlaßt würde, deren Voraussetzungen er im Zeitpunkt der Lieferung der Leasingssachen im Regelfall noch nicht beurteilen kann.

Überdies ist die für das Leasingverhältnis bestimmte Erklärung des Leasingnehmers nicht zugleich eine Erklärung des Leasinggebers im kaufrechtlichen Verhältnis gegenüber dem Lieferanten. Selbst wenn der Leasingnehmer für die Abnahme des Leasinggutes Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers im Verhältnis zum Lieferanten ist, ist er damit nicht zugleich Vertreter des Leasinggebers als Käufer in dessen gesamter Vertragsstellung. Das ist für den Lieferanten auch erkennbar, zumal hier (wie in der Regel) in den schriftlichen Vertragsunterlagen nichts für eine derartige Bevollmächtigung des Leasingnehmers spricht.

IV. Das angefochtene Urteil kann danach insgesamt keinen Bestand haben. Es läßt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten (§ 563 ZPO). Weder lassen sich wesentliche Mängel der gesamten Lieferungen aufgrund der bisherigen Feststellungen ausschließen noch sind Rückeverlust nach § 377 HGB und Verjährung nach § 477 BGB auf andere, feststehende Umstände zu stützen. Auch die Rücktrittsvoraussetzungen sind bisher nicht auszuschließen. Die Sache war deshalb nach Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In der erneuten Verhandlung werden die Voraussetzungen für ein Wandelungsrecht der Klägerin und für ihren wirksamen Rücktritt insgesamt zu überprüfen sein. Dabei werden die Parteien auch Gelegenheit haben, zur wirksamen Einbeziehung

der AGB der Verkäuferin und der darin enthaltenen Haftungseinschränkung sowie zu der von der Beklagten bezweifelten rechtlichen Verbindlichkeit der Zusage eines neuen Greifarmes und der Steuerungsfehlerbeseitigung Stellung zu nehmen.

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch ist auf
Urlaub und deshalb
an der Unterschrifts-
leistung verhindert

Wolf