

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

AGBG § 9; BGB §§ 537, 242 Ca

- a) Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Leasingnehmer, der aus abgetretenem Recht des Leasinggebers dessen Kaufauftrag mit dem Lieferanten über die Leasingsache erfolgreich gewandelt hat, zur Zahlung von Leasingraten oder sonstigen Beträgen (Aufwendungsersatz pp) an den Leasinggeber verpflichtet bleibt (Ergänzung zu BGHZ 68, 118).
- b) Wer sich als Leasinggeber von der eigenen Gewährleistungspflicht umfassend freizeichnet und dem Leasingnehmer die ihm als Käufer zustehenden Gewährleistungsansprüche abtritt, erklärt damit zugleich, daß er die rechtlichen Folgen, die sich aus der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte durch den Leasingnehmer ergeben, als für sich verbindlich hinnimmt.

BGH, Urt. v. 16. September 1981 - VIII ZR 265/80 - OLG Düsseldorf  
LG Duisburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 265/80

URTEIL

Verkündet am

16. September 1981

Walz,

Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

A [REDACTED] GmbH in K [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer  
G [REDACTED] und St [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED] in K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Rainer F [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED] in M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann Hoffmann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. August 1980 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Anfang 1974 bot der Kaufmann R., der als Handelsvertreter für die Firma KG N.-Ag. D. & Co. (im folgenden Firma D.) tätig war, dem Beklagten eine transportable Funkausrüstung an. Der Beklagte, der einen Reparaturbetrieb für Wohnwagen unterhielt, versprach sich von dem Einsatz eines solchen Funkgerätes eine rationellere Auslastung seines Servicewagens. Er bestellte am 8. März 1974 über den Kaufmann R. bei der Firma D. eine Funkstation und ein Funksprengerät zum Preis von 5 465 DM zuzüglich Mehrwertsteuer.



Als Zahlungsbedingung war in dem Bestellschein "Leasing" angegeben. Unter dem 18. März 1974 schloß der Beklagte - und zwar auf einem ebenfalls von dem Kaufmann R. [REDACTED] bereitgehaltenen Vertragsformular der klagenden Bank - mit dieser einen Leasingvertrag (Mietvertrag) über die Funkanlage ab. Bei einer unkündbaren Mietzeit von 60 Monaten betrug der monatliche Mietpreis einschließlich Mehrwertsteuer 156,51 DM. Die auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin bestimmten u.a. folgendes:

"§ 4 Abs. 3

Für Sach- und Rechtsmängel des Mietgegenstandes leistet die Vermieterin in der Weise Gewähr, daß mit dem Abschluß des Mietvertrages ihre Gewährleistungs-, Garantie- und Schadensersatzansprüche, soweit ihr solche gegen die Lieferfirma ... zustehen, an den Mieter abtritt. Der Mieter ist verpflichtet, die ihm abgetretenen Ansprüche fristgerecht geltend zu machen.

Weitergehende Ansprüche und Rechte des Mieters gegen die Vermieterin nach §§ 537 ff BGB oder aus positiver Forderungsverletzung sind ausgeschlossen.

§ 12

Kommt der Mieter mit der Zahlung der fälligen Miete länger als einen Monat in Rückstand ..., so ist die Vermieterin berechtigt,

- a) die gesamte bis zum Ablauf der Mietzeit zu zahlende Miete fällig zu stellen....

Der Mieter hat unabhängig (davon) alle ihm nach dem Vertrag noch obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB steht ihm in keinem Falle zu. Bei Zahlungsverzug hat er dem Vermieter vom Tage der Fälligkeit an 1,5 % p.M. als Verzugszinsen zu zahlen."

Die Funkeinrichtung, die die Klägerin nach Abschluß des Leasingvertrages von der Firma D[REDACTED] kaufte, wurde von dieser am 3. September 1974 unmittelbar an den Beklagten ausgeliefert. Dieser nahm sie jedoch nicht in Gebrauch, ließ sie vielmehr verpackt auf seinem Grundstück stehen und leistete in der Folgezeit keine Zahlungen an die Klägerin, - und zwar auch dann nicht, als diese ihn erstmalig mit Schreiben vom 21. Oktober 1975 und anschließend wiederholt schriftlich und mündlich zur Zahlung aufforderte und schließlich mit Schreiben vom 19. März 1976 den Gesamtbetrag abzüglich einer Gutschrift für die Abzinsung fällig stellte.

Mit ihrer im Oktober 1976 erhobenen Klage macht die Klägerin diesen Betrag in Höhe von 8 815,53 DM nebst Zinsen geltend. Der Beklagte hat eine Zahlungspflicht in Abrede gestellt; der Kaufmann R[REDACTED] habe ihm zugesichert, daß er mit dem Funkgerät - den Bedürfnissen seines Betriebes entsprechend - nach technischer Umstellung und unter Verwendung einer ihm ebenfalls von R[REDACTED] gelieferten 28 m hohen Antenne - einen Bereich von etwa 100 km im Umkreis abdecken könne, während die Bundespost - das habe er alsbald nach Lieferung erfahren - nur den Einsatz mit einer Reichweite von 20 km gestatte; da mithin das Gerät für seine Zwecke ungeeignet sei, habe sich R[REDACTED] auf seine Vorstellungen hin mit der Rücknahme der Anlage einverstanden erklärt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Während des Berufungsrechtszuges hat der Beklagte aus abgetretenem

Recht der Klägerin die Firma D[REDACTED] vor dem Landgericht H[REDACTED] auf Wandelung des Kaufvertrages zwischen dieser und der Klägerin in Anspruch genommen. Durch rechtskräftiges Urteil vom 20. November 1979 ist die Firma D[REDACTED] verurteilt worden, sich mit der Wandelung einverstanden zu erklären. Daraufhin hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht im Anschluß an das Senatsurteil vom 23. Februar 1977 (VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118) davon aus, daß durch das rechtskräftige Urteil des Landgerichts H[REDACTED] vom 20. November 1979 der Kaufvertrag zwischen der Firma D[REDACTED] und der Klägerin rückgängig gemacht, damit die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages entfallen und infolgedessen der Beklagte von seiner Zahlungspflicht insgesamt freigeworden sei. Da er die Funkanlage in dem Zeitraum zwischen Lieferung und Vollzug der Wandelung nicht benutzt habe, sei keine Rechtsgrundlage ersichtlich, ihn für diesen Zeitraum ganz oder teilweise zur Zahlung der Leasingraten heranzuziehen. Auch habe die Klägerin mangels einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung keinen Anspruch darauf, von dem Beklagten Aufwandungsersatz, Kapitalverzinsung und anteiligen Ersatz des durch den Wegfall des Leasingvertrages entgangenen Gewinns zu verlangen; da die Klägerin dem Beklagten gegenüber die Stellung einer

Vermieterin eingenommen, ihm aber von vornherein keine geeignete Funkanlage zur Verfügung gestellt habe, widerspräche es Treu und Glauben, wenn der Beklagte im Rahmen der durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage gebotenen Anpassung des Leasingvertrages trotz Wandelung des Kaufvertrages zu Leistungen an die Klägerin herangezogen würde.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung einer rechtlichen Nachprüfung und insbesondere den Angriffen der Revision stand.

1. a) Bei einem Finanzierungs-Leasingvertrag, wie er hier vorliegt, gehört es typischerweise zur formularmäßigen Ausgestaltung der Gewährleistung, daß der Leasinggeber sich von der ihn treffenden, aus der entsprechenden Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften herzuleitenden Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff BGB) freizeichnet und zum Ausgleich dafür dem Leasingnehmer diejenigen kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte einschließlich der Wandelungsbefugnis abtritt, die ihm selbst gegen den Hersteller bzw. Lieferanten der Leasingsache zustehen. Diese Regelung der Gewährleistungspflicht nach kaufrechtlichem Vorbild - so, als sei der Leasingnehmer selbst Käufer der Leasingsache - gibt dem Finanzierungsleasing sein typisches, insoweit vom Leitbild des Mietvertrages abweichendes Gepräge (vgl. dazu Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag S. 20, S. 45 ff; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2. Aufl. F 176 ff; Ernst-Gerald Koch, Störungen beim Finanzierungs-Leasing S. 104 ff).

b) Der Senat hat in seinem Urteil vom 23. Februar 1977 (VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118), dem fast gleichlautende Klauseln zugrunde lagen, eine derartige formularmäßige Ausgestaltung der Gewährleistungsregelung deswegen als wirksam angesehen, weil sie den Besonderheiten des Finanzierungsleasings entspricht und den Leasingnehmer nicht rechtlos stellt (aaO S. 123 ff). Allerdings betraf die damalige Entscheidung einen Vertrag, dessen unkündbare Laufzeit bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes (1. April 1977) beendet war. Im nunmehr zu entscheidenden Fall, in dem bei einer Vertragsdauer von fünf Jahren und einem Beginn der Mietzeit (§ 1) am Tage der Auslieferung der Funkanlage an den Beklagten (3. September 1974) ein Teil der Laufzeit unter den Geltungsbereich des AGB-Gesetzes fällt, bemißt sich die Inhaltskontrolle insoweit nach § 9 AGBG (siehe § 28 Abs. 2 AGBG, der bereits nach seinem Wortlaut auf Leasingverträge Anwendung findet; vgl. dazu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG § 28 Rdn. 6; Schlosser in Staudinger, BGB, 12. Aufl., AGBG § 28 Rdn. 3). Im Schrifttum wird teilweise in Zweifel gezogen, ob die vom Senat in seiner Entscheidung vom 23. Februar 1977 (aaO) aufgestellten Grundsätze auch im Hinblick auf § 9 AGBG noch Gültigkeit haben (zum Meinungsstand vgl. Ebenroth in Betrieb 1978 S. 2109, 2113). Der Senat hält jedoch jedenfalls für diejenigen Fälle, in denen der Leasingnehmer - wie hier - Kaufmann ist, an seiner bisherigen Auffassung fest. Es entspricht zwar den Besonderheiten des Finanzierungs-Leasingvertrages, daß er sich nicht in der Finanzierung erschöpft, sondern eine der Miete zumindest vergleichbare, zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung zum Inhalt hat, und daß sich demgemäß der Leasinggeber nicht ersatzlos von der ihn treffenden Hauptpflicht, dem Leasingnehmer die Leasingsache in einem für den Vertragszweck

geeigneten Zustand zur Verfügung zu stellen, formularmäßig freizeichnen kann. Andererseits ist es aber typischerweise der Leasingnehmer, der nach seinen Vorstellungen die benötigte Ware beim Hersteller bzw. Händler aussucht, mit diesem den Verwendungszweck erörtert und festlegt und daher in erster Linie, jedenfalls aber besser als der zumeist erst später eingeschaltete Leasinggeber, beurteilen kann, ob die ihm übergebene Sache gebrauchstauglich ist, dem besonderen Vertragszweck entspricht und ein etwaiger Mangel so gewichtig ist, daß er eine Wandelung des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Hersteller bzw. Händler geboten erscheinen läßt. Angesichts dieser typischen Interessenlage - und dadurch unterscheidet sich der Leasingvertrag grundlegend von anderen Vertragstypen, die eine Beschränkung der Gewährleistung auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte zum Inhalt haben (vgl. etwa BGHZ 62, 256) - wird jedenfalls im kaufmännischen Handelsverkehr der Leasingnehmer nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise unangemessen benachteiligt, wenn ihm anstelle der Gewährleistungsansprüche gegen den Leasinggeber (§§ 537 ff BGB) die Befugnis eingeräumt wird, notfalls den Kaufvertrag zu wandeln und damit dem Leasingvertrag den Boden zu entziehen (vgl. dazu unten unter II, 3).

c) Auf die umstrittene Frage, ob § 28 Abs. 2 AGBG in verfassungskonformer Auslegung eine Inhaltskontrolle bei den sog. Altverträgen nur in dem Rahmen zuläßt, wie er vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes durch die Rechtsprechung gezogen war (vgl. hierzu Graf von Westphalen aaO S. 64 m.w.Nachw.; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 3. Aufl. § 28 Rdn. 4), kommt es mithin nicht an. Es kann schließlich auch dahingestellt

bleiben, ob gegenüber einem Nichtkaufmann eine Vertragsgestaltung, wie sie hier vorliegt, gegen § 11 Nr. 10 a AGBG verstoßen würde oder ob Leasingverträge überhaupt nicht unter diese Bestimmung fallen (vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen, aaO § 11 Nr. 10 Rdn. 3 und Anhang zu §§ 9 - 11, Rdn. 464; Dietlein/Rebmann, AGB aktuell § 11 Nr. 10 Rdn. 2; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, aaO § 11 Nr. 10 a Rdn. 31; Schlosser, aaO § 11 Nr. 10 Rdn. 13); denn ersichtlich war der Beklagte, der die Funkanlage in seinem Gewerbebetrieb verwenden wollte, zumindest Minderkaufmann.

2. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte von der ihm gemäß § 4 Abs. 3 der Leasingbedingungen eingeräumten Befugnis, Wandelung des zwischen der Klägerin und der Firma D. [REDACTED] abgeschlossenen Kaufvertrages zu verlangen (vgl. dazu BGHZ 68, 118, 124), mit Erfolg Gebrauch gemacht. Das Landgericht Hamburg hat dem vom Beklagten aus abgetretenem Recht erhobenen Wandelungsbegehren mit der Begründung stattgegeben, der sowohl für die Firma D. [REDACTED] als auch für die Klägerin tätig gewordene Kaufmann R. [REDACTED] habe dem Beklagten arglistig eine wesentlich größere Reichweite der Funkanlage, als tatsächlich erzielbar, vorgespiegelt. Dieses Urteil ist auch für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beklagten und der Klägerin maßgebend.

a) Allerdings meint die Klägerin in ihrer Revisionsbegründung, sie brauche das Urteil deswegen nicht gegen sich geltend zu lassen, weil sie selbst an diesem Prozeß nicht beteiligt gewesen sei, das Urteil aber nur Rechtskraft zwischen den Prozeßparteien erlangt habe und ein

Fall der Rechtskrafterstreckung auf sie - die Klägerin - nicht vorliege. Überdies sei das Urteil falsch, weil die Firma D[REDACTED] sie als Käuferin nicht arglistig getäuscht, der Beklagte mithin einen auf die arglistige Vorspiegelung einer tatsächlich nicht vorhandenen Eigenschaft zu stützenden Wandelungsanspruch nicht erworben habe und ein etwaiger, auf das bloße Vorhandensein eines Mangels gestützter Gewährleistungsanspruch gemäß § 477 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung bereits verjährt gewesen sei.

b) Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Das Landgericht Hamburg hat durchaus erkannt, daß der Kaufmann R[REDACTED] als Vertreter der Firma D[REDACTED] zwar den Beklagten, nicht aber die Klägerin arglistig getäuscht hatte, und daß diese mithin einen auf die arglistige Vorspiegelung einer tatsächlich nicht vorhandenen Eigenschaft zu stützenden Wandelungsanspruch dem Beklagten nicht abtreten konnte, andererseits aber dem Beklagten Ansprüche aus eigenem Recht gegenüber der Firma D[REDACTED] nicht zustanden. Wenn es gleichwohl dem auf eine arglistige Täuschung gestützten und damit nicht verjährten Wandelungsanspruch des Beklagten aus abgetretenem Recht stattgegeben und zur Begründung darauf abgestellt hat, daß R[REDACTED] dem Beklagten gegenüber als Vertreter sowohl der Firma D[REDACTED] als auch der Klägerin aufgetreten sei und erstere sich mithin nach Treu und Glauben nicht auf das formelle Auseinanderfallen von Gewährleistungsberechtigtem und Getäushtem berufen könne, so erscheint diese Würdigung angesichts der

besonderen Fallgestaltung nicht nur vertretbar, sondern auch überzeugend.

c) Letztlich kommt es aber darauf nicht entscheidend an. Wer sich als Leasinggeber von der eigenen Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff BGB) umfassend freizeichnet und dem Leasingnehmer als Ausgleich dafür die ihm als Käufer aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrag zustehenden kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche abtritt bzw. ihn zur ausschließlichen Geltendmachung dieser Ansprüche im eigenen Namen ermächtigt, erklärt damit zugleich, daß er die rechtlichen Folgen, die sich aus der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte durch den Leasingnehmer ergeben, als für sich verbindlich hinnimmt. Insoweit handelt es sich nicht um eine Frage der Rechtskrafterstreckung; die Verbindlichkeit für den Leasinggeber ergibt sich vielmehr aus einer interessengerechten Auslegung des § 4 Abs. 3 des Leasingvertrages, die der Senat angesichts der Typizität einer derartigen Klausel selbst vornehmen kann; wäre die Klausel nicht so auszulegen, so würde der Leasingnehmer in unangemessener Weise rechtlos gestellt, - mit der Folge, daß damit die eigene Freizeichnung des Leasinggebers von der ihn treffenden Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff BGB), an der er in erster Linie interessiert ist, unwirksam wäre.

d) Der Leasinggeber wird bei einer solchen Auslegung seiner Geschäftsbedingungen auch nicht in der Möglichkeit, seine Rechte geltend zu machen, beeinträchtigt. Da der Leasingnehmer - als Nebenpflicht aus dem Leasingvertrag -

gehalten ist, seinen Vertragspartner von der beabsichtigten Durchsetzung der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche in Kenntnis zu setzen, ist dieser in der Lage, dem Rechtsstreit je nach Interessenlage auf seiten des Leasingnehmers oder des Verkäufers als Streitgehilfe gemäß § 66 ZPO beizutreten und damit auf die Verfahrensdurchführung Einfluß zu nehmen. Im vorliegenden Fall war eine ausdrückliche Unterrichtung der Klägerin über die Wandelungsklage deswegen entbehrlich, weil ihre Erhebung einer Anregung durch das Berufungsgericht dieses Rechtsstreits entsprach (vgl. den Hinweisbeschuß vom 16. November 1978 GA Bl. 198 f).

e) Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, der Beklagte habe die Wandelungsklage verspätet erhoben. § 4 Abs. 3 der Leasingbedingung verpflichtete ihn lediglich, die Gewährleistungsansprüche fristgerecht, d.h. vor Eintritt der Verjährung geltend zu machen; eine Verpflichtung, derartige Ansprüche unverzüglich zu erheben, enthielten die Leasingbedingungen nicht. Für eine Verwirkung der Wandelungsbefugnis aber fehlt es angesichts des Umstandes, daß die Klägerin selbst nahezu 14 Monate bis zur erstmaligen Zahlungsaufforderung verstreichen ließ, an hinreichenden Anhaltspunkten; dies um so mehr, als der Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit seinerseits zunächst seine Rechtsverteidigung - nicht von vornherein abwegig - darauf abgestellt hatte, daß der Kaufmann R. ihm alsbald nach Auslieferung der Funkanlage zugesichert habe, sich bei der Klägerin nachhaltig für

eine Rückgängigmachung des Leasingvertrages einzusetzen, und daß er - der Beklagte - sich zunächst auf diese Angaben verlassen habe.

3. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 23. Februar 1977 (aaO S. 126 unter 4 f der Entscheidungsgründe) ausgeführt hat, folgt aus einer Wandelung des Kaufvertrages, daß dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage fehlte. An dieser Ansicht, aus der das Berufungsgericht zutreffend das Freiwerden des Beklagten von seiner Zahlungspflicht insgesamt herleitet, hält der Senat trotz der im Schrifttum geäußerten Bedenken fest (vgl. dazu Graf von Westphalen aaO S. 49 ff; Schmidt-Salzer aaO Rdn. F 182; Koch aaO S. 119 ff; s. auch Flume Betrieb 1972 S. 1 ff, 55 sowie Blomeyer NJW 1978, 973 f).

a) Zwar ist der Revision einzuräumen, daß in einem Falle wie dem vorliegenden die Wandelung erst dann im Sinne des § 465 BGB vollzogen ist, wenn die Verurteilung des Verkäufers zur Abgabe einer entsprechenden Einverständniserklärung rechtskräftig geworden ist (§ 894 ZPO). Es trifft auch zu, daß mit Vollzug der Wandelung der Kaufvertrag nicht ersatzlos wegfällt, sondern sich die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien nunmehr in ein gesetzliches Rückabwicklungsschuldverhältnis umwandeln (Mezger BGB-RGRK, 12. Aufl. § 467 Rdn. 1; H.P. Westermann in MünchKomm § 465 Rdn. 8).

b) Daraus folgt jedoch nicht, daß die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages erst mit Vollzug der Wandelung des Kaufvertrages wegfällt und erst von diesem Zeitpunkt an der Leasingnehmer von seiner Zahlungspflicht frei wird.

Entscheidend ist vielmehr, daß im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses die Parteien einander so zu stellen haben, als sei der Kaufvertrag von vornherein nicht zustande gekommen (§§ 467, 346 BGB). Die Geschäftsgrundlage, auf die der Leasingvertrag nach dem bei Vertragsabschluß zutage getretenen Vorstellungen beider Parteien aufbaut, nämlich der käufliche Erwerb einer gebrauchsfähigen Sache durch den Leasinggeber zum Zweck der Weitergabe an den Leasingnehmer, ist mithin nicht nachträglich für die Zukunft weggefallen, sondern hat sich mit der Wandelung des Kaufvertrages als von vornherein nicht vorhanden erwiesen. Dem hat die dadurch notwendig werdende, an dem Gebot von Treu und Glauben auszurichtende Anpassung des Leasingvertrages mit der Maßgabe Rechnung zu tragen, daß bereits von Vertragsschluß an eine Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten - Äquivalent für die Bereitstellung einer mangelfreien Leasingsache - wegfiel. Wäre man gegenteiliger Ansicht, so bliebe der Leasingnehmer für die Dauer des Gewährleistungsprozesses, auf dessen Beschleunigung er nur bedingt Einfluß hat, zur Zahlung der Leasingraten ohne entsprechende Gegenleistung verpflichtet; eine dermaßen unangemessene Benachteiligung würde aber notwendig - das folgt aus § 9 AGBG - dazu führen, daß die formularmäßige Freizeichnung des Leasinggebers von seiner eigenen Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff BGB) unwirksam wäre.

c) Aus den gleichen Erwägungen vermag sich der Senat auch der Ansicht nicht anzuschließen, bei erfolgreicher Wandelung des Kaufvertrages sei für eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage deswegen kein Raum, weil

dem Leasingnehmer die - formularmäßig für diesen Fall nicht abdingbare - Befugnis zur fristlosen Kündigung des Leasingvertrages gemäß § 542 BGB offen stehe (so Graf von Westphalen aaO, S. 50 ff, 87 ff). Eine solche, erst nach Vollzug der Wandelung zulässige Kündigung aus wichtigem Grunde würde - dem Wesen der Kündigung entsprechend - nur für die Zukunft wirken und damit den Leasingnehmer jedenfalls für die Dauer des Gewährleistungsrechtsstreites rechtlos stellen. Auch insoweit ist entscheidend, daß die Geschäftsgrundlage nicht mit Vollzug der Wandelung weggefallen ist, sondern dem Leasingvertrag von vornherein fehlte. Jedenfalls für Fälle, in denen der Leasingnehmer die Sache nicht in Benutzung genommen und genutzt hat, kann das Recht zur fristlosen Kündigung die Berufung auf das anfängliche Fehlen der Geschäftsgrundlage nicht ersetzen. Auch Graf von Westphalen (aaO S. 52) erkennt an, daß der Leasingnehmer dann, wenn der Leasingvertrag noch nicht in Vollzug gesetzt worden ist, unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Geschäftsgrundlage von Anfang an von der Zahlungspflicht frei geworden ist; an einem solchen Vollzug fehlt es aber, wenn - wie hier - der Leasinggeber dem Leasingnehmer eine für den Vertragszweck weder gebrauchstaugliche noch nachbesserungsfähige Leasingsache zwar übergibt, dieser sie aber nicht benutzt und nicht benutzen kann.

d) Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Leasingnehmer die Leasingsache in Gebrauch genommen und tatsächlich genutzt hat. In einem solchen Fall bleibt er zunächst zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Pflicht entfällt (ob bereits mit der Erklärung

gegenüber dem Leasinggeber, er stelle die Sache zur Verfügung, oder erst mit dem Vollzug der Wandelung), bedarf jedoch vorliegend keiner Vertiefung, da diese Voraussetzungen hier nicht gegeben waren.

4. Schließlich kann die Klägerin - entgegen der Ansicht der Revision - den eingeklagten Betrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes verlangen (vgl. dazu Graf von Westphalen aaO S. 54 f; Stoppok in Leasing-Handbuch 3. Aufl. S. 297; Flume Betrieb 1972 S. 56). Ganz abgesehen davon, daß die Klägerin insoweit ihr Klagebegehren bisher nicht substantiiert hat, ist eine gesetzliche Anspruchsgrundlage nicht ersichtlich. Insbesondere entsprach die Beschaffung einer mangelhaften und nicht nachbesserungsfähigen Sache durch die Klägerin weder dem Willen noch den Interessen des Beklagten (§§ 670, 683 BGB). Daß die Parteien eine Erstattung vereinbart hätten, behauptet auch die Klägerin nicht, so daß dahingestellt bleiben kann, ob eine solche Vereinbarung für den hier allein zur Entscheidung stehenden Fall, in dem der Leasingnehmer die Sache weder benutzt hat noch benutzen konnte, überhaupt durch bloße Bezugnahme auf vorformulierte Geschäftsbedingungen erfolgen könnte. Soweit schließlich die Revision meint, bei der Anpassung des Leasingvertrages an die durch den Vollzug der Wandelung des Kaufvertrages veränderte Geschäftsgrundlage entspreche es Treu und Glauben, ihr einen Anspruch auf Erstattung des aufgewandten Kaufpreises einschließlich der damit verbundenen Unkosten sowie einen Anspruch auf Kapitalverzinsung und entgangenen Gewinn zuzubilligen, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Revision erkennt, daß die Klägerin als Leasinggeberin trotz Wandelung des Kaufvertrages ihre Rechtsstellung als Käuferin nicht verloren hat

und damit Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Leasingssache an den Hersteller bzw. Händler hat (BGHZ 68, 118, 125 f). Bei interessengerechter Auslegung umfaßt die Abtretung des Wandelungsanspruchs an den Leasingnehmer zugleich die Befugnis, den Hersteller bzw. Händler auf Rückzahlung des Kaufpreises an den Leasinggeber in Anspruch zu nehmen. Tritt der Leasinggeber dem Wandelungsprozeß bei, so kann er selbst für die Durchsetzung dieses Rechtes sorgen. Für den Fall, daß er von einem Beitritt absieht, mag er in den Leasingbedingungen den Leasingnehmer zur Geltendmachung dieses Anspruchs im Wandelungsprozeß verpflichten; kommt der Leasingnehmer dieser Verpflichtung nicht nach, wird er von der Zahlung der Leasingraten nicht frei. Auf diese Weise ist der Leasinggeber - von den Fällen der Insolvenz des Herstellers, über die es hier keiner Entscheidung bedarf, abgesehen - hinsichtlich der Rückerlangung des von ihm aufgewendeten Kaufpreises sichergestellt.

Die weitere Ansicht der Revision, es sei sachlich gerechtfertigt und entspreche Treu und Glauben, dem Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer einen Anspruch auf Verzinsung seines eingesetzten Kapitals zu gewähren, vermag deswegen nicht zu überzeugen, weil der Leasingnehmer gegenüber dem Hersteller gemäß § 467 in Verbindung mit § 347 Satz 3 BGB Anspruch auf Verzinsung des Kaufpreises für den Zeitraum zwischen Zahlung und Rückerhalt - und zwar gemäß § 352 HGB zumeist in Höhe von 5 % - hat. Soweit schließlich die Revision - der im Schrifttum (aaO) teilweise vertretenen Ansicht folgend - Anspruch auf einen Teil des entgangenen Gewinns erhebt, verkennt sie, daß die Klägerin als Leasinggeberin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, eine

dem Vermieter ähnliche Stellung eingenommen, damit die Verpflichtung zur Bereitstellung einer gebrauchstauglichen Sache übernommen hat und es nach Fehlschlagen des Leasingvertrages nicht der Billigkeit entsprechen würde, ihr für dieses fehlgeschlagene Rechtsgeschäft den erhofften Gewinn zu Lasten des Beklagten als Leasingnehmer zuzubilligen.

III. Die Revision konnte demnach keinen Erfolg haben.  
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Treier

Dr. Brunotte