

35

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 537, 242 Bb

- a) Ist die vom Leasingnehmer nach Abtretung der Gewährleistungsansprüche an ihn gegenüber dem Hersteller/Lieferanten erklärte Wandelung des Kaufvertrages vollzogen, entfällt der Anspruch des Leasinggebers auf Zahlung der Leasingraten wegen Fehlens der Geschäftgrundlage von Anfang an auch dann, wenn die Leasing-sache zeitweilig oder teilweise benutzt werden konnte (Abweichung von BGHZ 81, 298).
- b) Hat der Leasinggeber seine Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag mit dem Hersteller/Lieferanten an den Leasingnehmer abgetreten und tritt er seine Ansprüche aus dem Leasingvertrag an den Hersteller/Lieferanten ab, so kann der Leasingnehmer diesem gegenüber bei Geltendmachung der Leasingansprüche den abgetretenen Wandelungsanspruch einredeweise geltend machen, ohne daß es der vorherigen Vollziehung der Wandelung bedarf (Ergänzung zu BGHZ 68, 118 und 81, 298).

BGH, Urt.v. 5. Dezember 1984 - VIII ZR 277/83 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 277/83

URTEIL

Verkündet am

5. Dezember 1984

Kanik

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma AEB A [REDACTED] und E [REDACTED]-GmbH, vertreten durch
die Geschäftsführerin Brita M [REDACTED], Schmalkaldener-
straße [REDACTED] in M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Firma gte Gesellschaft für T [REDACTED] und E [REDACTED]-
[REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dres.
R.H. A [REDACTED], K.A. S [REDACTED] und W.J. W [REDACTED], W [REDACTED]veg [REDACTED]
in L [REDACTED] (Bez. D [REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

35

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 21. September 1983 und der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hamburg vom 22. Dezember 1982 geändert, soweit darin zum Nachteil der Beklagten entschieden ist.

Die Klage wird in vollem Umfang abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

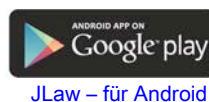
Tatbestand

Die Klägerin, die mit Baumaschinen handelt, nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Anspruch.

Sie lieferte der Beklagten, die sich mit Erd- und Abbrucharbeiten befaßt, am 25. Juli 1979 einen an diesem Tage als "neu" vorgeführten Radlader des Modells Benati Ben 19 S, den sie im Dezember 1978 von der italienischen Herstellerfirma als fabrikneues Gerät erworben und der bei Übergabe bereits mindestens 350 Betriebsstunden geleistet hatte. Am



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



13. August 1979 nahm ein Vertreter der Klägerin eine schriftliche "Bestellung" für den Radlader zum Preise von 145.359 DM zuzüglich Mehrwertsteuer unter Anerkennung ihrer allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen (AVLB) auf. Darin heißt es u.a.:

Bereits geliefert 25.7.79 1 Jahr Garantie oder 1000 Bstd. Zahlungsbedingungen: Leasing über Hanseatische Leasing-Bank.

Am gleichen Tage unterzeichnete die Beklagte den "Mietvertrag" HL 790817, aufgrund dessen ihr die H [REDACTED] L [REDACTED] GmbH mit Wirkung vom 1. September 1979 den Radlader auf unbestimmte Zeit, erstmals kündbar zum Ablauf des 24. Monats bei einer monatlichen Mietrate von 3.422,87 DM vermieten sollte. Bestandteil dieses Vertrages waren außer der von der Beklagten am 13. August 1979 unterzeichneten Bestätigung, das Gerät in ordnungsmäßigem Zustand übernommen zu haben, die "Allgemeinen Mietbedingungen" (AMB) der Klägerin mit u.a. folgendem Inhalt:

3. Gewährleistung

(1) bei der Vermietung einer fabrikneuen Mietsache tritt der Vermieter mit Abschluß des Mietvertrages seine Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten der Mietsache an den Mieter ab. Der Vermieter wird dem Mieter auf dessen Wunsch die zur Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche erforderlichen Unterlagen aushändigen.

Der Mieter nimmt die Abtretung als Erfüllung sämtlicher gegenüber dem Vermieter aus dem Mietvertrag entstehender Gewährleistungsansprüche an Erfüllung Statt an und verpflichtet sich, die abgetretenen Ansprüche gegen den Lieferanten auf seine Kosten geltend zu machen. Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter aus §§ 537, 538, 539 BGB oder aus positiver Forderungsverletzung sind insoweit ausgeschlossen.

8. Vorzeitige Fälligkeit des Mietzinses

(1) Die für die Gesamt- bzw. Restmietzeit ausstehenden Monatsmieten werden sofort fällig, wenn

a) der Mieter mit einer Monatsmiete aus einem der zwischen den Parteien geschlossenen Mietverträge ganz oder teilweise länger als einen Monat in Rückstand kommt.

9. Fristlose Kündigung

(1) In den Fällen der Ziffer 8 kann der Vermieter den Vertrag fristlos kündigen. Im Falle der Kündigung ist der Vermieter berechtigt, die Mietsache in Besitz zu nehmen. Die Kosten der Rücknahme trägt der Mieter.

(2) Der Mieter ist dem Vermieter schadensersatzpflichtig in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den für die Gesamt- bzw. Restmietzeit ausstehenden Monatsmieten und den anderweitig erzielten Netto-Mieteinnahmen bzw. dem erzielten Netto-Veräußerungserlös.

Die Klägerin bestätigte unter dem 17. August 1979 die "Bestellung" der Beklagten und erteilte der HL-GmbH (im folgenden: Leasinggeberin) am 20. August Rechnung über 164.245,50 DM einschließlich Mehrwertsteuer. Die Leasinggeberin unterzeichnete den Leasingvertrag am 27. September 1979 und übersandte am gleichen Tage der Klägerin den schriftlichen "Auftrag", nach dessen Inhalt die den Radlader kaufte bzw. - falls ein "Auftrag" des Leasingnehmers bereits vorlag - in diesen Vertrag eintrat.

In der Folgezeit kam es mehrfach zu Defekten an dem Radlader und Reparaturarbeiten, über deren Ausführung und Bezahlung zwischen den Parteien Streit entstand und die zu einem Rechtsstreit vor dem Landgericht München I führten. Die Beklagte schrieb der Klägerin unter dem 29. Oktober 1980:

Aufgrund der Ihnen bekannten Reparaturen und Versorgungsschwierigkeiten sehen wir uns gezwungen, den o.a. Radlader Ihnen ab sofort zur Verfügung zu stellen, da wir uns außerstande sehen, unseren weiteren Verpflichtungen nachzukommen.

Da die Reparaturen und laufenden Ausfälle in keinem Verhältnis zu den Erträgen stehen, sehen wir uns zu dieser Maßnahme gezwungen. Außerdem kann nachgewiesen werden, daß die laufenden Ausfälle dazu geführt haben, daß Aufträge von ca. DM 180 000 verloren gingen.

Unser Name leidet unter diesen Umständen in der Branche und eine Empfehlung des Radladers als Subunternehmer ist nicht mehr gegeben.

Geht man davon aus, daß die Maschine erst ein Jahr alt ist, muß man befürchten, daß die Reparaturen noch mehr zunehmen als bisher.

Wir stellen Ihnen anheim, was mit dem Gerät geschehen soll. Zahlungen unsererseits sind ab sofort eingestellt.

Die bisher angefallenen Reparaturen, die von Ihnen durchgeführt wurden, erscheinen uns vom 1. Tag an oberflächlich und improvisiert.

Außerdem können wir uns dem Gefühl nicht erwehren, daß ständig Rechnungen gestellt werden, die weit über die gebrachte Leistung hinausgehen.

Wie oben erwähnt, steht Ihnen das Gerät ab sofort wieder zur Verfügung.

Die Klägerin erwiderte unter dem 4. November 1980, sie habe das Schreiben an die Leasinggeberin weitergeleitet. Ab November 1980 zahlte die Beklagte die monatlichen Raten mit Ausnahme der später nachentrichteten Rate für Februar 1981 nicht mehr. Die Leasinggeberin teilte ihr deshalb mit Schreiben vom 22. Dezember 1980 mit, sie stelle gemäß Nr. 9 der AMB die Restforderung fällig. Die Parteien sind darüber einig, daß in diesem Schreiben der Klägerin eine fristlose Kündigung lag. Nachdem die Leasinggeberin unter dem 12. und 23. Januar 1981 noch zweimal auf die Kündigung hingewiesen und die Beklagte am 21. Januar den Empfang der ihr am 23. Dezember 1980 zugegangenen Kündigung bestätigt hatte, gab

die Beklagte den Radlader am 11. März 1981 auf dem Hof der Klägerin zurück. Die Klägerin hat ihn im Januar 1982 für 25 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer anderweitig veräußert.

Die offen gebliebenen Leasingraten für Februar 1980, November 1980 bis Januar 1981 und 1. bis 11. März 1981 zuzüglich Rechtsanwaltskosten von 1 408,46 DM, insgesamt 16 355 DM nebst Zinsen hat die Leasinggeberin in dem Rechtsstreit 21 0 66/81 LG Hamburg mit Erfolg gegen die Beklagte eingeklagt. Am 26. Mai 1981 trat sie von ihrer "Forderung aus dem Mietvertrag" einen Teilbetrag von 142 561 08 DM an die Klägerin ab.

Die Klägerin hat zunächst Klage auf Zahlung von 140 549,13 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer darauf erhoben, einen Teilanspruch von 28 200 DM jedoch nach dem Verkauf des Radladers zurückgenommen und schließlich nur noch Zahlung von 103 850 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer gefordert. Das Landgericht hat ihr 75 237,71 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer darauf zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Anspruch auf Mehrwertsteuer auf die Zinsen entfiel. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Der Klägerin stehen Ersatzansprüche aus abgetretenem Recht nicht zu, weil ihr die Beklagte die Wandelung des Kaufvertrages über den am

25. Juli 1979 übergebenen Radlader einredeweise entgegenhalten kann.

I. 1. In der Revisionsinstanz ist - anders als in den Vorinstanzen - nicht mehr umstritten, daß zwischen den Parteien kein Kaufvertrag über den Radlader wirksam geworden war. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand vielmehr nur ein Kaufvertrag zwischen der Leasinggeberin und der Klägerin, während die Beklagte das Gerät aufgrund des von ihr am 13. August/27. September 1979 mit der Leasinggeberin geschlossenen "Mietvertrages" benutzte, der sich nach seinem Gesamtinhalt als Finanzierungs-Leasingvertrag darstellt. Vertragliche Rechte gegen die Beklagte kann die Klägerin daher nur geltend machen, soweit sie ihr von der Leasinggeberin wirksam abgetreten werden konnten.

2. Die Leasinggeberin hat in ihrer Abtretungserklärung vom 26. Mai 1981 Ansprüche "aus dem Mietvertrag" abgetreten, ohne sie der Art nach einzuschränken. Gegenstand der Abtretung waren deshalb auch Schadensersatzansprüche, die bei Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 22. Dezember 1980 an die Stelle der durch die Kündigung erloschenen Erfüllungsansprüche getreten sind (Senatsurteil vom 5. April 1978 - VIII ZR 49/77 = BGHZ 71, 196, 205) und von der Klägerin geltend gemacht werden. Grundlage dafür konnte - wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht Nr. 9 Absatz 2 der AMB sein. Denn diese Vertragsklausel kumuliert in unangemessener Weise die Ansprüche auf sämtliche restlichen Leasingraten und auf Rückgabe der Leasingsache, ohne dabei wenigstens eine Abzinsung vorzusehen, und ist schon aus diesem Grunde unwirksam (vgl. die beiden Senatsurteile vom 28. Oktober 1981

- VIII ZR 302/80 = BGHZ 82, 121, 128 - und VIII ZR 175/80 = ZIP 1982, 67 zu III 2 c bb) und cc) insoweit in WM 1962, 7 ff nicht abgedruckt, ferner Senatsurteile vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 = NJW 1982, 1747 = WM 1982, 666, vom 4. April 1984 - VIII ZR 313/82 = NJW 1984, 2687 = WM 1984, 933 und vom 6. Juni 1984 - VIII ZR 65/83 = WM 1984, 1217 = ZIP 1984, 1114). Der Ersatzanspruch besteht aber unabhängig von der AGB-Regelung, wenn die wegen Zahlungsverzuges ausgesprochene Kündigung nach § 554 BGB wirksam war (vgl. die Senatsurteile BGHZ 82, 121, 129 ff und vom 4. April 1984 aaO zu I 4). Das angefochtene Urteil spricht der Klägerin zwar u.a. einen Anspruch auf die "Leasingraten" vom 11. März bis 31. August 1981 zu. Jedoch ist nach dem Gesamtinhalt des Urteils mit dieser Formulierung nicht ein Erfüllungs-, sondern ein Schadensersatzanspruch gemeint.

War die fristlose Kündigung hingegen unbegründet, weil die Beklagte wegen ihr zustehender Gewährleistungs- oder Gegenansprüche nicht in Verzug war, so entfiel nicht nur die Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch (§ 554 BGB), sondern es bestand für die hier allein noch interessierende Zeit ab 11. März 1981 auch kein Erfüllungsanspruch mehr. Denn die Beklagte hatte aufgrund der von ihr erklärten Wandelung (dazu unten II 2 d-f) des Kaufvertrages den Radlader endgültig zurückgegeben; die Vertragspartner waren sich also darüber einig, daß der Vertrag nicht mehr erfüllt werden sollte.

II. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe sich mit ihren Zahlungen in Verzug befunden. Gegenrechte, die ihr ein Aufrechnungs- oder Zu-

rückbehaltungsrecht gegeben hätten, könne sie nicht geltend machen. Es könne nicht festgestellt werden, daß die behaupteten Defekte an dem Radlader bereits bei dessen Übergabe vorhanden gewesen seien. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen solcher Mängel sei im übrigen vertraglich (Nr. 12 der AMB) ausgeschlossen gewesen. Der Radlader sei zwar bei Übergabe an die Beklagte nicht mehr "neu" im Sinne von "ungebraucht" gewesen, sondern sei vorher bei mehreren Firmen zur Vorführung und Überbrückung in mindestens 350 Betriebsstunden eingesetzt worden. Darüber sei die Beklagte aber nicht arglistig getäuscht worden, so daß aus der Vorbenutzung des Gerätes Gegenansprüche gegen die Leasinggeberin oder die Beklagte nicht hergeleitet werden könnten.

Die Revision rügt demgegenüber mit Recht, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch der Beklagten (Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft) verkannt und der Klägerin deshalb zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch aufgrund wirksamer fristloser Kündigung zugesprochen habe.

2. a) Da die Beklagte die Leasingraten für November und Dezember 1980 nicht gezahlt hatte, war die von der Leasinggeberin am 22. Dezember 1980 ausgesprochene fristlose Kündigung des Leasingvertrages, auf die sich der streitige Schadensersatzanspruch stützt, nur dann unwirksam, wenn die Beklagte zur fristgerechten Zahlung nicht verpflichtet, also nicht in Verzug war. Mit der bloßen Behauptung von Mängeln des Radladers und deren Geltendmachung unmittelbar gegenüber dem Zahlungsanspruch war der Verzug jedoch nicht auszuräumen. Die Leasinggeberin hatte in Nr. 3 ihrer AMB ihre eigene Sachmängel-

haftung aus dem Leasingvertrag wirksam ausgeschlossen, indem sie zugleich ihre Gewährleistungsrechte aus dem Kaufvertrag mit der Klägerin an die Beklagte abtrat (st. Rspr. des erkennenden Senats, vgl. die Urteile vom 23. Februar 1977 - VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118, 123 ff und vom 16. September 1981 - VIII ZR 265/80 = BGHZ 81, 298, 301 f). Mängel des Radladers konnte und mußte (Senatsurteil vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 175/80 aaO zu II 2) die Beklagte zunächst gegenüber der Klägerin als Lieferantin geltend machen, sofern die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche auf diesem Wege nicht unmöglich oder unzumutbar war (Senatsurteile vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 175/80 aaO zu II 3 - und vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 131/83 = WM 1984, 1089 = ZIP 1984, 1101 zu I 2 b dd). Daß hier ein derartiger Ausnahmefall vorliegen hätte, ist weder festgestellt noch von einer der Parteien vorgetragen. Ersichtlich aus diesem Grunde hat die Beklagte ihre Mängelrügen auch stets an die Klägerin gerichtet.

b) Macht der Leasingnehmer - wie hier die Beklagte - aufgrund von Mängeln die Wandelung des Kaufvertrages geltend und wird diese vollzogen, so fehlt es von vornherein an der Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag, weil dessen Ziel - die Gebrauchsüberlassung einer mangelfreien, zu diesem Zweck erworbenen Sache - nicht erreicht werden konnte (BGHZ 68, 118, 126; 81, 298, 306 f; zustimmend Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 4. Aufl. Rdn. 465, ebenso nunmehr Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 2. Aufl. Rdn. 360, 363 unter Aufgabe seiner in der 1. Auflage geäußerten Bedenken). Damit entfällt zugleich rückwirkend die Verpflichtung des Leasingnehmers auf Zahlung von Leasingraten.

Ist die Wandelung vollzogen, so stellt sich nachträglich heraus, daß der Leasingnehmer mit seinen Zahlungen nicht in Verzug und eine etwa ausgesprochene fristlose Kündigung durch den Leasinggeber unwirksam war. Der Senat hat deshalb in dem Urteil BGHZ 81, 298 ausgesprochen, daß die Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung jedenfalls dann von Anfang an entfällt, wenn der Leasinggegenstand nicht gebrauchstauglich und nicht nachbesserungsfähig ist und der Leasingnehmer ihn nicht benutzt hat und auch nicht benutzen kann (aaO S. 308).

c) Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem in BGHZ 81, 298 entschiedenen dadurch, daß die Beklagte den ihr überlassenen Radlader in der Zeit vom 25. Juli 1979 bis zum 11. März 1981 wenigstens zeitweilig benutzt hat. Für derartige Fälle hat der erkennende Senat im Urteil vom 18. September 1981 (BGHZ 81, 298, 309) die Aufrechterhaltung der Zahlungspflicht des Leasingnehmers in Höhe der vereinbarten Raten, jedoch nur für einen begrenzten Zeitraum als angemessene Anpassung bezeichnet. An dieser für den damaligen Fall nicht entscheidungserheblichen Ansicht wird nicht festgehalten.

Ist die Wandelung vollzogen, so fehlt dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage auch dann, wenn der Leasinggegenstand zeitweilig benutzt wurde. Das Ziel des Vertrages, die mangelfreie Gebrauchsüberlassung für die im Vertrag bezeichnete Zeit und zu den dort geltenden Bedingungen, kann auch in diesem Fall nicht erreicht werden. Dem Leasingnehmer ist es nicht zuzumuten, sich zeitweilig mit einer mangelhaften Sache begnügen, dafür aber dennoch die für die Nutzungszeit vorgesehenen,

auf eine mangelfreie Sache berechneten Raten zahlen zu müssen. Für den Leasinggeber entsteht andererseits im Vergleich zu den Fällen ganz unterbliebener Benutzung kein erheblicher Nachteil. Er hat gegen den Lieferanten den vollen Anspruch aus der Wandelung. Soweit er nach § 347 BGB Nutzungen herauszugeben hat, läßt sich der Ausgleich im Verhältnis zum Leasingnehmer nach den Regeln des Bereicherungsrechts angemessen herbeiführen (so auch Wolf/Eckert aaO Rdn. 467 und Graf von Westphalen aaO Rdn. 375). Es bleibt also bei der für den Wegfall (nicht nur Änderung) der Geschäftsgrundlage üblichen Folge des völligen Wegfalls der vertraglichen Verpflichtung aus dem Leasingvertrag.

d) Von dem der Entscheidung BGHZ 81, 298 zugrundeliegenden Fall unterscheidet sich der vorliegende weiterhin dadurch, daß jedenfalls nicht feststeht, ob die von der Beklagten erstrebte Wandelung vollzogen ist.

Eine ausdrückliche Wandelungserklärung hat die Beklagte vor Beginn des mit der Klägerin geführten Rechtsstreits nicht abgegeben. Ihr Schreiben vom 29. Oktober 1980 rechtfertigt jedoch die Auslegung als Wandelungserklärung, wie bereits das Landgericht für möglich gehalten und das Berufungsgericht nicht ausgeschlossen hat. Die Beklagte verweist darin auf Sachmängel und stellt der Klägerin den Radlader unter Einstellung der Zahlung der Leasingraten zur Verfügung, worin der Wille erkennbar wird, den Erwerb durch die Leasinggeberin und die Gebrauchsüberlassung an die Beklagte rückgängig zu machen. Der Verwendung des Wortes Wandelung bedarf eine derartige Erklärung nicht (Senatsurteil vom 20. Juni 1984 aaO zu I 2 b cc).

In der Antwort der Klägerin vom 4. November 1980,

in der sie nur die Weitergabe des Schreibens an die Leasinggeberin mitteilt, kann ein Einverständnis als Vollziehung der Wandelung (§ 465 BGB) nicht gesehen werden. Auch die Entgegennahme des Radladers am 11. März 1981 läßt für sich allein kein Einverständnis erkennen. Nahe liegt es vielmehr, daß die Klägerin den Vorgang nur als Rückgabe im Zusammenhang mit der von der Leasinggeberin ausgesprochenen fristlosen Kündigung angesehen hat. Ist hiervon auszugehen, so bedeutete schließlich auch die Weiterveräußerung des Radladers im Januar 1982 kein Einverständnis mit der Wandelung.

Möglicherweise könnte die Vollziehung allerdings in der Vereinbarung zwischen der Leasinggeberin und der Klägerin über deren von ihr behauptete Zahlung von etwa 128 000 DM und Abtretung der angeblichen Schadensersatzansprüche an sie liegen, sofern sich die Vereinbarungspartner damit der Wandelungserklärung der Beklagten anschließen wollten. Feststellungen darüber fehlen jedoch. Es bleibt deshalb möglich und liegt nahe, daß die Leasinggeberin die Klägerin nur als Mithaftende für die von ihr behauptete Schuld der Beklagten in Anspruch nehmen und ihr zum Ausgleich die Schadensersatzansprüche abtreten wollte. Insgesamt fehlt es also bisher an der Feststellung, daß die Wandelung des Kaufvertrages vollzogen ist.

e) Welche Folgen eine erklärte, aber nicht vollzogene Wandelung des Kaufvertrages für die Erfüllungs- oder Schadensersatzforderungen des Leasinggebers im Prozeß gegen den Leasingnehmer hat, ist vom Bundesgerichtshof bisher nur für die Fälle verjährter Mängelansprüche (BGHZ 68, 118, 122) oder unzumutbarer Ver-

weisung auf die vorherige Verfolgung von Gewährleistungsrechten wegen Vermögenslosigkeit des Lieferanten (Senatsurteil vom 20. Juni 1984 aaO zu I 2 b) - in diesem Falle zugunsten des Leasingnehmers - entschieden. Auch über den letztgenannten Fall hinaus ist aber zu erwägen, ob der Leasingnehmer nicht schon vor der - zumeist nur im Prozeß durchzusetzenden - Vollziehung der Wandelung berechtigt sein muß, sich gegen den Zahlungsanspruch des Leasinggebers mit der Begründung zu wehren, dem Leasingvertrag fehle von Anfang an die Geschäftsgrundlage (Wolf/Eckert aaO Rdn. 466 und 467; vgl. auch Graf von Westphalen aaO Rdn. 365, 366, 371 ff). Voraussetzung hierfür wäre aber grundsätzlich, daß der Leasingnehmer gleichzeitig die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche in einem Rechtsstreit angriffs- oder verteidigungsweise gegen den Hersteller/Lieferanten geltend macht. Im Prozeß des Leasinggebers gegen den Leasingnehmer könnte dem durch eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO Rechnung getragen werden, weil nach dem Sinn der Haftungsregelung des Leasingvertrages der Streit über Mängel der Leasingssache nicht im Leasingrechtsverhältnis sondern zwischen dem Hersteller/Lieferanten und dem Leasingnehmer ausgetragen werden soll.

f) Einer Entscheidung der hier aufgeworfenen Fragen bedarf es im vorliegenden Fall jedoch nicht. Nachdem die Leasinggeberin ihre sämtlichen restlichen Ansprüche aus dem Leasingvertrag an die Klägerin abgetreten hat, ist die für Leasingfälle typische Aufspaltung in eine Erwerbs-, eine Gebrauchsüberlassungs- und eine Gewährleistungsbeziehung wieder aufgehoben. Verkäufer- und Leasinggeberrechte sowie die kaufrechtliche Gewährleistungsverpflichtung sind in der Person der Klägerin

vereinigt. Bei dieser Sachlage besteht keine Veranlassung mehr, die Leasingbeziehung vom Streit über die kaufrechtliche Gewährleistung freizuhalten. Dem abgetretenen, von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch kann die Beklagte daher - wie sonst bei Streitigkeiten aus Kaufverträgen - unmittelbar die Wandelungseinrede entgegenhalten, deren Vollziehung ggf. mit der Rechtskraft des daraufhin ergehenden Urteils eintritt.

3. Die Berechtigung der auf mangelnde Fabrikneuheit (Unbenutztheit) des Radladers gestützten, im Prozeß erhobenen Wandelungseinrede der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Unrecht verneint.

a) In der Revisionsinstanz ist nicht mehr umstritten, daß der Radlader bei seiner Übergabe am 25. Juli 1979 bereits mindestens 350 Betriebsstunden geleistet hatte. Nach der ausdrücklichen, von der Revision als ihr günstig nicht angegriffenen, aber auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogenen Feststellung des Berufungsgerichts waren diese Betriebsstunden nicht nur bei der Vorführung des Gerätes zum Zwecke von Vertragsanbahnungen, sondern bei "Überbrückungseinsätzen" in mehreren Firmen entstanden. Damit steht fest, daß das Gerät nicht mehr "neu", d.h. ungebraucht war. Ob der Einsatz lediglich zu Vorführzwecken noch als für die Fabrikneuheit unschädlich angesehen werden könnte, bedarf keiner abschließenden Beurteilung. Für den normalen Arbeitseinsatz - und sei es auch nur "zur Überbrückung" - kann dies keinesfalls angenommen werden. Im übrigen sind 350 Betriebsstunden keine unbedeutende Vorbenutzung. Sie machen etwa ein Drittel der für die Gewährleistung zu-

grunde gelegten Höchstmenge von 1000 Betriebsstunden aus.

b) Die Fabrikneuheit oder Ungebrauchtheit einer Sache kann entgegen der Ansicht der Klägerin eine einer Zusicherung zugängliche Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB) sein. Die Zusicherung liegt in einem solchen Falle schon darin, daß das betreffende Gerät als "neu" verkauft und damit behauptet wird, es sei ungebraucht. Für Kraftfahrzeuge hat dies der erkennende Senat bereits ausgesprochen (Senatsurteile vom 6. Februar 1980 - VIII ZR 275/78 = NJW 1980, 1097 und vom 18. Juni 1980 - VIII ZR 185/79 = NJW 1980, 2127 = WM 1980, 1068). Für einen Radlader gilt nichts anderes. Die nicht kontrollierbare Benutzung durch mehrere Firmen, die noch dazu nicht die Absicht hatten, das Gerät käuflich zu erwerben, barg eine nicht unerhebliche Gefahr für künftige Mängel, wenn der Radlader zu stark beansprucht oder unsachgemäß behandelt wurde. Darüber hinaus spielt die Frage einer Vorbenutzung auch deshalb eine Rolle, weil Radlader infolge ihrer zumeist schweren Beanspruchung eine verhältnismäßig kurze Nutzungsdauer von nur etwa vier Jahren haben, wie sich aus dem in erster Instanz eingeholten Gutachten des Sachverständigen Heuer und seinen Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 1982 ergibt. Der Käufer, dem ein solches Gerät als "neu" vorgeführt und dem ein Kaufvertrag für ein Neufahrzeug vorgelegt wird, erwartet deshalb, daß das Gerät - abgesehen von geringfügigen Vorführungseinsätzen - noch tatsächlich ungebraucht ist. Er muß die Vorführung und das Angebot als "neu" daher als Zusicherung der Ungebrauchtheit verstehen.

c) Das Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft hat

die Klägerin bei den Verhandlungen und dem Vertragsabschluß mit der Beklagten arglistig verschwiegen, so daß die kurze sechsmonatige Verjährung für die Haftung der Klägerin nicht eingreift (§ 477 Abs. 1 BGB).

Das Berufungsgericht hat arglistiges Verhalten der Klägerin nur im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen der Beklagten nach §§ 823 BGB, 263 StGB geprüft und verneint. Dabei hat es jedoch übersehen, daß nach den von ihm getroffenen Feststellungen die Vertreter der Klägerin von dem Einsatz des Radladers bei mindestens drei anderen Firmen wußten und das Gerät dennoch als "neu" vorführten, nachdem es durch teilweise Neulackierung wie ein Neufahrzeug hergerichtet war. Angesichts der oben erörterten, den Vertretern der Klägerin als Fachleuten bekannten Bedeutung der Fabrikneuheit für den Käufer widersprach dieses Verhalten einem redlichen Verkaufsgebaren derart, daß es nur als arglistig bezeichnet werden kann.

d) Die Haftung der Klägerin wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft wird nicht durch Kenntnis der Beklagten von dem Mangel ausgeschlossen (§ 460 BGB). Daß die Klägerin der Beklagten die Vorbenutzung nicht mitgeteilt hatte, ergibt sich schon aus der Aussage des vor dem Landgericht vernommenen Zeugen L. und aus der Tatsache, daß die Klägerin den Einsatz des Gerätes bei anderen Firmen schriftsätzlich noch in dem jetzigen Rechtsstreit geleugnet hat. Andere Umstände, die die Kenntnis der Beklagten zwingend ergäben, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Der Zeuge G., auf dessen Kenntnis als Fahrer bei der Beklagten es ohnehin nicht ankäme, hat nur angegeben, er habe die teilweise

unterschiedliche Lackierung bemerkt und einige Zeit nach Übernahme des Gerätes von dritter Seite erfahren, daß der Radlader schon im Einsatz gewesen sei. Der Zeuge H■■■■■, auf dessen Kenntnis als leitender und teilweise verhandlungsführender Angestellter der Beklagten es ankommen könnte, hat bekundet, er habe einen Riß an der Ladeschaufel des Radladers bemerkt, als einige Zeit nach Beginn des Einsatzes der erste Lack herunter gewesen sei. Auch daraus ist nicht zu entnehmen, daß der Beklagten zur Zeit des Vertragsabschlusses oder bei der Übergabe des Gerätes Umfang und Ausmaß der Vorbenutzung bekannt waren.

4. Den danach berechtigten Wandelungsanspruch kann die Beklagte - wie oben zu 2 ausgeführt - gegenüber dem abgetretenen Schadensersatzanspruch mit der Wirkung geltend machen, daß die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag von Anfang an fehlte, Ansprüche auf Leasingraten nicht bestanden und folglich auch ein Schadensersatzanspruch wegen Zahlungsverzuges nicht entstehen konnte.

5. Der Umstand, daß die Beklagte den Radlader während ihrer Besitzzeit vom 25. Juli 1979 bis zum 11. März 1981 benutzt hat, führt an sich dazu, daß - ähnlich wie im kaufrechtlichen Verhältnis nach einer Wandelung gemäß §§ 467, 346 ff BGB - eine Nutzungsgütung nach Bereicherungsgrundsätzen zu zahlen ist. Wie ein derartiger Anspruch im einzelnen zu bemessen wäre, bedarf hier keiner Erörterung. Denn die Beklagte hat die auf die Zeit ihrer Benutzung entfallenden anteiligen Leasingraten teilweise gezahlt und ist für den Rest auf Klage der Leasinggeberin rechtskräftig zur Zahlung ver-

urteilt worden. Höhere Aufwendungen oder entgangene Nutzungen kommen insoweit nicht in Betracht und sind auch nicht geltend gemacht worden.

III. Da nach alledem ein Anspruch der Klägerin nicht besteht, mußten auf die Berufung und die Revision der Beklagten die Urteile der Vorinstanzen abgeändert werden, soweit sie zum Nachteil der Beklagten erkannt haben. Auf weitere Einwendungen gegen den Klageanspruch oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen kam es nicht mehr an. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß