

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 298/95

Verkündet am:
9. Oktober 1996
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Ernst D [REDACTED], S [REDACTED]straße 75, F [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

[REDACTED]-L [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich
haftende Gesellschafterin [REDACTED]-L [REDACTED] Verwaltungs GmbH, diese
vertreten durch den Geschäftsführer Dieter L [REDACTED], D [REDACTED]
[REDACTED] Straße 129, D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juli 1995 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Leasingunternehmen, schloß im März 1990 mit dem Beklagten einen Leasingvertrag über ein BMW-Sondermodell mit einem Anschaffungspreis von 97.750 DM ab. Die Laufzeit des Vertrages wurde mit 42 Monaten, die monatlichen Leasingraten mit 2.194,16 DM und der kalkulierte Restwert des Fahrzeugs mit 24.437,50 DM vereinbart. Am 30. März 1991 wurde das Fahrzeug beschädigt. Seit September 1991 zahlte der Beklagte die vereinbarten Leasingraten nicht mehr. Daraufhin kündigte die Klägerin den Leasingvertrag mit Schreiben vom 9. Januar 1992 fristlos. Mit der Klage begehrt sie Zahlung der bis zur Kündigung offengebliebenen Leasingraten ($4 \times 2.194,16 \text{ DM} = 8.776,64 \text{ DM}$), Ersatz ihres Kündigungsschadens, den sie auf 56.151,87 DM beziffert, und Erstattung von Mahnauflagen und Rücklastschriftkosten von zusammen 120 DM. Der Beklagte ist dem Klagebegehren mit der Behauptung entgegengetreten, das Leasingfahrzeug sei am 30. März 1991 durch einen Verkehrsunfall schwer beschädigt worden und seither nicht mehr fahrfähig. Der Zeuge S. sei mit einem gemieteten Kleinlastwagen auf das am Fahrbahnrand abgestellte Leasingfahrzeug aufgefahren, als er einem die Fahrbahn überquerenden Fußgänger habe ausweichen müssen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr bis auf die beanspruchten Mahnauflagen in Höhe von 80 DM und die 4 % übersteigenden Zinsen stattgegeben. Mit der Revision, deren Zu-



rückweisung die Klägerin beantragt, begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält die Klage in Höhe von 64.968,50 DM (8.776,63 [richtig: 8.776,64] DM rückständige Leasingraten, 56.151,87 DM Schadensersatz wegen Nichterfüllung, 40 DM Verzugsschadensersatz) für begründet. Es hat hierzu ausgeführt:

Der Beklagte schulde die vereinbarten Leasingraten bis zur fristlosen Kündigung der Klägerin im Januar 1992. Er sei von der Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten nicht gemäß § 537 Abs. 1 BGB frei geworden, denn diese Regelung gelte nicht, wenn der Leasingnehmer die Beschädigung des Leasingobjekts verschuldet habe. Dies sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter Berücksichtigung des Inhalts der beigezogenen Akten und der Gesamtumstände hier der Fall. Der Unfall, der zur Beschädigung des Leasingfahrzeugs geführt habe, sei von dem Zeugen S. [REDACTED] in Absprache mit dem Beklagten bewußt herbeigeführt worden. Zwar habe der Zeuge bei seiner Vernehmung durch das Landgericht bekundet, er sei auf das Leasingfahrzeug aufgefahren, als er einem die Straße überquerenden Fußgänger habe ausweichen

müssen; Absprachen mit dem Beklagten habe es nicht gegeben. Dem vermöge der Senat jedoch nicht zu folgen. Entscheidend gegen den Zeugen spreche bereits dessen Angabe bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung, er kenne weder den Beklagten noch dessen Bruder. Der Zeuge habe nämlich am 7. April 1991, also gut eine Woche nach dem Unfall, gemeinsam mit dem Bruder des Beklagten eine Fahrt nach Mainz unternommen und dort Gaststätten besucht. Es sei aber "sehr wenig glaubhaft", daß sich eine solche Bekanntschaft aus dem vorangegangenen Unfallgeschehen entwickelt habe. Gegen den Zeugen spreche ferner, daß er den Namen der Person, für die er an dem fraglichen Tag angeblich Möbel transportiert habe, nicht genau angeben könne. Nach allgemeiner Lebenserfahrung könne man den Namen eines Bekannten, dem man beim Umzug helfe, genau angeben. Auch weitere Anzeichen sprächen für einen fingierten Unfall. Typisch hierfür sei, daß er sich bei Dunkelheit ereignet habe; damit würden Augenzeugen weitgehend vermieden. Auffällig sei weiter, daß der Name des den Unfall angeblich auslösenden Fußgängers nicht zu ermitteln sei. Bedeutung komme schließlich auch dem Umstand zu, daß der Zeuge S. [REDACTED] mit einem gemieteten und vollkaskoversicherten Lkw gefahren sei, so daß für ihn bei einem Zusammenstoß mit einem Pkw das Risiko materieller und körperlicher Schäden so gut wie ausgeschlossen gewesen sei.

Von entscheidendem Gewicht seien außerdem die Feststellungen des Kraftfahrzeugsachverständigen W. [REDACTED] in dem Verfahren 16 U 148/93 des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, dessen Gegenstand der hier in Rede stehende Unfall gewesen sei. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sach-

verständigen könnten eine Reihe von Beschädigungen des Leasingfahrzeugs angesichts der Unfallspuren an dem auffahrenden Lkw und einem weiteren Fahrzeug, auf welches das Leasingfahrzeug aufgeschoben worden sei, nicht von dem Unfall herrühren. Die von dem Beklagten in jenem Verfahren vorgelegten Privatgutachten seien nicht geeignet, die Feststellungen des Gutachters W. zu entkräften. Das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. K. gehe von einem unzutreffenden Schadensbild aus und lasse die wesentliche Frage, wie die schwerwiegenden Beschädigungen im Heckbereich des Leasingfahrzeugs mit den Unfallspuren an dem auffahrenden Lkw zu vereinbaren seien, unbeantwortet. Der Privatgutachter Dr. S. habe unstreitig das beschädigte Leasingfahrzeug nicht untersucht und verfüge schon deshalb nicht über die gleichen Erkenntnismöglichkeiten wie der Sachverständige W. Zu einer Ladung des Gerichtsgutachters W. bzw. der beiden Privatgutachter habe trotz entsprechenden Antrags des Beklagten kein Anlaß bestanden, da der Beklagte nicht angegeben habe, zu welchen Einzelfragen ein Erläuterungsbedarf bestehe. Insoweit hätte der Beklagte "die Richtung vorgeben" müssen.

Stehe somit fest, daß die Schäden an dem Leasingfahrzeug nicht dem Unfall vom 30. März 1991 zugeordnet werden könnten, der Beklagte aber gleichwohl vom Haftpflichtversicherer des Miet-Lkw deren Ersatz verlangt habe, so spreche dies eindeutig für ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Beklagten und dem Zeugen. Der fingierte Unfall habe dazu dienen sollen, ungerechtfertigten Schadensersatz zu erlangen. In dieses Bild passe, daß das Leasingfahrzeug bereits zuvor einen gravierenden Schaden aufgewiesen habe und

dem Beklagten erst etwa eine Woche vor dem 30. März 1991 wieder zur Verfügung gestellt worden sei.

Da der Beklagte die vereinbarten Leasingraten für mehr als zwei Monate schuldig geblieben sei, habe die Klägerin den Leasingvertrag gemäß § 554 BGB fristlos kündigen können. Der Beklagte schulde ihr Ersatz des durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entstandenen Schadens, der sich abgezinst und unter Berücksichtigung ersparter Vertragskosten auf 56.151,87 DM belaufe. Als Verzugsschaden habe der Beklagte ferner Rücklastschriftkosten von 40 DM zu ersetzen.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die vom Berufungsgericht bejahten Ansprüche haben zur gemeinsamen Voraussetzung, daß der Beklagte nach dem 30. März 1991 weiterhin zur Zahlung der vereinbarten Leasingraten verpflichtet war, obwohl das Leasingfahrzeug nach der Behauptung des Beklagten, die in Ermangelung abweichender Feststellungen der Vorinstanz der Entscheidung im Revisionsverfahren zugrunde zu legen ist, seither wegen der Unfallschäden nicht mehr fahrfähig ist.

a) Das wäre ohne weiteres der Fall, wenn die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen erheblichen Beschädigung des Leasingfahrzeugs vertraglich in wirksamer Weise auf den Beklagten abgewälzt worden wäre. Daran fehlt es indessen. Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob die auf der Rückseite des Leasingvertragsformulars abge-

druckten "Allgemeinen Mietbedingungen für Kraftfahrzeuge" Vertragsbestandteil geworden sind. Eine vertragliche Risikoverlagerung wäre aber selbst dann nicht gegeben, wenn eine Einbeziehung der von der Klägerin verwandten Mietbedingungen in das Vertragsverhältnis der Parteien festgestellt werden könnte. Zwar sieht Nr. 9.1 der Bedingungen vor, daß der Leasingnehmer u.a. die Gefahr auch von ihm nicht verschuldeter Beschädigungen des Leasingfahrzeugs trägt und daß derartige Ereignisse ihn nicht von der Verpflichtung zur Entrichtung der Leasingraten entbinden. Diese Klausel hält aber der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die - leasingtypische und sonst nicht zu beanstandende - Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kfz-Leasinggebers im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen und daher unwirksam, wenn nicht auch für den Fall der erheblichen Beschädigung des Leasingfahrzeugs ein kurzfristiges Kündigungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist (Senatsurteil vom 15. Oktober 1986 - VIII ZR 319/85 = WM 1987, 38 unter I 2 a bb). Ein solches Kündigungsrecht räumen die Vertragsbedingungen der Klägerin in der hier geltenden Fassung dem Leasingnehmer nicht ein. Nach deren Nr. 9.2 besteht ein Recht zur außerordentlichen Kündigung vielmehr nur bei Verlust oder Totalvernichtung des Leasingfahrzeugs.

b) In Ermangelung einer wirksamen Gefahrabwälzung bewendet es mithin bei der gesetzlichen Regelung der §§ 323, 537 Abs. 1 BGB. Danach ist der Beklagte seit der Unfallbeschädigung des Leasingfahrzeugs am 30. März 1991 von der Verpflichtung zur Zahlung von Leasingraten sowie des ver-

einbarten Restwerts des Leasingfahrzeugs befreit, denn das Fahrzeug ist - wie für das Revisionsverfahren zu Gunsten des Beklagten zu unterstellen ist - seither erheblich beschädigt und nicht mehr fahrfähig.

2. Wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkennt, bestand die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der vereinbarten Leasingraten nach dem 30. März 1991 nur dann fort, wenn der Beklagte die erhebliche Beschädigung des Leasingfahrzeugs zu vertreten hat (§ 324 Abs. 1 BGB). Nach dem Sachvortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen kommt als ein von dem Beklagten zu vertretendes Verhalten allein die angebliche Verabredung mit dem Zeugen S. [REDACTED] in Betracht, den Unfall vom 30. März 1991 bewußt herbeizuführen. Das Berufungsgericht hält eine solche Absprache zwischen dem Beklagten und dem Zeugen S. [REDACTED] aufgrund der gewürdigten Indizien für erwiesen. Seine Beweiswürdigung hält indessen den Verfahrensrügen der Revision nicht stand.

a) Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung von Hintergrund und Hergang des Verkehrsunfalls vom 30. März 1991 unter Würdigung auch der Aussage des Zeugen S. [REDACTED] gewonnen. Diese Beweiswürdigung verstößt, wie die Revision mit Recht beanstandet, gegen § 398 ZPO.

Der Zeuge S. [REDACTED] hat bei seiner Vernehmung in erster Instanz die Behauptung der Klägerin, der Unfall sei mit dem Beklagten abgesprochen gewesen, nicht bestätigt. Das Landgericht hat sich mit der Glaubhaftigkeit seiner Aussage auseinandergesetzt und diese ebenso wie die Glaubwürdigkeit des Zeugen bejaht. Das Oberlandesgericht hält den Zeugen

dagegen für unglaubwürdig, weil er über seine Bekanntschaft mit dem Beklagten und dessen Bruder und über den Zweck der Anmietung des Kleinlastwagens unwahre Angaben gemacht habe. Es verneint mithin die Wahrheitsliebe des Zeugen und hält ihn aus diesem Grunde für unglaubwürdig.

Darin liegt ein Verstoß gegen § 398 ZPO. Diese Bestimmung stellt es zwar in das Ermessen des Berufungsgerichts, ob es einen im ersten Rechtszug gehörten Zeugen erneut vernimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Ermessen des Berufungsgerichts jedoch gebunden und eine erneute Vernehmung des Zeugen erforderlich, wenn das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines in erster Instanz vernommenen Zeugen abweichend vom Erstrichter beurteilen will und es - wie hier - für diese Beurteilung auf den persönlichen Eindruck von dem Zeugen ankommt (z.B. Senatsurteil vom 3. Mai 1995 - VIII ZR 113/94 = WM 1995, 1563 unter II 3 a m.w.Nachw.).

b) Die Revision rügt ferner mit Recht als Verstoß gegen §§ 286, 411 ZPO, daß das Berufungsgericht dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben hat, den Sachverständigen W., dessen Gutachten es verwertet hat, zu befragen und ihn insbesondere mit den abweichenden Feststellungen der von dem Beklagten vorgelegten Privatgutachten der Sachverständigen Dr. K. und Dr. S. zu konfrontieren. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Antrag des Beklagten ablehnt, überspannt die Anforderungen, die unter den hier gegebenen Umständen an einen Antrag auf Ladung der beteiligten Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung der erstatteten Gutachten zu stellen sind. Nach § 411 Abs. 4 ZPO

haben die Parteien dem Gericht zwar innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Damit soll eine rechtzeitige Information aller Beteiligten darüber erreicht werden, in welche Richtung die antragstellende Partei eine Ergänzung des schriftlichen Gutachtens für geboten hält und welche Einwendungen sie gegen die Feststellungen und Schlußfolgerungen des schriftlichen Sachverständigengutachtens erhebt. Dessen bedarf es aber grundsätzlich nicht, wenn schon aus den gewechselten Schriftsätzen und vor allem aus von den Parteien vorgelegten Privatgutachten hervorgeht, in welchen Punkten und mit welcher Zielrichtung die schriftlichen Ausführungen des vom Gericht bestellten Gutachters angegriffen werden sollen. So verhält es sich hier. Das schriftliche Sachverständigengutachten, auf welches das Berufungsgericht sich stützt, ist in dem Haftpflichtprozeß zwischen dem Beklagten und dem Haftpflichtversicherer des an dem Unfall beteiligten gemieteten Lastkraftwagens erstattet worden. In demselben Prozeß hatte der Beklagte die von dem Gutachten W. abweichenden Privatgutachten der Sachverständigen Dr. K. und Dr. S. vorgelegt. Unter diesen Umständen liegt es auf der Hand, daß es dem Beklagten mit diesem Antrag darum ging, dem Sachverständigen W. die Feststellungen und Schlußfolgerungen der beiden Privatgutachter vorzuhalten, um auf diesem Wege für den vorliegenden Rechtsstreit die Überzeugungskraft des Gutachtens W. zu erschüttern. Daran konnte auch ohne eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten kein Zweifel bestehen.

Davon abgesehen hätte das Berufungsgericht schon von Amts wegen nach Möglichkeit versuchen müssen, die zum Teil eklatanten Widersprüche zwischen den Feststellungen des Gutachters W. einerseits und der beiden Privatgutachter andererseits zu klären (BGH, Urteile vom 10. Dezember 1991 - VI ZR 234/90 = NJW 1992, 1459 unter II 2; vom 25. März 1993 - VII ZR 280/91 = NJW-RR 1993, 1022 unter II 1; vom 13. Oktober 1993 - IV ZR 220/92 = NJW-RR 1994, 219 unter 2 a, je m.w.Nachw.).

c) Das angefochtene Urteil beruht auf den aufgezeigten Verfahrensverstößen, denn es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es seiner Verpflichtung zur wiederholten Vernehmung des Zeugen S. und zur Ladung zumindest des Gerichtsgutachters W. zur mündlichen Erläuterung des anderweit erstatteten schriftlichen Sachverständigengutachtens nachgekommen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1995 - II ZR 198/94 = WM 1995, 1292 unter II 2).

III. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben (§ 564 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der

Sache entscheiden, da es hierzu weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Die Sache war daher an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers