

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 242 Bb, 276 Hb, 465, 536, 537

- a) Der Leasinggeber, der seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abgetreten hat, muß eine vom Leasingnehmer mit dem Lieferanten wegen Mangelhaftigkeit der Leasingsache getroffene Wandelungsvereinbarung gegen sich gelten lassen und verliert wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage seinen Anspruch auf Leasingraten (Ergänzung zu BGHZ 68, 118 und 81, 298).
- b) Zur Frage nachwirkender Sorgfalts- und Mitteilungspflichten eines Leasingnehmers, der die Wandelung des Kaufvertrages herbeigeführt hat.
- c) Die formularmäßig ausbedungene Haftung des Leasingnehmers für zufälligen Untergang der Leasingsache gilt nicht, wenn die Sache zur Nachbesserung vertragsgemäß dem Lieferanten übergeben worden ist und dort untergeht.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1985 - VIII ZR 328/83 - OLG Hamm

LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 328/83

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
27. Februar 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma B. Gesellschaft des B. mbH & Co., F.straße
in N.-Z., persönlich haftende Gesellschafterin:
Firma A.-A. M. Gesellschaft mbH., ebendort, diese vertreten
durch ihre gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer, den Kaufmann
Dietrich W. und den Diplom-Kaufmann Dr. Werner S. ebendort,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

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

g e g e n

den Zahnarzt Franz C., M.straße in E.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Oberlandesgerichts Hamm vom 18. Oktober 1983 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Leasinggesellschaft, macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung eines mit ihm am 2. Juni/ 14. Juli 1978 abgeschlossenen Leasingvertrages geltend. Leasinggegenstand war eine Computeranlage, die sich der Beklagte zuvor bei der Firma J. KG als Lieferantin ausgesucht hatte. Der mit "Mietvertrag" überschriebene Vertrag lautet auszugsweise:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

§ 7 Gewährleistung

- 7.2 Für Sach- und Rechtsmängel des Mietgegenstandes leistet der Vermieter nur in der Weise Gewähr, daß er mit Abschluß des Mietvertrages seine Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche, soweit ihm solche gegen den Lieferanten, den Vorlieferanten, den Hersteller oder einen sonstigen Dritten zustehen, an den Mieter abtritt. Der Mieter nimmt die Abtretung dieser Ansprüche an.
- 7.3 Es ist Sache des Mieters, die ihm abgetretenen Ansprüche fristgerecht geltend zu machen.
- 7.4 Weitergehende Ansprüche und Rechte des Mieters gegen den Vermieter - insbesondere solche gemäß §§ 536 ff BGB, oder aus sonstigen, gleichgültig, aus welchen mit dem Mietgegenstand zusammenhängenden Gründen - sind ausgeschlossen.

§ 11 Untergang des Mietgegenstandes

- 11.1 Die Gefahr des zufälligen Untergangs, Verlustes und Diebstahls, der Beschädigung und des vorzeitigen Verschleißes des Mietgegenstandes trägt der Mieter. Solche Ereignisse entbinden den Mieter nicht davon, die vereinbarte Miete zu zahlen und die sonstigen in diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen.
- 11.2 Tritt eines der im Absatz 1 genannten Ereignisse ein, so hat der Mieter den Vermieter hiervon unverzüglich schriftlich zu unterrichten.

Am 19. August 1978 bestätigte der Beklagte schriftlich die Übernahme des Computers in gebrauchsfähigem Zustand, worauf die Klägerin den Kaufpreis von 126.444,86 DM (112.897,20 DM zuzügl. 13 % MwSt) an die Firma J[REDACTED] KG zahlte. In der Folgezeit kam es zu Funktionsstörungen bei der gelieferten Anlage. Die Klägerin erklärte sich deshalb mehrfach mit der Verschiebung des Beginns des Leasingvertrages einverstanden, zuletzt mit ihrem Schreiben vom 12. Juni 1979 auf den 1. Juli 1979.

Auch nach diesem Zeitpunkt machte der Beklagte Mängel an der Anlage geltend und erklärte deshalb am 2. August 1979 aufgrund der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche gegenüber der Firma J[REDACTED] KG die Wandelung des zwischen der Lieferantin und der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrages. Am 23. August 1979 kündigte er gegenüber der Klägerin den Leasingvertrag fristlos. Die Klage des Beklagten gegen die Firma J[REDACTED] KG auf Zustimmung zur Wandelung wurde vom Landgericht Düsseldorf am 25. Juli 1980 in erster Instanz als zur Zeit unbegründet abgewiesen, weil die Anlage zwar mangelhaft sei, der Beklagte aber der Lieferfirma einen weiteren Nachbesserungsversuch zugestanden habe. Nach Einlegung der Berufung schlossen der Beklagte und die Firma J[REDACTED] KG am 7. November 1980 einen außergerichtlichen Vergleich u.a. mit folgendem Inhalt:

1. Der Kläger gibt der Beklagten Gelegenheit, bis zum 31.1.1981 den Computer in voll funktionsfähigen Zustand zu versetzen entsprechend Leistungsbeschreibung im Leasingvertrag und Pflichtenheft.

3. Die Zwischenfinanzierungskosten der B über 8,5 % Zinsen von 112.897,20 DM ab 1.7.1979 tragen die Parteien bis zum 31.1.1981 je zur Hälfte. Hierin liegt keine Bestätigung des Kaufvertrages über den Computer zwischen der B und der Beklagten, dessen Wandlung der Kläger erklärt hat.
6. Falls der Nachbesserungsversuch fehlschlägt gilt die Wandlung des Kaufvertrages als vollzogen.

Inwieweit die Klägerin an diesem Vergleich beteiligt war, ist streitig. Jedoch hat die Klägerin die darin erwähnten Zwischenzinsen entsprechend der Vereinbarung berechnet und entgegengenommen. Bereits am 5. November 1980 hatte der Beklagte die Anlage zum Zwecke der Nachbesserung an die Firma J KG übergeben. Er erhielt sie bis zu dem vorgesehenen Zeitpunkt vom 31. Januar 1981 nicht zurück. Ob und in welchem Ausmaß die Lieferantin bis dahin Nachbesserungsversuche unternommen hat, ist nicht bekannt. Am 1. April 1981 wurde über das Vermögen der Firma J KG der Konkurs eröffnet. Die Computeranlage konnte später in der Konkursmasse nicht aufgefunden werden.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin als Schadensersatz den Kaufpreis von 112.897,20 DM (ohne MwSt) nebst Zinsen verlangt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin könne den geltend gemachten Anspruch gegen den Beklagten nicht durchsetzen, weil nach dem Vergleich vom 7. November 1980 die Wandelung des Kaufvertrages zwischen der Firma J. KG und der Klägerin jedenfalls im Verhältnis der Parteien zueinander als vollzogen gelte und dem Leasingvertrag dadurch die Geschäftsgrundlage entzogen sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. In § 7 des von ihr vorformulierten Leasingvertrages hat sich die Klägerin von ihrer mietvertraglichen Haftung für die Überlassung des Leasinggutes in gebrauchsfähigem Zustand (§§ 536 ff BGB) freigezeichnet und dem Beklagten dafür die kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag mit der Firma J. KG abgetreten. Die Wirksamkeit dieser Gewährleistungsregelung auch im nichtkaufmännischen Verkehr wird vom Berufungsgericht anerkannt und von der Revision als ihr günstig nicht in Zweifel gezogen. Sie entspricht der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 131/83 = WM 1984, 1089 = ZIP 1984, 1101 m.Anm. Graf v. Westphalen, ferner zum kaufmännischen Verkehr Senatsurteile 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 ff). Auf die im angefochtenen Urteil verneinte, vom erkennenden Senat bisher nicht entschiedenen Frage, ob und in welcher Weise § 11 Nr. 10 a AGB-Gesetz auf Leasingverträge anwendbar ist, kommt es nicht an (zum Streitstand vgl. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Großkommentar z. AGB-Gesetz 2. Aufl. Bd. II § 11 Nr. 10 a Rdn. 70 ff). Denn selbst wenn die Vertragsklausel unwirk-

sam wäre, könnte sich die Klägerin nicht auf die Unwirksamkeit berufen, weil sie selbst durch die Formulierung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen den Beklagten dazu veranlaßt hat, Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten geltend zu machen. An dieser von ihr beabsichtigten Abwicklung mit den sich daraus ergebenden Folgen müßte sie sich festhalten lassen.

2. Hat der Leasinggeber den Leasingnehmer in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam auf die Geltendmachung abgetretener kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche verwiesen, so muß er nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung grundsätzlich die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen als für sich verbindlich hinnehmen; insbesondere bewirkt eine vollzogene Wandelung, daß der zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber abgeschlossene Kaufvertrag endgültig rückabzuwickeln ist und dem Leasingvertrag von Anfang an die Geschäftsgrundlage fehlt, so daß der Leasinggeber keinen Anspruch auf Zahlung von Leasingraten hat (BGHZ 68, 118, 126; 81, 298, 306; Senatsurteile vom 20. Juni 1984 aaO und vom 5. Dezember 1984 - VIII ZR 277/83 = WM 1985, 226 = ZIP 1985, 226).

a) Diese auch vom Berufungsgericht vertretene Auffassung bekämpft die Revision mit der Erwägung, aus dem Zweck des Finanzierungs-Leasingvertrages als eines bloßen Finanzierungsinstruments, aus der allein dem Leasingnehmer überlassenen Auswahl des Leasinggutes beim Lieferanten und aus der vertragstypischen Abwälzung der Sach- und Preisgefahr (hier in § 11 des Leasingvertrages) ergebe sich zwangsläufig, daß das Risiko für die Brauchbarkeit der Sache nach dem Vertragsinhalt vom Leasingnehmer getragen werden solle. Dann aber könne der auf Unbrauchbarkeit des Leasinggutes zurückzuführende Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht dazu führen, daß der Leasinggeber alle Ansprüche aus dem Leasingvertrag verliere.

Mit diesen vor allem an die Auffassung von Canaris (Großkom. zum HGB, 3. Aufl. Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung, Rdn. 1714 ff) und von Lieb (JZ 1982, 561 ff) anknüpfenden Ausführungen verkennt die Revision, daß die von ihr genannten Gesichtspunkte den typischen Vertragsgehalt des Finanzierungs-Leasingvertrages nicht erschöpfend umschreiben. Im Unterschied zu einem zur Finanzierung eines Sacherwerbs geschlossenen Kreditvertrag mit einer Bank, bei dem der Darlehensnehmer außer seiner Rechtsbeziehung zum Darlehensgeber ein eigenes Kaufvertragsverhältnis zum Veräußerer hat, beschränken sich die gegenseitigen Rechtsbeziehungen beim Finanzierungs-Leasing für den Leasingnehmer auf den Vertrag mit dem Leasinggeber. Dieser hat sich, anders als die Kreditbank bei einer Sicherungsübereignung, kein Sicherungs-, sondern Volleigentum vorbehalten, das er nicht nur bei Vertragsstörungen, sondern gerade auch beim normalen Ablauf des Vertrages in Anspruch nimmt, sofern nicht aufgrund einer besonderen Abrede ein sich dem Vertragsverlauf selbständig anschließender Eigentumserwerb durch den Leasingnehmer vereinbart ist. Diese Vertragskonstruktion und die Zuordnung des Leasinggutes zum Vermögen des Leasinggebers verbieten es, in der formelmäßigen Haftungsfreizeichnung mit Abtretung von Gewährleistungsansprüchen eine Risikozuweisung zu sehen, derzufolge nach Ansicht der Klägerin die Frage der Benutzbarkeit der Leasingsache völlig vom Bestand und vom Verlauf des Leasingvertrages gelöst würde. Anderenfalls stünde der Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten kein Vertragspartner mit äquivalenten Gegenleistungspflichten gegenüber. Schon deshalb muß es bei der bisherigen Rechtsprechung verbleiben, nach der zwar die Haftungsfreizeichnung unter Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche zulässig ist, die Wirkung des Gewährleistungsvollzugs aber auch das Leasingverhältnis erfaßt.

b) An diesem Ergebnis ändert auch nichts die weitere Erwägung der Revision, die Vielfalt der Gestaltung von Leasingverträgen erfordere eine Differenzierung gerade bei den Rechtsfolgen des Gewährleistungsvollzugs. Hinsichtlich der Eigentumszuordnung und der Gewährleistungsregelung unterscheidet sich der vorliegende Vertrag nicht von den Verträgen, die den oben zitierten Entscheidungen des erkennenden Senats zugrunde lagen. Die Revision hat zur Differenzierung geeignete Merkmale auch nicht genannt.

3. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Wegfall der Leasingverpflichtung nach vollzogener Gewährleistung gelte im Prinzip auch für Regelungen im Vergleichswege zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten, sofern die Regelung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Leasinggebers sachgerecht sei. Diese Voraussetzung erfülle der Vergleich vom 7. November 1980. Nachdem schon der Beginn des Leasingvertrages wegen der aufgetretenen Funktionsstörungen bis zum 1. Juli 1979 habe aufgeschoben werden müssen und der Beklagte bald darauf die Wandelung erklärt und einen Prozeß gegen den Lieferanten begonnen habe, habe es im Interesse aller Beteiligten gelegen, einen befristeten Nachbesserungsversuch zu unternehmen. Sinn des Vergleichs sei es gewesen, klare Verhältnisse zu schaffen. Deshalb sei es gleichgültig, ob die Firma J. KG überhaupt einen Nachbesserungsversuch unternommen habe. Mit dem Ablauf der Frist gelte die Wandelung als vollzogen. Bei dieser Sachlage könne es offen bleiben, ob die Klägerin dem Vergleich beigetreten sei. Schon nach dem unstreitigen Sachverhalt gebe es erhebliche Gründe dafür, der Klägerin die Berufung auf mangelnde Sachgerechtigkeit des Vergleichs nach Treu und Glauben zu versagen; da ihr Justitiar an den Vergleichsgesprächen teilgenommen und sie später die im Vergleich vereinbarten Zwischenzinsen beansprucht habe, hätte sie es dem Beklagten mitteilen müssen, wenn sie den Vergleich nicht für sachgerecht hielt.

Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision gehen im Ergebnis fehl.

a) Die Klägerin meint, die Beklagte möge zwar zur Führung eines Rechtsstreits über behauptete Mängel befugt gewesen sein, nicht aber zur Verfügung über Gewährleistungsansprüche durch einen mit dem Lieferanten oder Hersteller abgeschlossenen Vergleich. Es sei zu befürchten, daß der Hersteller, den der Leasingnehmer ausgesucht habe, mit Rücksicht auf weitere geschäftliche Verbindungen zum Leasingnehmer diesem über seine Verpflichtungen hinaus entgegenkomme und zum Beispiel unbegründete oder verjährte Forderungen anerkenne. Leasingnehmer und Hersteller dürften es nicht in der Hand haben, durch eine sachgerecht erscheinende Absprache dem Leasingvertrag die Grundlage zu entziehen, ohne daß der Leasinggeber - anders als in einem Gewährleistungsprozeß - Gelegenheit habe seine Rechte wahrzunehmen. Nur er selbst könne beurteilen, ob eine Vergleichsregelung auch unter Berücksichtigung seiner Interessen sachgerecht sei. Tatsächlich sei dies nicht der Fall, weil der Vergleich nichts darüber enthalte, wie der Kaufvertrag im Falle der vollzogenen Wandelung rückabgewickelt werden sollte; die Interessen der Klägerin seien also nicht berücksichtigt worden.

b) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Wandelung des Kaufvertrages wirksam vollzogen und der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Leasingraten wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage von Anfang an entfallen. Ein eventueller Schadensersatzanspruch wegen entgangener Leasingraten ist damit gegenstandslos.

aa) Die Wandelung eines Kaufvertrages ist vollzogen, wenn - nach der Geltendmachung von Sachmängeln - der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt (§ 465 BGB). Ob dieses Einverständnis innerhalb oder außerhalb eines Rechtsstreits erklärt wird, ist für seine

sachlich-rechtliche Wirkung der Umwandlung des Kaufvertrages in ein Rückabwicklungsverhältnis unerheblich. Die hierfür erforderliche Einverständniserklärung mit der vom Beklagten bereits am 2. August 1979 verlangten Wandelung hat die Firma J. KG in dem Vergleich vom 7. November 1980 abgegeben und zwar nach der rechtsfehlerfreien Auslegung im Berufungsurteil unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Beklagte die Anlage bis zum 31. Januar 1981 nicht in nachgebessertem Zustand zurückerhielt. Mit dem Ablauf der Frist war die Einverständniserklärung also wirksam geworden.

bb) Die Klägerin hat kein Recht, die Vollziehung der Wandelung durch ein in einem streitig geführten Prozeß ergehendes Urteil zu verlangen oder eine außergerichtliche, vergleichsweise Einigung zwischen dem Beklagten und der Firma J. KG von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Die Durchführung eines Prozesses kann sie schon deshalb nicht fordern, weil es am Rechtsschutzbedürfnis für eine Wandelungsklage fehlt, nachdem die Firma J. KG außerhalb des Prozesses ihr Einverständnis erklärt hat. Da die Klägerin ihre Gewährleistungsansprüche vorbehaltlos an den Beklagten abgetreten hatte, war dieser allein berechtigt und nach § 7 des Leasingvertrages auch verpflichtet, Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln gegen die Lieferantin durchzusetzen. Diese Anspruchsverfolgung durfte die Klägerin nicht von der Vereinbarung bestimmter Abwicklungsmodalitäten oder von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. Denn die Firma J. KG hätte sich auf ein etwaiges entsprechendes Verlangen des Beklagten nicht einmal einzulassen brauchen. Der Beklagte wäre also möglicherweise daran gehindert worden, sich einer mangelhaften Leasingsache zu entledigen.

cc) Denkbar wäre allerdings, daß ausnahmsweise die Wandelung des Kaufvertrages im Verhältnis zur Klägerin nicht wirksam war oder der Beklagte sich auf sie nicht berufen konnte, wenn er und die Firma J. KG bewußt

zum Nachteil der Klägerin gehandelt hätten, indem sie sich auf eine Wandelung einigten, obwohl das durch keinen Sachmangel gerechtfertigt war. Nur in diesem Sinne könnte mit dem Berufungsgericht eine Wandelungsvereinbarung wegen fehlender "Sachgerechtigkeit" als unwirksam bezeichnet werden. Diese Frage bedarf aber keiner näheren Erörterung, weil die Klägerin weder die Mangelhaftigkeit der Anlage bezweifelt noch Tatsachen behauptet hat, die auf ein kollusives Verhalten schließen lassen. Für das Gegenteil spricht, daß das Landgericht Düsseldorf in dem Gewährleistungsprozeß in erster Instanz, wenn auch nicht rechtskräftig, nach Beweisaufnahme ausgesprochen hat, die Anlage sei mangelhaft. Auf die vom Berufungsgericht hilfsweise erörterte Frage, ob sich die Klägerin wegen ihrer Beteiligung an der Vergleichsvorbereitung und wegen Inanspruchnahme von Zinszahlungen möglicherweise nicht gegen die Wandelungsvereinbarung wenden dürfe, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

4. Das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung auch die Frage verneint, ob der Klägerin noch Ansprüche auf Vertragsleistungen zustehen könnten, wenn die Wandelung nicht wirksam vereinbart wäre und die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag deshalb nicht fehlte. Diese Ausführungen und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision bedürfen keiner Erörterung mehr, weil davon auszugehen ist, daß die Klägerin wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage Ansprüche auf Leasingraten von Anfang an nicht hatte.

II. Die Klägerin könnte jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verlustes der ihr gehörenden Computeranlage oder wegen Ausbleibens der Kaufpreisrückzahlung haben, wenn der Beklagte diesen Schaden zu vertreten oder ohne Verschulden für ihn einzustehen hätte. Die Voraussetzungen dafür sind aber weder festgestellt noch von der Klägerin substantiiert behauptet.

1. Das Berufungsgericht legt in seiner Hilfsbegründung den Klageantrag dahin aus, die Klägerin wolle im Rechtsstreit nur ihre vertraglichen Leistungsansprüche auf Zahlung von Leasingraten oder Ersatz dafür geltend machen. Das ist nicht zweifelsfrei. Gerade die Anspruchsbegrenzung auf den Anschaffungspreis für die Computeranlage könnte darauf hindeuten, daß die Klägerin mindestens hilfsweise Ersatz für den Verlust der Anlage oder für die nicht geleistete Rückzahlung fordern will.

2. Ein solcher Anspruch könnte auch bestehen, wenn die Klägerin von Anfang an Leasingraten nicht beanspruchen konnte. Denn selbst bei derartiger Fallgestaltung blieb zumindest die Verpflichtung bestehen, bei der Rückabwicklung des Kaufvertrages sorgfältig zu verfahren und auf die Interessen der Klägerin gebührende Rücksicht zu nehmen. Entstand aus der Verletzung dieser Verpflichtung ein Schaden, könnte der Beklagte wegen positiver Vertragsverletzung ersatzpflichtig sein.

3. Feststellungen über eine Sorgfaltspflichtverletzung dieser Art und über einen darauf beruhenden Schaden hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, weil die Klägerin zumindest zur Schadensverursachung keine Tatsachen vorgetragen hat.

a) Mit der Vollziehung der Wandelung entstand die Verpflichtung, die Computeranlage im Wege der Rückabwicklung der Firma J. [REDACTED] KG zu übereignen. Die Lieferantin hatte ein Recht darauf aber nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises (§§ 467, 348 BGB). Hätte es der Beklagte zu vertreten, daß die Anlage an die Lieferantin ohne gleichzeitige Rückzahlung des Kaufpreises ausgehändigt wurde, so wäre er auch für einen daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ein derartiges Verschulden ist jedoch nicht dargetan.

Der Beklagte hatte die Anlage zunächst nicht zwecks Rückgabe der Sache, sondern zwecks Nachbesserung an die Firma J. KG übergeben. Dazu war er nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, weil nach § 7.3 des Leasingvertrages die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche von ihm zu veranlassen war. Die Computeranlage befand sich also bereits im Besitz der Lieferantin, als die Vollziehung der Wandelung am 31. Januar 1981 wirksam wurde. Mangels besonderer Regelung im Vertrage war die weitere Abwicklung der Wandelung - wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 23. Februar 1977 (BGHZ 68, 118, 125 f) bereits ausgesprochen hat - nicht Sache des Beklagten, sondern der Klägerin als der Käuferin und Eigentümerin. Dem Beklagten ist also nicht vorzuwerfen, er habe sich um die rechtzeitige Kaufpreisrückzahlung nicht bemüht und den Verbleib der Anlage nicht überwacht. Ungeklärt ist allerdings, ob er, wie es seine oben erörterte Sorgfaltspflicht erforderte, die Klägerin über die Rückgabe der Sache zur Nachbesserung und über die fruchtlos abgelaufene Nachbesserungsfrist unterrichtet hat, damit sie sich nach der nunmehr vollzogenen Wandelung um die weitere Rückabwicklung kümmern konnte. Dies bedarf jedoch keiner Aufklärung. Denn die Klägerin hat nichts vorgetragen, was die Annahme rechtfertigen könnte, die Nichterfüllung ihres Rückzahlungsanspruchs oder der Verlust der noch in ihrem Eigentum stehenden Computeranlage beruhe gerade auf der nicht oder nicht rechtzeitig erfolgten Mitteilung des Beklagten über die Wandelung. Damit fehlt es an der schlüssigen Darlegung eines vom Beklagten zu vertretenden Schadens.

b) Eines Verschuldensnachweises bedürfte es nicht, wenn der Beklagte unabhängig davon für den entstandenen Schaden einstehen müßte. Die Revision meint - wenn auch in anderem Zusammenhang -, diese Einstandspflicht jedenfalls für den Verlust der Anlage ergebe sich aus § 11 des Leasingvertrages mit der Abwälzung der Gefahr des zufälligen Unterganges auf den Leasing-

nehmer. Es mag dahinstehen, ob mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag dessen § 11 noch weiterhin galt. Soll mit dieser Formularbestimmung eine angemessene Risikoverteilung herbeigeführt werden, kann die Regelung nur dahin verstanden werden, daß sie sich auf den Zeitraum bezieht, in welchem sich das Leasinggut im Einflußbereich des Leasingnehmers befindet. Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut der Klausel, die den Leasingnehmer in § 11.2 verpflichtet, den Leasinggeber bei Verlust oder vorzeitigem Verschleiß der Sache unverzüglich zu unterrichten, was naturgemäß nur möglich ist, solange er die Sache in eigener Obhut hat. Mit der nach dem Verträge berechtigten Rückgabe zum Zwecke der Nachbesserung war die Computeranlage dem Einflußbereich des Beklagten entzogen. Für das spätere Abhandenkommen kann er daher nicht mehr nach § 11 des Vertrages verantwortlich gemacht werden.

4. Da der Anspruch schon dem Grunde nach nicht besteht, bedarf es keines Eingehens mehr auf seine von der Klägerin nicht dargelegte Höhe.

III. Die Revision der Klägerin war unter diesen Umständen mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Groß