

50

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 448; BGB §§ 254 Cb, 320, 363, 536, 537, 539

- a) Zur Zulässigkeit einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO, wenn Anhaltspunkte für die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung nur aus vorprozessualen Rügen der beweispflichtigen Partei hervorgehen.
- b) Ist zwischen den Partnern eines Leasingvertrages über Computer-Hardware streitig, ob ein zum Vertragsinhalt gehörendes Handbuch geliefert worden ist, hat aber der Leasingnehmer die Abnahme der Leasingssache schriftlich und ohne Einschränkung bestätigt, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast für die Unrichtigkeit seiner Erklärung (§ 363 BGB).
- c) Zur Schadensminderungspflicht des Leasinggebers, wenn nach Vertragskündigung wegen Zahlungsverzuges des Leasingnehmers bei freihändiger Veräußerung nur ein erheblich geringerer Preis zu erzielen ist, als der Leasingnehmer zu leisten bereit wäre.
- d) Fehlt das nach dem Inhalt eines Leasingvertrages auch ohne Erwähnung im Vertragstext zur Hauptleistungspflicht gehörige Benutzerhandbuch bei Übelassung der geleasteten Computer-Hardware und bestätigt der Leasingnehmer dennoch den vollständigen Empfang der Leistung, kann er sich nicht auf mangelnden Beginn seiner Mietzahlungspflicht berufen, sondern allenfalls die Einrede aus § 320 BGB erheben (Abgrenzung zu BGH WM 1987, 1131). § 539 BGB ist in diesem Fall nicht anzuwenden. Im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB können die Rechtsgedanken von § 539 BGB jedoch herangezogen werden.
- e) Soweit es wegen Nichtlieferung des Benutzerhandbuchs um die endgültige Verweigerung der Gegenleistung geht, finden nur die Vorschriften der §§ 537 ff BGB Anwendung.

BGH, Urteil v. 5. Juli 1989 - VIII ZR 334/88 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

50

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 334/88

URTEIL

Verkündet am:
5. Juli 1989
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

GE- L GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäfts-
führer Richard B , Dr. K und Dr. L ,
La straße in W ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und -

g e g e n

1. Hans-Joachim P ,
 2. Elke ,
- beide wohnhaft Vor dem La in St ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

WI

50

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 8. November 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht rückständige Leasingraten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Finanzierungsleasingvertrages über einen Personal-Computer geltend.

Die Beklagten, die ein Schreibbüro unterhalten, verhandelten Anfang 1984 mit der Firma BÖ [REDACTED] Da [REDACTED] (im folgenden: Lieferant) über die Beschaffung eines Personal-Computers nebst Drucker und Software. Sie einigten sich mit dem Lieferanten für die Hardware auf das Modell Nokia PC M16BDE (nicht IBM-kompatibel) mit einem Arbeitsspeicher von 256 KB

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](#)

und zwei Diskettenlaufwerken sowie auf einen Typenraddrucker Brother HR 25, ferner für die Software auf vier Anwenderprogramme (Finanzbuchhaltung, Auftragsbearbeitung, Textverarbeitung "Word-Star", spezielles Programm für einen Mitarbeiter der Beklagten). Die Finanzierung sollte im Leasingwege erfolgen. Die Beklagten gingen davon aus, daß die Software bei Bestellung des Computers Nokia PC M16BDE "Bestandteil des Kaufvertrages" gewesen wäre und ein besonderer Kaufpreisanteil dafür nicht hätte entrichtet werden müssen. Der Lieferant hatte ihnen erklärt, Software könne nicht verleast werden. Ob und in welchem Maße der Lieferant an der Vorbereitung des Leasingvertrages beteiligt war, ist zwischen den Parteien streitig.

Nach einem vorangegangenen Telefongespräch übersandte die Klägerin den Beklagten am 13. April 1984 ein bereits teilweise ausgefülltes Antragsformular für den auf unbestimmte Zeit zu schließenden Leasingvertrag. Darin war als Gegenstand nur die Hardware mit Nettoanschaffungspreisen von 13.500 DM für den Computer und 2.400 DM für den Drucker aufgeführt; auf der Basis einer Grundmietzeit von 60 Monaten sollte die Leasingrate monatlich 362,52 DM zuzüglich Mehrwertsteuer betragen.

Am 16. April 1984 stellte der Lieferant den Computer und den Drucker bei den Beklagten auf und lieferte das Textverarbeitungsprogramm; der Umfang der weiteren Auslieferung ist streitig. Die Beklagten unterzeichneten am 30. April 1984 das ihnen zugesandte Leasing-Vertragsformular, und zwar der Erstbeklagte als Vertragspartner und die Zweitbeklagte

als Mithaftende, und sandten es mit einem Begleitschreiben vom 3. Mai 1984 mit der Bemerkung zurück, die Verzögerung beruhe auf "Differenzen mit der Lieferung", sie hätten sich außerdem entschlossen den Drucker zu leasen. Die Klägerin nahm den Antrag am 14. Mai 1984 an, übersandte den Beklagten am gleichen Tag ein Formular für die Abnahmebestätigung und schloß am folgenden Tage den Kaufvertrag über die Hardware mit dem Lieferanten ab, der ihr eine Rechnung dafür bereits unter dem 8. Mai 1984 erteilt hatte. Mit Datum vom 22. Mai 1984 unterzeichneten die Beklagten die "Abnahmebestätigung" für die im Leasingvertrag aufgeführte Hardware u.a. mit der vorgedruckten Erklärung, Beanstandungen hätten sich nicht ergeben. Nach Eingang dieser Erklärung am 24. Mai 1984 zahlte die Klägerin den ihr berechneten Kaufpreis an den Lieferanten und teilte dies den Beklagten mit. Die Zahlung der Leasingraten begann am 1. April 1984.

In der Folgezeit versuchten die Beklagten nach ihren Angaben vergeblich, den Lieferanten zur Behebung bei der Benutzung des Textverarbeitungsprogramms auftretender Mängel und zur Nachlieferung fehlender Handbücher zu veranlassen. Nach zunächst telefonischen Gesprächen wandten sie sich mit einem Schreiben vom 17. Juli 1984 an die Klägerin und erklärten darin u.a.:

Leider müssen wir Ihnen heute mitteilen, daß unser Computer und Drucker bis heute noch nicht vollständig ist, außerdem noch div. zugesagte Dinge, z.B. deutsches Handbuch, deutsche Beschreibung für Wordstar, Programme, fehlen Wir wären sehr dankbar, wenn der o.g. Vertrag storniert werden könnte. Bezgl. der o.g. Gründe müssen wir leider die Einziehungsermächtigung rückgängig machen.

Der Sachbearbeiter der Klägerin erklärte ihnen daraufhin mündlich am 20. Juli 1984, sie sollten sich deswegen an den Lieferanten halten. Dies teilte ihnen die Klägerin auch schriftlich unter dem 23. Juli 1984 mit und trat ihnen die Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten ab. Die Beklagten rügten dementsprechend mit Schreiben vom 23. Juli 1984 gegenüber dem Lieferanten unvollständige Vertragserfüllung und forderten ihn auf, innerhalb von sieben Tagen die fehlenden Programme, eine Abdeckhaube, "Word-Star Beschreibung deutsch, Handbuch für Nokia PC deutsch, Stecker für Verbindungskabel ..." auszuliefern. Die Frist verstrich ergebnislos.

Die Beklagten leisteten bis April 1985 13 Leasingraten und stellten weitere Zahlungen ein. Nach mehreren Zahlungsaufforderungen kündigte die Klägerin deshalb mit zwei Schreiben vom 2. und 4. Oktober 1985 den Leasingvertrag gegenüber beiden Beklagten, die den Computer und den Drucker am 1. April 1986 an die Klägerin zurückgaben. Diese bemühte sich längere Zeit um die Verwertung und verkaufte die Gegenstände schließlich am 10. Oktober 1986 für 350 DM.

Die Klägerin hat von den Beklagten Zahlung von sechs rückständigen Raten für Mai bis Oktober 1985 und von weiteren 42 abgezinsten Raten bis zum ersten vertragsmäßigen Kündigungstermin im April 1989 gefordert, ferner Erstattung von Verwertungskosten abzüglich 90 % des Verwertungserlöses, insgesamt 15.345,39 DM nebst 4,5 % Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank. Landgericht und

Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht hält sowohl den Erfüllungsanspruch auf Zahlung von sechs Leasingraten als auch den Schadensersatzanspruch für die Zeit nach der Vertragskündigung vom 2. und 4. Oktober 1985 für unbegründet, weil den Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Wesentlicher Bestandteil der nach dem Leasingvertrag auf die Hardware beschränkten Gebrauchsüberlassungspflicht sei die Lieferung eines deutschsprachigen Handbuchs gewesen, das den Beklagten jedoch nicht ausgehändigt worden sei. Die Unvollständigkeit der Leistung begründe keinen Mangel der Leasingsache, sondern sei als Teilerfüllung anzusehen, so daß es an einer die Zahlungspflicht der Beklagten auslösenden vollständigen Übernahme der Leasingsache fehle. Die Beklagten hätten sich mit ihrem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 17. Juli 1984 an die richtige Adressatin gewandt und das Fehlen des Handbuchs gerügt. Einer Fristsetzung zur Nachlieferung auch gegenüber der Klägerin habe es nicht bedurft, weil diese die Beklagten fälschlicherweise an den Lieferanten verwiesen habe. Überdies sei der Lieferant zur Nachlieferung nicht imstande gewesen, wie sich aus den Bekundungen der Beklagten und dem späteren Verlauf des Vorgangs ergebe. Die Klägerin

könne schließlich keinen Schadensersatzanspruch aus der unrichtigen Abnahmebestätigung der Beklagten herleiten. Da sie vom Fehlen des Handbuchs seit dem Schreiben der Beklagten vom 17. Juli 1984 gewußt habe, sei es ihre Sache gewesen, sich um die Beschaffung zu bemühen.

Die Revision wendet sich mit Erfolg bereits gegen den Ausgangspunkt dieser Erwägungen, das Handbuch sei nicht geliefert worden.

1. Die Feststellung beruht auf einem Verfahrensfehler, soweit das Berufungsgericht gemeint hat, aufgrund der "vorgelegten Urkunden" und der von Amts wegen angeordneten Parteivernehmung der Beklagten sei bewiesen, daß die Lieferung des Handbuches unterblieben sei. Von Rechtsirrtum ist ferner die Feststellung beeinflusst, soweit es im angefochtenen Urteil heißt, die Klägerin habe die Aushändigung eines Handbuches nicht vorgetragen, so daß sie ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen sei.

a) Die Entscheidung über die Vernehmung einer Partei nach § 448 ZPO obliegt dem Ermessen des Tatrichters und ist im Revisionsverfahren nur daraufhin nachprüfbar, ob die rechtlichen Voraussetzungen verkannt sind oder das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden ist (st. Rspr. z.B. BGH Urteile vom 18. Dezember 1968 - IV ZR 522/68 = VersR 1969, 220 -, vom 1. Februar 1983 - VI ZR 152/81 = NJW 1983, 2033 = LM ZPO § 448 Nr. 6 - und vom 10. März 1988 - III ZR 250/86 = BGHR ZPO § 448 "Ermessensgrenzen 3"). Das Fehlen der rechtlichen Voraussetzungen macht die Revision mit Recht geltend.

Die Parteivernehmung darf von Amts wegen nur angeordnet werden, wenn aufgrund einer vorausgegangenen Beweisaufnahme oder des sonstigen Verhandlungsinhalts wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht, so daß bereits "einiger Beweis" erbracht ist (BGH aaO; ferner BGH Urteil vom 18. Dezember 1964 - V ZR 207/62 = LM ZPO § 448 Nr. 4 = MDR 1965, 287). Das läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Das Berufungsgericht führt keinerlei konkrete, außerhalb der Aussage der Beklagten liegende Tatsachen an, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Nichtlieferung des Handbuchs sprechen. Im Tatbestand der Entscheidung wird zwar ausgeführt, die Parteivernehmung sei angeordnet worden, nachdem durch die vorgelegten Urkunden bereits einiger Beweis erbracht worden sei. Es fehlt aber jeder Hinweis darauf, um welche Urkunden mit welchem Inhalt es sich handeln soll. Nach dem im Tatbestand in Bezug genommenen Parteivortrag und Akteninhalt kann es sich allenfalls um die Schreiben vom 17. und 23. Juli 1984 handeln, in denen die Beklagten gegenüber der Klägerin und dem Lieferanten behauptet haben, das Handbuch sei nicht geliefert worden. Urkundlichen Beweiswert für die Richtigkeit ihres Inhalts haben die Schreiben als Privaturkunden nicht (§ 416 ZPO). Eine schriftliche oder mündliche Reaktion des Lieferanten ist nicht festgestellt und wird von den Beklagten auch nicht behauptet. Die bloße vorprozessuale Behauptung aber kann ohne Hinzutreten weiterer Umstände für sich allein keine Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung begründen. Die Anordnung der Parteivernehmung nach § 448 ZPO ist unter solchen Umständen unzulässig mit der Folge, daß die dennoch herbeigeführte Aussage der Partei der Sachentscheidung nicht zugrunde gelegt werden darf.

b) Ist zwischen den Partnern eines Leasingvertrages über Computer-Hardware streitig, ob ein zum Vertragsinhalt gehörendes Handbuch geliefert worden ist, hat aber der Leasingnehmer - wie hier die Beklagten durch die Abnahmebestätigung vom 22. Mai 1984 - die ihm überlassene Hardware ohne Einschränkung angenommen, so trifft ihn nach § 363 BGB die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß das Handbuch nicht geliefert worden ist. Das gilt unabhängig von der Frage, ob die Nichtlieferung als Teilnichterfüllung des Vertrages zu würdigen ist oder einen Mangel der Mietsache begründet (vgl. für das Mietrecht allgemein BGH Urteil vom 13. Februar 1985 - VIII ZR 154/84 = NJW 1985, 2328 = WM 1985, 542 unter II 2 b; für Leasingverträge vgl. BGH Urteil vom 1. Juli 1987 - VIII ZR 117/86 = NJW 1988, 204 = WM 1987, 1131 unter A II 2 c).

aa) Zu Unrecht meint allerdings die Revision, den Beklagten sei der Beweis für die Nichtlieferung schon deshalb abgeschnitten, weil sie in den Vorinstanzen die Lieferung zugestanden hätten (§ 288 ZPO). Zwar hat der Erstbeklagte nach dem Protokoll des Landgerichts vom 8. April 1987 in der mündlichen Verhandlung erklärt, "die Abnahmebestätigung vom 22. Mai 1984 ging lediglich dahin, daß der Computer (Hardware) ordnungsgemäß geliefert worden sei. Die Software habe lediglich gefehlt". Dieser Formulierung brauchte das Berufungsgericht jedoch nicht zu entnehmen, daß die Lieferung auch eines Hardware-Handbuchs zugestanden werden sollte. Im damaligen Prozeßstadium konzentrierte sich der Streit auf die Frage, ob die Software in den Leasingvertrag einbezogen und ihre Auslieferung von den Beklagten am 22. Mai 1984 bestätigt war. Es spricht nichts dafür, daß der Erstbeklagte

entgegen den früheren Äußerungen in den Schreiben vom 17. und 23. Juli 1984 und in der Klageerwiderung nunmehr die Lieferung des Handbuchs einräumen wollte.

bb) Von der grundsätzlichen Beweispflicht der Beklagten gemäß § 363 BGB geht auch das Berufungsgericht aus. Nicht zugestimmt werden kann jedoch seiner Auffassung, im vorliegenden Fall müsse die Klägerin den Beweis für die Lieferung des Handbuchs deshalb führen, weil andernfalls von den Beklagten ein Beweis für etwas Negatives und damit Unmögliches gefordert werde. Eine allgemeine Beweislastumkehr für den Fall, daß negative Umstände zu beweisen sind, kennt die Zivilprozeßordnung nicht. Vielmehr hat nach ständiger Rechtsprechung derjenige, der sich zur Begründung eines Anspruchs oder eines Gegenrechts auf das Fehlen bestimmter Merkmale berufen will, dies zu beweisen (vgl. z.B. BGH Urteile vom 13. Dezember 1984 - III ZR 20/83 = NJW 1985, 1774 und vom 5. November 1980 - VIII ZR 280/79 = WM 1981, 41). Ob und welche Ausnahmen denkbar sind, wenn die Beweisführung für den damit Belasteten unmöglich, für den anderen Teil jedoch möglich ist, kann dahingestellt bleiben. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß hier von einer Unmöglichkeit der Beweisführung keine Rede sein kann. Der Lieferumfang hätte jedenfalls durch den Lieferanten, möglicherweise auch durch andere Umstände wie Geschäftsunterlagen oder Aussagen von Mitarbeitern der Beklagten aufgeklärt werden können.

2. Da aufgrund des bisherigen Prozeßstoffs nicht feststeht, ob die Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der Nichtlieferung eines Handbuchs geltend machen können, ist die Berechtigung des Zahlungsanspruchs der Klägerin

nicht auszuschließen. Das angefochtene Urteil konnte daher mit der in ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Eine endgültige Sachentscheidung (§ 565 Abs. 3 ZPO) war dem Revisionsgericht nicht möglich. Mit Rücksicht auf die vom Berufungsgericht bisher vertretene, unzutreffende Ansicht über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast muß den Beklagten Gelegenheit gegeben werden, geeigneten Beweis für die Nichtlieferung des Handbuchs anzutreten. Im übrigen ist die von der Klägerin vorgelegte Schadensberechnung und damit die Höhe ihres Anspruchs vom Berufungsgericht bisher nicht geprüft worden. Dasselbe gilt hinsichtlich des vom Landgericht für erheblich gehaltenen Einwands der Beklagten, die Klägerin habe eine ihr zumutbare Schadensminderung unterlassen, indem sie die geleasteten Geräte für nur 350 DM veräußert und nicht den Beklagten angeboten habe. Entgegen der Ansicht der Klägerin könnte darin ein Mitverschulden (§ 254 BGB) liegen, sofern festgestellt werden könnte, die Beklagten hätten einen höheren Preis als 350 DM für die Übernahme der geleasteten Geräte gezahlt, wenn sie ihnen angeboten wären. Zwar hätten die Beklagten in diesem Falle letztlich dasselbe zu leisten gehabt wie bei bloßer Erfüllung des eingeklagten Zahlungsanspruchs. Sie hätten aber einen gewissen Gegenwert in Händen gehabt. Für die Klägerin wäre andererseits der als Schadensersatz zu fordernde Betrag geringer gewesen. Ob allerdings tatsächlich eine reale Möglichkeit für eine in dieser Weise modifizierte Schadensabwicklung bestanden hätte, wird unter Abwägung aller Umstände noch zu würdigen sein.

II. Sollte in der erneuten Verhandlung wiederum festgestellt werden, daß das Handbuch nicht geliefert worden ist, wird folgendes zu beachten sein:

1. War nach den bisherigen auch in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen nur die aus einem Personal-Computer und einem Drucker bestehende Hardware Gegenstand des Leasing-Vertrages, so gehörte dazu auch ohne besondere Erwähnung im Vertragstext das Hardware-Handbuch als wesentlicher Bestandteil der geschuldeten Leistung. Handbücher, auch als Bedienungsanleitungen oder Dokumentationen bezeichnet, enthalten - in Wort oder graphischer Darstellung - eine Beschreibung des - technischen - Aufbaus der Anlage, ihrer Funktionen, gegebenenfalls der Möglichkeiten der Kombination mit anderen Geräten sowie ihrer Veränderung oder Ergänzung. Sie vermitteln die Summe aller Kenntnisse, die erforderlich sind, um die Anlage bedienungsfehlerfrei und zur Verwirklichung des mit ihrer Anschaffung vertraglich vorgesehenen Zwecks nutzen zu können. Sie ergänzen und konservieren schon vorhandenes Wissen des Benutzers über den Gebrauch der Anlage und verleihen der dem Lieferer obliegenden Einweisung in die Gerätehandhabung Dauer. Das verkörperte "Nutzungswissen" löst sich damit von der subjektiven Beziehung zum Lieferanten und wird gleichsam zu einem Teil der Anlage. Die so verstandene Bedeutung für die Benutzbarkeit der Anlage schließt es aus, das Handbuch nur als Zubehör anzusehen (so aber Palandt/Putzo, 48. Aufl. § 459 Anm. 5 d bb) oder die Überlassungspflicht insoweit als (selbständige) Nebenpflicht zu werten, wie dies von Czermin (Anm. zum Urteil des OLG Frankfurt CuR 1986, 270, 272) befürwortet worden ist. Die Lieferung gehört vielmehr zur

Hauptpflicht des Leasinggebers (so im Ergebnis auch LG Mannheim BB 1985, 144; LG Baden-Baden CR 1988, 308; AG Essen CR 1988, 309; OLG Saarbrücken CR 1988, 470; OLG Hamm CuR 1986, 268).

2. Ob die unterbliebene Lieferung des Handbuchs als Mangel der Leasingsache aufzufassen ist (so OLG Frankfurt IuR 1986, 261 = CuR 1986, 270 mit zust. Anm. Graf von Westphalen EWiR § 542 BGB 1/85 S. 465; OLG Frankfurt NJW 1987, 3206 = RDV 1988, 144 = CR 1988, 294; Schneider CR 1989, 193) oder als teilweise Nichterfüllung zu gelten hat, wird in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben können. Als Überlassung einer mangelhaften Leasingsache verstanden, würde das Fehlen des Handbuches Gewährleistungsansprüche auslösen, keinesfalls aber grundsätzlich den Beginn der Mietzahlungspflicht hindern, sondern allenfalls die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB begründen, die neben Rechten wegen Mängeln einer Mietsache geltend gemacht werden kann (BGHZ 84, 42, 45; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl. Rdn. 94; MünchKomm/Emmerich, BGB 2. Aufl. § 320 Rdn. 7, jeweils m.w.Nachw.; kritisch MünchKomm/Voelskow, BGB 2. Aufl. Übersicht vor §§ 537-543, Rdn. 7). Das Fehlen des Handbuches als Teilnichterfüllung gewertet, würde zum gleichen Ergebnis führen.

Anders als in dem durch das Urteil vom 1. Juli 1987 (aaO unter A I 3 a) entschiedenen Fall geht es hier nicht um einen Leasingvertrag über mehrere, in ihrer technischen Funktionsfähigkeit voneinander unabhängige Teile einer nur

zu einem einheitlichen Verwendungszweck zusammengefaßten Mehrheit von Sachen, sondern um ein technisches Gerät, zu dessen Benutzbarkeit - wie oben ausgeführt - das fehlende Handbuch wesentlich, wenn nicht unerläßlich ist. Nimmt der Leasingnehmer in einem solchen Fall in Kenntnis des Fehlens des Handbuchs die Hardware an und bestätigt er überdies den ordnungsgemäßen Empfang der Leasingsache, so kann nicht angenommen werden, die Übergabe sei noch nicht erfolgt. Denn der Leasingnehmer hat zwar nicht die Vollständigkeit der erbrachten Leistung anerkannt (BGH Urteil vom 1. Juli 1987 aaO unter A II 2 b), sich jedoch tatsächlich so verhalten, als sei ihm die Leasingsache vertragsgemäß übergeben. Er kann unter solchen Umständen das Fehlen eines einzelnen Teils, wie hier des Handbuchs, nicht zum Anlaß nehmen, sich nachträglich auf noch nicht eingetretenen Beginn der Mietzeit mit der Begründung zu berufen, die Leasingsache sei nicht (vollständig) übergeben. Ihm bleibt allenfalls die Geltendmachung der Einrede aus § 320 BGB, sofern sein Verhalten - hier die unstreitig erfolgte teilweise Benutzung und die anfängliche Zahlung der Mietraten - dem nicht gemäß § 320 Abs. 2 BGB entgegensteht.

3. Im Falle erneuter Feststellung, daß das Handbuch nicht geliefert wurde, wird zu beachten sein, daß die Einrede nach § 320 BGB einem Mieter - und damit auch einem Leasingnehmer - grundsätzlich nur zusteht, soweit damit die Erfüllung der Leistung des Vertragspartners erzwungen werden soll (BGH Urteile vom 25. Januar 1982 - VIII ZR 310/80 = NJW 1982, 874 = WM 1982, 335 - und vom 4. April 1984 - VIII ZR 313/82 = NJW 1984, 2687 = WM 1984, 933 unter I 4 d; Wolf/Eckert aaO, Rdn. 94). Haben die Beklagten, wie es nach ihrem

Verhalten - insbesondere durch Anschaffung eines anderen Computers - wahrscheinlich ist, auch ihrerseits das Interesse an der Durchführung des Leasingvertrages verloren, können sie ihre Zahlungsverweigerung im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr auf § 320 BGB stützen. Für die Entscheidung wäre allerdings die Einrede aus § 320 BGB auch in einem solchen Falle nicht ohne Bedeutung. Stand sie den Beklagten in dem Zeitraum vor der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung zu, wären sie mit ihren Zahlungen nicht in Verzug und die Kündigung deshalb nicht berechtigt gewesen. Welche Folgerungen sich daraus für das Fortbestehen des Zahlungsanspruchs der Klägerin und für einen eventuell später begründeten Schadensersatzanspruch ergeben, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben. Dabei kann von erheblicher Bedeutung sein, daß den Beklagten nach dem 1. April 1986 der Gebrauch des Computers nicht mehr möglich war, weil die Klägerin ihn an sich genommen hatte. Die rechtlichen Folgerungen aus diesem Vorgang können davon abhängig sein, ob die Rückgabe nur unter dem Druck von der Klägerin geltend gemachter Rechte oder im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt ist.

4. Für die danach wesentliche Frage, ob den Beklagten ab Mai 1985 die Einrede des nichterfüllten Vertrages zustand, wird es auf eine Würdigung ihres Verhaltens im Zeitraum des Vertragsabschlusses und der folgenden Monate ankommen. Nach ihrem eigenen Sachvortrag war ihnen bereits bei Übergabe des Computers bewußt, daß das Handbuch fehlte. Minderungs- oder Schadensersatzansprüche hätten sie, wenn von einem Sachmangel auszugehen wäre, nach § 539 Satz 2 i.V.m. § 464 BGB nur gehabt, wenn sie sich die Geltendmachung des

Mangels vorbehalten hätten. Dabei hätte der Vorbehalt - ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten - auch gegenüber dem Lieferanten erfolgen können, dessen sich - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - die Klägerin hinsichtlich der Übergabe als ihres Erfüllungsgehilfen bedient hatte (BGH Urteil vom 30. September 1987 - VIII ZR 226/86 = NJW 1988, 198 = WM 1987, 1338). Hätten die Beklagten den "Mangel" schon bei Abgabe ihres Vertragsangebotes gekannt, wären Mängelansprüche gemäß § 539 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 537, 538 BGB insgesamt ausgeschlossen. Auf den mit der Einrede aus § 320 BGB zu erzwingenden Erfüllungsanspruch findet § 539 BGB zwar keine Anwendung. Im Rahmen der nach § 320 Abs. 2 BGB ohnehin unter Heranziehung der Grundsätze von Treu und Glauben vorzunehmenden Abwägung können die Rechtsgedanken des § 539 BGB jedoch herangezogen werden, wobei allerdings besondere Rücksicht darauf zu nehmen ist, welches Vertrauen die Beklagten in die Nachlieferung des Handbuchs setzen durften.

Keine Bedenken bestehen gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten sich vertragsgemäß verhalten, als sie nicht der Klägerin, sondern dem Lieferanten mit Schreiben vom 23. Juli 1984 eine Frist zur Nachlieferung setzten. Denn zu dieser Handlungsweise hatte sie die Klägerin ausdrücklich veranlaßt. Bisher unberücksichtigt geblieben sind aber das in der Berufungsinstanz vorgelegte Fernschreiben der Beklagten vom 16. August 1984 und die darin erwähnten Telefongespräche, aufgrund deren die Beklagten ihre Zahlungen wieder aufgenommen haben. Je nach dem Inhalt der Gespräche und etwaiger Vereinbarungen könnte sich

ergeben, daß die Beklagten auf die Nachlieferung des Handbuchs keinen Wert mehr gelegt haben. Wäre dies festzustellen und wären nicht neue Gründe hinzugetreten, könnte den Beklagten verwehrt sein, sich auf § 320 BGB in späterer Zeit zu berufen.

5. Ob für den Fall, daß das Hardware-Handbuch nicht geliefert worden ist, die Beklagten aus anderen Gründen - etwa Verzug oder Unmöglichkeit der Lieferung - der Klägerin nichts schulden, ist offen und nach dem bisherigen Streitstand nicht zu übersehen. Auch das bedarf gegebenenfalls der Aufklärung.

a) Welche Rechtsvorschriften bei Unmöglichkeit der Lieferung eines Handbuchs anzuwenden sind, richtet sich sowohl bei der anfänglichen als auch bei der nachfolgenden Unmöglichkeit danach, ob die "Mietsache" als bereits überlassen anzusehen ist und ob im Falle der Überlassung die Unmöglichkeit auf einem Mangel beruht (Wolf/Eckert, aaO Rdn. 74 m.w.Nachw.). Für den vorliegenden Fall kommt es insbesondere darauf an, was in diesem Sinne als "Mietsache" zu gelten hat. Denn wenn die Computer-Hardware mit dem Handbuch eine Einheit bildet, beeinträchtigt das Fehlen des Handbuchs unmittelbar die Gebrauchsfähigkeit der "Mietsache" und stellt damit einen Sachmangel dar, weil - anders als im Falle des Senatsurteils vom 1. Juli 1987 (aaO unter A I 3 a) - das Handbuch nur eine dem Gesamtverwendungszweck dienende Funktion hat (vgl. oben II 1 a). Unabhängig davon, ob man begrifflich das Fehlen des Handbuchs auch als Teilnichterfüllung bezeichnen könnte, bleibt es im Hinblick auf den speziellen Zweck der mietrechtlichen Sachmängelvorschriften

(Wolf/Eckert aaO) ausschließlich bei den Rechtsfolgen der §§ 537 ff BGB, mithin auch bei den sich aus § 539 BGB ergebenden (vgl. oben II 2 c).

b) Zu demselben Ergebnis führt die Annahme eines eventuellen Verzuges der Klägerin mit der Nachlieferung des Handbuchs. Denn wenn es sich um einen Sachmangel handelte, greifen ebenfalls die §§ 537 bis 539 BGB ein.

6. Der von der Klägerin hilfsweise auf die unrichtige Abnahmebestätigung der Beklagten gestützte Schadensersatzanspruch (vgl. dazu Senatsurteil vom 1. Juli 1987 aaO unter A III 2 und B 2) besteht - wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat - jedenfalls dann nicht, wenn die Klägerin ihre Pflicht zur Nachlieferung des Handbuchs in einer von ihr zu vertretenden Weise nicht erfüllt hat. In diesem Falle beruhte der Schaden nicht mehr auf der an den Lieferanten gerichteten Kaufpreiszahlung, sondern als endgültige Folge ganz überwiegend auf dem eigenen Verhalten der Klägerin (§ 254 BGB).

Anders könnte es sein, wenn die Beklagten durch ihr Verhalten, insbesondere durch die mit der Klägerin geführten Gespräche und das Fernschreiben vom 16. August 1984, berechtigterweise Veranlassung dazu gegeben hätten, daß sich die

Klägerin nicht mehr um die Beschaffung des Handbuchs bemühte. Die insoweit noch zu treffenden Feststellungen und die sich daraus ergebenden Folgen wird das Berufungsgericht zu würdigen haben.

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch