

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB §§ 377, 378

- a) Auf einen Handelskauf, der die Lieferung von Hardware und nicht speziell für den Käufer hergestellter Anwenderprogramme zum Gegenstand hat, sind die Vorschriften der §§ 377, 378 HGB zumindest entsprechend anwendbar.
- b) Bei einem Handelsgeschäft trifft den Käufer die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB grundsätzlich auch dann, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Anweisung des Käufers (hier: des Leasinggebers) an einen nichtkaufmännischen Dritten (hier: den Leasingnehmer) abgeliefert, mit dem der Käufer einen Leasingvertrag über die Ware geschlossen und den er zur Geltendmachung der vertraglichen Ansprüche gegen den Verkäufer ermächtigt hat.
- c) Ohne besondere Abrede trifft den Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber nicht die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB.

BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 22/89 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 22/89

URTEIL

Verkündet am:
24. Januar 1990
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Paulusch, Groß und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 30. November 1988 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger betreibt ein Alten- und Pflegeheim, die Beklagte befaßt sich mit dem Vertrieb von Computersystemen und Zubehör. Im Jahre 1985 überließ die Beklagte dem Kläger eine EDV-Anlage, über die dieser mit der B: I Lea- sing GmbH einen Leasingvertrag schloß. Aus Gründen, über die die Parteien streiten, entschloß sich der Kläger im Jahre 1986, sich von der Beklagten anstelle des vorhandenen Geräts eine gebrauchte Anlage des Systems Fortune liefern zu lassen. Mit Schreiben vom 10. Juli 1986 bestätigte die Beklagte den Lieferumfang: "1 System PS 20 mit 3 Bildschirmen, 1 Mehrplatzbetriebssystem, 1 Basic Interpreter, 1 Drucker NEC P 7 mit Endlostraktor, Softwareprogramme - HEIM, FIBU, LOHN + GEHALT". Nach diesem Schreiben, dem ein "Leasing-Antrag" beigelegt war, sollte die Finanzierung wiederum über die B: I Leasing GmbH (künftig: Leasinggeberin) abgewickelt werden; eine Kopie der Auftragsbestätigung sandte die Beklagte der Leasinggeberin zu. Am 18./23. Juli 1986 schloß der Kläger mit der Leasinggeberin einen Leasingvertrag. Danach sollte das Leasingobjekt durch die Leasinggeberin von dem Lieferanten gekauft werden. Nach Nr. 4 Abs. 1 der auf der Rückseite des Leasingvertrages abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggeberin ermächtigte und bevollmächtigte diese den Leasingnehmer, alle ihr aus den Verträgen mit dem Lieferanten zustehenden Ansprüche, auch solche wegen Gewährleistung, gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen. Die Leasinggeberin zahlte an die Beklagte den Kaufpreis von 65.983,20 DM. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, die nach deren

- vom Kläger bestrittenen - Behauptung ihrer vertraglichen Beziehung zur Leasinggeberin zugrunde lagen, heißt es unter anderem:

"V. Reklamationen

Reklamationen können nur dann Berücksichtigung finden, wenn diese innerhalb von 14 Tagen nach Empfang der Ware schriftlich vorgebracht werden ...

VI. Gewährleistung

Alle Teile, die sich innerhalb von 6 Monaten nach Lieferung wegen fehlerhafter Bauart oder mangelhafter Ausführung als unbrauchbar herausstellen, sind nach unserer Wahl unentgeltlich nachzubessern oder neu zu liefern. Der Besteller ist berechtigt, bei Fehlschlägen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Wandlung oder Minderung zu verlangen ...

Weitergehende Gewährleistungsansprüche, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz wegen unmittelbarer Schäden oder wegen Folgeschäden, sind ausgeschlossen ..."

Am 15. und 18. Juli 1986 lieferte die Beklagte die Anlage an den Kläger aus. Anstelle des - neuen - Druckers NEC P 7, der wegen langer Lieferzeiten des Herstellers noch nicht mitgeliefert werden konnte, wurde dem Kläger vereinbarungsgemäß zunächst ein Drucker Binder 1550 leihweise zur Verfügung gestellt. Ebenfalls am 18. Juli 1986 erklärte der Kläger auf einer vorgedruckten "Übernahme-Bestätigung" gegenüber der Leasinggeberin, die Leasingobjekte "fabrikneu, ordnungsgemäß, funktionsfähig und der Beschreibung im Leasingvertrag sowie allen mit dem Hersteller/Lieferanten getroffenen Vereinbarungen ... entsprechend erhalten und abgenommen" zu haben.

Schriftlich erstmals unter dem 9. September 1986 beanstandete der Kläger gegenüber der Beklagten eine Reihe von angeblichen Fehlern im Programm "Lohn und Gehalt". Am 25. September 1986 trat ein erheblicher Schaden an der Anlage ein, über dessen Ursache die Parteien streiten. Die Beklagte erbrachte Reparaturleistungen am 25. und 26. September 1986. Am 16. Oktober 1986 machte der Kläger fernmündlich weitere angebliche Mängel hinsichtlich des "Heim-Programms" geltend. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1986, dem eine "Checkliste zur Programmabnahme" beigelegt war, übersandte die Beklagte dem Kläger eine Diskette mit von ihr vorgenommenen Änderungen der Programme; hinsichtlich vier einzelner Punkte teilte sie mit, diese ließen sich "besser vor Ort klären". Am 20. Oktober 1986 war eine Programmiererin der Beklagten bei dem Kläger an der Anlage tätig. Weitere Änderungen wurden am 28. Oktober 1986 im Hause der Beklagten vorgenommen. Am 30. Oktober 1986 lieferte die Beklagte den Drucker NEC P 7 nach. Mit Schreiben an die Beklagte vom selben Tage forderte der Kläger die Beklagte auf,

"bis zum 6. November 1986 dafür zu sorgen, daß alle zu Ihrem Lieferumfang gehörenden Geräte sowie Programme in vollem Umfang uns zur Verfügung stehen und vereinbarungsgemäß von uns sachlich sowie gesetzlich vorgeschrieben genutzt werden können."

Die Beklagte antwortete ihm am 3. November 1986,

"daß Sie am 30.10.1986 durch Ihren Herrn I Ihr EDV-System im einwandfreien Zustand übernommen haben. Gleichzeitig erhielten Sie den noch zur Lieferung ausstehenden Drucker NEC P 7. Damit ist

der gesamte Lieferumfang Ihrer EDV-Anlage einschließlich aller Anwendungsprogramme erfüllt

Unsererseits sind sämtliche Leistungen erfüllt und wir setzen Sie hiermit in Verzug."

Mit Anwaltsschreiben vom 17. November 1986 ließ der Kläger unter Hinweis auf die ihm im Leasingvertrag erteilte Ermächtigung die Wandelung des Kaufvertrages über das Fortune-System erklären und stützte sich dabei auf zahlreiche Mängel der Software sowie auf die fehlende Anpassung des neuen Druckers. In ihrer Antwort vom 2. Dezember 1986 erkannte die Beklagte in zwei Punkten Programmfehler an, deren umgehende Prüfung und Behebung sie zusagte. Hinsichtlich des Druckers erklärte sie, er benötige eine Umstellung im Drucksteuerbereich; diese Arbeit sei vollzogen, eine entsprechende Version werde dem Kläger zur Verfügung gestellt.

Mit der am 4. März 1987 bei Gericht eingegangenen Klage verlangt der Kläger aus dem Gesichtspunkt der Wandelung Rückzahlung des Kaufpreises an die Leasinggeberin Zug um Zug gegen Rückgabe der Anlage. Ferner hat er Rückzahlung von ihm für Programmerweiterungen und zusätzliche Arbeiten der Beklagten geleisteter 3.236,51 DM geltend gemacht. Er beruft sich auf zahlreiche - von Anfang an vorhandene - Mängel der Programme "Heim", "Lohn und Gehalt" und "FIBU" sowie auf die unterbliebene Anpassung des Druckers; auch die Programme "Text" und "Datensicherung" seien nicht einsatzfähig gewesen, weil er in ihre Anwendung nie eingewiesen worden sei. Er habe die Mängel seit der Anlieferung der Anlage ständig fernmündlich bei der Beklagten gerügt, deren Nachbesserungsversuche seien allesamt fehlgeschlagen. Der Wandlungsanspruch sei nicht verjährt, weil die Verjährungsfrist wegen

unzureichender Erbringung der von der Beklagten geschuldeten Leistungen und auch mangels Einweisung und Übergabe von Bedienungshandbüchern nicht schon am 18. Juli 1986 zu laufen begonnen habe und im übrigen durch Anerkenntnisse der Mängel durch die Beklagte unterbrochen sowie während der Nachbesserungsarbeiten gehemmt gewesen sei. Die Beklagte hat den größten Teil der Mängel bestritten; drei der gerügten Fehler, so hat sie behauptet, seien auf Eingriffe eines Mitarbeiters des Klägers in die Anlage zurückzuführen. Jedenfalls habe ihr Gelegenheit zur Nachbesserung der erstmals am 9. September 1986 gerügten Mängel gegeben werden müssen; die von ihr nach Lieferung der Anlage durchgeführten Arbeiten hätten sich auf Netzschäden und vom Kläger gewünschte Programmänderungen bezogen. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und eine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährungsfrist, die nach ihrer Auffassung am 18. Juli 1986 zu laufen begonnen hat, bestritten. Zudem habe einer ihrer Mitarbeiter bei dem Verkauf der gebrauchten Anlage mit dem Kläger - was dieser bestreitet - besprochen, daß der Verkauf unter Ausschluß jeder Gewährleistung erfolgen solle. Widerklagend verlangt die Beklagte für ihre Reparaturarbeiten Zahlung von 11.116,50 DM.

Das Landgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte - unter Aufrechterhaltung der Klageabweisung im übrigen - zur Zahlung von 65.983,20 DM Zug um Zug gegen Herausgabe des EDV-Systems und der Softwareprogramme verurteilt. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Leasinggeberin stehe ein Anspruch auf Wandelung des Kaufvertrages zu, den der Kläger aufgrund der ihm erteilten Ermächtigung teilweise geltend machen könne. Auf das Vertragsverhältnis seien die Bestimmungen des Kaufrechts entsprechend anwendbar, weil der kaufvertragliche Charakter des Rechtsgeschäfts gegenüber dem werkvertraglichen deutlich überwiege. Der Kaufgegenstand habe im Zeitpunkt der Übergabe einen nicht unerheblichen - unstreitigen - Fehler aufgewiesen, weil der nachgelieferte Drucker NEC P 7 nicht so angepaßt worden sei, daß im Rahmen des Heimprogramms die verschiedenen Heimlisten hätten ausgedruckt werden können. Ob daneben noch weitere Mängel vorhanden seien, bedürfe keiner Entscheidung.

Der Wandelungsanspruch sei nicht ausgeschlossen, weil der Kläger eine rechtzeitige Mängelrüge unterlassen habe. Zwar habe er die fehlende Anpassung des neuen Druckers vor seiner Wandelungserklärung zu keinem Zeitpunkt konkret gerügt. Dies sei indessen entbehrlich gewesen; denn die Beklagte habe mit ihrem Schreiben vom 3. November 1986 konkludent zum Ausdruck gebracht, daß sie jede weitere Nachbesserung ablehne. Unter diesen Umständen könne dahin-

stehen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten im Verhältnis zur Leasinggeberin Vertragsbestandteil geworden seien und ihre Nr. V der Inhaltskontrolle standhalte. Wegen der Nachbesserungsverweigerung durch die Beklagte sei es auch verfehlt, von dem Kläger die weitere Rüge einzelner Mängel zu fordern. Auch § 377 HGB stehe dieser Beurteilung nicht entgegen. Der Kläger besitze keine Kaufmannseigenschaft, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Bei einem derartigen Finanzierungsleasing widerspreche es dem Grundsatz von Treu und Glauben, den Leasingnehmer als Nichtkaufmann den strengen Vorschriften des Handelsrechts zu unterwerfen, zumal er derjenige sei, der vom Leasinggeber mit der Wahrnehmung der vertraglichen Rechte beauftragt sei. Es komme hinzu, daß die fehlende Anpassung des Druckers der Beklagten bekannt gewesen sei und sie nicht davon habe ausgehen können, der Kläger werde hierauf verzichten und die Leistung wie erbracht genehmigen.

Der Kläger habe der Beklagten auch keine Gelegenheit mehr zur Nachbesserung geben müssen, so daß offenbleiben könne, ob seine Gewährleistungsansprüche - nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten oder nach der Verkehrssitte - zunächst auf eine Nachbesserung beschränkt gewesen seien. Denn in dem von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 3. November 1986 eingenommenen Standpunkt sei ein Fehlschlagen der Nachbesserung zu sehen, so daß der Wandelungsanspruch wiederaufgelebt sei.

Aus § 469 BGB folge, daß sich das Wandelungsrecht auf das komplette Computersystem und nicht etwa nur auf die

unvollständige Software erstrecke. Hard- und Software seien, wie in dem einheitlichen Preis zum Ausdruck komme, als zusammengehörig verkauft worden und ohne Nachteil für den Kläger nicht voneinander zu trennen.

Auf eine Haftungsfreizeichnung könne sich die Beklagte nicht berufen. Die von ihr behauptete Abrede würde sich nur auf solche Mängel beziehen, die ihre Ursache in dem Alter der Anlage hätten. Bei dem Drucker handle es sich um ein fabrikneues Gerät.

Der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises sei auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist habe frühestens am 30. Oktober 1986 mit der Übergabe des neuen Druckers, die erst die Umstellung der Steuerungssoftware erforderlich gemacht habe, zu laufen begonnen und sei mit Zustellung der Klage am 25. März 1987 rechtzeitig unterbrochen worden.

Den Anspruch des Klägers auf Zahlung von 3.236,51 DM habe das Landgericht dagegen zu Recht für unbegründet gehalten.

II. Mit der gegebenen Begründung kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden. Dabei kommt es auf die Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Art des Fehlers, zum Erlöschen eines Nachbesserungsrechts der Beklagten, zum Gesamtwandelungsrecht des Klägers, zur angeblichen Vereinbarung eines Haftungsausschlusses und zur Verjährung des Gewährleistungsanspruchs

zunächst nicht an. Aus dem vom Berufungsgericht angenommenen Mangel der Computeranlage kann der Kläger schon deshalb keinen Anspruch auf Wandelung herleiten, weil die Leasinggeberin entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts die auf diesem Mangel beruhenden Rechte wegen Verletzung ihrer Rügeobliegenheit verloren hat. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dies aus Nr. V der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten folgt, deren Einbeziehung in den Vertrag zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin das Berufungsgericht offengelassen hat und deren Wirksamkeit Bedenken begegnet, weil auch verborgene Mängel von der "Reklamationsfrist" von 14 Tagen nach Empfang der Ware nicht ausgenommen sind (dazu BGH Urteil vom 3. Juli 1985 - VIII ZR 152/84 = WM 1985, 1145 unter III 1 c). Der Verlust der Mängelansprüche der Leasinggeberin, soweit sie mit der unterbliebenen Anpassung des neuen Druckers zusammenhängen, ergibt sich bereits aus der Vorschrift des § 377 Abs. 2 HGB.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht auf das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin, das die Lieferung von Standard-Hardware einschließlich der Betriebssoftware und nicht speziell für das Heim des Klägers hergestellter Anwenderprogramme zum Gegenstand hat, die Vorschriften der §§ 433 ff, 459 ff BGB jedenfalls entsprechend angewendet (BGHZ 102, 135, 140 ff, 145 und BGH Urteil vom 18. Oktober 1989 - VIII ZR 325/88 = WM 1989, 1890 unter II 1 a, jeweils m. Nachw.). Ebenso sind auf einen derartigen Vertrag die Vorschriften der §§ 377, 378 HGB zumindest entsprechend anwendbar (so z.B. auch Heussen BB 1988, 1835; Graf von Westphalen BB 1990, 1, 3 f).

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kaufvertrag von vornherein zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin zustande gekommen ist. Das wird von der Revision als ihr günstig nicht beanstandet und läßt Rechtsfehler nicht erkennen, zumal schon nach der "Auftragsbestätigung" der Beklagten vom 10. Juli 1986 die Abwicklung der Finanzierung durch die Leasinggeberin vorgesehen war und dem Kläger zugleich ein "Leasing-Antrag" übersandt wurde, nach dessen Inhalt die Leasinggeberin die Anlage von der Beklagten kaufen sollte. Da beide Vertragsparteien Kaufleute sind und das Geschäft zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört, liegt ein Handelsgeschäft im Sinne der §§ 343 Abs. 1, 377 Abs. 1 HGB vor. Hieran und an der Anwendbarkeit der §§ 377, 378 HGB ändert nichts, daß die Computeranlage an den nichtkaufmännischen Kläger ausgeliefert und dieser von der Leasinggeberin ermächtigt wurde, die vertraglichen Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen (ebenso Graf von Westphalen aaO 4 ff und WuB I J 2. - 1.90; wohl auch Staub/Brüggemann, GroßKomm. z. HGB, 4. Aufl., § 377 Rdnr. 13 a.E.).

a) Anders, als dies einige Formulierungen im Berufungsurteil glauben lassen könnten, geht es nicht darum, ob ein Leasingvertrag unter § 377 HGB fällt oder ob auf den Leasingnehmer die strengen handelsrechtlichen Vorschriften angewendet werden dürfen. Die Obliegenheit zur Rüge gegenüber der Beklagten traf die Käuferin/Leasinggeberin, und allein die Anwendbarkeit der §§ 377, 378 HGB auf sie und auf den von ihr mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag und damit die Erhaltung oder der Ausschluß ihrer Gewährleistungsansprüche steht in Frage. Nach der Rechtsprechung des

erkennenden Senats bedient sich der Käufer/Leasinggeber in Bezug auf die Abnahme der Kaufsache in seinem Verhältnis zum Verkäufer des Leasingnehmers als Erfüllungsgehilfen, so etwa, wenn er bestimmt, die Abnahme des gekauften Gegenstandes erfolge durch den Leasingnehmer an dem von diesem angegebenen Bestimmungsort (BGHZ 90, 302, 309). Das rechtfertigt es indessen nicht, die den Käufer und Leasinggeber aufgrund seines Kaufvertragsschlusses treffenden Pflichten und Obliegenheiten in ihrem Bestand und Umfang nur deshalb zu verändern, weil er bei der Abnahme einen Nichtkaufmann zu Hilfe zieht. Die Pflichten und Obliegenheiten eines Schuldners beurteilen sich grundsätzlich aus seiner Person und seiner vertraglichen Beziehung zum Gläubiger, nicht aus der Person des Erfüllungsgehilfen. Auch aus der Sicht des Lieferanten ist nicht einzusehen, daß er gegenüber seinem kaufmännischen Vertragspartner nur deshalb den Schutz des § 377 HGB verlieren sollte. Die Vorschriften über die Mängelrüge tragen in erster Linie den Belangen des Verkäufers Rechnung, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen, wodurch zugleich dem allgemeinen Interesse an einer raschen Abwicklung der Rechtsgeschäfte im Handelsverkehr entsprochen wird (BGH Urteil vom 27. März 1985 - VIII ZR 75/84 = WM 1985, 834 unter 3 b cc β; BGHZ 101, 337, 345). Der Charakter des vorliegenden Kaufs als eines Handelsgeschäfts ändert sich nicht dadurch, daß der Abkäufer die Kaufsache zum Gegenstand eines Leasingvertrages macht und bei der Abnahme einen nichtkaufmännischen Leasingnehmer einschaltet. Das zeigt im übrigen der Vergleich mit dem sog. Streckengeschäft. Hier ist anerkannt,

daß der weiterverkaufende Zwischenhändler die Untersuchung des Kaufobjekts zwar seinem Abnehmer überlassen darf, dann aber auch dafür zu sorgen hat, daß der Abnehmer ihn so bald wie möglich von Mängeln unterrichtet; bei einer vermeidbaren Verzögerung der Mängelanzeige muß sich der Zwischenhändler den aus § 377 Abs. 2 HGB folgenden Rechtsnachteil von seinem Verkäufer entgegenhalten lassen (RGZ 96, 13, 14 f; RG LZ 1917 Sp. 795; BGH Urteile vom 17. September 1954 - I ZR 62/53 = BB 1954, 954 und vom 29. März 1978 - VIII ZR 245/76 = WM 1978, 725 unter III). Erfolgt die Durchlieferung an einen nichtkaufmännischen Abnehmer, bleibt es nach - soweit ersichtlich - allgemeiner Meinung Sache des kaufmännischen Zwischenhändlers, für eine unverzügliche Untersuchung und Mängelanzeige durch den nichtkaufmännischen Abnehmer zu sorgen (z.B. RGZ 102, 91; Staub/Brüggemann aaO § 377 Rdnr. 38, 111; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 377 Rdnr. 75; K. Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., S. 722 f; Padeck Jura 1987, 454, 455).

b) Die vom Berufungsgericht genannten Gesichtspunkte vermögen das Ergebnis nicht in Frage zu stellen.

aa) Es ist zwar richtig, daß die Beklagte von dem geplanten Abschluß des Leasingvertrages Kenntnis hatte und auch davon wußte, daß der Kläger ein Alten- und Pflegeheim betreibt. Selbst wenn dies das Wissen von der fehlenden Kaufmannseigenschaft des Klägers umfaßte, hatte die Leasinggeberin, die mit dem Kläger den Leasingvertrag schließlich geschlossen hat, doch denselben Kenntnisstand (zutreffend Graf von Westphalen BB 1990, 1, 6, 7). Geht es um den

Ausschluß von Gewährleistungsrechten wegen einer unterlassenen oder verzögerten Untersuchung des unmittelbar an den Leasingnehmer ausgelieferten Kauf- und Leasinggegenstandes gemäß § 377 HGB, so muß sich der Leasinggeber als Rechtsinhaber diesen Umstand zurechnen lassen. Die kaufrechtlichen Beziehungen zwischen Lieferant/Verkäufer und Leasinggeber/Käufer können eine inhaltliche Änderung nicht deshalb erfahren, weil der Leasinggeber aus Gründen der vereinfachten Vertragsabwicklung den Kaufgegenstand (das Leasingobjekt) zur Erfüllung der aus dem Leasingvertrag folgenden Gebrauchsüberlassungspflicht direkt dem Leasingnehmer ausfolgen läßt. Das wäre auch dann nicht anders, wenn - abweichend vom vorliegenden Fall - der Kaufvertrag zunächst zwischen dem Lieferanten und dem späteren Leasingnehmer geschlossen wird und sodann der Leasinggeber in diesen Kaufvertrag als Käufer "eintritt", und zwar gleichviel, ob eine derartige Vertragsübernahme durch Aufhebung des alten und Abschluß eines neuen Kaufvertrages, durch dreiseitigen Vertrag oder durch zweiseitige Vereinbarung unter Zustimmung des dritten Teils zustande kommt (dazu BGHZ 95, 88, 93 ff). Für die erste Alternative bedarf dies keiner näheren Begründung. Aber auch in den letzten beiden Fällen führt die Auswechselung des Käufers - ungeachtet der aufrechterhaltenen "Identität" des Vertrages (BGHZ aaO 94) - dazu, daß aus dem bisher mit einem Nichtkaufmann geschlossenen Vertrag ein Handelskauf mit dem kaufmännischen Leasinggeber wird, den nunmehr die Rügeobliegenheit des § 377 HGB trifft.

bb) Unbehelflich ist weiter die Überlegung des Berufungsgerichts, der Leasinggeber habe den Kläger - unter-

stelltermaßen mit Wissen der Beklagten - mit der Wahrnehmung seiner vertraglichen Rechte beauftragt. Auch dies verändert den Inhalt dieser Rechte bzw. der mit ihm verbundenen Obliegenheiten nicht. Selbst bei einer Abtretung - und erst recht bei einer Ermächtigung zur klageweisen Geltendmachung - bleibt der abgetretene Anspruch in seinem bisherigen Umfang und mit seinem bis dahin bestehenden Inhalt unverändert erhalten.

cc) Schließlich handelt die Beklagte mit ihrer Berufung auf die Verletzung der Rügeobliegenheit auch nicht deshalb treuwidrig, weil ihr die fehlende Anpassung im Drucksteuerbereich bekannt war und sie mit einem Verzicht der Gegenseite auf diese Leistung nicht rechnen konnte. Die Vorschrift des § 377 Abs. 5 HGB zeigt, daß dem Verkäufer nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels (dazu unten II 4 c), nicht schon bei bloßer Kenntnis hiervon, die Berufung auf die Rügeversäumnis verwehrt ist (dazu vgl. BGH Urteil vom 25. September 1985 - VIII ZR 175/84 = WM 1985, 1418 unter II 2 b bb). Von einem treuwidrigen Verhalten der Beklagten kann hier um so weniger gesprochen werden, als sie die fehlenden Arbeiten sofort nach der Wandelungserklärung des Klägers nachgeholt hat.

c) Auch andere Überlegungen können nicht zur Unanwendbarkeit der §§ 377, 378 HGB führen.

aa) Anhaltspunkte dafür, daß die Leasinggeberin und die Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrages die §§ 377, 378 HGB - wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat

hat vortragen lassen - stillschweigend abbedungen haben (dazu Graf von Westphalen aaO 4 f), sind von dem Kläger nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Wollte man eine derartige konkludente Vereinbarung allein aus dem - dem Lieferanten bekannten - Umstand entnehmen, daß der Leasinggeber die Sache kauft, um über sie einen Leasingvertrag mit einem nichtkaufmännischen Leasingnehmer zu schließen, so liefe dies auf eine Fiktion hinaus (zutreffend Graf von Westphalen aaO 5). Es kommt hinzu, daß der Kläger zwar die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten in den Kaufvertrag mit der Leasinggeberin, nicht aber den weiteren Vortrag der Beklagten bestritten hat, sie habe schon vorher zahlreiche Kaufverträge mit der Leasinggeberin auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen - auf die im Leasingvertrag im übrigen ausdrücklich verwiesen wird (Nr. 1 Satz 3 auf der Vorderseite des Formulars) - geschlossen. Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Nr. V dieser Geschäftsbedingungen (dazu oben II vor 1) ergibt sich aus dieser Klausel jedenfalls, daß die Beklagte die Vorschrift des § 377 HGB nicht ersatzlos abbedingen wollte.

bb) Auch zu einer sog. teleologischen Reduktion der Vorschrift des § 377 HGB für Fallgestaltungen wie die gegebene besteht kein Anlaß. Es kann keine Rede davon sein, daß hier ein Gebot der Gerechtigkeit es erfordere, Ungleiches - also den vorliegenden Sachverhalt gegenüber einem "normalen" Handelskauf - ungleich zu behandeln und so eine von der Wertung her gebotene Differenzierung vorzunehmen (dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 378). Wie bereits ausgeführt (oben II 2 a),

unterscheidet sich die Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin in nichts von einem gewöhnlichen Handelskauf; daß der kaufmännische Käufer mit der Kaufsache einen Vertrag mit einem Nichtkaufmann erfüllen will, ist nichts Besonderes und rechtfertigt nicht die Beurteilung, die Vorschrift des § 377 HGB "passe" hier nicht. Vor allem fehlt es an einem Schutzbedürfnis sowohl des Leasinggebers als auch des Leasingnehmers:

α) Der Leasinggeber mag den Leasingnehmer unter Hinweis auf seine eigene Kaufmannseigenschaft und die ihn treffende Rügeobliegenheit vertraglich zur unverzüglichen Untersuchung und Mängelanzeige anhalten, wie es auch beim Streckengeschäft seitens des Zwischenverkäufers gegenüber dem nichtkaufmännischen Abnehmer zu geschehen hat. Er kann auch durch Vereinbarung mit dem Lieferanten die Vorschrift des § 377 HGB abzubedingen versuchen. Inwieweit das eine oder andere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann (dazu Graf von Westphalen aaO 5), bedarf keiner Erörterung. Ist das nicht möglich und kann der Leasinggeber auch eine Individualabrede mit dem Lieferanten oder dem Leasingnehmer nicht durchsetzen, so ist er - wie andere Käufer auch - zur Vermeidung des aus § 377 Abs. 2 HGB folgenden Rechtsnachteils gehalten, die Kaufsache selbst zu untersuchen oder notfalls unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe untersuchen zu lassen.

β) Der Leasingnehmer ist zwar nach § 545 Abs. 1 BGB verpflichtet, am Leasingobjekt während der Vertragsdauer auftretende Schäden dem Leasinggeber rechtzeitig anzuzeigen

(BGH Urteil vom 17. Dezember 1986 - VIII ZR 279/85 = WM 1987, 349 unter III 2 a; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl., Rdnr. 500). Ihn trifft aber aus dem Leasingvertrag - ohne besondere Abrede - keine Rügeobliegenheit nach § 377 HGB (ebenso z.B. Staub/Brüggemann aaO § 377 Rdnr. 13), erst recht nicht, wenn er kein Kaufmann ist. Kommt es in einem solchen Fall zu einem Ausschluß der Mängelansprüche nach § 377 Abs. 2 HGB, weil der Leasinggeber den Mangel nicht rechtzeitig rügt, so bleibt der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber geschützt, wobei dahinstehen kann, ob dies mit einem Wiederaufleben der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers (so wohl Graf von Westphalen aaO 5) oder mit einem Anspruch des Leasingnehmers aus positiver Vertragsverletzung zu begründen ist und ob dies auch dann gelten kann, wenn der Leasingnehmer von der Kaufmannseigenschaft des Leasinggebers und dessen Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge wußte oder wissen mußte. Hat der Leasingnehmer dagegen im Leasingvertrag wirksam die Pflicht übernommen, das Leasingobjekt unverzüglich zu untersuchen und etwaige Mängel dem Leasinggeber anzuzeigen, so geschieht ihm bei Verletzung dieser Pflicht mit dem Ausschluß des ihm abgetretenen Gewährleistungsanspruchs kein Unrecht.

3. Nach allem sind die §§ 377, 378 HGB entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts anwendbar. Eine Falschliefierung im Sinne des § 378 HGB liegt nicht vor. Sie ist nur gegeben, wenn die gelieferte Ware einer anderen als der geschuldeten Gattung entstammt (BGH Urteil vom 16. Mai 1984 - VIII ZR 40/83 = WM 1984, 1059 unter II 2 b). Dem Umstand,

daß die Betriebssoftware nach Lieferung des neuen Druckers im Drucksteuerbereich einer Anpassung bedurfte, kommt diese Bedeutung nicht zu.

4. Die Voraussetzungen des § 377 Abs. 1, 2 HGB sind erfüllt.

a) Bei der fehlenden Anpassung der Betriebssoftware handelt es sich um einen offenen Mangel. Der Kläger trägt selbst vor, der nachgelieferte Drucker habe unbrauchbare Ausdrücke erstellt, wie sie der Kläger auch zu den Akten gereicht hat. Ein Probelauf des am 30. Oktober 1986 angelieferten Druckers hätte diesen Fehler sogleich zu Tage gebracht.

b) Weder die Leasinggeberin noch der Kläger haben diesen Mangel unverzüglich gerügt.

aa) Das ganz allgemein gehaltene Schreiben des Klägers vom 30. Oktober 1986 läßt Art und Umfang der fraglichen Be-
anstandung in keiner Weise erkennen (dazu BGH Urteil vom 22. Mai 1985 - VIII ZR 140/84 = WM 1985, 975 unter I 7 m.Nachw.). Daß die Beklagte, wie das Berufungsgericht ausführt, von der fehlenden Anpassung im Drucksteuerbereich wußte, machte - wie sich wiederum aus § 377 Abs. 5 HGB ergibt - die Rüge nicht entbehrlich, zumal es in der Zeit vor Anlieferung des Druckers zwischen den Parteien um eine Vielzahl anderer - angeblicher - Mängel ging.

bb) Die im Anwaltsschreiben vom 17. November 1986 enthaltene Mängelrüge erfolgte nicht mehr "unverzüglich" (§ 377

Abs. 1 HGB) nach der Ablieferung des neuen Druckers am 30. Oktober 1986 (zu einer zweiwöchigen Verzögerung vgl. auch BGHZ 93, 338, 348). Auch die 14-Tage-Frist nach Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ist - wäre auf sie abzustellen - nicht eingehalten.

c) Ein arglistiges Verschweigen des Mangels durch die Beklagte (§ 377 Abs. 5 HGB) hat der Kläger nicht behauptet und das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es ergibt sich nicht aus den Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagten sei die fehlende Anpassung des Druckers hinlänglich bekannt gewesen, sie habe mit einem Verzicht des Klägers hierauf und mit einer Genehmigung der erbrachten Leistung nicht rechnen können. Gerade angesichts des offensichtlichen und offenbar unschwer zu behebenden Mangels konnte die Beklagte mit einer Rügeversäumnis nicht rechnen (dazu Senatsurteil vom 25. September 1985 aaO unter II 2 b bb m.Nachw.); allein ihre Kenntnis von der noch fehlenden Anpassung im Drucksteuerbereich reicht für die Annahme eines arglistigen Verschweigens des Fehlers nicht aus.

d) Einen Verzicht der Beklagten auf die aus § 377 Abs. 2 HGB sich ergebenden Rechtsfolgen, wie ihn der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat geltend machen lassen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 2. Dezember 1986 Nachbesserung angeboten hat, kann als Verzicht auf den Verspätungseinwand zu verstehen sein (BGH Urteil vom 29. März 1978 - VIII ZR 245/76 = WM 1978, 725 unter IV 2); zwingend ist dieses

Verständnis hier schon deshalb nicht, weil die Beklagte in dem genannten Schreiben mehrfach das Unterlassen der Mängelrüge beanstandet und der Kläger sich auf eine Auslegung des Verhaltens der Beklagten im Sinne eines Verzichts auf den Verspätungseinwand in den Tatsacheninstanzen nie berufen hat.

III. Der erkennende Senat vermag nicht in der Sache selbst zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO).

1. Mit anderer Begründung läßt sich das angefochtene Urteil schon deshalb nicht aufrechterhalten, weil es das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt her folgerichtig - an jeder Feststellung weiterer Mängel der Computeranlage hat fehlen lassen, die nach der Behauptung des Klägers vorliegen und die er rechtzeitig gerügt haben will. Diesen Behauptungen des Klägers wird das Berufungsgericht nachgehen müssen.

2. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Sache andererseits auch nicht im Sinne einer Klageabweisung entscheidungsreif.

a) Es steht nicht fest, daß der Kläger deshalb noch nicht die Wandelung verlangen durfte, weil die Beklagte noch zur Nachbesserung berechtigt war.

aa) Offen ist bisher, ob dem Beklagten ein Recht zur Nachbesserung überhaupt zustand. Kommt es darauf an, wird

das Berufungsgericht klären müssen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, nach deren Nr. VI Abs. 1 ein Nachbesserungsrecht des Lieferanten besteht, in den Vertrag mit der Leasinggeberin einbezogen worden sind. Ist dies nicht der Fall, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob nach der Natur des Vertrages der Beklagten ein Nachbesserungsrecht einzuräumen ist (dazu BGHZ 102, 135, 144).

bb) Ein Nachbesserungsrecht der Beklagten wäre entfallen, wenn sie die Nachbesserung verweigert hat (z.B. Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl., § 11 Nr. 10 b Rdnr. 44 m.Nachw.). Entgegen den Angriffen der Revision erscheint die tatrichterliche Beurteilung des Schreibens der Beklagten vom 3. November 1986 nicht gänzlich unvertretbar und damit rechtsfehlerhaft. Denn auch angesichts des Umstandes, daß weder in diesem Schreiben noch in der Aufforderung des Klägers vom 30. Oktober 1986, alle Geräte und Programme vereinbarungsgemäß zur Verfügung zu stellen, von dem Drucker und einer Anpassung im Drucksteuerbereich die Rede ist, ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, die allgemeine Erklärung des Verkäufers, nichts mehr zu schulden, als Ablehnung jedweder Nachbesserung zu verstehen. Das Berufungsgericht ist nach Zurückverweisung der Sache gleichwohl nicht gehindert, seine Auslegung des Schreibens vom 3. November 1986 einer erneuten Prüfung unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Revisionsbegründung zu unterziehen.

cc) Gelangt das Berufungsgericht dabei zu einem anderen Verständnis dieses Schreibens als bisher, so wird es gegeb-

nenfalls dem Vorbringen des Klägers nachgehen müssen, nach etlichen fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuchen der Beklagten sei ihm bzw. der Leasinggeberin eine weitere Nachbesserung nicht zuzumuten (dazu z.B. Hensen aaO Rdnr. 42, 45, 46).

b) Ein etwaiger Wandelungsanspruch wegen der weiteren vom Kläger behaupteten Mängel ist nicht verjährt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Verjährungsfrist habe frühestens am 30. Oktober 1986 zu laufen begonnen, bekämpft die Revision vergebens. Ihr ist zwar einzuräumen, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht hinreichend klar erkennen lassen, ob es den am 30. Oktober 1986 gelieferten Drucker für mangelhaft hält oder den Fehler in der unterbliebenen Anpassung der am 18. Juli 1986 gelieferten Steuerungssoftware sieht. Ebenso trifft es zu, daß nach dem Vortrag beider Parteien der Mangel im Softwarebereich anzusiedeln ist; dafür spricht auch, daß die Beklagte nach ihrem Schreiben vom 2. Dezember 1986 die Anpassung in ihrem Hause nachgeholt haben will, ohne den am 30. Oktober 1986 dem Kläger gelieferten Drucker wieder in Besitz genommen oder bei dem Kläger an ihm gearbeitet zu haben. Das führt indessen nicht dazu, wie die Revision meint, daß der Lauf der Verjährungsfrist bereits am 18. Juli 1986 begonnen hat. Denn damit war weder die Computeranlage insgesamt noch die Steuerungssoftware im besonderen im Sinne des § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB "abgeliefert". Denn das Berufungsgericht stellt ohne Angriff der Revision fest, daß erst die Übergabe des neuen Druckers die Umstellung der Steuerungssoftware erforderlich gemacht hat. War aber die Steuerungssoftware bei Übergabe am

18. Juli 1986 in einem Zustand, der ihre spätere Anpassung an den noch nicht mitgelieferten, aber vertraglich geschuldeten neuen Drucker notwendig machte, so war sie noch nicht in einer Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt, daß dieser sie untersuchen konnte (dazu BGHZ 93, 338, 345). Erst mit der Anlieferung des neuen Druckers am 30. Oktober 1986 war die Lage erreicht, daß der Käufer das "Zusammenpassen" von Steuerungssoftware und Drucker zu überprüfen imstande war, und damit die Computeranlage "abgeliefert". Die im März 1987 erhobene Klage hat somit die sechsmonatige Verjährungsfrist rechtzeitig unterbrochen.

c) Die von der Beklagten behauptete individualvertragliche Haftungsfreizeichnung hat nicht den Ausschluß des Wandelungsanspruchs zur Folge, ohne daß es auf die vom Berufungsgericht gegebene Begründung und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision ankommt. Denn die Beklagte hat lediglich vorgetragen, daß die Vereinbarung mit dem Kläger, nicht auch, daß sie mit der Leasinggeberin oder von dem Kläger für die Leasinggeberin getroffen worden sei. Auch einen darauf gerichteten Hinweis des Klägers hat die Beklagte nicht zum Anlaß genommen, ihren Vortrag zu ergänzen.

d) Solange nicht feststeht, auf welche - rechtzeitig gerügten - Mängel welcher Teile der Anlage ein Wandelungsanspruch gestützt werden kann, sieht der erkennende Senat eine abschließende Stellungnahme zu den Ausführungen des Berufungsgerichts zu einem Gesamtwandelungsrecht nach § 469 BGB nicht veranlaßt. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht seinen Standpunkt unter Berücksichtigung der von der

Revision vorgetragenen Bedenken, der Beweislast des Klägers (dazu z.B. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. I, § 469 Rdnr. 1 m.Nachw.) und der Anforderungen, die im Senatsurteil BGHZ 102, 135, 148 ff an die Feststellung der Voraussetzungen eines Gesamtwandelungsrechts gestellt werden, zu überprüfen haben.

Wolf

Groß

Dr. Skibbe

Dr. Hübsch

Dr. Paulusch