

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AGBG § 9 Bb, Cf; BGB §§ 535, 537, 1191; ZPO §§ 282 (Beweislast), 767, 794 Abs. 1 Nr. 5

- a) Bei wirksamer Freizeichnung von mietrechtlicher Mängelhaftung unter Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche ist der Leasinggeber an die vollzogene Wandelung des Kaufvertrages auch dann gebunden, wenn sie auf einem Versäumnisurteil gegen den Lieferanten beruht (im Anschluß an BGHZ 81, 298).
- b) Auch im kaufmännischen Verkehr ist eine AGB-Klausel unwirksam, durch die sich der Leasinggeber, der sich von mietrechtlicher Mängelhaftung freigezeichnet hat, die Wandelungsfolgen im Leasingverhältnis ausschließen will, wenn nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche Leasingnehmer und Lieferant eine Wandlungsvereinbarung treffen oder wenn Mängel tatsächlich nicht vorlagen. Dasselbe gilt für eine Klausel, durch die der Leasinggeber das Risiko der Insolvenz des Lieferanten bei erfolgreicher Wandelung des Kaufvertrages auf den Leasingnehmer abwälzen will.
- c) Der Leasingnehmer, der sich mit der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aus einer in notarieller Urkunde bestellten Sicherungsgrundschuld für die Ansprüche aus dem Leasingvertrag nach vollzogener Wandelung des Kaufvertrages wehren will, hat darzulegen und zu beweisen, daß der Anspruch des Leasinggebers auf Nutzungsentschädigung für zeitweiligen Gebrauch des Leasinggutes nicht vom Sicherungszweck der Grundschuld erfaßt wird.

BGH, Urteil vom 13. März 1991 - VIII ZR 34/90 - OLG Koblenz

LG Bad Kreuznach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 34/90

URTEIL

Verkündet am:
13. März 1991
Hochstein,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1991 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Groß und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 20. Dezember 1989 aufgehoben.

Die Sache wird 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:

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde vom 30. Januar 1985 über die Bestellung einer Grundschild an ihrem Hausgrundstück in Höhe von 120.000 DM nebst 16 % Zinsen seit dem 30. Januar 1985 sowie Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschildbetrag.

Die Grundschild sollte unstreitig zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten als Leasinggeberin aus einem am 1. Februar 1985 zwischen den Parteien geschlossenen Vollamortisations-Leasingvertrag über einen LKW "IVECO" 190 PC 35 dienen. Der Vertrag wurde auf 43 Monate abgeschlossen. Er nennt für den LKW einen Kaufpreis von 120.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und führt als Lieferantin die Firma "Auto-Center Lorientallee 14 L." auf. Die monatlichen Leasingraten sollten 4.168,29 DM betragen. In § 3 der vereinbarten Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten heißt es:

"Gewährleistung/Haftung der W & P (Beklagte)

Eine Haftung der W & P für die nicht rechtzeitige oder fehlerhafte Lieferung oder ein sonstiges irgendwie geartetes Verschulden des Lieferanten ist ausgeschlossen.

Für Sach- und Rechtsmängel des Leasingobjektes leistet W & P nur in der Weise Gewähr, daß sie mit Abschluß dieses Leasingvertrages ihre Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Lieferanten, die Vorlieferanten, den Hersteller oder einen sonstigen Dritten an den Leasingnehmer hiermit abtritt. Der Leasingnehmer nimmt die

Abtretung dieser Ansprüche an. Die Gewährleistungsansprüche umfassen auch das Recht auf Wandelung (Rückgängigmachung des Vertrages) und auf Minderung (Herabsetzung der Vergütung).

Es ist Sache des Leasingnehmers, die ihm abgetretenen Ansprüche unter fortlaufender Unterrichtung der W & P fristgerecht geltend zu machen.

Weitergehende Ansprüche und Rechte des Leasingnehmers gegen W & P - insbesondere solche gem. §§ 536 ff BGB - sind ausgeschlossen.

Sollten die Ansprüche aus vollzogener Wandelung oder Minderung gegen den Lieferanten/Hersteller nicht durchsetzbar sein, geht dieses Risiko (Bonitätsrisiko für Lieferant/Hersteller) ausschließlich zu Lasten des Leasingnehmers, der den Lieferanten ohne Mitwirkung des Leasinggebers ausgewählt hat. Der Leasinggeber hat dann gegen den Leasingnehmer einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe des von ihm an den Lieferanten/Hersteller gezahlten Kaufpreises. Ein etwaiger Anspruch des Leasingnehmers gegenüber W & P auf Rückerstattung bereits gezahlter Leasinggebühren ist ausgeschlossen.

Eine Wandelung oder Minderung des Kaufvertrages entfaltet dann auf den Leasingvertrag keine Rechtsfolgen, wenn der Leasingnehmer und der Lieferant/Hersteller nach Verjährung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche einen Wandelungsvertrag abschließen oder die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Wandelung (z.B. das Leasingobjekt ist nicht mangelhaft) nicht vorliegen.

..."

Ebenfalls vom 1. Februar 1985 datieren (unter wechselnder Bezeichnung des Adressaten bzw. Absenders auf Seiten des Autocenters) eine "Bestellung" der Beklagten für den im Leasingvertrag bezeichneten LKW zum Preise von 120.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, eine Rechnung für einen LKW "IVECO"

190 PC 35 mit Fahrgestell-Nr. 4900070 841 über 136.800 DM an die Beklagte, und ein Verrechnungsscheck der Beklagten über diese Summe an die Firma "Auto-Center".

Am 12. Februar 1985 wurde ein LKW "IVECO" 190 PC 35 mit der Fahrgestell-Nr. 4900070 841 erstmals zum Verkehr zugelassen. Die Kläger bestellten am 13. Februar 1985 einen gebrauchten Anhänger "Wackenhut" A 22 für 25.080 DM bei der Firma "A. Kfz-Reparatur + Handels-GmbH Lorientallee 14 L.". Den (bereits beladenen) LKW mit Anhänger übernahm der Kläger, der auf eigene Rechnung Transporte gemeinsam mit einem Spediteur S. ausführen wollte, am 20. Februar 1985 auf dem Gelände Lorientallee 14 in L..

In der Folgezeit korrespondierte für die Kläger der Rechtsanwalt U. wegen Mängeln des LKW und des Anhängers mit der "A. Handels-GmbH", für die sich ein Rechtsanwalt meldete. Namens der Kläger erklärte Rechtsanwalt U. am 4. Juli 1985 gegenüber der "A. Kfz-Reparatur + Handels-GmbH" die Wandelung der Kaufverträge für den LKW und den Anhänger, weil der LKW Baujahr 1978 statt des zugesicherten Baujahres 1983 sei. Mit einem am 22. Juli 1985 beim LG Frankenthal eingegangenen Schriftsatz beantragte Rechtsanwalt U. für die Kläger Prozeßkostenhilfe für eine Wandelungsklage hinsichtlich des LKW und des Anhängers. Nach Bewilligung der Prozeßkostenhilfe durch Beschluß vom 4. Oktober 1985 erhoben die Kläger unter dem 11. März 1986 Wandelungsklage gegen die Firma "A. GmbH" auf Zahlung von 179.236,47 DM nebst Zinsen, die am 3. April 1986 zugestellt

wurde. In diesem Rechtsstreit erging am 14. Mai 1986 antragsgemäß ein rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil.

Zuvor hatte die Beklagte mit Schreiben vom 31. Juli 1985 den Leasingvertrag fristlos gekündigt, weil die Kläger nur einmal 2.000 DM gezahlt hätten. Am 31. August 1985 wurde daraufhin der LKW, der inzwischen eine Fahrleistung von 49.134 km aufwies, von den Klägern zur Verfügung gestellt. Die Beklagte veräußerte ihn durch Kaufvertrag vom 14. Februar/19. April 1986 für 85.500 DM an den Spediteur S..

Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 30. Januar 1985 in das Wohnhausgrundstück der Kläger. Auf deren Vollstreckungsgegenklage hat das Landgericht die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht hält die Vollstreckungsgegenklage (§§ 794 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 795, 767 Abs. 1 ZPO) für begründet, soweit es um die Durchsetzung vertraglicher Erfüllung- oder Schadensersatzansprüche der Beklagten geht, weil der Leasingvertrag durch das Versäumnisurteil des Landgerichts Frankenthal wirksam gewandelt sei und es damit wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag an jedem vertraglichen Anspruch der Beklagten von Anfang an fehle; infolgedessen sei die Kündigung der Beklagten vom 31. Juli 1985 ins Leere gegangen. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. In Übereinstimmung mit den Parteien geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die von den Klägern bestellte Grundschild aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abrede zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten aus dem Leasingvertrag dienen sollte. Erweist sich dieser Vertrag als unwirksam oder stehen der Beklagten jedenfalls keine Ansprüche daraus zu und ist ein anderer Sicherungszweck (dazu unten II) nicht vereinbart, so ist die Beklagte um die Einräumung der Grundschild ohne Rechtsgrund bereichert. Eine - weitere - Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde wäre dann mangels rechtfertigenden Grundes unzulässig.

2. Den rechtfertigenden Grund für die Zwangsvollstreckung sieht die Beklagte in der Nichterfüllung des Leasingvertrages vom 1. Februar 1985 durch die Kläger mit der Folge, daß ihr Erfüllungsansprüche und - für die Zeit nach der Kündigung vom 31. Juli 1985 - Schadensersatzansprüche von insgesamt 141.737,78 DM abzüglich des Verwertungserlöses von 85.500 DM zustünden. Solche Ansprüche sind indessen mit Rücksicht auf die vollzogene Wandelung des Kaufvertrages mit der Lieferantin nicht begründet, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt.

a) Hat sich der Leasinggeber - wie hier - in zulässiger Weise von seiner Gewährleistungshaftung freigezeichnet, indem er die kaufrechtlichen Mängelansprüche gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer abgetreten hat (st.Rspr. seit BGHZ 68, 118, 123; vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 27. April 1988 - VIII ZR 84/87 = NJW 1988, 2465 = WM 1988, 979 unter II 1 a), so entfällt bei vollzogener Wandelung des Kaufvertrages die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag mit der Folge, daß dem Leasinggeber von Anfang an keine Ansprüche auf Zahlung von Leasingraten zustehen, selbst wenn der Leasinggegenstand zeitweilig benutzt worden ist (BGHZ 81, 298, 305 f; BGH, Urteil vom 5. Dezember 1984 - VIII ZR 277/83 = NJW 1985, 796 = WM 1985, 226 unter II 2 b und c m.w.Nachw.).

Die Wandelung des Kaufvertrages über den LKW "IVECO" ist in dem Rechtsstreit 5 O 359/85 LG Frankenthal durch das dort ergangene Versäumnisurteil rechtskräftig ausgesprochen und damit vollzogen. Soweit das Berufungsgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme feststellt, die im Lea-

singvertrag genannte Lieferantin sei trotz anderer Bezeichnung rechtlich identisch mit der im Gewährleistungsprozeß beklagten Firma A. GmbH, erhebt die Beklagte in der Revisionsinstanz keine Einwendungen mehr. Besondere, im folgenden zu erörternden Umstände, die die Berufung der Kläger auf den Wandelungsvollzug hindern könnten, bestehen entgegen der Ansicht der Revision nicht.

b) Der Leasinggeber, der unter Freizeichnung von eigener Mängelhaftung seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abgetreten hat, hat grundsätzlich das Ergebnis eines zwischen Leasingnehmer und Lieferanten geführten Gewährleistungsprozesses als für sich verbindlich hinzunehmen und kann nicht unabhängig davon im Leasingverhältnis das Fehlen von Mängeln erneut geltend machen (BGHZ 81, 298, 304 f; BGH, Urteil vom 5. Dezember 1984 aaO unter II 2 a). Das gilt nicht nur für ein aufgrund streitiger Verhandlung ergangenes kontradiktorisches Urteil, das die Wandelung des Kaufvertrages ausdrücklich für berechtigt erklärt oder aufgrund dieser Berechtigung die Rückzahlung des Kaufpreises zuspricht, sondern ebenso für ein diese Rechtsfolgen aussprechendes Versäumnisurteil, wie es im vorliegenden Falle ergangen ist. Sein Erlaß setzt die Prüfung des Wandelungsbegehrens auf dessen Schlüssigkeit voraus und beruht, wenn diese zu bejahen ist, auf der gesetzlichen Regel, daß die klagebegründenden Tatsachen im Fall der Säumnis der beklagten Partei als zugestanden gelten (§ 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es besteht kein Anlaß, einem Versäumnisurteil eine geringere Wirkung für das Leasingverhältnis zuzusprechen als einem auf streitige Verhandlung ergangenen Urteil.

c) Bei dieser Sachlage ist die Beklagte entgegen der Ansicht der Revision mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die sich gegen die Feststellung von Mängeln des LKW oder gegen das Recht zur Geltendmachung solcher Mängel richten. Insbesondere gilt das für die Rügen, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft das Bestehen von Sachmängeln angenommen, den Verlust der Mängelansprüche durch rügelose Abnahme des LKW gemäß §§ 460, 464, 539 BGB übergangen und den Eintritt der Verjährung bereits vor Beginn des Gewährleistungsprozesses nicht beachtet. Diese Fragen hätten sämtlich in dem Rechtsstreit gegen die Lieferantin geltend gemacht und geklärt werden müssen, notfalls nach Eintritt der Beklagten als Nebenintervenientin (§ 66 ZPO).

Die Revision weist zwar mit Recht darauf hin, daß die Beklagte keine Gelegenheit zu einem solchen Beitritt gehabt habe, weil die Kläger sie - wie zu unterstellen ist - unter Verletzung ihrer vertraglichen Nebenpflicht (BGHZ 81, 298, 306) nicht rechtzeitig über die Mängel und über den beginnenden Gewährleistungsprozeß unterrichtet hätten. Einen darauf beruhenden, die Beklagte von den Folgen der Wandelung im Verhältnis zu den Klägern freistellenden Schadensersatzanspruch (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 - VIII ZR 279/85 = NJW 1987, 1072 = WM 1987, 349 unter III 1 a und 2 a) hat das Berufungsgericht jedoch zutreffend mit der Begründung verneint, die Beklagte habe nicht vorgetragen, was sie bei rechtzeitiger Mitteilung zur Vermeidung des in den Wandelungsfolgen für sie liegenden Schadens veranlaßt hätte. Auch die Revision kann auf keinen entsprechenden schlüssigen Sachvortrag verweisen. Mit dem von ihr in Bezug

genommenen Vorbringen in der Berufungsbegründung, der Leasinggeber werde durch die rechtzeitige Information erst in die Lage versetzt, auf den Verkäufer einzuwirken, um ihn zur Nachbesserung oder dazu zu veranlassen, dem Gewährleistungsbegehren Rechnung zu tragen, wird nur eine Möglichkeit denkbaren Verhaltens genannt. Im übrigen zielt dieses Verhalten, wenn man es als angekündigtes eigenes Verhalten verstehen wollte, gerade nicht auf die jetzt geltend gemachte Abwehr der Gewährleistungsansprüche ab, sondern im Gegenteil auf deren Erfüllung. Es kann auch nicht als selbstverständlich unterstellt werden, die Beklagte hätte in jedem Falle die eingetretene Gewährleistungsverjährung geltend gemacht. Denn dies hätte für sie selbst zugleich bedeutet, daß sie als ihr Eigentum einen mangelhaften Leasinggegenstand akzeptierte. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe schlüssigen Sachvortrag zur Begründung eines Schadensersatzanspruches übergangen (§ 286 ZPO), ist danach unbegründet.

d) Ausnahmsweise braucht der Leasinggeber eine vollzogene Wandelung nicht hinzunehmen, wenn bei deren Herbeiführung Leasingnehmer und Lieferant kollusiv zum Nachteil des Leasinggebers zusammengearbeitet haben (BGHZ 94, 44, 52), insbesondere wenn sie eine Wandelung im Bewußtsein dessen vereinbart haben, daß ein Mangel nicht vorlag. Tatsächliche Feststellungen für ein solches Verhalten hat das Berufungsgericht nicht treffen können. Es meint vielmehr, die Bemühungen der Kläger um eine Mängelbeseitigung schon vor der Kündigung der Beklagten sowie ihre spätere Klage sprächen gegen die Annahme, die Kläger hätten mit der Lieferantin zum Schaden der Beklagten einvernehmlich zusammengewirkt; auch

sei nicht festzustellen, daß die Kläger bewußt eine nicht existierende Firma als Lieferantin verklagt oder in dem Gewährleistungsrechtsstreit bewußt falsche Behauptungen aufgestellt hätten.

Gegen diese Würdigung der konkreten Umstände des Falles bestehen keine rechtlichen Bedenken. Allein die Tatsache, daß die Lieferantin ein Versäumnisurteil gegen sich hat ergehen lassen, läßt noch nicht auf einvernehmliches Verhalten mit den Klägern schließen. Daß diese die Klage erst nach Verjährungseintritt erhoben haben, deutet ebenfalls nicht zwingend auf eine Schädigungsabsicht im Zusammenwirken mit der Lieferantin hin. Es kann durchaus sachgemäße kaufmännische Gründe geben, daß sich ein Lieferant nicht auf die Verjährung von Mängelansprüchen beruft, um etwa dem tatsächlichen Zustand der Kaufsache Rechnung zu tragen oder eine bestehende Kundenverbindung nicht zu gefährden. Die Beklagte hätte deshalb mehr an konkreten Anhaltspunkten vortragen müssen, wenn sie kollusives Zusammenwirken zwischen den Klägern und der Lieferantin behaupten wollte.

e) Vergeblich beruft sich die Revision schließlich auf § 3 Abs. 6 des Leasingvertrages. Das Berufungsgericht hält diese Bestimmung in ihrem ersten Teil für nicht anwendbar, weil die Kläger nicht nach Verjährungseintritt einen Wandlungsvertrag mit der Lieferantin geschlossen, sondern ein Versäumnisurteil durchgesetzt hätten. Es mag zweifelhaft sein, ob die Vertragsbestimmung nicht - wie die Revision meint - auch für einen solchen Fall gelten soll. Die Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung, weil § 3 Abs. 6 des

Vertrages nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG insgesamt unwirksam ist.

Das folgt allein schon daraus, daß die genannte AGB-Klausel geeignet ist, das Ergebnis des durch Versäumnisurteil zugunsten des Leasingnehmers beendeten Wandelungsprozesses für das Leasingverhältnis wieder in Frage zu stellen. In seinem Urteil vom 16. September 1981 (BGHZ 81, 298, 305) hat der Bundesgerichtshof unmißverständlich ausgesprochen, daß der Leasinggeber, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen seine an sich bestehende mietrechtlichen Mängelhaftung durch Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche ersetzen will, an das Ergebnis der Mängelauseinandersetzung mit dem Lieferanten gebunden ist. Das ist keine Frage der Rechtskrafterstreckung einer gerichtlichen Entscheidung, sondern beruht auf einer interessesegerechten Auslegung der Freizeichnungsklausel. In dem zitierten Urteil wird ausdrücklich hervorgehoben, daß der Leasinggeber, der dieses Verständnis der Ersetzungsregelung nicht gegen sich gelten lassen will, den Leasingnehmer rechtlos stellt, mit der möglichen Folge der Unwirksamkeit der gesamten Haftungsfreizeichnung und des Wiederauflebens der mietrechtlichen Mängelhaftung.

Was insoweit für den durch Auslegung ermittelten Inhalt einer uneingeschränkten Freizeichnungsklausel gilt, trifft in gleicher Weise für die hier vorliegende ausdrückliche Außerkraftsetzung der Wandelungsfolgen in bestimmten Fällen zu. Die dem Leasingnehmer in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 des Vertrages eingeräumte "Verfügungsmacht" über die kaufrecht-

lichen Gewährleistungsansprüche wäre ihm bei voller Anwendung der Klausel wieder genommen; auch ein sachgerecht geführter erfolgreicher Wandelungsprozeß bliebe möglicherweise wegen einer nachträglich angewandten Beurteilung der Mängelvoraussetzung ohne Wirkung. Damit wäre der Leasingnehmer in der Frage der Mängelhaftung auch in Fällen, in denen es nicht um kollusives Zusammenwirken zwischen Leasingnehmer und Lieferant geht, praktisch rechtlos gestellt. Das widerspricht der erforderlichen Äquivalenz im Leasingverhältnis (vgl. zu diesem Gesichtspunkt für den Fall der Nichterfüllung BGHZ 96, 103, 109 f) und damit einem Grundgedanken des Leasingrechts als einer besonderen Ausprägung des Mietrechts und kann deshalb in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam geregelt werden (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG; im Ergebnis ebenso für den Fall der nicht unbedingten Abtretung kaufrechtlicher Mängelansprüche BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 aaO unter II 1 und 2 b).

Die Unwirksamkeit der Regelung beschränkt sich auf Abs. 6 der Vertragsbestimmung und ergreift nicht die gesamte Haftungsfreizeichnung. Aufbau und Formulierung des § 3 des Vertrages lassen erkennen, daß es der Beklagten zunächst grundsätzlich auf die Haftungsfreizeichnung ankam und sie die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Mängelauseinandersetzung nur für bestimmte Fälle in einer selbständigen Teilregelung ausschließen wollte. Deshalb kann es bei der Unwirksamkeit dieser Teilregelung sein Bewenden haben.

3. Ohne Erfolg bleibt weiterhin die Rüge, das Berufungsgericht habe die Wirksamkeit der von der Beklagten aus-

gesprochenen Kündigung des Leasingvertrages nicht beachtet. Die Revision meint, mangels rechtsfehlerfreier Feststellung von Mängeln habe ein Zurückbehaltungsrecht der Kläger nach § 320 überhaupt nicht oder allenfalls teilweise bestanden, so daß die Kläger mit ihren Zahlungen in Verzug gewesen seien und die Beklagte habe kündigen können. Nach der dadurch bewirkten Vertragsbeendigung sei eine Wandelung des Kaufvertrages mit der Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag ausgeschlossen gewesen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger mit Rücksicht auf den für die Revisionsinstanz allein anzunehmenden Mangel der fehlenden Schlafkabine zur Zurückbehaltung ihrer gesamten Leasingratenzahlungen berechtigt gewesen wären, so daß insoweit möglicherweise von Teilverzug auszugehen wäre. Die Kläger waren jedenfalls auch nach Ausspruch der Kündigung durch die Beklagte zur Herbeiführung der Wandelung des Kaufvertrages berechtigt. Die Beklagte hatte ihnen das Wandlungsrecht abgetreten, ohne daß diese Abtretung durch das Fortbestehen des Leasingvertrages bedingt gewesen wäre. Führten die Kläger die Wandelung des Kaufvertrages herbei, entfiel rückwirkend die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag, so daß die Beklagte von Anfang an keinen Anspruch auf Zahlung von Leasingraten hatte, die Kläger also - wie sich nachträglich herausgestellt hat - nicht in Verzug geraten konnten.

4. Der Beklagten steht entgegen der Ansicht der Revision schließlich auch kein Anspruch auf Aufwendungsersatz

gemäß § 3 Abs. 5 des Leasingvertrages zu. Diese AGB-Regelung ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Deshalb kann es dahingestellt bleiben, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Bestimmung - Insolvenz der Lieferantin - erfüllt sind.

a) Nicht zu folgen ist allerdings der Ansicht des Berufungsgerichts, die Regelung sei schon deshalb unanwendbar, weil infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage sämtliche vertraglichen Ansprüche entfallen seien. Nach der ausdrücklichen Formulierung soll § 3 Abs. 5 gerade für den Fall gelten, daß die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag entfallen ist.

b) Inhaltlich verletzt die Klausel jedoch die im Leasingverhältnis erforderliche Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung einseitig zu Lasten des Leasingnehmers in solchem Maße, daß sie unwirksam ist (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

aa) Hat der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche die Wandelung des Kaufvertrages herbeigeführt, kann aber die Rückzahlung des Kaufpreises wegen Insolvenz des Lieferanten nicht durchgesetzt werden, so hat ohne eine anderslautende vertragliche Regelung der Leasinggeber den daraus entstehenden Ausfall zu tragen (BGH, Urteil vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 131/83 = WM 1984, 1089 unter I 2 d dd -; bestätigt in BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88 = WM 1990, 25 unter I 1). In der Literatur hat diese Rechtsprechung teils Zustimmung erfahren (u.a. Reinicke/Tiedtke, DB 1986, 575 unter II; Graf von

Westphalen, Der Leasingvertrag, 3. Aufl. Rdnr. 317 ff; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl., § 9 Rdnr. L 45/46; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl. Rdnr. 497; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 6. Aufl., Anh. zu §§ 9 - 11 Rdnr. 463; Emmerich, JuS 1990, 1, 7 bei Fußn. 77 m.w.Nachw.), teils ist sie auf grundsätzliche Kritik gestoßen oder nur für den nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr gebilligt worden (Bernstein, DB 1985, 2501; Papapostolou, Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, München 1987, S. 99, 101 f; Lieb, DB 1988, 2495, 2500 m.w.Nachw. in Fußn. 55 und 49; ebenso zuvor schon u.a. Flume, DB 1972, 53, 56; Blomeyer, NJW 1978, 973, 975; Seiffert, DB 1983, Beil. 1 S. 1, 8 mit Unterscheidung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Verkehr sowie mit ausführlichen Literaturnachweisen; Canaris, NJW 1982, 305, 310 mit Unterscheidung zwischen "reinem" und "absatzförderndem" Finanzierungsleasing). Im wesentlichen wird diese Kritik mit größerer Sachnähe des Leasingnehmers zu dem von ihm ausgesuchten Lieferanten und der von ihm ausgewählten Leasingsache sowie mit der Hervorhebung einer bloßen Finanzierungsfunktion des Leasinggebers begründet. Sie verkennt dabei jedoch die vom Bundesgerichtshof mehrfach hervorgehobene Stellung des Leasinggebers als des Eigentümers und Vermögensinhabers der Leasingsache (z.B. BGHZ 94, 44, 49; 97, 135, 142 f) mit der sich daraus herleitenden Gebrauchsüberlassungspflicht und der Folge grundsätzlicher mietrechtlicher Mängelverantwortlichkeit des Leasinggebers, der die Bonität des Lieferanten ebenso überprüfen kann wie der Leasingnehmer; auch wird nicht beachtet, daß bei der

Zuweisung des Insolvenzrisikos an den Leasinggeber der Kern der als interessegemäß anerkannten Haftungsfreizeichnung - die Ersetzung der mietrechtlichen durch die kaufrechtliche Gewährleistung mit der Folge kurzer Verjährungsfristen - in jedem Falle erhalten bleibt (vgl. dazu Brunotte, DRiZ 1990, 396, 400), so daß der Leasinggeber nicht unzumutbar belastet wird und das auf der Gebrauchsüberlassungs- und Finanzierungsfunktion des Leasinggebers einerseits und der Zahlungspflicht des Leasingnehmers andererseits beruhende Äquivalenzverhältnis erhalten bleibt. Aus den hier genannten Gründen hält der Bundesgerichtshof auch weiterhin an seiner bisherigen Rechtsansicht fest.

bb) Das Risiko der Insolvenz des Lieferanten kann selbst im kaufmännischen Verkehr nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Leasingnehmer abgewälzt werden. Auch diese Frage ist umstritten. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat eine Abwälzung für wirksam gehalten, wenn der Leasingnehmer Kaufmann ist (WM 1986, 274 f). Es hat gemeint, der Inhalt der Klausel entspreche der Art der Beteiligung beim Vertragsschluß in der Dreierbeziehung, ebenso dem Finanzierungs-, Gebrauchsüberlassungs- und Sachinteresse der Beteiligten sowie der in kaufmännischen Verkehrskreisen bekannten Typizität des Leasingvertrages gerade bei der Gewährleistungsregelung. Entscheidend sei, daß der Leasingnehmer den Lieferanten und das Leasinggut ausgesucht habe, während sich die Beziehung des Leasinggebers zum Lieferanten zunächst in der Überlassung von Vertragsformularen erschöpfe, sofern nicht beide ständig zusammenarbeiteten. Zustimmung hat dieses Urteil naturgemäß bei den oben genannten

Vertretern der Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden (ausdrücklich vor allem Bernstein aaO, Papapostolou aaO, Lieb aaO; aber auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher aaO, sofern der Leasingnehmer Vollkaufmann sei). Die Gegenmeinung (Reinicke/Tiedtke aaO, Graf von Westphalen aaO, Wolf/Eckert aaO, Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen aaO, Emmerich aaO; gleicher Ansicht schon Ebenroth, DB 1978, 2109, 2114) verweist vor allem auf die Notwendigkeit der Einhaltung des im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Oktober 1985 (BGHZ 96, 103, 109 f) hervorgehobenen Äquivalenzverhältnisses und die Zugehörigkeit der Wandlungsabwicklung zum Rechtsbereich des Leasinggebers. Dem ist zuzustimmen. Was für die Unwirksamkeit einer Klausel über Kostenerstattung im Falle der Nichtlieferung des Leasinggutes gilt (BGHZ 96, 103, 109 f), trifft auch für die klauselmäßige Abwälzung des Insolvenzrisikos zu. Ebenso wie bei ausgebliebener Lieferung hätte der Leasingnehmer Aufwendungen - hier in Form der Erstattung des Kaufpreises - aufbringen müssen, ohne daß der Leasinggeber - wirtschaftlich betrachtet - seiner Gebrauchsüberlassungspflicht vertragsgemäß nachgekommen wäre.

Die bei Gültigkeit der Klausel eintretende schwere Äquivalenzstörung tritt entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Frankfurt (aaO) auch bei einem Kaufmann als Leasingnehmer ein. Eine das Insolvenzrisiko dem Leasingnehmer zuweisende Typizität des Leasingvertrages besteht nicht, wie bereits ausgeführt (oben zu aa). Im übrigen ist nicht erkennbar, wie das Oberlandesgericht Frankfurt zu der Feststellung gelangt ist, Kaufleuten sei allgemein die Abwälzung

des Insolvenzrisikos in Leasingverträgen bewußt und werde von ihnen hingenommen. § 3 Abs. 5 des Leasingvertrages weicht daher erheblich von dem Grundsatz der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Leasingverhältnis ab, benachteiligt den Leasingnehmer einseitig und ist daher unwirksam (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

Aus den gleichen Gründen wie bei der Einschränkung der Wandelungsfolgen in Abs. 6 der Vertragsbestimmung (vgl. oben 2 e) verbleibt es auch hier bei der Unwirksamkeit der Teilregelung ohne die grundsätzliche Haftungsfreizeichnung zu berühren.

Auf die Frage, ob der das Transportgewerbe der Kläger erst vorbereitende Leasingvertrag im kaufmännischen Geschäftsverkehr abgeschlossen wurde, kommt es unter diesen Umständen nicht an. Die Beklagte kann sich im Ergebnis nicht darauf berufen, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild rechtfertige sich wegen des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 3 Abs. 5 des Leasingvertrages.

II. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Zwangsvollstreckung sei nicht mit Rücksicht auf einen Bereicherungsanspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für den Gebrauch des LKW zulässig, weil die Beklagte nichts darüber vorgetragen habe, daß die Grundschild auch der Sicherung solcher Ansprüche habe dienen sollen. Eine förmliche Sicherungsvereinbarung sei nicht behauptet. Aus dem Leasingvertrag und dem Kaufvertrag ergebe sich nicht, wofür

eine bestellte Sicherheit habe dienen sollen. Für eine allein am Interesse der Beklagten orientierte ergänzende Vertragsauslegung bezüglich der Sicherungszwecke einer Grundschuld sei kein Raum.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Bekämpft der Zwangsvollstreckungsgegenkläger die Zulässigkeit der Vollstreckung aus einer Grundschuld, so hat er wegen deren abstrakten Charakters die gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung sprechenden Tatsachen und Umstände darzulegen und zu beweisen (BGH, Urteil vom 25. Juni 1981 - III ZR 179/79 = NJW 1981, 2756 unter I 1 b; BGHZ 109, 197, 204; BGH, Urteil vom 19. Februar 1991 - XI ZR 202/89 unter II 2, zur Veröffentlichung bestimmt; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, BGB § 1191 Rdnr. 3). Ob die in der Literatur geübte Kritik an der Auffassung des Bundesgerichtshofs, den Vollstreckungsgegenkläger treffe generell auch in anderen Fällen die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 25. Juni 1981 aaO unter I 1 a), berechtigt ist (vgl. dazu das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des BGH vom 31. Januar 1991 - VII ZR 375/89 unter I 2 a), kann bei dieser Sachlage dahingestellt bleiben. Kommt es also darauf an, ob die Grundschuld auch zur Sicherung des vom Berufungsgericht dem Grunde nach bejahten Nutzungsentschädigungsanspruchs dienen sollte, so mußte nicht die Beklagte dafür sprechende besondere Tatsachen und Umstände darlegen und beweisen, sondern die Kläger deren Fehlen. Da die Entscheidung des Berufungsgerichts auf der gegenteiligen Rechtsauffassung

beruht, konnte sie mit der in ihr gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

2. Das angefochtene Urteil läßt sich auch nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten (§ 563 ZPO). In Betracht käme das nur, wenn bereits feststünde, daß die hier stillschweigend getroffene Sicherungsabrede Bereicherungsansprüche auf Nutzungsentschädigung nicht erfaßte oder wenn solche Ansprüche nicht bestanden (für den Fall des teilweisen Bestehens von Ansprüchen vgl. das eben unter 1 zitierte Urteil des BGH vom 19. Februar 1991). Beides ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht anzunehmen.

3. Eine endgültige Sachentscheidung (§ 565 Abs. 3 ZPO) konnte das Revisionsgericht nicht treffen, weil es noch ergänzenden Vortrags der Parteien bedarf. Deshalb mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

a) Der bereicherungsrechtliche Anspruch der Beklagten auf Nutzungsentschädigung für den sechsmonatigen Gebrauch des LKW mit einer Fahrstrecke von etwa 49.000 km rechtfertigt - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - die Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld nur, wenn er in die Sicherungsabrede einbezogen war. Da es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt, muß der Inhalt der stillschweigenden Abrede auf andere Weise im Wege der Auslegung ermittelt

werden. Eine solche Inhaltsbestimmung hat das Berufungsgericht unterlassen, indem es sich auf die Hinweise beschränkt hat, aus dem Leasingvertrag und dem Kaufvertrag ergebe sich nicht, wofür eine eventuelle Sicherheit dienen solle; für eine ergänzende Vertragsauslegung sei kein Raum.

Es kommt hier zunächst nicht auf ergänzende Vertragsauslegung an, weil sich der Sinn der Regelung schon aus der Abrede selbst ergibt und es daher an einer auszufüllenden Lücke fehlt. Wird eine Sicherungabrede für vertragliche Ansprüche ausdrücklich, jedoch ohne Aufzählung der gesicherten Ansprüche im einzelnen, oder auch stillschweigend getroffen, so entspricht es einer interessegemäßen Auslegung in aller Regel, daß nicht nur Ansprüche auf Erfüllung im engeren Sinne gesichert werden sollen, sondern auch solche, die im Falle einer nicht vom Sicherungsnehmer verschuldeten Unwirksamkeit des Erfüllungsanspruchs typischerweise und unmittelbar mit diesem zusammenhängend entstehen. Der Bundesgerichtshof hat deshalb eine die Reichweite nicht ausdrücklich festlegende Abrede so ausgelegt, daß sie auch Bereicherungsansprüche im Falle der Unwirksamkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs umfaßte (BGH, Urteil vom 18. März 1968 - VIII ZR 218/65 = NJW 1968, 1134). Allerdings ist der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung davon ausgegangen, daß beide Vertragspartner über die Einbeziehung der Bereicherungsansprüche einig waren. Ob sich diese Einigkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder auf den des Rechtsstreits bezog, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Darauf kommt es indessen nicht an. Wesentlich ist, daß eine Sicherungabrede, die den Entschluß zum Abschluß des zu sichern-

den Vertrages entscheidend fördert, bei Berücksichtigung der Interessen beider Parteien erkennbar so zu verstehen ist, daß sie nicht nur die eigentlichen Erfüllungsansprüche erfaßt, sondern auch diejenigen, die als typische Folgeansprüche für den Fall einer sich im Laufe der Vertragsabwicklung herausstellenden Unwirksamkeit der Erfüllungsansprüche entstehen (wie hier MünchKomm/Eikmann, BGB, 2. Aufl., § 1191 Rdnr. 38; Palandt/Bassenge, BGB, 50. Aufl., § 1191 Rdnr. 14). Dazu gehören beim Leasingvertrag jedenfalls die Ansprüche auf Nutzungsentschädigung, wenn der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche die Wandelung des Kaufvertrages herbeigeführt hat, die Ansprüche auf Leasingraten dadurch weggefallen sind, das Leasinggut aber zeitweilig benutzt worden ist. Die dafür zu leistende Nutzungsentschädigung ist zwar rechtstechnisch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch. Sie hängt aber so eng mit den ursprünglichen Vertragsleistungen zusammen, daß sich ihre Einbeziehung in die stillschweigende Sicherungsabrede im Wege der Auslegung rechtfertigt, zumal der Leasinggeber das Scheitern des Leasingvertrages und des Kaufvertrages jedenfalls nicht verschuldet hat.

Besondere Gründe, die ausnahmsweise gegen die Einbeziehung des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung in die Sicherungsvereinbarung sprechen könnten, sind nicht festgestellt und von den dafür darlegungsbelasteten Klägern auch nicht vorgetragen.

b) Daß ein Anspruch der Beklagten auf Zahlung von Nutzungsentschädigung entstanden ist, hat das Berufungsgericht

dem Grunde nach bereits festgestellt. In welcher Höhe der Anspruch bestand und durch Zahlungen der Kläger ganz oder teilweise ausgeglichen ist, steht dagegen nicht fest. Infolgedessen läßt sich auch nicht beurteilen, ob und in welchem Maße noch Raum für die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild besteht.

Nach Zurückverweisung der Sache werden beide Parteien Gelegenheit haben zu dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung ergänzend vorzutragen. Dabei wird es Sache der Kläger sein, das Nichtbestehen eines Nutzungsentschädigungsanspruchs zu beweisen (vgl. oben II 1).

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

RiBGH Groß ist infolge Urlaubs an der Unterschriftsleistung verhindert.

Wolf

Dr. Beyer