

6

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja (nur zu I)
BGHR: ja

AGBG §§ 1, 2, 11 Nr. 14

- a) Die in einem vorformulierten, Allgemeine Geschäftsbedingungen enthaltenden Leasingvertrag unter die Vertragsunterschriften gesetzte, ebenfalls vorformulierte und von dem Vertreter des Leasingnehmers nochmals unterschriebene Erklärung, er übernehme neben dem Leasingnehmer die gesamtschuldnerische Mithaftung aus dem Vertrag unter Anerkennung "der vorstehenden und umseitigen Vertragsbedingungen", ist keine individuelle, sondern eine nach dem AGB-Gesetz zu beurteilende, für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte und nicht ausgehandelte Erklärung.
- b) Eine derartige Erklärung ist nicht nach § 11 Nr. 14 a AGBG unwirksam; insbesondere genügt sie dem Erfordernis einer gesonderten, ausdrücklichen Verpflichtung, ohne daß es drucktechnischer Hervorhebung oder einer besonderen Einbeziehungsvereinbarung (§ 2 AGBG) bedarf.
- c) Die Erfüllung der in § 11 Nr. 14 a AGBG gestellten Anforderungen schließt die Unwirksamkeit der Verpflichtung aus konkreten anderen Gründen (§§ 3, 5, 9 AGBG) nicht grundsätzlich aus.

BGH, Urt. v. 27. April 1988 - VIII ZR 84/87 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

64

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 84/87

Verkündet am:
27. April 1988
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Falk D. [REDACTED], S. [REDACTED] Straße [REDACTED] in S. [REDACTED],

Beklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

A. [REDACTED], A. [REDACTED] F. [REDACTED] GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer H. S. [REDACTED] und R. W. [REDACTED], R. [REDACTED]
Straße [REDACTED] in M. [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24. Februar 1987 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 als Leasinggeberin verlangt vom Beklagten als Mithaftendem rückständige Leasingraten aus einem mit der Firma Heinrich M. [REDACTED] Elektromaschinen und Aggregatebau GmbH & Co. KG (im folgenden: Leasingnehmerin), die im August 1985 in Konkurs gefallen ist, abgeschlossenen Leasingvertrag über eine Computeranlage. Der Beklagte, der der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Leasingnehmerin war, bestreitet seine Mithaftung und macht Nichterfüllung des Leasingvertrages geltend.



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



Mit Schreiben vom 14. Februar 1984 bot die Firma Se [REDACTED] Datentechnik GmbH (im folgenden: Lieferantin) der Leasingnehmerin die Lieferung einer Computeranlage (Hardware und Software) an. Nachdem der Beklagte ein sog. "Pflichten- und Lastenheft" aufgestellt und die Vertragspartner sich über die Preise geeinigt hatten, bestellte die Leasingnehmerin mit Schreiben vom 22. Mai 1984 die angebotene Hardware für 101.700 DM, ein Textverarbeitungssystem "Forword" für 2.600 DM, ein Standardprogramm "Büro-Complett" für 14.500 DM und "entsprechend unserer mündlichen Vereinbarung vom 9. Mai 1984 ein noch zu erstellendes Fertigungs-Steuerungsprogramm" für etwa 18.000 bis 20.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer; außerdem wünschte sie die Ausrüstung mit dem sog. "open access", d.h. den freien Zugang aller Bildschirmplätze zu allen Dateien. Da vereinbarungsgemäß die Finanzierung im Leasingwege erfolgen sollte, schaltete die Lieferantin nunmehr die Klägerin ein. Diese schloß am 3./9. Juli 1984 mit der Leasingnehmerin einen Leasingvertrag ab, dessen Gegenstand mit "1 Fortune-EDV-Anlage lt. Konfiguration" bezeichnet ist. Der Nettoanschaffungswert des Leasinggutes ist auf 145.000 DM beziffert. Die Grundmietzeit sollte 54 Monate betragen, wobei für die ersten 18 Monate je 5.075 DM, für den 19. bis 42. Monat je 3.900,50 DM und für die restliche Zeit je 725 DM zu zahlen waren, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer. Der Vertrag enthält u.a. folgende Bestimmungen:

§ 5 Übergabe des Leasinggegenstandes

- 5.1 Der Mieter ist zur Abnahme des gelieferten Leasinggegenstandes verpflichtet und wird dem Vermieter die Abnahme gesondert bestätigen. Die unterzeichnete Abnahmebestätigung wird im Zeitpunkt des Eingangs beim Vermieter zum wesentlichen Bestandteil des Leasingvertrages.

Sofern eine Lieferung oder Abnahme des Leasinggegenstandes unterbleibt, hat der Mieter den Vermieter von allen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Lieferungsverhältnis freizustellen und ihm sämtliche insoweit bereits erwachsenen und noch entstehenden Aufwendungen zu ersetzen.

5.2 ...

§ 6 Gewährleistung

- 6.1 Eine Haftung des Vermieters für die nicht rechtzeitige oder fehlerhafte Lieferung oder ein sonstiges irgendwie geartetes Verschulden des Lieferanten und/oder Herstellers ist ausgeschlossen.
- 6.2 Für Sach- und Rechtsmängel des Leasinggegenstandes leistet der Vermieter in der Weise Gewähr, daß er mit Abschluß des Leasingvertrages seine Gewährleistungs-, Garantie- und Schadensersatzansprüche einschließlich der Befugnis zur Wandlung, soweit ihm solche gegen den Lieferanten oder einen sonstigen Dritten zustehen, an den Mieter abtritt. Der Mieter nimmt diese Abtretung hiermit an.
- 6.3 Es ist Sache des Mieters, die ihm abgetretenen Ansprüche fristgerecht geltend zu machen. Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter über sein Vorgehen zu informieren.
- 6.4 Unabhängig hiervon behält sich der Vermieter die eigene Rechtsverfolgung vor. Eine eventuell erforderliche Ermächtigung wird vom Mieter hiermit erteilt. Die Kosten der Rechtsverfolgung gehen in jedem Fall zu Lasten des Mieters.
- 6.5 Verzögert sich die Lieferung des Leasinggegenstandes erheblich und führen die abgetretenen Ansprüche innerhalb angemessener Frist nicht zum Erfolg, so hat der Mieter das Recht, den Leasingvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen.

6.6 Weitergehende Ansprüche und Rechte des Mieters gegen den Vermieter - insbesondere solche gemäß §§ 536 ff BGB oder aus sonstigen, gleichgültig wie mit dem Leasinggegenstand zusammenhängenden Gründen - sind ausgeschlossen.

6.7 ...

Auf der Vorderseite des Formularvertrages sind die Vertragsbestimmungen § 1 (Grundmietzeit) und § 2 (Mietpreis) abgedruckt. Darunter befindet sich in Fettdruck eine Erklärung des Leasingnehmers über sein Einverständnis mit der Verwertung seiner Daten sowie über seinen Antrag auf Abschluß des Vertrages. Diese Textteile werden von den darunter befindlichen Unterschriften beider Vertragsteile gedeckt, wobei die Leasingnehmerin einen Firmenstempel verwendet und der Beklagte nur mit seinem Familiennamen unterschrieben hat. Sodann folgt ohne drucktechnische Hervorhebung die vorformulierte Erklärung:

Hiermit übernehme(n) ich/wir neben dem Mieter die gesamtschuldnerische Mithaftung aus diesem Vertrag gegenüber der A. A. F. GmbH, P., unter Anerkennung der vorstehenden und umseitigen Vertragsbedingungen.

Diese Erklärung ist vom Beklagten mit Vor- und Zunamen sowie Voranstellung seines Dokortitels unterzeichnet.

Am 24. Juli 1984 bescheinigte der Beklagte auf einem Formular der Klägerin, daß die Leasingnehmerin 24 im einzelnen aufgeführte Positionen (Bestandteile der Computeranlage, darunter auch Softwareteile) erhalten habe. Die am 25. Juli 1984 an die Klägerin gerichtete Rechnung der Lieferantin enthält nur 19 Positionen, darunter ebenfalls Softwareteile, die

sich aber nicht mit denen in der Übernahmebestätigung decken; jedoch war der Rechnung eine Abschrift der Aufstellung aus der Übernahmebestätigung beigelegt.

Ab Juli 1984 zahlte die Leasingnehmerin neun Monatsraten von je 5.785,50 DM einschließlich Mehrwertsteuer und stellte weitere Zahlungen sodann ein. Mit Schreiben vom 7. Januar 1985 rügte sie gegenüber der Lieferantin, von dem Fertigungs-Steuerungsprogramm existierten lediglich Basisfragmente, von einem laufenden Programm könne keine Rede sein; sie setzte der Lieferantin zur Erstellung des Fertigungs-Steuerungsprogramms eine Nachfrist bis zum 15. Februar 1985, die sie später bis Mitte Mai 1985 verlängerte. In einem weiteren Schreiben vom 6. Juni 1985 erklärte sie gegenüber der Lieferantin den Rücktritt vom Verträge und machte daneben die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend. Die Lieferantin wies den Rücktritt mit Schreiben vom 10. Juni 1985 zurück und lehnte insbesondere die Rücknahme der Computeranlage ab. Da trotz Zahlungsaufforderungen keine Raten mehr eingingen, kündigte die Klägerin den Leasingvertrag mit Schreiben vom 30. April 1986.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin Zahlung von neun Leasingraten für April bis Dezember 1985 in Höhe von 52.069,50 DM nebst 10 % Zinsen auf je 5.785,50 DM seit Fälligkeit der einzelnen Raten gefordert. Der Beklagte hat seine Mithaftung bestritten, unvollständige Lieferung des Fertigungs-Steuerungsprogramms sowie Mängel der gelieferten Teile gerügt und sich auf seine Rücktrittserklärung sowie die Einrede des nichterfüllten Vertrages berufen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil sich der Beklagte nicht wirksam zur Mithaftung verpflichtet habe. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Ohne Erfolg wendet sich der Beklagte allerdings gegen seine Inanspruchnahme als Mithaftender für die aus dem Leasingvertrag entstandenen Verpflichtungen. Seine auf der Vorderseite des Vertragsformulars abgegebene Erklärung hält das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis mit Recht für wirksam. Insbesondere steht § 11 Nr. 14 a AGBG ihrer Gültigkeit nicht entgegen.

1. a) Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist die Verpflichtung schon deshalb wirksam, weil es sich nicht um eine AGB-Regelung handele, sondern um eine Individualvereinbarung; durch die zweimalige Unterschrift, davon einmal mit dem Familiennamen und einmal mit Dokortitel, Vor- und Zunamen sei dem Beklagten deutlich geworden, daß er durch die zweite Unterschrift für sich persönlich unterzeichne; bei seiner Anhörung in zweiter Instanz habe er erklärt, der Abschlußvertreter der Klägerin habe ihm plausible Gründe für

die zweite Unterschrift und deren Form genannt; dem Beklagten könne nicht abgenommen werden, daß er sich an den Inhalt der ihm gegebenen Erklärung nicht mehr erinnere und sich der Übernahme einer eigenen Verpflichtung nicht bewußt geworden sei; vielmehr sei aufgrund der gesamten Umstände davon auszugehen, daß er seine persönliche Verpflichtung erkannt habe.

b) Träfe die Annahme einer Individualvereinbarung zu, bestünden gegen die Verpflichtung des Beklagten keine Bedenken. Denn § 11 Nr. 14 a AGBG gilt nach seinem ausdrücklichen Wortlaut und dem Sinn aller Vorschriften der §§ 9 - 11 AGBG nur für Erklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder vorformulierten Vertragstexten.

Eine Individualvereinbarung liegt jedoch nicht vor. Daß die Verpflichtungserklärung unterschrieben worden ist, kann kein Abgrenzungskriterium sein, weil auch Verträge mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig in ihrem vollen Text durch Unterschrift gedeckt sind. Ebenso wird ein Vertrag nicht dadurch zum Individualvertrag, daß sich der Partner des AGB-Verwenders über den Vertragsinhalt vollständig im klaren ist. Schließlich macht auch der ausdrückliche Hinweis des Verwenders auf die Bedeutung der Erklärung diese nicht zur Individualabrede, sondern wirkt sich allenfalls hinsichtlich der Einbeziehung in den Vertrag aus (§§ 2 und 3 AGBG). Maßgebend für die Abgrenzung ist demgegenüber, ob eine Bestimmung im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG nur für einen Fall oder für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen vorformuliert ist (BGH Urteil vom 22. September 1987 - IX ZR 220/86 = ZIP 1987, 1439 = WM 1987, 1430) und ob der Verwender seinem Partner im Sinne von

§ 1 Abs. 2 AGBG die ernsthafte Möglichkeit einer inhaltlichen Änderung der Bestimmung eingeräumt hat (st. Rspr., zuletzt BGH Urteil vom 30. September 1987 - IVa ZR 6/86 = ZIP 1987, 1576 = WM 1988, 28 unter I 2 m.w.N.). Feststellungen, die insoweit gegen eine vorformulierte Vertragsbestimmung bzw. Allgemeine Geschäftsbedingung sprechen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

2. a) Ist von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung auszugehen, so fällt die Verpflichtung in den Anwendungsbereich des § 11 Nr. 14 a AGBG, weil sie eine eigene (Mit-)Haftung des Beklagten als desjenigen begründet, der als Vertreter einen Vertrag für den Vertretenen, hier die Leasingnehmerin, abgeschlossen hat. Vertragspartner hinsichtlich aller Rechte und Pflichten ist allein die Leasingnehmerin. Der Sachverhalt liegt also anders als in dem durch Senatsurteil vom 23. März 1988 (VIII ZR 175/87, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) entschiedenen Fall.

b) § 11 Nr. 14 a AGBG läßt eine dem Vertreter in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auferlegte Eigenhaftung nur zu, wenn diese Verpflichtung durch eine darauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung begründet wird. Beide Voraussetzungen liegen hier vor.

aa) Die Erklärung ist nicht in den nach Paragraphen unterteilten Text des Leasingvertrages einbezogen, sondern befindet sich unterhalb der Vertragsunterschriften und ist

durch eine nur ihren Inhalt betreffende Unterschrift des Beklagten gedeckt. Das genügt dem Erfordernis einer "gesonder-ten" Erklärung. Eine völlige Trennung von dem Vertragsformular durch Niederlegung der Verpflichtung auf einem besonderen Blatt ist nicht erforderlich (allg. M., vgl. Koch/Stübing, AGBG, § 11 Nr. 14 Rdn. 12; Kötz in MünchKomm, 2. Aufl., AGBG, § 11 Nr. 14 Rdn. 150; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkomm. z. AGBG, 2. Aufl., Bd. II, § 11 Nr. 14 Rdn. 27; Staudinger/Schlosser, 12. Aufl., AGBG, § 11 Nr. 14 Rdn. 10; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 5. Aufl., § 11 Nr. 14 Rdn. 6; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 14 Rdn. 7). Denn Sinn der gesetzlichen Regelung ist es, den Vertreter vor versteckten, möglicherweise unklaren und ihn überraschenden Klauseln zu schützen und ihn damit vor einer "Übertölpelung" zu bewahren (Reg. Entw. z. AGBG, BT/Drucks. 7/3919 S. 38). Dieser Zweck wird voll erreicht, wenn - wie hier - ein inhaltlich eindeutiger Text unter die Vertragsunterschriften gesetzt wird und dem unterschreibenden Vertreter dadurch ermöglicht und nahegelegt wird, Kenntnis davon zu nehmen. Einer besonderen Hervorhebung durch größeren oder verstärkten Druck bedarf es in einem solchen Falle nicht. Auch der Umstand, daß der Ab-schlußvertreter der Klägerin die beiden Unterschriftsstellen zuvor angekreuzt hatte, beeinträchtigt entgegen der Ansicht der Revision nicht die Abgesondertheit der Erklärung.

bb) An einer "ausdrücklichen" Erklärung kann ebenfalls nicht gezweifelt werden. Der Text ist so eindeutig formuliert, daß er nicht mißdeutet werden kann. Ob der Beklagte ihn tatsächlich gelesen und zur Kenntnis genommen hat, ist ohne Bedeutung. Ausreichende Gelegenheit zur Kenntnisnahme war ihm geboten.

cc) Weiterer Voraussetzungen dafür, daß die Verpflichtung des Beklagten nicht schon nach § 11 Nr. 14 a AGBG unwirksam ist, bedarf es nicht. Soweit in der Literatur die Ansicht vertreten wird, es bedürfe zusätzlich einer besonderen Einbeziehungsvereinbarung i.S. von § 2 AGBG (so Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner aaO § 11 Nr. 14 Rdn. 30, 31 i.V.m. Rdn. 4, 5, 6, 12) bzw. die Mithaftungserklärung dürfe nicht klauselmäßig, sondern müsse individuell zustande kommen, kann dem nicht gefolgt werden. Weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus dem Wortlaut und dem Sinn von § 11 Nr. 14 a AGBG läßt sich eine derartige Anwendungseinschränkung entnehmen. § 2 AGBG geht bei seiner Festlegung besonderer Einbeziehungsvoraussetzungen von dem Fall aus, daß allgemein formulierte Vertragsbedingungen in einen im übrigen individuell abgefaßten Vertrag einbezogen werden sollen. Handelt es sich dagegen um den Abschluß eines sog. Formularvertrages, so bedarf es weder eines besonderen Hinweises auf die Geltung bzw. Einbeziehung der Formularbedingungen noch einer besonderen Einverständniserklärung des Vertragspartners, weil dessen Unterschrift unter dem gesamten Vertrag bereits dessen vollen Inhalt deckt (so auch Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGBG, 1. Aufl., § 2 Rdn. 6 und 19). Die gesonderte Verpflichtungserklärung einer Mithaftung ist einem solchen Formularvertrag gleichzusetzen. Denn die Rechtsbeziehung zwischen dem Verwender und dem Vertreter als persönlich Haftendem erschöpft sich im Inhalt der gesonderten Erklärung. Sie ist hier durch die Unterschrift voll abgedeckt. Ihr Text verweist ausdrücklich auf den abgeschlossenen Vertrag (zwischen dem Verwender und der Leasingnehmerin) unter

ausdrücklicher Anerkennung der "vorstehenden und umseitigen Vertragsbedingungen". Eine deutlichere Anerkennung und Einbeziehung aller Vertragsteile des Leasingvertrages in den Inhalt der Verpflichtungserklärung läßt sich kaum vorstellen (im Ergebnis ebenso Wolf/Horn/Lindacher aaO § 11 Nr. 14 Rdn. 8).

c) Rechtsfolge der Annahme einer gesonderten, ausdrücklichen Haftungsverpflichtung i.S. von § 11 Nr. 14 a AGBG ist nicht die endgültige Feststellung von deren Wirksamkeit, sondern nur die des Ausschlusses absoluter Unwirksamkeit. Anderweitige Gründe für mangelnde Rechtsverbindlichkeit, wie z.B. Überraschung, inhaltliche Unklarheit oder Unangemessenheit (§§ 3, 5 und 9 AGBG) bleiben jedenfalls denkbar. Auch dies spricht dagegen, § 11 Nr. 14 a AGBG so einschränkend auszulegen, wie es Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (aaO Bd. II, § 11 Nr. 14 Rdn. 30, 31) für erforderlich halten.

3. Konkrete Anhaltspunkte für anderweitige Unwirksamkeitsgründe hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; sie werden auch von der Revision nicht schlüssig geltend gemacht. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß es einer besonderen Einbeziehungsvereinbarung (§ 2 AGBG) hier nicht bedarf. Die Verpflichtungserklärung ist auch nicht überraschend und im übrigen so deutlich abgefaßt, daß sie nicht als inhaltlich unklar zu betrachten ist (§§ 3 und 5 AGBG). Schließlich kann auch die persönliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich nicht als unangemessen (§ 9 AGBG) beurteilt werden.

II. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Leasingraten für die Zeit von April bis Dezember 1985 nur zu, wenn weder der Leasingvertrag durch die Rücktrittserklärung vom 6. Juni 1985 beendet oder ihm mit Rücksicht auf die geltend gemachten Einwendungen die Grundlage entzogen worden ist, noch der Beklagte sich wegen dieser Beanstandungen auf eine der Leasingnehmerin zustehende Einrede des nichterfüllten Vertrages berufen kann. Das Berufungsgericht hält alle Einwendungen für unbegründet, weil es der Ansicht ist, die vor allem wegen mangelnder Funktion des Fertigungs-Steuerungsprogramms erhobenen Rügen hätten zwar Sachmängel der Computeranlage zum Gegenstand; die Leasingnehmerin habe diese Mängel jedoch nicht entsprechend der in § 6 des Vertrages vorgesehenen Abtretung der Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegenüber der Lieferantin rechtzeitig geltend gemacht; infolgedessen sei dem Leasingvertrag weder die Grundlage entzogen noch stehe dem Beklagten die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu, auch wenn man entgegen der Ansicht der Klägerin annehme, daß das Fertigungs-Steuerungsprogramm Bestandteil des Leasingvertrages geworden sei.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Zurückweisung der Einwendungen kann nicht darauf gestützt werden, die Klägerin habe sich unter Abtretung ihrer Ansprüche von eigener Gewährleistung wirksam freigezeichnet; die Leasingnehmerin aber habe die ihr abgetretenen kaufrechtlichen Mängelansprüche nicht rechtzeitig gegen die Lieferantin durchgesetzt.

a) Der Leasinggeber, der ohne eine abweichende vertragliche Regelung für die Gebrauchsfähigkeit der Leasingsache einzustehen hat (§§ 536 ff BGB), kann sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von dieser Haftung auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen freizeichnen (BGHZ 68, 118, 123; 81, 298, 301; 94, 180, 185 f, 191; 97, 135, 140; Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 - VIII ZR 279/85 = NJW 1987, 1072 = WM 1987, 349 unter II 1; vgl. dazu Emmerich WuB I J 2 7.87). Voraussetzung für die Angemessenheit und damit Wirksamkeit (§ 9 Abs. 1 AGBG) einer solchen, der typischen Interessenlage beim Leasingvertrage entsprechenden Vertragsgestaltung ist aber, daß der Leasingnehmer nicht rechtlos gestellt wird, sondern Sachmängelansprüche nach kaufrechtlichem Vorbild unmittelbar gegenüber dem Lieferanten der Leasingsache geltend machen kann. Das kann durch deren Abtretung oder durch Ermächtigung des Leasingnehmers zu ihrer Geltendmachung gegen den Lieferanten geschehen (BGH aaO).

b) Diesen Anforderungen wird die Gewährleistungsregelung in § 6 des Vertrages nicht gerecht. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Urteil vom 17. Dezember 1986 (aaO unter II 2) entschieden hat, sind die Interessen des Leasingnehmers nur gewahrt, wenn ihm die kaufrechtlichen Mängelansprüche u n b e d i n g t übertragen worden sind. Daran fehlt es. Die in 6.2 des Vertrages vorgesehene Abtretung wird dadurch eingeschränkt, daß sich die Klägerin in 6.4 des Vertrages die eigene Wahrnehmung der abgetretenen Rechte vorbehalten hat. Ebenso wie in dem im Urteil vom 17. Dezember 1986 entschiedenen Fall ist dem Leasingnehmer die Wahrnehmung der kaufrechtlichen Ansprüche also nicht endgültig überlassen. Deshalb ist

die in 6.1 und 6.6 des Vertrages ausgesprochene Freizeichnung der Klägerin von der Eigehaftung für Sachmängel gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen und folglich unwirksam.

c) Eine Teilunwirksamkeit nur der Klausel 6.4 kommt nicht in Betracht. Nach dem erkennbaren Willen der Klägerin sollten die kaufrechtlichen Ansprüche dem Leasingnehmer gerade nicht vorbehaltlos übertragen werden. Würde nur der Vorbehalt gestrichen, erhielte die Regelung einen völlig anderen als den ursprünglichen Sinn. In einem solchen Fall muß es bei der Unwirksamkeit der gesamten Regelung verbleiben (Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 aaO m.w.N.).

d) Mangels wirksamer Haftungsfreizeichnung und Abtretung der Ansprüche war die Leasingnehmerin nicht gehalten, Sachmängelrügen gegenüber der Lieferantin geltend zu machen. Schon aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil mit der in ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

2. Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die gegen die Funktionsfähigkeit des Fertigungs-Steuerungsprogramms erhobenen Einwendungen nur als Sachmängelrügen gegenüber der Gesamtcomputeranlage aufzufassen seien. Die Leasingnehmerin und der Beklagte haben - wie auch das Berufungsgericht feststellt - stets geltend gemacht, das Fertigungs-Steuerungsprogramm sei noch nicht vollständig geliefert. Eine solche Sachlage ist nicht nach Sachmängel-Gewährleistungsrecht zu beurteilen, sondern nach den für die Nichterfüllung der Gebrauchsüberlassungspflicht geltenden Vorschriften.

a) Zwischen den Parteien ist auch noch in der Revisionsinstanz umstritten, ob das Fertigungs-Steuerungsprogramm Gegenstand des Leasingvertrages war. Das Berufungsgericht bejaht dies, wobei es offenläßt, ob der im Vertrag aufgeführte Leasinggegenstand ("lt. Konfiguration") auch die Software mit umfasse; die Klägerin müsse sich aber die Einbeziehung der Software entgegenhalten lassen, weil entweder diese Einbeziehung den Gesamtumständen zu entnehmen gewesen sei oder sich die Klägerin nach § 278 BGB die Erklärungen der Lieferantin gefallen lassen müsse, der sie die gesamten Vertragsverhandlungen überlassen habe. Ob sich mit diesen Erwägungen die Einbeziehung in den Leasingvertrag rechtfertigen läßt, kann hier offenbleiben. Da der Beklagte insoweit nicht beschwert wird, ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß der Leasingvertrag auch das Fertigungs-Steuerungsprogramm erfaßte. Daß noch zu erstellende Anwendersoftware grundsätzlich Gegenstand von Leasingverträgen sein kann, hat der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen anerkannt (vgl. z.B. Senatsurteile vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 131/83 = NJW 1985, 129 = WM 1984, 1089 - und vom 1. Juli 1987 - VIII ZR 117/86 = NJW 1988, 204 = WM 1987, 1131 vgl. dazu Emmerich WuB I J 2 9.87; zum Meinungsstand über die bei Erwerb oder Gebrauchsüberlassung von Hard- und Software entstehenden Fragen vgl. ferner Senatsurteil vom 4. November 1987 - VIII ZR 314/86 = BGHZ 102, 135 = WM 1987, 1492).

b) Ist ein Leasingvertrag über Hard- und Software abgeschlossen und wird dem Leasingnehmer die Software nicht überlassen, so richten sich die Rechtsfolgen nicht nach Sachmängelgewährleistungsrecht, sondern nach den Vorschriften

über die (Teil-)Nichterfüllung einer Hauptpflicht des Leasinggebers (Senatsurteil vom 1. Juli 1987 aaO unter A I 3 a). Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht auszuschließen, daß dieselbe Beurteilung auch für den vorliegenden Fall gilt. Zwar macht der Beklagte nicht geltend, daß das Fertigungs-Steuerungsprogramm und die andere Software überhaupt nicht überlassen worden sei. Er hat aber schriftsätzlich vorgetragen und bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Oberlandesgericht erläutert, das Fertigungs-Steuerungsprogramm sei unvollständig geliefert worden. Dabei hat er konkrete Teile aufgeführt, die noch gefehlt hätten. Jedenfalls nach seiner bisher nicht aufgeklärten Darstellung zielt sein Einwand nicht darauf ab, die Brauchbarkeit der bereits gelieferten Teile anzuzweifeln, sondern darauf, die fehlende Lieferung der restlichen Teile zu rügen. In einem solchen Fall kann die rechtliche Beurteilung keine andere sein, als wenn das Fertigungs-Steuerungsprogramm überhaupt nicht erstellt worden wäre. Das muß jedenfalls gelten, soweit es sich nicht nur um unerhebliche Rückstände handelt, wofür nach der Darstellung des Beklagten aber nichts spricht.

c) Hat die Lieferantin, wie der Beklagte behauptet, einen nicht unerheblichen Teil der Software nicht geliefert, so hat die Klägerin, die sich der Lieferantin als ihres Erfüllungsgehilfen bei der Gebrauchsüberlassung bedient hat (Senatsurteile vom 1. Juli 1987 aaO unter A II 2 d bb und vom 30. September 1987 - VIII ZR 226/86 = NJW 1988, 198 = WM 1987, 1338 unter II 2 b aa m.w.N.), die ihr obliegende Hauptpflicht der Gebrauchsüberlassung nicht vollständig erfüllt.

Der Leasingnehmerin konnte deshalb ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB zustehen (Senatsurteil vom 1. Juli 1987 aaO unter A I 3). Jedenfalls vom Zeitpunkt einer wirksamen Kündigung an entfiel die weitere Zahlungspflicht der Leasingnehmerin und damit auch die des Beklagten.

d) Feststellungen über die Voraussetzungen und die Ausübung des Kündigungsrechts hat das Oberlandesgericht bisher nicht getroffen. Das Revisionsgericht kann sie nicht nachholen, weil es besonders hinsichtlich der Überlassung des Fertigungs-Steuerungsprogramms sowie der Korrespondenz über die Beendigung des Vertrages noch weiterer Aufklärung bedarf. Das angefochtene Urteil mußte deshalb aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

III. Bei der erneuten Verhandlung wird noch folgendes zu beachten sein:

1. Hinsichtlich der Einbeziehung der Software in den Leasingvertrag wird es weiterer Klärung bedürfen. Dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1985 (VIII ZR 102/84 = BGHZ 95, 170) läßt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts dafür entnehmen, daß die Erklärungen der Lieferantin den Vertragsinhalt wirksam festgelegt hätten. Vielmehr ist der Bundesgerichtshof in jenem Fall ausdrücklich davon ausgegangen, daß mangels Vollmacht des Lieferanten die dort streitige Rücktrittsvereinbarung nicht Gegenstand des

Leasingvertrages geworden war (BGHZ 95, 170, 174) und daß nur eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluß in Betracht kam. Es wird also festzustellen sein, ob die Umstände des Sachverhalts ausreichen, den Leasingvertrag so auszulegen, daß er die Software mitumfaßte.

2. Eine Kündigung des Leasingvertrages durch die Leasingnehmerin ist mangels Empfangsvollmacht der Lieferantin nur wirksam, wenn sie gegenüber der Klägerin ausgesprochen worden ist (Senatsurteile vom 1. Juli 1987 aaO unter A I 3 b und vom 30. September 1987 aaO unter I 1). Ausdrücklich ist das nicht geschehen. Zu prüfen ist aber, ob das Schreiben der Leasingnehmerin vom 13. Juni 1985, mit dem sie eine Abschrift des Rücktrittschreibens vom 6. Juni 1985 an die Klägerin gesandt haben will, im Zusammenhang mit der übrigen Korrespondenz zwischen den Parteien oder aufgrund anderer, für den Empfänger des Schreibens eindeutiger Anhaltspunkte möglicherweise als an die Klägerin gerichtete Kündigung ausgelegt werden kann. Den Empfang dieses Schreibens hat die Klägerin mit ihrer Antwort vom 21. Juni 1985 bestätigt. Diese Antwort (jetzt Bd. II Bl. 55 ff der Gerichtsakten) hatte der Beklagte bereits mit seinem Schriftsatz vom 10. Juni 1986 vorgelegt.

Sollte die Kündigung nicht wirksam erklärt worden sein, so wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, ob der Leasingnehmerin und damit dem Beklagten Einwendungen nach § 326 oder § 323 BGB zustehen (vgl. Senatsurteile vom 10. November 1982 - VIII ZR 252/81 = BGHZ 85, 267, 271 - und vom 16. September 1987 - VIII ZR 156/86 = WM 1987, 1531 unter

II 2 d bb -, ferner Palandt/Heinrichs, BGB, 47. Aufl., § 275 Anm. 5 b und § 284 Anm. 1 b). Auf den vertraglichen Ausschluß dieser Einwendungen kann sich die Klägerin nicht berufen, weil § 6 des Leasingvertrages unwirksam ist (oben II 1 b und c). Ebenso kann sie keine Rechte aus ihrer Kündigung vom 30. April 1986 herleiten, wenn die Leasingnehmerin wegen der ihr nicht gewährten Leistung die Zahlung auch nach § 320 BGB verweigern durfte und daher nicht in Verzug geraten ist.

3. Die Kündigung nach § 542 BGB setzt voraus, daß der Vermieter (Leasinggeber) zuvor unter Fristsetzung zur Abhilfe aufgefordert worden ist (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine solche Aufforderung und Fristsetzung hat der Beklagte nicht behauptet. Fristsetzung und Abhilfeforderung waren hier jedoch entbehrlich, weil in 6.5 des Leasingvertrages für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung ein Kündigungsrecht ohne Fristsetzung vorgesehen ist. Zwar ist diese Bestimmung wegen ihres Zusammenhanges mit der Gewährleistungsregelung unwirksam (vgl. oben II 1). Der Verwender unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen kann aber gehalten sein, Handlungen seines Vertragspartners hinzunehmen, die dieser im Vertrauen auf die vertraglich vorgesehene Verfahrensweise vorgenommen hat, ebenso wie sich in einem solchen Fall der Verwender selbst an das von ihm vorgeschriebene Verfahren halten müßte (Senatsurteil vom 25. März 1987 - VIII ZR 71/86 = NJW 1987, 2506 = WM 1987, 904 unter B I 2 c m.w.N.). Die Klägerin muß sich also eine Kündigung ohne Fristsetzung gefallen lassen.

Im übrigen wäre weiter zu prüfen, ob sich der Beklagte auf die gegenüber der Lieferantin gesetzte Frist und Abhilfeaufforderung im Schreiben vom 7. Januar 1985 berufen könnte, wenn die Auslegung von § 6 des Vertrages eine solche Handlungsweise rechtfertigen würde.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Groß