

Kombinierten Nomenklatur darf sich die Kommission aber durch eine Tarifierungsverordnung nicht setzen. Falls die Auslegung richtig ist, die der Senat in den oben zitierten Urteilen hinsichtlich der Auslegung des Begriffes „Messen“ vertreten

hat, hat sich die Kommission in den von der Oberfinanzdirektion zitierten Tarifierungsverordnungen nicht im Rahmen des Gemeinsamer Zollltarifs bzw. der Kombinierten Nomenklatur gehalten.

Finanzierungsleasing

Oberlandesgericht Koblenz, Urteil vom 11. November 1988 - 2 U 4/86 -, rechtskräftig.

Rechte des Leasingnehmers bei Verletzung vorvertraglicher Beratungs- und Aufklärungspflichten des Leasinggebers durch den Lieferanten.

1. Ein Urteil gegen den Lieferanten, dem Leasingnehmer die gezahlten Leasingraten zu erstatten, ist kein Vollzug einer Wandlung des dem Leasingvertrag zugrundeliegenden Kaufvertrages.

2. Führt die Verletzung vorvertraglicher Beratungs- und Aufklärungspflichten des Leasinggebers zu einer falschen Wahl des Leasinggegenstandes und damit dazu, daß der Leasing-

geber seiner Hauptpflicht zur Verschaffung eines gebrauchstauglichen und funktionstüchtigen Leasinggutes nicht nachkommen kann, so ist der Leasinggeber so zu behandeln, als sei der Leasingnehmer zur Wandelung berechtigt.

3. Schadensersatzansprüche des Leasingnehmers wegen schuldhafter Verletzung einer dem Leasinggeber obliegenden Aufklärungs- oder Beratungspflicht über die Eignung des Leasinggegenstandes unterliegen, auch wenn die Vertragsverhandlungen durch den Lieferanten als Erfüllungshelfen des Leasinggebers durchgeführt werden, der normalen Verjährungsfrist von 30 Jahren.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist begründet.

A.

Die Beklagte ist berechtigt, die Zahlung der von der Klägerin verlangten Leasingraten zu verweigern.

I.

Die Beklagte hat allerdings kein Recht, den mit der Klägerin abgeschlossenen Leasingvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Vertreter der Lieferantin, der Firma B, anzufechten (§ 123 BGB).

1. Dem steht nicht entgegen, daß die Lieferantin nicht mit der Klägerin identisch ist; denn die Lieferantin war nicht ein Dritter im Sinne des § 123 Abs.2 BGB. Die Klägerin, deren Geschäftsführer auch der Geschäftsführer der Firma B war, bediente sich der Firma B bei der Vorbereitung des Leasingvertrages und ließ dessen Konditionen durch den Zeugen J mit der Beklagten aushandeln, der als Angestellter bei der Firma B auch für Arbeiten der Klägerin eingesetzt wurde. Der Zeuge J war damit auch am Zustandekommen des Leasingvertrages der Parteien beteiligt, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Klägerin die Erklärungen des Zeugen J im einzelnen kannte oder kennen mußte. Sein Verhalten muß sie sich gemäß § 278 BGB zurechnen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 28. September 1988 - VIII ZR 160/87 - zu II. 4. c, jetzt: WM 1988,1669,1672.)

2. Es ist jedoch nicht festzustellen, daß der Zeuge J die Beklagte bei der Auswahl des Rechners und des Finanzbuchhaltungs-

Programms „FIPAS“ wider besseres Wissen falsch beraten und ihr den Erwerb nahegelegt hat, obwohl er die fehlende Eignung der Anlage für die von der Beklagten gewünschten Zwecke gekannt hat. Bei seiner Vernehmung vor dem Senat hat der Zeuge, auf den sich die Beklagte zum Beweise ihrer entsprechenden Behauptung berufen hat, ausgesagt, er habe der Beklagten einen zu ihren Wünschen passenden Rechner angeboten, der auch für die von der Beklagten genannte Größe der Buchhaltung ausgereicht habe. Aus den Bekundungen des Zeugen J bei seiner Vernehmung als Zeuge kann nicht geschlossen werden, er habe der Beklagten bewußt einen für ihre Aufgaben ungeeigneten Rechner angeboten. Zwar ist der Zeuge im höchsten Maße am Inhalt einer solchen Aussage interessiert. Aber selbst dann, wenn man ihm nicht glauben wollte, wäre die Behauptung der Beklagten, er habe sie betrügen wollen, nicht bewiesen.

Zudem hat der Sachverständige P festgestellt, daß der eingesetzte Rechner bei ausreichender Speicherkapazität prinzipiell geeignet ist, alle administrativen und kaufmännischen Aufgaben zu lösen.

II.

Die Beklagte kann dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Leasingraten auch nicht entgegenhalten, dem Leasingvertrag fehle von Anfang an die Geschäftsgrundlage, weil die Wandelung des dem Leasingvertrag zugrundeliegenden Kaufvertrages zwischen der Lieferantin und der Klägerin vollzogen sei oder weil sie berechtigt sei, der Klägerin das gegenüber der Lieferantin nicht mehr durchsetzbare Wandlungsbegehren entgegenzuhalten.

1. Die Wandelung des Kaufvertrages zwischen der Klägerin und der Lieferantin ist noch nicht dadurch vollzogen, daß die Lieferantin auf die Klage der Beklagten durch Versäumnisurteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz vom 24. Juni 1985 verurteilt worden ist, an sie die bis September 1984 an die Klägerin gezahlten Leasingraten sowie den Kaufpreis für das im März 1984 von der Lieferantin erworbene Ergänzungsprogramm „Faktura“ zu erstatten. Abgesehen von dem Kaufpreis für das Programm „Faktura“ handelt es sich bei diesem Urteilsinhalt nämlich nicht um die Rückabwicklung, wie sie der Leasingnehmer aufgrund der ihm im Leasingvertrag abgetretenen Gewährleistungsrechte im Falle der Wandelung verlangen könnte. Diese muß nämlich zwischen dem Leasinggeber und dem Lieferanten erfolgen (BGHZ 68, 118, 125) und zwar in der Weise, daß der Lieferant den vom Leasinggeber erhaltenen Kaufpreis an diesen und nicht an den Leasingnehmer zurückerstattet (Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 3. Aufl., Rdnr. 283); Leasingraten kann der Leasingnehmer nach Vollzug der Wandelung nur vom Leasinggeber zurückverlangen. Bei der Verurteilung aufgrund des Versäumnisurteils vom 24. Juni 1985 handelt es sich vielmehr um die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen die Lieferantin aufgrund des Vortrages, sie habe die Beklagte im Zusammenhang mit der Auswahl der Anlage arglistig getäuscht. Daß sich die Beklagte bei ihrer Klage gegen die Lieferantin außerdem auf abgetretene Gewährleistungsrechte berufen hat, ändert an dieser Feststellung nichts, da der zum Urteilsinhalt erhobene Klageantrag auf einem anderen als einem Wandelungsbegehren beruht.

2. Die Beklagte kann aber auch der Klägerin nicht entgegenhalten, sie sei zur Wandelung berechtigt.

a) Hat der Leasinggeber, wie hier, unter Freizeichnung von mietrechtlicher Gewährleistung dem Leasingnehmer seine Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten in zulässiger Weise (BGHZ 81, 298) abgetreten, so ist der Leasingnehmer grundsätzlich erst dann berechtigt, sich auf die zum Fehlen der Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag führende Wandelung zu berufen, wenn sie vollzogen ist; möglicherweise reicht es aus, daß der Leasingnehmer gleichzeitig die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche in einem Rechtsstreit gegen den Lieferanten angriffs- oder verteidigungsweise geltend macht (offengelassen in BGH NJW: 1985, 796, 798). Ist eine derartige Verfolgung eines Wandelungsbegehrens infolge zwischenzeitlichen Vermögensverfalls des Lieferanten wie im vorliegenden Falle für die Beklagte nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Lieferantin am 1. September 1985 nicht möglich, so muß der Leasinggeber dies gegen sich gelten lassen. Im Verhältnis zum Leasinggeber muß der Leasingnehmer dann so gestellt werden, wie er stünde, wenn die Wandelung des Kaufvertrages vollzogen worden wäre (BGH WM 1984, 1089, 1092).

b) Es ist jedoch nicht festzustellen, daß die der Beklagten im Wege des Leasing zur Verfügung gestellte Anlage weniger leistet, als dies bei den Absprachen mit dem Zeugen J vertraglich verabredet worden ist, und daß die Anlage daher mangelhaft im Sinne des § 459 BGB ist.

Soweit die Beklagte behauptet, bei den dem Abschluß des Leasingvertrages vorausgegangenem Vertragsverhandlungen sei Einigkeit darüber erzielt worden, daß der Rechner Apple III 256 KB mit den Programmen „Finanzbuchhaltung FIPAS“ und

„Faktura“ geeignet sei, die gesamte Buchhaltung ihres Unternehmens mit ca. 800 Kunden, ca. 1.100 Buchhaltungsbuchungen pro Monat, ca. 330 Buchungen von Geschäftsvorfällen einschließlich Erstellung einer Kundenkartei und deren Auflistung nach bestimmten Ordnungsfaktoren, Rechnungsstellung, Mahnwesen, offene Posten, Erstellung von Angeboten zu verarbeiten sowie die Büroorganisation zu erledigen, hat sie eine solche Tragweite vertraglicher Zusagen des Zeugen J nicht bewiesen.

Insgesamt ist damit nur bewiesen, daß die von der Beklagten ausgesuchte Anlage mit dem bestellten Programm die Finanzbuchhaltung der Beklagten erledigen sollte. Die Parteien haben es versäumt, die Anforderungen an die Anlage im einzelnen in einem Pflichtenheft festzustellen und dabei etwa anzugeben, welche Aufgaben zu lösen seien, welche Standardprogramme eingesetzt werden könnten, welche betriebsindividuellen Programme entwickelt werden müßten, welche Maschinenkapazität erforderlich sei, welchen Integrationsgrad die Programme aufweisen sollten, welcher Bedienungskomfort erwartet werde usw. Mangels entsprechender Zusage brauchte die Anlage daher nicht mehr als die Finanzbuchhaltung der Beklagten zu erbringen, nicht aber noch zusätzlich etwa die Erstellung einer Kundenkartei und deren Auflistung nach bestimmten Ordnungsfaktoren, Fakturierung, Mahnwesen und Erstellung von Angeboten.

c) Für die Bewältigung der Finanzbuchhaltung der Beklagten ist die Anlage im Prinzip geeignet. Das ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. P. Soweit der Sachverständige bei dem Umfang der zur Finanzbuchhaltung der Beklagten gehörenden Daten die Bereitstellung eines größeren Speichers für erforderlich hält, der die Speicherung einer größeren Menge von Daten über einen längeren Zeitraum ermöglicht und damit eine zeitgemäße Dialogbearbeitung zuläßt, hat er ausgeführt, daß das von der Beklagten bestellte Programmsystem FIPAS eine solche Erweiterungsmöglichkeit ausdrücklich vorsieht, und zwar durch Einsatz einer erheblich größeren Festplatte statt der Disketten. Daß die Anlage diesen größeren Speicher nicht besitzt, ist kein Mangel. Die Ausstattung der Anlage mit einem größeren Speicher ist nach den Ausführungen des Sachverständigen P nur im Hinblick auf das von der Beklagten behauptete Datenvolumen erforderlich. Ob dieser Umfang der bei der Finanzbuchhaltung zu verarbeitenden Daten bereits Gegenstand der zum Abschluß des Leasingvertrages führenden Vertragsverhandlungen war, ist jedoch nicht festzustellen. Es ist bereits ausgeführt, daß die Zeugen T und J bekundet haben, über den Umfang der Buchhaltungsdaten sei im einzelnen erst gesprochen worden, als die Anlage bereits bei der Beklagten eingetroffen war. Mag der Zeuge J durch dieses Vorgehen auch eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Beratung der Beklagten verletzt haben (vgl. dazu unten III.), so ist jedenfalls nicht festzustellen, daß die Beteiligten bei Auswahl der Anlage und Abschluß des Leasingvertrages einen bestimmten Arbeitsumfang festgelegt haben. Deshalb kann auch eine Abweichung der Brauchbarkeit der Anlage zu einer im Vertrag ausbedungenen Leistungskapazität nicht festgestellt werden.

III.

Die Beklagte kann der Forderung der Klägerin auf Zahlung der Leasingraten jedoch entgegenhalten, daß die Klägerin sie im Wege des Schadenersatzes wegen Verletzung vorvertraglicher Beratungs- und Aufklärungspflichten so zu stellen hat, als

sei der Leasingvertrag nicht zustande gekommen.

1. Mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen die Partner zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Fürsorge und Loyalität verpflichtet sind. Das kann im Einzelfall bedeuten, daß der Anbieter einer Ware zur Beratung und Aufklärung des Nachfragers verpflichtet sein kann. Der Umfang derartiger Beratungs- und Aufklärungspflichten richtet sich im besonderen Maße danach, inwieweit der Nachfrager erkennbar auf die Fachkunde des Anbieters vertraut und seine Entscheidung zum Vertragsschluß von seiner Beratung abhängig macht. Insbesondere begründet die der Anschaffung einer EDV-Anlage vorausgehende Beratungstätigkeit spezifische Sorgfaltspflichten des Lieferanten von Systemen gegenüber dem an ihrer Einführung interessierten Kunden (BGH, NdW 1984, 2938). Beruht der Abschluß des nachfolgenden Vertrages, eventuell auch nur hinsichtlich seiner Ausgestaltung im einzelnen, auf einer schuldhaften Verletzung der dem anderen Partner obliegenden Beratungs- und Aufklärungspflichten, so kann der Gegner Rückgängigmachung des Vertrages verlangen, sofern sich die unzutreffenden Erklärungen des Verkäufers nicht auf Eigenschaften des Liefergegenstandes beziehen und damit die Gewährleistungsregeln Vorrang genießen (BGH a.a.O.). Dabei hat der zur Aufklärung verpflichtete Vertragspartner ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen wie eigenes zu vertreten (§ 278 BGB).

2. Die vom Zeugen J vorgenommene Beratung der Beklagten war fehlerhaft. Die Zeugin T hat bekundet, welche Erwartungen die Beklagte an eine zu erwerbende Datenverarbeitungsanlage stellte und daß sie insoweit Beratungen durch die Lieferantin wünschte. Der Lieferantin hätte es dann obliegen, unter Mitwirkung der Beklagten (vgl. BGH WM 1988, 1451, 1453) ein Pflichtenheft zu erstellen und die Wünsche der Beklagten im einzelnen festzuhalten, um auf diese Weise eine geeignete Diskussionsgrundlage für die Ausstattung der von der Beklagten gewünschten Anlage zu finden. Ohne eine solche detaillierte Ermittlung der Benutzerwünsche war es nicht möglich, das für diese Aufgaben geeignete System zusammenzustellen. So sind die Wünsche der Beklagten weitgehend unberücksichtigt geblieben und auch nicht Vertragsinhalt geworden. Das gilt insbesondere für den Umfang der Finanzbuchhaltung und die Menge der dabei zu verarbeitenden Daten. Ohne Klärung dieser Frage hat die Lieferantin schließlich einen zu geringen Speicherraum vorgesehen. Bei richtiger Beratung, die auf eine deutliche Festlegung der gewünschten und notwendigen Kapazität hätte Wert legen müssen, wäre der Vertrag über die Anlage jedenfalls nicht mit diesem Inhalt geschlossen worden, sondern die Klägerin hätte entweder mit zusätzlichen Kosten einen größeren Speicher bestellt oder insgesamt vom Abschluß des Vertrages Abstand genommen.

3. Soweit sich der Leasinggeber, wie im vorliegenden Falle die Klägerin, des Lieferanten zum Aushandeln und Festlegen der Bedingungen des Leasingvertrages bedient, hat der Leasinggeber dessen Verschulden wie eigenes zu vertreten, soweit es sich um die Verletzung von Pflichten handelt, die dem Leasinggeber beim eigenen Handeln selbst obliegen hätten (§ 278 BGB). Das gilt insbesondere bei der Verletzung von Hinweis- oder Aufklärungspflichten im Rahmen der Festlegung des Inhalts des Leasingvertrages (BGHZ 95, 170, 174; BGH, WM 1988, 84, 87).

Führt die Verletzung der Beratungs- oder Aufklärungspflicht zu einer falschen Wahl des Leasinggegenstandes und damit dazu, daß der Leasinggeber seiner Hauptpflicht zur Verschaffung eines gebrauchstauglichen und funktionstüchtigen Leasinggutes (vgl. BGHZ 81, 298, 310; WM 1985, 1447, 1448) nicht nachkommen kann, so ist der Leasinggeber so zu behandeln, als sei der Leasingnehmer zur Wandelung berechtigt (Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag 3. Aufl., Rdnr. 338, 340).

4. Soweit sich die Beklagte in den allgemeinen Leasingbedingungen (§ 5 Abs.1) von Schadenersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung freigezeichnet hat, ist dieser Haftungsausschluß wegen der undifferenzierten Behandlung jeder Art des Verschuldens unter Einschluß auch groben Verschuldens und ohne Differenzierung hinsichtlich des Handelns des Verwenders selbst oder seines gesetzlichen Vertreters oder seiner leitenden Angestellten einerseits und übriger Angestellter andererseits wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam.

5. Der Schadenersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin wegen der ihr zuzurechnenden Verletzung der vorvertraglichen Beratungs- und Aufklärungspflichten durch den Zeugen J ist auch nicht verjährt.

a) Allerdings unterliegen Schadenersatzansprüche eines Käufers aus der schuldhaften Verletzung einer dem Verkäufer obliegenden Aufklärungs- oder Beratungspflicht über eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes, die keinen Mangel darstellt, der kurzen Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB, wenn von der Eigenschaft die Verwendungsfähigkeit der Kaufsache für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck abhängt (BGHZ 88, 130, 137). Führt eine fehlerhafte Beratung zur Anschaffung einer EDV-Anlage, die für die Bewältigung der innerbetrieblichen Aufgaben etwa in der Finanzbuchhaltung unterdimensioniert und damit für den Vertragszweck nicht hinreichend geeignet ist, so verjährt der Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter Beratung innerhalb 6 Monaten von der Ablieferung der Anlage an (BGH NJW 1984, 2938, 2939).

Dieses Ergebnis gilt aber nur für das Verhältnis zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer, auch wenn es zwischen ihnen letztlich nicht zu einem Kaufvertrag kommt, weil der Gegenstand im Rahmen eines Finanzierungsleasing vom Leasinggeber erworben und dem Leasingnehmer zur Verfügung gestellt wird. Denn der Lieferant steht dem Leasingnehmer im Rahmen eines Finanzierungsleasings wie ein Verkäufer gegenüber, dem der Kaufpreis von einem Kreditgeber des Käufers bezahlt wird. Das rechtfertigt in den genannten Fällen eine entsprechende Anwendung des § 477 Abs.1 BGB als Ausnahme von dem Grundsatz, daß Schadenersatzansprüche wegen Verletzung vorvertraglicher Fürsorgepflichten der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterliegen (vgl. Münchener Kommentar-Emmerich, BGB 2. Aufl., vor § 275 Rdnr. 92).

b) Demgegenüber sind nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Finanzierungsleasingverträge in erster Linie nach Mietrecht zu beurteilen (BGH WM 1985, 1447, 1448 m.w.N.). Die mietvertragliche Verjährungsvorschrift des § 558 BGB unterwirft nur einige Ansprüche des Mieters einer kürzeren als der allgemeinen Verjährungsfrist, nämlich soweit die Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen (§ 547 BGB), auf

Ersatz von Aufwendungen (§ 538 Abs.2 BGB), auf Gestattung der Wegnahme von Einrichtungen (§ 547 a Abs.1 BGB) und auf Schadenersatz wegen Verletzung des Wegnahmerechts gehen; Schadenersatzansprüche des Mieters wegen Mängeln der Mietsache (§ 538 Abs.1 BGB) werden von dieser Vorschrift nicht ergriffen und unterliegen damit der allgemeinen Verjährung innerhalb 30 Jahren (Münchener Kommentar-Voelskow a.a.O., § 558 Rdnr. 18, 20). Zudem beginnt die kurze Verjährung von Ansprüchen des Mieters erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 558 Abs.2 BGB) und nicht mit Übergabe der Sache, wie in § 477 Abs.1 BGB. Schadenersatzansprüche wegen Mißachtung einer dem Leasinggeber obliegenden Beratungspflicht über die Eignung des Leasinggegenstandes zu dem vom Leasingnehmer mit dem Leasingvertrag verfolgten Zweck hängen eng mit dem Begriff des Mangels zusammen, was den Bundesgerichtshof veranlaßte, derartige Schadenersatzansprüche im Verhältnis zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten als einem kaufvertragsähnlichen der kurzen Verjährungsfrist des § 477 Abs.1 BGB zu unterwerfen. Für Schadenersatzansprüche wegen Mängeln der Mietsache gibt es eine derartige kurze Verjährungsfrist nicht. Deshalb können auch Schadenersatzansprüche des Mieters oder Leasingnehmers wegen Verschuldens des Vermieters oder Leasinggebers bei Vertragsschluß, das sich auf die Brauchbarkeit und Tauglichkeit der Miet- bzw. Leasing Sache auswirkt, nur innerhalb der normalen Frist von 30 Jahren (§ 195 BGB) verjähren.

c) Das führt freilich zu dem Ergebnis, daß der Leasinggeber, der sich des Lieferanten für die Vorgespräche, die zum Abschluß des Leasingvertrages führen, bedient, länger für dessen Pflichtverletzungen einzustehen hat, als dieser selbst. Um den Leasinggeber vor Nachteilen zu bewahren, die ihm dadurch entstehen können, daß er weiterhin dem Leasingnehmer haftet, ohne Rückgriff beim Lieferanten nehmen zu können, obliegt es dem Leasingnehmer, dem Leasinggeber auftretende Mängel unverzüglich anzuzeigen (§ 545 Abs.1 BGB). Verletzt der Leasingnehmer diese Anzeigepflicht und erleidet der Leasinggeber dadurch einen Schaden, so ist der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser durch Unterlassung der Mitteilung erleidet (§ 545 Abs.2 BGB; BGH WM 1987, 349, 352). Das könnte im vorliegenden Falle dazu führen, daß sich die Beklagte auf ihren Schadenersatzanspruch gegen die Leasinggeberin wegen Verletzung vorvertraglicher Beratungspflichten insoweit nicht berufen könnte, als die Klägerin infolge verspäteter Mitteilungen die Möglichkeit verloren hat, seinerseits gleichartigen Schadenersatz von der Lieferantin zu fordern.

Ein derartiger Schaden ist allerdings nicht festzustellen. Zwar hat die Beklagte nach Auslieferung der Anlage und Abschluß des Leasingvertrages vom 4. März 1983 erst mit Schreiben vom 7. September 1984 der Klägerin mitgeteilt, sie fühle sich von der Lieferantin getäuscht. Zu diesem Zeitpunkt war die Verjährungsfrist des § 477 Abs.1 BGB bereits vollendet; ein arglistiges Verhalten der Lieferantin ist, wie oben ausgeführt, nicht festzustellen. Der Ablauf der Verjährungsfrist allein reicht aber noch nicht aus, um einen Schaden der Klägerin infolge verspäteter Mitteilung annehmen zu können. Die Klägerin hat nicht dargelegt, die Lieferantin hätte sich ihr gegenüber auf die eingetretene Verjährung berufen. Hierzu wäre der Klägerin ein Vortrag durchaus möglich gewesen, da der Geschäftsführer ihrer Komplementärgesellschaft mit dem Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft der Lieferantin identisch ist. Die

Lieferantin hat sich auch auf die mit Gewährleistungsansprüchen und Ansprüchen auf Schadenersatz wegen falscher Beratung gestützte Klage der Beklagten nicht verteidigt, insbesondere auch nicht mit der Einrede der Verjährung, sondern hat das am 24. Juni 1985 gegen sie antragsgemäß erlassene Versäumnisurteil hingenommen. Auch die Tatsache, daß die Lieferantin zwischenzeitlich in Vermögensverfall geraten ist, sagt nichts darüber, daß die verspätete Anzeige der Beklagten zu einem Schaden der Klägerin mangels Rückgriffsmöglichkeiten geführt hat. Denn der Konkurs über das Vermögen der Lieferantin ist erst durch Beschluß des Amtsgerichts Koblenz vom 1. September 1985 eröffnet worden; über die Vermögenslage der Lieferantin nach dem Schreiben der Beklagten vom 7. September 1984 trägt die Klägerin nichts vor.

5. Dem Schadenersatzanspruch der Beklagten kann die Klägerin auch nicht entgegenhalten, daß die Beklagte, wie sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, die Anlage auch nach Einstellung der Zahlung von Leasingraten weiter benutzt hat.

Allerdings ist anerkannt, daß einem Wandlungsbegehren eines Käufers der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in Form des Verbots widersprüchlichen Verhaltens entgegenstehen kann, wenn eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen und der jeweiligen Umstände des Einzelfalles ergeben, daß der Käufer mit der Kaufsache doch einverstanden ist (BGH, WM 1984, 479, 480). Eine solche Feststellung ist im vorliegenden Fall allerdings nicht möglich. Sie scheidet schon daran, daß die Beklagte die Anlage nicht in vollem Umfange, sondern nur zur Textverarbeitung weiterhin genutzt hat und insbesondere nicht für den eigentlichen Zweck, ihre Finanzbuchhaltung damit abzuwickeln. Durch die Weiterbenutzung der Anlage hat die Beklagte auch nicht den Interessen der Klägerin zuwider gehandelt, da die Anlage dadurch keinem Schaden oder Verschleiß unterliegt. In der Weiterbenutzung der Anlage in einem eingeschränkten Aufgabenbereich ist deshalb kein Wille der Beklagten zu sehen, der ihrem prozessualen Begehren widerspricht, die Anlage zurückgeben zu wollen und von der Pflicht zur Zahlung der Leasingraten befreit zu werden.

B.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 713 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Klägerin beträgt wie der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens 9.234,06 DM.