
Datum: 28.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 105/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1128.12U105.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 1 O 307/11
Schlagworte: Finanzierungsleasing, Kündigungsmöglichkeit, Rücksichtnahmepflichten, Treuepflichten, Mitverschulden
Normen: BGB §§ 280 Abs. 1; 241 Abs. 2, 249 Abs. 1; 433, 254 Abs. 1

Leitsätze:

1. Schließt der Lieferant einer EDV-Anlage im Rahmen eines Finanzierungsleasinggeschäfts mit dem Leasingkunden einen Vertrag über den Verkauf der Leasingsache "nach Ablauf des Leasingvertrages... frühestens nach 36 Monaten" (sog. vom Leasinggeber nicht autorisierte Kaufoption), ist er nach den ihm aus § 241 Abs. 2 BGB obliegenden Rücksichtnahme- und Treuepflichten gehalten, den Leasingkunden auf die im Leasingvertrag vorgesehene Kündigungsmöglichkeit zum Ablauf des 36. Monats hinzuweisen.

2. Der Leasingkunde muss sich vom Lieferanten ein erhebliches Mitverschulden entgegenhalten lassen, wenn er die im Leasingvertrag vereinbarten Kündigungsmöglichkeiten nicht nachhält und daher die Leasingraten über die vereinbarte Mindestlaufzeit hinaus zahlt.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30.05.2012 verkündete Urteil des Einzelrichters der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 9.330,73 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit

dem 24.10.2011 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 78 % und die Beklagte zu 22 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin ist niedergelassene Gynäkologin in N. Anfang 2003 beabsichtigte sie, ihre Arztpraxis durch eine neue EDV-Anlage zu modernisieren. Zu diesem Zweck wandte sie sich an die Beklagte, die ein Computerfachgeschäft betreibt, in dem Hard- und Softwarelösungen angeboten werden.

3

Im Rahmen der Verkaufsverhandlungen wurde die Finanzierung durch ein Leasinggeschäft besprochen. Die Beklagte stellte hierzu den Kontakt zu der M GmbH her. Mit dieser schloss die Klägerin einen schriftlichen Leasingvertrag vom 2.5./5.6.2003 über die bei der Beklagten ausgesuchte EDV-Anlage. Der Leasingvertrag sah monatliche Leasingraten von netto 551,94 € und eine abschlusszahlungsfreie Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten zum Ablauf des 36. Monats vor.

4

Mit der Beklagten schloss die Klägerin für die Zeit nach Beendigung des Leasingvertrags einen schriftlichen Kaufvertrag vom 14.5.2003. Vorgesehen waren der Erwerb der Leasingssache durch die Beklagte und die anschließende Veräußerung an die Klägerin. In dem Vertrag verpflichtete sich die Beklagte zum Verkauf frühestens nach 36 Monaten und die Klägerin zur Kaufpreiszahlung von netto 831,23 €, „fällig nach Ablauf des Leasingvertrages: 1697502 frühestens nach 36 Monaten“.

5

In der Folgezeit leistete die Klägerin die Leasingraten von Juni 2003 bis einschließlich September 2011 an die M GmbH.

6

Anlässlich einer Besprechung der Parteien in der Arztpraxis der Klägerin am 7.9.2011 fiel sodann auf, dass der Leasingvertrag nicht gekündigt worden war. Auf Veranlassung der Beklagten stimmte die M GmbH der sofortigen Vertragsbeendigung zu und übereignete die EDV-Anlage an die Klägerin.

7

Die Klägerin nimmt nunmehr die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Verletzung vertraglicher Informations- und Auskunftspflichten in Anspruch.

8

Sie hat behauptet, dass die Beklagte anlässlich der Vertragsverhandlungen im Jahr 2003 zugesagt habe, die Klägerin über die Möglichkeit der Kündigung des Leasingvertrags rechtzeitig zu informieren. Im Übrigen sei die Beklagte aber auch aufgrund ihrer obliegenden vertraglichen Nebenpflichten zu einer dahingehenden Auskunft verpflichtet gewesen.

9

Stattdessen sei der Leasingvertrag bei der Beklagten offenbar in Vergessenheit geraten. Insoweit falle der Beklagten eine schuldhafte Vertragspflichtverletzung zur Last. Das habe sie im Rahmen der Besprechung am 7.9.2011 auch eingeräumt und die Schadensregulierung in Aussicht gestellt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte deshalb zur Erstattung der über den 5.6.2006 hinausgehend gezahlten Leasingraten in Höhe von insgesamt 41.791,79 € verpflichtet sei. Mit Anwaltsschreiben vom 11.10.2011 hat sie die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 22.10.2011 zur Zahlung und zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aufgefordert. 10

Die Klägerin hat beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, an sie 41.791,79 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.10.2011 sowie vorgerichtliche Anwaltsgebühren in Höhe von 1.530,58 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.10.2011 zu zahlen. 12

Die Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie hat eine vertragliche Informations- oder Auskunftspflicht in Abrede gestellt. Vielmehr habe die Fristenwahrung der Klägerin selbst obliegen. Es sei von vorneherein klar gewesen, dass der Leasingvertrag fristgemäß zum Ablauf des 36. Monats habe gekündigt werden müssen. Hierzu habe die Klägerin keines späteren Hinweises durch die Beklagte bedurft. 15

Weiter hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass der Klägerin jedenfalls ein überwiegendes Mitverschulden zur Last falle. Bei der Schadensberechnung sei überdies der nach dem Kaufvertrag vom 14.5.2003 zu zahlende Kaufpreis in Abzug zu bringen. Ferner habe der Leasingvertrag erst zum Ablauf des Monats Juni 2006 gekündigt werden können, so dass der Schadensberechnung erst die Zeit ab Juli 2006 zugrunde zu legen sei. Schließlich hat die Beklagte die Einreden der Verjährung und der Verwirkung erhoben. 16

Das Landgericht hat die Parteien im Termin am 30.5.2012 persönlich angehört und die Klage sodann durch das an diesem Tage verkündete Urteil abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte nach Gesamtgestaltung von Kaufvertrag und Leasinggeschäft nicht zu einer Information oder Auskunft verpflichtet gewesen sei. Es stehe nicht fest, dass die Beklagte die gebotene Fristenkontrolle ausdrücklich übernommen und dies zugesagt hat. Auch lasse sich der in Aussicht gestellten Schadensregulierung kein vorprozessuales Anerkenntnis entnehmen. 17

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Zahlungsbegehren weiter. Sie hält an ihrer Rechtsauffassung zur Aufklärungspflicht der Beklagten fest und trägt hierzu ergänzend vor. Hinsichtlich der im Termin am 30.5.2012 näher dargelegten Zusage, für Information und Fristenkontrolle Sorge zu tragen, fehle es an einem hinreichenden Bestreiten der Beklagten. 18

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und rügt das Berufungsvorbringen als teilweise verspätet. 19

II. 20

21

Die zulässige Berufung ist in dem zuerkannten Umfang begründet.

Der Klägerin steht aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1, 433 BGB ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 9.330,73 € gegen die Beklagte zu. 22

1. Der mit der Klage verfolgte Schadensersatzanspruch ist nicht bereits aus einem konstitutiven Schuldanerkennnis oder Schuldversprechen nach §§ 780, 781 BGB begründet. Denn es fehlt an der erforderlichen Schriftform einer etwaigen am 7.9.2011 mündlich eingeräumten Einstandspflicht der Beklagten. Ein dahingehender schuldbegründender Vertrag wäre deshalb unwirksam, §§ 125 S. 1, 126 BGB. 23

Ein in dem Zusammenhang in Betracht kommendes nicht formbedürftiges deklaratorisches Schuldanerkennnis oder Schuldversprechen gewährt keinen selbständigen Schadensersatzanspruch. 24

2. Die Beklagte ist aber aufgrund schuldhafter Verletzung vertraglicher Nebenpflichten nach den §§ 280 Abs. 1, 282, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1, 433 BGB zum Ersatz des der Klägerin hierdurch entstandenen Schadens verpflichtet. 25

a. Zwischen den Parteien ist durch den am 14.5.2003 schriftlich geschlossenen Kaufvertrag ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen. 26

aa. Insoweit ist nicht auf den Leasingvertrag vom 2.5./5.6.2003 abzustellen. Denn die Beklagte ist nicht Partei dieses Vertragsverhältnisses. Der Leasingvertrag ist zwischen der Klägerin als Leasingnehmerin und der M GmbH als Leasinggeberin geschlossen worden. 27

bb. Die Klägerin ist nicht Partei des Liefervertrags, der zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin geschlossen worden ist. 28

cc. Ein zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Leasinggeschäft geschlossener Vermittlungsvertrag ist nicht feststellbar. Zwar hat die Beklagte im Anschluss an die zwischen den Parteien geführten Verkaufsgespräche den Kontakt zur Leasinggeberin hergestellt und dieser auch den Leasingantrag der Klägerin übersandt. Dem lässt sich indes der Abschluss eines rechtlich bindenden Vermittlungsgeschäfts nicht entnehmen. Ob eine Haftung der Beklagten als Dritte im Sinne des § 311 Abs. 3 BGB in Betracht kommt, kann unter Berücksichtigung der Ausführungen zu ee) dahinstehen. 29

dd. Auch ein Beratungsvertrag ist nicht gegeben. Die Klägerin war bei der Auswahl und Finanzierung der EDV-Anlage bereits anderweitig fachlich beraten. Das ist zwischen den Parteien nicht streitig. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte daneben ihrerseits mit der Finanzierungsberatung betraut sein sollte. 30

ee. Die Parteien haben sich aber mit dem Inhalt der Vertragsurkunde vom 14.5.2003 über den Verkauf der Leasingsache schuldrechtlich wirksam geeinigt. 31

(1) Es handelt sich dabei um einen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB. Denn der Vertrag ist – unabhängig von der Rechtsnatur des Liefergeschäfts – auf eine dauerhafte Überlassung der Kaufsache „EDV-Anlage“ gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts gerichtet. 32

(2) Wird eine derartige Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Leasingvertrags zwischen Lieferant und Leasingkunde getroffen, handelt es sich um eine vom Leasinggeber nicht autorisierte Kaufoption, aus der nur der Lieferant selbst verpflichtet wird (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1421; Weber NJW 2005, 2197 ff.; H. Beckmann in: 33

Martinek/Stoffels, Handbuch des Leasingrechts, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 40). Damit ist bereits im Mai 2003 ein Kaufvertrag unmittelbar zwischen der Klägerin und der Beklagten als Lieferantin zustande gekommen, der nach den Vereinbarungen der Parteien erst 36 Monate später erfüllt werden sollte. Es handelte sich daher nicht um einen „normalen“ Kaufvertrag, sondern um ein „Langzeitschuldverhältnis“, das ähnlich wie bei einem Bauvertrag die Vertragspartner zu besonderer Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Interessen und zur Kooperation verpflichtet.	
(3) Der Kaufvertrag ist unbedingt geschlossen worden. Es handelt sich nicht um ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB.	34
Der Vertragsurkunde lässt sich ein dahingehender Wille der Parteien, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts erst mit der Beendigung des Leasingvertrags eintreten sollten, nicht entnehmen. Vielmehr ist die kaufvertragliche Einigung unbedingt erfolgt. Lediglich die Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB sollten erst nach Ablauf des Leasingvertrags, frühestens nach 36 Monaten, fällig werden. Es handelt sich deshalb um eine Fälligkeitsregelung. Dem entspricht § 2 des Vertrags, der auch die Kaufpreiszahlung entsprechend hinausschiebt und eine ausdrückliche Fälligkeitsregelung der Käuferpflicht aus § 433 Abs. 2 BGB enthält.	35
(4) Auf das am 14.5.2003 begründete Schuldverhältnis findet das seit dem 1.1.2002 geltende Schuldrecht Anwendung, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	36
b. Die Beklagte hat eine ihr aus diesem Schuldverhältnis gegenüber der Klägerin obliegende vertragliche Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verletzt.	37
aa. Insoweit ist ein Verstoß gegen die vertraglichen Hauptleistungspflichten aus dem Kaufvertrag vom 14.5.2003 nicht gegeben.	38
Nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Diese Vertragspflichten hat die Beklagte erfüllt.	39
Der Leasingvertrag mit der M GmbH ist zum Ende September 2011 beendet worden. Nach dem unwidersprochen gebliebenem Vorbringen der Beklagten hat die Leasinggeberin sodann die Leasingsache an die Klägerin übereignet. Die Eigentumsübertragung war gemäß § 929 S. 2 BGB durch konkludente Einigung möglich, weil die Klägerin im Rahmen des Leasingverhältnisses bereits unmittelbare (Fremd-) Besitzerin der Leasingsache war. Die Beendigung des Leasingvertrags und die Übereignung der Leasingsache sind auf Veranlassung der Beklagten und mithin ihr zurechenbar in Erfüllung des Kaufvertrags erfolgt.	40
Der Beklagten ist insoweit eine verspätete Erfüllung des Kaufvertrags nicht vorzuwerfen. Denn die Leistungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ist nach der Formulierung des Vertrags erst mit der Beendigung des Leasingvertrags fällig geworden, d.h. erst zum Ende September 2011.	41
bb. Auch hat die Beklagte keine selbständige vertragliche Nebenleistungspflicht übernommen, nach der sie verpflichtet war, die Klägerin auf die im Leasingvertrag vorgesehene Kündigung zum Ablauf des 36. Monats hinzuweisen.	42
Es steht nicht fest, dass der Geschäftsführer der Beklagten M im Zusammenhang mit dem Kauf- und Leasinggeschäft im Jahr 2003 mündlich zugesagt hat, die Klägerin rechtzeitig	43

darüber zu informieren, ob und wann der Leasingvertrag gekündigt werden kann. Eine solche Zusage haben die Geschäftsführer der Beklagten M und L in Abrede gestellt. Soweit sie sich dahin geäußert haben, sie könnten sich nicht vorstellen oder hielten es für ausgeschlossen, eine solche Zusage erteilt zu haben, kann dem ein unzureichendes Bestreiten im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO nicht entnommen werden. Denn aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass die behauptete ausdrückliche Zusage bestritten und nicht etwa als möglich zugestanden werden sollte.

cc. Die Beklagte ist auch nicht aufgrund eines etwaigen am 7.9.2011 abgegebenen deklaratorischen Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens mit der Einwendung ausgeschlossen, zu einem Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit nicht verpflichtet gewesen zu sein. 44

Zwar kann die Wirkung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, je nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt, im Einzelfall dahin gehen, dass alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur ausgeschlossen sind, die der Schuldner bei der Abgabe kannte oder mit denen er mindestens rechnete (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 781, Rdnr. 4, m.w.N.). Das setzt jedoch voraus, dass die Beklagte am 7.9.2011 zumindest mit der Möglichkeit rechnete, zu einem Hinweis auf die Kündigung des Leasingvertrags nicht verpflichtet gewesen zu sein. Vor diesem Hintergrund müsste sie mit Rechtsbindungswillen ihre Einstandspflicht zugesagt haben. 45

Nach den Darlegungen der Klägerin kann der Geschäftsführer der Beklagten LI am 7.9.2011 möglicherweise selbst von einem pflichtwidrig unterbliebenen Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit ausgegangen sein. Für die Annahme eines Anerkenntnisses, mit dem die Beklagte rechtlich bindend ihre Einstandspflicht auch für den Fall erklären wollte, dass sie möglicherweise nicht hinweisverpflichtet war, reicht dieser Sachverhalt aber nicht aus. 46

dd. Nach dem Kaufvertrag über die zukünftige Veräußerung der Leasingsache war die Beklagte jedoch aufgrund der ihr obliegenden Rücksichtnahme- und Treuepflichten gehalten, die Klägerin auf die im Leasingvertrag vorgesehene Kündigungsmöglichkeit zum Ablauf des 36. Monats hinzuweisen. 47

(1) Zu den schuldrechtlichen Nebenpflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB gehören nicht nur die Rücksichtnahme- und Schutzpflichten im engeren Sinne, sondern alle über die Leistung hinausgehenden weiteren Verhaltenspflichten des Schuldners. Diese umfassen auch die unterschiedlichen Aufklärungs-, Anzeige-, Warn- und Beratungspflichten, d.h. die Pflichten, den anderen Teil unaufgefordert über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren, die diesem verborgen geblieben sind. Die Haftung beruht auf dem Gedanken, dass der Schuldner zur Aufklärung verpflichtet ist, wenn Gefahren für das Leistungs- oder Integritätsinteresse des Gläubigers bestehen, von denen dieser keine Kenntnis hat (vgl. dazu: MüKo-Bachmann/Roth, BGB, 6. Aufl. 2012, § 241, Rdnr. 48; BeckOK/BGB-Sutschet, 2012, § 241, Rdnr. 77; Staudinger-Olzen, BGB, Neub. 2009, § 241, Rdnr. 437). 48

Im vorliegenden Fall lag die rechtzeitige Kündigung des Leasingvertrags zwar dem Grunde nach in der Sphäre der Klägerin. Ihr war der Vertragsinhalt positiv bekannt. Aus dem Leasingvertragsformular ergab sich ohne weiteres das befristete Kündigungsrecht zum Ablauf des 36. Monats. Das wirtschaftliche Interesse an einer frühen Beendigung des Leasingvertrags lag vorrangig bei der Klägerin. Denn sie konnte sich gegen Zahlung eines geringen Kaufpreises von den weiteren Leasingraten befreien. 49

Auch ist nicht zu verkennen, dass die Wahrnehmung eigener Belange und eigener wirtschaftlicher Interessen grundsätzlich dem Inhaber selbst obliegt. Ein Informationsgefälle, welches nach Treu und Glauben eine Aufklärung erwarten lässt (vgl. Staudinger-Olzen, a.a.O., Rdnr. 438), war nicht gegeben.

(2) Unter Berücksichtigung der hier zu beachtenden Besonderheiten, der allgemeinen Vertragsgestaltung und dem sachlichen Zusammenhang mit dem Leasinggeschäft ergibt sich im vorliegenden Fall jedoch eine der Beklagten obliegende Hinweis- und Aufklärungspflicht. 51

(a) Der bereits mit dem Leasinggeschäft vereinbarte zukünftige Verkauf der Leasingsache stand ersichtlich im Zusammenhang mit der Durchführung des Finanzierungsleasinggeschäfts. Insoweit diente der Kaufvertragsschluss mittelbar den wirtschaftlichen Interessen der Beklagten an der Realisierung des Liefergeschäfts. Dies war für die Geschäftsführer der Beklagten offensichtlich als Zweck der Kaufoption von der Klägerin und ihrem Berater gewollt. 52

(b) Darüber hinaus ist die Beklagte in dem Bereich des Finanzierungsleasings geschäftserfahren und konnte die wirtschaftliche Bedeutung der rechtzeitigen Beendigung des Leasingvertrags erkennen und überblicken. Mit der M GmbH bestanden laufende Geschäftsbeziehungen. Der Inhalt des Leasingvertrags war der Beklagten bekannt. Sie war an der Vertragsanbahnung beteiligt und hat den Leasingantrag der Klägerin an die M GmbH weitergeleitet. 53

(c) Aufgrund des sodann im November 2007 zwischen den Parteien geschlossenen Service- und Beratungsvertrags hatte die Beklagte auch tatsächliche Veranlassung zur Überprüfung der Hardwareausstattung. Auf die zu dieser Zeit noch unverändert vorhandene EDV-Anlage konnte und musste die Beklagte in dem Zusammenhang aufmerksam werden und das Fortbestehen des noch nicht erhebliche Zeit zurückliegenden Leasinggeschäfts hinterfragen. 54

(d) Schließlich hat die Beklagte durch die vorbehaltlose Unterzeichnung der Kaufvertragsurkunde – unabhängig davon, wer diese formuliert hat – sowie insbesondere aufgrund des Inhalts ihres Übersendungsschreibens von Mai 2003 (ohne Datum) zurechenbar den Eindruck erweckt, dass die Beendigung des Leasingvertrags und die Ausführung des Kaufvertrags tatsächlich automatisch ablaufen könnten. 55

So ist in der Kaufvertragsurkunde unter § 1 die Rede davon, dass die Leasingsache verkauft werde, dies frühestens nach 36 Monaten. Darin klingt das Erfordernis einer Kündigung des Leasingvertrags zu diesem Datum nicht an. Der Begriff „frühestens“ weist auch nicht ohne weiteres darauf hin, dass Verkauf und Übereignung später als nach Ablauf des 36. Monats erfolgen würden. Denn eine Beendigung des Leasingvertrags war schon vor Ablauf des 36. Monats gegen Abschlusszahlung möglich. Der Begriff „frühestens“ konnte deshalb lediglich die Bedeutung haben, dass Verkauf und Übereignung nicht schon zu diesen früheren Terminen erfolgen sollten. 56

In dem Übersendungsschreiben der Beklagten ist sodann von einem „verbindlichen Kaufvertrag nach Ablauf der Leasingzeit von 36 Monaten“ die Rede. Hier klingt das Erfordernis einer Vertragskündigung nicht nur nicht an. Vielmehr wird durchaus von der Beklagtenseite der Eindruck erweckt, die Leasingzeit ende nach Ablauf von 36 Monaten. 57

c. Das Vertretenmüssen der Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Ein Entlastungsbeweis ist der Beklagten nicht gelungen. 58

d. Einer Nachfristsetzung bedarf es insoweit nicht, als § 281 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung findet. Das hier der Fall. Denn die Vorschrift dient dem Zweck, dem Schuldner die Möglichkeit der Erfüllung oder Nacherfüllung zu gewähren. Bei einem Schaden, der nicht durch Erfüllung oder Nacherfüllung behebbar ist, kann der Zweck nicht erreicht werden. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst deshalb nicht die Fälle, in denen es um den Ersatz eines endgültig eingetretenen Schadens geht, der nicht mehr abgewendet werden kann. Dieser ist ohne Erfordernis einer Nachfristsetzung unmittelbar nach § 280 BGB zu ersetzen (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 281, Rdnr. 2). Das folgt aus § 282 BGB.	
e. Durch die Pflichtverletzung ist der Klägerin ein adäquat kausaler Schaden in Höhe der an die M GmbH bis Ende September 2011 weitergezahlten Leasingraten entstanden.	60
Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Leasingvertrag zum Juni 2006 hätte gekündigt werden können, weil 36 Monate Leasingzeit abgelaufen waren. Insoweit ist von einer Kündigungsmöglichkeit zum Ende des Monats Juni 2006 auszugehen. Denn der Leasingvertrag sieht ausdrücklich eine ordentliche Kündigung zum Ablauf des 36. Monats vor.	61
Es ergibt sich hiernach folgende Berechnung:	62
1. Juli bis Dezember 2006 (6 Monate zu je 551,94 €): 3.311,64 €zzgl. 16% MwSt.: <u>529,86 €</u> 3.841,50 €	63
2. Januar 2007 bis September 2011 (57 Monate zu je 551,94 €): 31.460,58 €zzgl. 19% MwSt.: <u>5.977,51 €</u> 37.438,09 €	64
Schadenssumme Ziff. 1. und 2.: 41.279,59 €.	65
f. Die Klägerin trifft ein erhebliches Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB, welches der Senat mit einem Anteil von 3/4 bewertet.	66
Die Klägerin hat den Leasingvertrag eigenhändig unterschrieben. Das Kündigungsrecht zum Ablauf des 36. Monats war nach der äußeren Vertragsgestaltung ohne weiteres zu erkennen. Über das Kündigungsrecht mit einer Frist von sechs Monaten zum Ablauf des 36. Monats ist nach Angabe der Klägerin überdies im Rahmen des Kauf- und Leasinggeschäfts im Mai 2003 mit der Beklagten gesprochen worden.	67
Auch wenn die Klägerin in Leasinggeschäften nicht erfahren war, hat sie doch rechtsgeschäftlich im Zusammenhang mit ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit als Unternehmerin gehandelt. Die Regelung der technischen Ausstattung einer Arztpraxis gehört zum weiteren freiberuflichen Tätigkeitsbereich eines selbständigen Arztes. Dazu gehört es auch, dass Fristen für die Kündigung von Verträgen notiert werden, insbesondere ein Leasingvertrag und ein darin vereinbartes Kündigungsrecht, wie offenbar hier, nicht gänzlich in Vergessenheit geraten. Auch fällt ins Gewicht, dass die Klägerin bei dem Geschäft fachlich beraten war. Die Möglichkeit der Erklärung einer fristgemäßen ordentlichen Kündigung zum Ablauf des 36. Monats schon bei Abschluss des Leasingvertrags war ihr positiv bekannt.	68
Unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils der Klägerin von 3/4 verbleibt von der vorgenannten Schadenssumme ein Betrag in Höhe von 10.319,89 €.	69
Hiervon ist der vorgesehene Kaufpreis von 831,23 € zzgl. gesetzlicher MwSt. (jetzt 19%) in Höhe von 989,16 € in Abzug zu bringen, so dass ein von der Beklagten zu ersetzender Schaden in Höhe von 9.330,73 € verbleibt.	70

3. Die Verjährungseinrede der Beklagten ist nicht begründet.	71
Der vertragliche Schadensersatzanspruch unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, § 195 BGB. Die Frist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners vorlagen (Nr. 2).	72
a. Für das Entstehen des Anspruchs ist vorliegend auf das Verstreichen der ersten Kündigungsmöglichkeit des Leasingvertrags im Dezember 2005 abzustellen. Denn der Leasingvertrag konnte mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende des 36. Monats gekündigt werden. Die Kündigungserklärung hätte mithin im Dezember 2005 abgegeben werden müssen.	73
Hierdurch ist bereits der erste Schadensbetrag verursacht worden. Bei fortdauernden oder sich wiederholenden Schadensfolgen ist grundsätzlich auf einen solchen ersten durch das pflichtwidrige Verhalten entstandenen Schaden abzustellen. Der Anspruch ist entstanden, wenn dieser erste Teilbetrag durch Leistungsklage geltend gemacht werden kann (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 199, Rdnr. 14, m.w.N.).	74
b. Die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners hat die Klägerin indes erst am 7.9.2011 erlangt, als im Rahmen des Gesprächs mit dem Geschäftsführer der Beklagten L auffiel, dass der Leasingvertrag noch bestand, obwohl er längst hätte gekündigt werden können. Eine frühere Kenntniserlangung ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten nicht behauptet.	75
Danach ist die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2011 in Lauf gesetzt worden, mithin erst nach Klageerhebung.	76
c. Der Klägerin ist grob fahrlässige Unkenntnis zu einem früheren Zeitpunkt nicht vorzuwerfen.	77
Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt worden ist und der Gläubiger auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Inwieweit der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Das Unterlassen einer solchen Ermittlung ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Gläubigers als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein, so dass er aus verständiger Sicht gehalten ist, die Voraussetzungen des Anspruchs aufzuklären, soweit sie ihm nicht ohnehin bekannt sind (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2012, VII ZR 10/11, juris Tz. 16, m.w.N.).	78
Nach Maßgabe dieser Grundsätze ließe sich zwar darauf abstellen, dass der Klägerin der pflichtwidrig unterbliebene Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit des Leasingvertrags jedenfalls in der Zeit nach Ablauf der ersten 36 Monate Leasingzeit im Juli 2006 hätte auffallen müssen. Stattdessen ist der Leasingvertrag über eine Dauer von mehr als fünf Jahren unverändert fortgeführt worden.	79

Erheblich ist der Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis indes nur, wenn die Klägerin noch im Jahr 2007 Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hätte erlangen müssen. Denn bei Kennenmüssen erst im Jahr 2008 wäre die Verjährungsfrist Ende des Jahres 2011 vollendet gewesen, so dass die am 28.12.2011 anhängige und am 3.1.2012 zeitnah zugestellte Klage zur Verjährungshemmung geführt hätte, §§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO.

Dass der Klägerin in der Zeit bis Ende 2007 ein grob fahrlässiges Verhalten in dem
vorgenannten Sinne zur Last fällt, ist nicht festzustellen. In der Sache muss sich die Klägerin
zwar vorwerfen lassen, dass der Leasingvertrag bei ihr offenbar in Vergessenheit geraten ist.
Das erscheint aber nicht als grob fahrlässig im Sinne von „gänzlich unverständlich“. Denn zu
der engeren beruflichen Tätigkeit der Klägerin gehören Organisation und technische
Ausstattung der Arztpraxis nicht. Die Leasingraten sind auch nicht derart hoch, dass sie ohne
weiteres hätten auffallen und deshalb in einer sich geradezu aufdrängenden Art und Weise
zur Überprüfung der Sach- und Rechtslage hätten Anlass geben müssen. 81

4. Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf eine Verwirkung des Anspruchs stützen. 82

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht und der
Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des 83
Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen
werde (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 242, Rdnr. 87).

Als Anknüpfungszeitpunkte kommen einerseits das Verstreichenlassen der ersten 84
Kündigungsmöglichkeit – sechs Monate vor Ablauf des 36. Monats der Leasingzeit zum Ende
Juni 2006 – und andererseits die Kenntniserlangung der Klägerin anlässlich der Besprechung
am 7.9.2011 in Betracht.

Im letzteren Fall fehlt es an dem Zeitmoment der Verwirkung, denn der Anspruch ist zeitnah 85
am 11.10.2011 vorgerichtlich und dann zwei Monate später auch im Klagewege geltend
gemacht worden.

Im ersten Fall fehlt es an dem erforderlichen Umstandsmoment der Verwirkung. Die Beklagte 86
müsste aufgrund eines von der Klägerin geschaffenen Vertrauenstatbestandes
Vermögensdispositionen getroffen oder sonstige Maßnahmen vorgenommen haben, die ein
Schadensersatzverlangen nunmehr als treuwidrig erscheinen lassen. Das lässt sich nicht
erkennen. Allein der Zeitablauf reicht nicht aus, weshalb es keine „Verwirkung wegen
Zeitablaufs“ gibt.

Schließlich fällt auch ins Gewicht, dass Verwirkung als Ausprägung des Grundsatzes von 87
Treu und Glauben erfordert, dass derjenige, der sich auf ein treuwidriges (widersprüchliches)
Verhalten des anderen beruft, sich selbst vertragstreue verhält. Das ist indes aufgrund des von
der Beklagten pflichtwidrig unterbliebenen Hinweises auf die Kündigungsmöglichkeit
vorliegend nicht gegeben, zumal die Pflichtwidrigkeit mit der Nichtgeltendmachung des
Rechts im unmittelbaren Zusammenhang steht.

5. Der zuerkannte Zinsanspruch ist gemäß §§ 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB begründet. 88

Die Beklagte ist im Anschluss an die ihr bis zum 22.10.2011 gesetzte Zahlungsfrist in 89
Schuldnerverzug geraten, wobei gemäß § 193 BGB auf den 24.10.2011 als nächsten
Werktag abzustellen ist. Es handelt sich nicht um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288
Abs. 2 BGB, so dass Verzugszinsen nur in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz geschuldet sind.

6. Die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten kann die Klägerin nicht aus Schuldnerverzug verlangen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass sich die Beklagte bereits zeitlich vor dem anwaltlichen Mahnschreiben vom 11.10.2011 mit der Hauptforderung in Verzug befunden hat.	90
Die Rechtsanwaltskosten sind zwar dem Grunde nach als ein durch die Vertragspflichtverletzung der Beklagten verursachter weiterer materieller Schaden ersatzfähig, § 249 Abs. 1 BGB (vgl. etwa MüKo/Oetker, BGB, 6. Aufl. 2012, § 249, Rdnr. 180 f.). Jedoch hat die Beklagte in Abrede gestellt, dass die Klägerin die geltend gemachten Rechtsanwaltsgebühren tatsächlich bezahlt hat. Darauf ist die Klägerin nicht eingegangen. Sie hat insoweit den ihr entstandenen Schaden nicht bewiesen.	91
III.	92
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	93
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen nicht vor.	94