

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 280 a.F., 324 a.F., 535 BGB; § 286 ZPO

**1. Tritt beim Kfz-Leasing der Leasingnehmer die Rechte aus einer von ihm abgeschlossenen Vollkaskoversicherung an den Leasinggeber ab, so ist die Frage, zur Befriedigung oder Sicherung welcher eventuellen Forderungen des Leasinggebers die Abtretung dienen soll, mangels Absprache unter Umständen allein nach dem versicherten Risiko zu entscheiden.**

**2. Ohne besondere vertragliche Vereinbarung der Kfz - Leasingparteien bezweckt die Abtretung der Rechte aus der das Sacherhaltungsinteresse (des Leasinggebers) abdeckenden Vollkaskoversicherung lediglich die Befriedigung von Ansprüchen des Leasinggebers aus Beschädigung oder Verlust des Fahrzeugs.**

**3. Im Rahmen des § 324 I a.F. trägt der Schuldner die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat (im Anschluss an BGHZ 66, 349 [BGH 14.04.1976 - VIII ZR 288/74] = NJW 1976, 1315 = LM § 548 BGB Nr. 3).**

BGH, Urteil vom 11.12.1991, Az.: VIII ZR 31/91

### **Tatbestand:**

Aufgrund eines Leasingvertrages vom 18. Oktober 1988 überließ die Klägerin den Beklagten am 20. Oktober 1988 einen Pkw Porsche Cabrio 911. Der Vertrag sah eine Laufzeit von dreieinhalb Jahren, monatliche Leasingraten von 1.436,84 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und einen Restwert des Fahrzeugs von 39.473,55 DM vor. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, die Vertragsinhalt geworden sind, enthalten u.a. folgende Regelungen:

"10. Die Gefahr des zufälligen Untergangs sowie des Verlustes, Diebstahls, der Beschädigung, der unfallbedingten Wertminderung, der Vernichtung und des vorzeitigen Verschleißes der Kfz. - aus welchem Grunde auch immer - trägt der Leasing-Nehmer. Solche Ereignisse entbinden den Leasing-Nehmer nicht von der Verpflichtung, die vereinbarten Leasingraten zu zahlen, oder von irgendeiner anderen Verpflichtung dieses Leasing-Vertrages. Die Bestimmungen der §§ 537, 542 und 569 BGB finden keine Anwendung.

Im Falle des Eintretens der in Absatz 1 genannten Ereignisse hat der Leasing-Nehmer den Leasing-Geber unverzüglich schriftlich zu verständigen. Der Leasing-Nehmer wird nach seiner Wahl innerhalb einer von dem Leasing-Geber zu setzenden angemessenen Frist

a) entweder die Kfz. auf seine Kosten reparieren und sie in einen guten Zustand zurückversetzen oder

b) die Kfz. durch andere gleichwertige Kfz. ersetzen oder

c) an den Leasing-Geber als Entschädigung netto Kasse sofort alle - interessengerecht abzusendenden - Beträge zahlen, die der Leasing-Nehmer dem Leasing-Geber aufgrund dieses Vertrages noch schuldet zuzüglich des umstehend genannten Restwertes....

11. Der Leasing-Nehmer verpflichtet sich, eine Haftpflichtversicherung... und eine Vollkaskoversicherung mit einer Selbstbeteiligung von DM 1.000, - je Kfz. abzuschließen....

Der Leasing-Nehmer tritt hiermit seine sämtlichen Rechte aus der abzuschließenden Vollkaskoversicherung, ferner etwaige Schadensersatzforderungen wegen der Kfz. gegen Dritte und deren Haftpflichtversicherungen an den Leasing-Geber ab. Der Leasing-Geber ist nach seinem Ermessen jederzeit berechtigt, die Forderungsabtretungen den Drittschuldnern offenzulegen und Zahlung an sich zu verlangen....

13. Kommt der Leasing-Nehmer mit einer Leasingrate oder einer anderen vereinbarten Zahlung länger als 30 Tage in Rückstand oder erfüllt er eine oder mehrere der in diesem Leasing-Vertrag genannten Verpflichtungen nicht, so hat der Leasing-Geber für den Fall, daß der Leasing-Nehmer innerhalb von 1 Woche auf entsprechende Mahnung hin seine Zahlungen oder sonstigen Verpflichtungen nicht erfüllt, das Recht,

b) diesen Leasing-Vertrag fristlos zu kündigen...

Kündigt der Leasing-Geber entsprechend Buchstabe b) fristlos, so hat der Leasing-Nehmer alle noch nicht fälligen Leasingraten zuzüglich des umstehend genannten Restwerts - interessengerecht abgezinst - als Schadensersatz zu zahlen....

14. Wenn wesentliche Umstände bekannt werden, die die Erfüllung des Vertrages durch den Leasing-Nehmer in Frage stellen (z.B. Zahlungseinstellung, Vollstreckungsmaßnahmen, Wechselproteste usw.), hat der Leasing-Geber gegen den Leasing-Nehmer... die gleichen Rechte, die in Ziffer 13 aufgeführt wurden.... "

Die Beklagten schlossen eine Vollkaskoversicherung ab. Im Frühjahr 1989 zeigten sie dem Versicherer an, das Fahrzeug sei am 30. März 1989 von Unbekannten entwendet worden. Der Versicherer lehnte durch Schreiben vom 22. Juni 1989 eine Schadensregulierung mit der Begründung ab, die Beklagten seien den Beweis schuldig geblieben, daß der Versicherungsfall eingetreten sei. Daraufhin ließ die Klägerin durch Anwaltsschreiben vom 10. Juli 1989 den Leasingvertrag fristlos kündigen. Bis dahin hatten die Beklagten neun Leasingraten gezahlt.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagten auf Schadensersatz in Höhe von 99.053,85 DM (= 33 restliche Leasingraten inklusive Mehrwertsteuer à 1.638 DM plus Restwert zuzüglich Mehrwertsteuer) nebst Zinsen in Anspruch genommen. Außerdem hat sie in einem anderen Rechtsstreit gegen den Kaskoversicherer Deckungsklage in Höhe von 83.826,21 DM erhoben.

Sie hält die Beklagten entsprechend Nr. 13 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, weil die Beklagten das Fahrzeug nicht mehr zurückgeben könnten, das nach wie vor einen Wert von 78.947,10 DM habe. Die Beklagten haben vorgebracht, die Klägerin habe sämtliche Ansprüche aus dem Leasingvertrag an eine - näher bezeichnete - Bank abgetreten, so daß sie nicht

aktivlegitimiert sei. Das Leasingfahrzeug sei am 30. März 1989 in der Zeit von 10.15 Uhr bis 10.20 Uhr von unbekanntem Tätern gestohlen worden. Es sei ordnungsgemäß geparkt und verschlossen sowie mit einer eingeschalteten Alarmanlage versehen gewesen.

Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation der Klägerin abgewiesen. Deren Berufung, mit der sie Schadensersatz nur noch in Höhe von 83.826,21 DM (33 abgezinste Netto-Leasingraten und Restwert ohne Mehrwertsteuer) nebst Zinsen geltend gemacht hat, ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin dieses Zahlungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Klägerin, was zwischen den Parteien auch im zweiten Rechtszug streitig war, aktivlegitimiert ist. Für die Revisionsinstanz muß daher zugunsten der Klägerin unterstellt werden, daß ihr die Sachbefugnis zur Geltendmachung des Klageanspruches zusteht.

II. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist das Zahlungsbegehren der Klägerin "zur Zeit" jedenfalls deshalb unbegründet, weil die zugrunde liegende Forderung nicht fällig sei. Die Beklagten hätten ihre Ansprüche aus der Vollkaskoversicherung nämlich erfüllungshalber an die Klägerin abgetreten. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch, der der Klägerin gegen die Beklagten zustehen könnte, sei daher als gestundet zu behandeln, solange die Erfolglosigkeit der von der Klägerin gegen den Fahrzeugversicherer erhobenen Deckungsklage nicht feststehe.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Beizupflichten ist dem Berufungsgericht allerdings darin, daß der Gläubiger, dem der Schuldner eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung erfüllungshalber abgetreten hat, nach herrschender Meinung primär Befriedigung aus dieser Forderung suchen muß. Mit der Leistung erfüllungshalber ist regelmäßig eine Stundung der "Grundforderung" verbunden, und der Gläubiger darf auf diese erst zurückgreifen, wenn der Versuch der anderweitigen Befriedigung aus dem erfüllungshalber übertragenen Gegenstand fehlgeschlagen und damit die Stundung der Geldforderung entfallen ist (vgl. die Nachweise bei Köhler, der von einem zeitweisen Ausschluß der Klagbarkeit ausgeht, in WM 1977, 242, 247 Fußn. 40; ferner Senatsurteil vom 30. Oktober 1985 - VIII ZR 251/84 = BGHZ 96, 182, 193 [BGH 30.10.1985 - VIII ZR 251/84] unter A II 3 a aa).

2. Unzutreffend ist dagegen in seiner Allgemeinheit der ohne Begründung eingenommene Standpunkt des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten eventuelle Ansprüche aus der Vollkaskoversicherung erfüllungshalber abgetreten. Soweit damit zum Ausdruck gebracht wird, dies sei unterschiedslos zwecks Befriedigung aller künftig möglicherweise der Klägerin gegenüber den Beklagten entstehender Schadensersatzansprüche geschehen, kann dem nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat hierbei unberücksichtigt gelassen, daß dem Leasinggeber Schadensersatzsprüche verschiedener Art und unterschiedlichen Inhalts erwachsen können und daß eine Leistung erfüllungshalber nicht abstrakt erbracht wird, sondern immer bestimmten (Grund-) Verpflichtungen zugeordnet sein muß, die durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand erfüllt werden sollen. Von solchen verschiedenen Ansprüchen sind hier zwei zur Entscheidung gestellt: In erster Linie das Begehren der Klägerin, Befriedigung ihres Vollamortisationsinteresses im Wege der Schadensersatzleistung zu erlangen und - hilfsweise - Schadensersatz dafür zu erhalten, daß die Leasing Sache abhanden gekommen und es daher den Beklagten unmöglich ist, sie an die Klägerin zurückzugeben.

a) Fehlt es - wie hier - an einer ausdrücklichen zweifelsfreien Vereinbarung darüber, zu welchem Zweck der Schuldner im Hinblick auf eine bestehende oder möglicherweise künftig entstehende Verbindlichkeit eine (andere) Leistung an den Gläubiger bewirkt hat (hier: Abtretung künftiger Ansprüche gegen den Fahrzeugversicherer), so ist es eine Frage der Auslegung, ob dies an Erfüllungs Statt, erfüllungshalber oder nur sicherungshalber geschehen ist und welchem von mehreren bestehenden oder künftig entstehenden (Grund-) Ansprüchen die Leistung zuzuordnen ist.

b) Diese Auslegung kann das Revisionsgericht hier selbst vornehmen. Auch wenn die Vorinstanz ihre Ansicht, die Abtretung sei erfüllungshalber geschehen, durch Auslegung gewonnen hätte, wäre diese revisionsrechtlich voll nachprüfbar, weil die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin getroffene Abtretungsregelung im Kfz-Leasingbereich allgemein, jedenfalls aber über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausreichend verwendet wird.

c) Welchen Zweck die Parteien mit der Abtretung der Rechte aus der Kaskoversicherung verfolgt haben, kann mangels sonstiger auf eine bestimmte Willensrichtung hindeutender Absprachen oder Umstände allein anhand des Gegenstandes der Vollkaskoversicherung, insbesondere des Risikos ermittelt werden, das mit ihr abgesichert werden soll. Diese Versicherung, deren Abschluß beim Kfz-Finanzierungsleasing - wie auch hier - üblicherweise dem Leasingnehmer zur Pflicht gemacht wird, greift nach § 12 Abs. 1 AKB bei Beschädigung, Zerstörung und Verlust des Fahrzeuges sowie bestimmter mitversicherter Fahrzeug- und Zubehörteile ein. Sie ist also eine reine Sachversicherung und deckt als solche nur das Interesse des Eigentümers an der Erhaltung des unter Versicherungsschutz stehenden Fahrzeuges (BGHZ 30, 40, 42; BGH, Urteil vom 6. Juli 1988 - IVa ZR 241/87 = VersR 1988, 949 [BGH 06.07.1988 - IV a ZR 241/87]; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Februar 1985 - X ZR 31/84 = BGHZ 93, 391 [BGH 12.02.1985 - X ZR 31/84]~, 396 f. = WM 1985, 602, 603 = EWiR § 535 BGB 3/85, 271 - Reinking). Nichts anderem dient regelmäßig aus der Sicht der Leasingvertragsparteien die Abtretung der Rechte aus der nicht vom Leasinggeber als Eigentümer, sondern geschäftsbedingungsgemäß vom Leasingnehmer abgeschlossenen Vollkaskoversicherung. Zwar wird durch diese wirtschaftlich gesehen zugleich auch das Risiko des Leasingnehmers aus der von ihm üblicherweise übernommenen Sach- und Gegenleistungsgefahr gemindert, weil der Leasinggeber, soweit der Leasingnehmer diese Gefahr trägt, grundsätzlich verpflichtet ist, erhaltene Versicherungsleistungen für die Reparatur oder die Wiederbeschaffung des Fahrzeugs zu verwenden oder bei Beendigung und Abwicklung des Leasingverhältnisses - ebenso wie in anderen Fällen den Verwertungserlös - auf mögliche Schadensersatz- oder Ausgleichsforderungen anzurechnen. Dieses Risiko selbst wird durch die Vollkaskoversicherung aber nicht (mit-) abgesichert (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1985 aaO.).

aa) Es kann daher ohne besondere - hier fehlende vertragliche Vereinbarung der Leasingparteien nicht angenommen werden, die Abtretung der Rechte aus der das Sacherhaltungsinteresse des Leasinggebers abdeckenden und damit unmittelbar nur die Sachgefahr betreffenden Kaskoversicherung erfolge erfüllungshalber für Verpflichtungen, die den Leasingnehmer möglicherweise einmal dergestalt treffen könnten, daß er trotz Nichtgewährung des Gebrauchs der Leasingsache wegen der von ihm übernommenen Preisgefahr die Gegenleistung erbringen muß oder gehalten ist dem Leasinggeber Schadensersatz zu leisten, weil er ihm durch vertragswidriges Verhalten Anlaß zur fristlosen Kündigung gegeben hat.

bb) Anders verhält es sich dagegen, soweit es um eventuelle Ansprüche des Leasinggebers gegen den Leasingnehmer auf Ersatz des Schadens geht, der ihm als Eigentümer bzw. Vermieter wegen Beschädigung, Zerstörung oder Verlustes der

Leasingsache entstehen könnte. Zur wirtschaftlichen Absicherung solcher Schäden schließt der Leasingnehmer geschäftsbedingungsgemäß die Kaskoversicherung im Interesse des Leasinggebers ab. Er übernimmt alle Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag und überträgt die Rechte daraus an den Leasinggeber. Bei dieser Sachlage erscheint es interessengerecht, insoweit eine Abtretung erfüllungshalber anzunehmen, so daß der Leasinggeber im (Sach-) Schadensfall grundsätzlich primär Befriedigung aus den abgetretenen Kaskoansprüchen suchen muß.

III. Obwohl hiernach die Klageabweisung nicht insgesamt mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung aufrecht erhalten werden kann, verhilft dies der Revision nicht zum Erfolg, weil sich das Zahlungsbegehren der Klägerin teilweise aus anderen Gründen als nicht gerechtfertigt erweist.

1. Soweit die Klägerin in erster Linie ihr Vollamortisationsinteresse geltend macht, zu dessen Befriedigung die Rechte aus der Kaskoversicherung nicht erfüllungshalber abgetreten worden sind, ist die Klage nicht nur zur Zeit, sondern schlechthin unbegründet. Eine Anspruchsgrundlage, in der dieses Interesse, das nach dem Vorbringen der Klägerin allein unter schadensersatzrechtlichen Aspekten zu beurteilen ist, seine Rechtfertigung finden könnte, steht der Klägerin nicht zur Seite.

Sie begehrt den eingeklagten Betrag als Schadensersatz nach von ihr ausgesprochener fristloser Kündigung des Leasingvertrages. Unter diesem Gesichtspunkt käme eine Haftung der Beklagten aus einem Auflösungsverschuldung (vgl. Senatsurteil vom 4. April 1984 - VIII ZR 313/82 = WM 1984, 933) oder aus der - in tatsächlicher Hinsicht und Rechtsfolge inhaltsgleichen - Vertragsbestimmung der Nr. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin in Betracht. Voraussetzung hierfür wäre aber, daß die Kündigung auf einem von den Beklagten zu vertretenden Grund beruhte und daher wirksam gewesen wäre. Daran fehlt es.

a) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist revisionsrechtlich die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung aus einem den Beklagten anzulastenden wichtigen Grund nicht deshalb zu unterstellen, weil das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat. Dies ginge nur an, wenn die Klägerin einen die Kündigung rechtfertigenden Grund schlüssig behauptet und - wegen des Bestreitens der Beklagten - auch unter Beweis gestellt hätte. Das ist indessen nicht der Fall.

b) Als Kündigungsgründe sind in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin unter Nr. 13 und 14 lediglich festgelegt: Rückstand von mehr als 30 Tagen mit einer Leasingrate oder einer anderen vereinbarten Zahlung, Nichterfüllung einer oder mehrerer der im Leasingvertrag genannten Verpflichtungen oder das Bekanntwerden von wesentlichen Umständen, die die Erfüllung des Vertrages in Frage stellen ("z.B. Zahlungseinstellung, Vollstreckungsmaßnahmen, Wechselproteste usw. "). Das Vorliegen keines dieser Gründe ist dargetan.

aa) In ihrem Kündigungsschreiben vom 10. Juli 1989 und im Verlaufe des Rechtsstreits hat sich die Klägerin zwar auf eine Verletzung von Vertragspflichten berufen, die sie darin sieht, daß die Beklagten nicht für einen ausreichenden Versicherungsschutz gesorgt hätten. Sie hätten innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums eine Vielzahl von Schadensfällen angezeigt, die den Verdacht eines Versicherungsbetruges nahelegten, daher im vorliegenden Fall der Anscheinsbeweis für einen Diebstahl gegenüber dem Fahrzeugversicherer nicht eingreife, der Vollbeweis für den angeblichen Diebstahl aber nicht zu führen sei und somit das Diebstahlsrisiko entgegen der diesbezüglichen Verpflichtung der Beklagten "praktisch" nicht mitversichert worden sei. Damit läßt sich die Verletzung einer Pflicht aus dem Leasingvertrag nicht begründen. Die Beklagten hatten es übernommen, eine Vollkaskoversicherung abzuschließen. Dieser Verpflichtung sind

sie nachgekommen. Die abgeschlossene Versicherung umfaßt auch den Verlust des Fahrzeuges durch Diebstahl. Daß der Kaskoversicherer hier möglicherweise den "Anscheinsbeweis" für einen Diebstahl - wie die Klägerin behauptet - als entkräftet ansieht, kann den Beklagten nicht als Verletzung von Pflichten aus dem Leasingvertrag angelastet werden. Davon abgesehen handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs bei der Beweiserleichterung in der Kaskoversicherung für einen Kraftfahrzeugdiebstahl nicht um einen Anscheinsbeweis (zuletzt: Urteil vom 3. Juli 1991 - IV ZR 220/90 = VersR 1991, 1047). Es genügt vielmehr, wenn der Versicherungsnehmer Anzeichen beweist, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das äußere Bild eines versicherten Diebstahls ergeben (vgl. BGH, Urteile vom 3. Juli 1991 aaO. und 11. November 1987 - IVa ZR 137/86 = VersR 1988, 75 unter 2). Weshalb dieser Beweis nicht gelingen könnte, ist nicht konkret dargetan.

Darüberhinaus hat die Klägerin keinen geeigneten Beweis für ihre von den Beklagten substantiiert bestrittene Behauptung angetreten, die Beklagten hätten sich in der Vergangenheit anderen Versicherungsgesellschaften gegenüber unredlich verhalten. Sie hat sich insoweit lediglich auf das Zeugnis ihres früheren Prozeßbevollmächtigten S. berufen, der jedoch aus eigener Kenntnis nichts zu der Beweisfrage bekunden, sondern allenfalls das wiedergeben könnte, was ihm "der Sachbearbeiter" des Kaskoversicherers mitgeteilt haben soll, nämlich "daß dem Versicherungsnehmer die Häufigkeit der Schadensfälle bei verschiedenen Versicherungen zur Falle geworden sei; System sei offenbar gewesen, bei einer Versicherung nichts anbrennen zu lassen und jeweils neue Versicherungen abzuschließen". Diese Erklärung ist ihrerseits mangels eines konkreten Aussageinhalts der sachlichen Nachprüfung nicht zugänglich.

bb) Daß zur Zeit der Kündigungserklärung einer der übrigen Kündigungsgründe vorgelegen habe, ist von der Klägerin nicht einmal behauptet worden.

c) Entgegen der Auffassung der Revision läßt sich die fristlose Kündigung auch nicht aus einer Vertragspflichtverletzung rechtfertigen, die in der "Weigerung der Beklagten, die geschuldeten Leasingraten weiter zu zahlen", liegen soll. Abgesehen davon, daß die Klägerin sich in den Tatsacheninstanzen auf eine solche Zahlungsverweigerung nicht berufen hat, hätte diese allenfalls dann mit Erfolg als Kündigungsgrund herangezogen werden können, wenn sie unberechtigt gewesen wäre. Das hätte vorausgesetzt, daß die Beklagten trotz des Abhandenkommens des Fahrzeuges und des dadurch eingetretenen Unvermögens der Klägerin, dessen Gebrauch zu gewähren (§ 535 BGB), verpflichtet geblieben wären, ihre vertraglich vereinbarte Gegenleistung zu erbringen. Das wäre nur zu bejahen, wenn die Klägerin die Sach- und Preisgefahr wirksam auf die Beklagten abgewälzt oder gemäß § 324 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung behalten hätte. Beides ist nicht der Fall.

aa) Zwar sieht Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin eine solche Abwälzung vor, die Klausel hält aber der Inhaltskontrolle nicht stand. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die - leasingtypische und sonst nicht zu beanstandende - Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kfz-Leasinggebers im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen und daher unwirksam, wenn für den Fall völligen Verlustes des Fahrzeuges kein kurzfristiges Kündigungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist (Urteil vom 15. Oktober 1986 - VIII ZR 319/85 = WM 1987, 38, 39). Daran fehlt es hier; vielmehr ist das speziell für den Fall der Nichtgewährung des Mietgebrauchs gesetzlich geregelte Kündigungsrecht (§ 542 BGB) in Nr. 10 Abs. 1 Satz 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ausdrücklich abbedungen worden.

bb) Die Anwendung des § 324 Abs. 1 BGB würde erfordern, daß die der Klägerin obliegende Leistung, nämlich die Gebrauchsgewährung nach § 535 BGB, infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den die Beklagten zu vertreten haben.

Davon, daß die Klägerin wegen des Abhandenkommens des Fahrzeuges nicht mehr in der Lage ist, den Beklagten den Leasing- (Miet-) Gebrauch zu gewähren, ist zwar nach dem beiderseitigen Parteivorbringen auszugehen. Die weitere Voraussetzung des § 324 Abs. 1 BGB hat die Klägerin aber nicht schlüssig vorgetragen. Ihr Vorbringen erschöpft sich insoweit in der durch keine konkreten Tatsachen belegten Vermutung, die Beklagten hätten das Fahrzeug selbst beiseite geschafft.

Wie im Rahmen des § 324 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Vertretenmüssens die Darlegungs- (und Beweis-) Last zu verteilen ist, ist in der Literatur allerdings umstritten (vgl. die Nachweise bei Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 324 Rdnr. 1, Fn.4; vgl. auch BGHZ 66, 349, 352) [BGH 14.04.1976 - VIII ZR 288/74]. Nach einer Ansicht soll der Schuldner (hier: die Klägerin) lediglich darlegen und beweisen müssen, auf welchen - objektiven - Umständen die Unmöglichkeit beruht und daß er selbst diese nicht zu vertreten habe; dem in Anspruch genommenen Gläubiger (hier: den Beklagten) obliege es dann (analog § 282 BGB) zu beweisen, daß er die vom Schuldner dargelegte objektive Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung nicht zu vertreten habe. Die Vertreter der anderen Meinung legen generell dem Schuldner die Darlegungs- und Beweislast für das Vertretenmüssen des Gläubigers auf. Dieser Auffassung, der sich der erkennende Senat schon im Urteil vom 14. April 1976 (BGHZ 66, 349, 352, 353) [BGH 14.04.1976 - VIII ZR 288/74] angeschlossen hat, ist zuzustimmen; sie entspricht dem allgemeinen Beweislastgrundsatz, daß derjenige, der aus einer ihm günstigen Norm Rechte herleitet, deren tatsächlichen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat. Auf die hiervon abweichende Regelung des § 282 BGB beruft sich die erstgenannte Ansicht zu Unrecht. Diese Vorschrift befaßt sich nur mit der Frage der Beweislast in bezug auf den Schuldner, besagt aber nichts über die Beweislast für das Verschulden oder das Nichtverschulden des Gläubigers, worum es im Rahmen des § 324 Abs. 1 BGB geht. Auch mietrechtliche Vorschriften, denen das Leasingverhältnis in erster Linie unterfällt, rechtfertigen keine andere, sich zugunsten der Klägerin als "Vermieterin" auswirkende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Zwar hat der erkennende Senat in einem Fall, in dem die Mietsache durch einen Brand zerstört worden und daher dem Vermieter die weitere Gebrauchsüberlassung unmöglich war, entschieden, daß der Mieter dem gemäß § 324 BGB auf Zahlung des Mietzinses klagenden Vermieter gegenüber mit dem Beweis dafür belastet ist, daß er die Zerstörung der Mietsache nicht zu vertreten hat (Urteil vom 14. April 1976 aaO.). Diese aus § 548 BGB hergeleitete Beweislastverteilung betrifft aber Fälle, in denen die Mietsache durch Mietgebrauch Schaden erlitten hat. Hier handelt es sich dagegen um eine damit nicht vergleichbare Entwendung der Mietsache. Auf einen solchen Sachverhalt, bei dem sich kein im Gebrauch der Mietsache liegendes Risiko verwirklicht hat, findet § 548 BGB keine Anwendung. Demgemäß hat es hier bei der allgemeinen Beweislastregel des § 324 Abs. 1 BGB zu verbleiben.

2. Hinsichtlich des hilfsweise begehrten Wertersatzes für das abhanden gekommene Fahrzeug hält das angefochtene Urteil dagegen auch in der Begründung der rechtlichen Nachprüfung stand. Für den Verlust des Sachwertes, für dessen Ausgleich die Beklagten nach der insoweit nicht zu beanstandenden Annahme des Berufungsgerichts (oben II 2 c bb) die Rechte aus der Kaskoversicherung erfüllungshalber abgetreten haben, könnte die Klägerin unter drei rechtlichen Gesichtspunkten Schadensersatz verlangen: Aus § 823 Abs. 1 BGB, positiver Vertragsverletzung und § 280 Abs. 1 BGB.

a) Ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung scheidet jedoch schon daran, daß die insoweit darlegungspflichtige Klägerin eine schadensverursachende verletzende Handlung der Beklagten nicht konkret vorgetragen hat.

b) Eine zum Abhandenkommen des Fahrzeuges führende positive Vertragsverletzung kann gleichfalls nicht bejaht werden, weil es an der Darlegung einer schadensverursachenden objektiven Pflichtverletzung der Beklagten - als solche käme ein Verstoß gegen die Obhutspflicht des Leasingnehmers in Betracht - fehlt, welcher die Klägerin trotz der entsprechenden Anwendbarkeit des § 282 BGB auf Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung nicht enthoben ist (vgl. Baumgärtel aaO. Anh. § 282 Rdnr. 41).

c) Die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB, wonach der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen hat, soweit die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, sind allerdings erfüllt. Gemäß § 556 Abs. 1 BGB ist der Mieter (Leasingnehmer) verpflichtet, die gemietete Sache nach Beendigung des Miet- (Leasing-) Verhältnisses zurückzugeben. Das ist den Beklagten unmöglich. Obwohl weitere Anspruchsvoraussetzung ist, daß der Rückgabe-Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, ist der Gläubiger (hier: die Klägerin) dafür nicht darlegungs- und beweispflichtig. Vielmehr muß sich der Schuldner nach der hier eingreifenden ausdrücklichen Regelung des § 282 BGB insoweit entlasten. Ob der diesbezügliche Vortrag der Beklagten hierfür ausreicht, kann offenbleiben. Denn jedenfalls könnte der Klägerin der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB - abgesehen davon, daß dessen Höhe noch völlig ungeklärt ist - derzeit nicht zugesprochen werden, weil er nicht fällig ist.

aa) Es ist schon fraglich, ob die Fälligkeit nicht bereits deshalb verneint werden müßte, weil die Klägerin zur Zeit auch keinen fälligen Anspruch auf die Leistung hätte, um deren Unmöglichkeit es hier geht. Die Rückgabepflicht nach § 556 BGB entsteht nämlich erst mit der Beendigung des Leasingverhältnisses. Dieses ist im konkreten Fall indessen noch nicht beendet. Die von der Klägerin ausgesprochene fristlose Kündigung ist - wie bereits ausgeführt - unwirksam. Das Leasingverhältnis hat ferner nicht durch die Unmöglichkeit der von der Klägerin geschuldeten Leistung sein Ende gefunden (vgl. Senatsurteil vom 14. April 1976 - VIII ZR 291/74 = NJW 1976, 1506, 1507; Soergel/Wiedemann, BGB, 11. Aufl., § 280 Rdnr. 26 m.w.Nachw.). Auch ist die vereinbarte Mietzeit (42 Monate) noch nicht abgelaufen. Letztlich kann diese Frage aber unentschieden bleiben.

bb) Denn jedenfalls ist ein Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens deswegen nicht fällig und die Klage insoweit zur Zeit unbegründet, weil die erfüllungshalber abgetretenen Ansprüche aus der Kaskoversicherung das hier in Rede stehende Sachwertinteresse der Klägerin umfassen und diese daher Befriedigung zunächst aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand suchen muß.

Entgegen der Auffassung der Revision hat die Klägerin das hierzu Erforderliche nicht schon - erfolglos - unternommen. Sie macht geltend, der Gläubiger sei nicht gehalten, aufgrund einer erfüllungshalber abgetretenen Forderung Klage zu erheben, wenn freiwillig keine Zahlung erfolge; jedenfalls könne dem Gläubiger nicht angesonnen werden, eine risikoreiche und ersichtlich erfolglose Klage zu erheben. Das mag zwar im Grundsatz richtig sein, trifft aber den vorliegenden Fall nicht. Hier hat die Klägerin nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts Deckungsklage gegen den Versicherer erhoben. Dafür, daß diese erfolglos geblieben oder aus anderen Gründen nicht mehr anhängig sei, ist nichts ersichtlich. Die Klägerin ist gehalten, den Rechtsstreit weiterzuführen, weil sie aufgrund der uneingeschränkten Abtretung

alleinverfügungsberechtigte Forderungsinhaberin ist. Dieser Verpflichtung ist sie nicht dadurch enthoben worden, daß sie den Beklagten erfolglos die Rückabtretung angeboten hat. Darauf brauchten sich die Beklagten nicht einzulassen, weil die Klägerin das Angebot von der Zahlung des von ihr beanspruchten Schadensersatzes abhängig gemacht hat.

Etwas anderes würde allerdings möglicherweise für einen Teil der Wertersatzforderung gelten, wenn die Beklagten die Kaskoversicherung mit einer Selbstbeteiligung abgeschlossen hätten. In deren Höhe wäre eine Abtretung nicht erfolgt, so daß insoweit die Fälligkeit nicht mit der vorstehenden Begründung verneint werden könnte. Ob eine Selbstbeteiligung vereinbart worden ist, kann jedoch nicht zugunsten der Revision unterstellt werden. Hierzu fehlt jeglicher Vortrag. Daß es den Beklagten freistand, abweichend von Nr. 11 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin die Kaskoversicherung auch ohne Selbstbeteiligung abzuschließen, ergibt sich in Anwendung des § 5 AGBG aus dem von der Klägerin vorgelegten, hier verwendeten Leasingvertragsformular, in dem zwar - ebenfalls vorformuliert - vom Leasingnehmer der Abschluß einer Vollkaskoversicherung verlangt, ihm aber ausdrücklich die Möglichkeit offen gelassen wird, diese auch ohne Selbstbeteiligung abzuschließen.

3. Die Revision war daher zurückzuweisen. Soweit mit der Klage hilfsweise Wertersatz in Höhe von 78.947,10 DM für das abhanden gekommene Fahrzeug beansprucht wird, verbleibt es bei der Abweisung der Klage als zur Zeit unbegründet. Wegen des darüber hinausgehenden, von der Klägerin zum Ausgleich ihres Vollamortisationsinteresses beanspruchten Betrages von 4.879,11 DM (83.826,21 DM - 78.947,10 DM) war dagegen auszusprechen, daß die Klage insoweit endgültig unbegründet ist. Dieser im Vergleich zu der vom Berufungsgericht getroffenen Entscheidung weitergehenden Klageabweisung steht nicht das Verbot der Schlechterstellung (§ 559 Abs. 1 ZPO) entgegen. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, dem sich der erkennende Senat anschließt, hat dies in einem ähnlichen Fall für das Berufungsverfahren entschieden (Urteil vom 21. April 1988 - VII ZR 372/86 = WM 1988, 1196, 1197 f.). Für die Revisionsinstanz gilt nichts anderes.