

8 89-3372

115

Grundfragen des Finanzierungsleasing

Sonderausgabe aus *AcP* Band 190

herausgegeben von

Wolfgang Grunsky, Manfred Lieb

und

Dieter Medicus



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Universitäts-
Bibliothek
München

27709876

Sonderausgabe des *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 190 (1990), S. 203–469, für den Einzelverkauf versehen mit Vorwort, Teilnehmerliste und Stichwortverzeichnis.

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Grundfragen des Finanzierungsleasing / hrsg. von Wolfgang Grunsky . . .
– Tübingen : Mohr, 1990
ISBN 3-16-145651-3
NE: Grunsky, Wolfgang [Hrsg.]

© 1990 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde gesetzt aus der Stempel Garamond von Computersatz Staiger in Pfäfers, gedruckt von Kohlhammer u. Wallishauser in Hechingen auf säurefreies Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern und gebunden von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen.

W 301 A-207

Inhalt

Vorwort	III
Vorbemerkung	203
Dipl. Kfm. <i>Arno Städtler</i> : Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Finanzierungsleasing	204
Dr. <i>Roland Gzok</i> : Finanzierungsleasing als alternative Investitionsform	208
Dipl. Kfm. <i>Horst Figge</i> : Vertragsformen und kalkulatorische Grundlagen des Leasing	219
Dr. <i>Albrecht Dietz</i> : Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Leasing	235
Prof. Dr. <i>Detlef Leenen</i> : Die Pflichten des Leasing-Gebers . . .	260
Prof. Dr. <i>Herbert Roth</i> : Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen	292
Prof. Dr. <i>Johannes Hager</i> : Rechtsfragen des Finanzierungs- leasing von Hard- und Software	324
Prof. Dr. <i>Jens Peter Meincke</i> : Steuerbezogene Argumente in der Zivilrechtsprechung zum Finanzierungsleasing	358
Prof. Dr. <i>Herbert Kronke</i> : Finanzierungsleasing in rechts- vergleichender Sicht	383
Prof. Dr. <i>Claus-Wilhelm Canaris</i> : Interessenlage, Grund- prinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing	410
Teilnehmerliste AcP-Symposium	471
Stichwortverzeichnis	473

Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software

von Prof. Dr. Johannes Hager, Eichstätt / Ingolstadt

Inhaltsübersicht

I. Die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages	324
II. Die Pflichten der Parteien des Leasingvertrages	332
III. Die gegenseitige Beeinflussung der beiden Verträge	342
IV. Der Zusammenhang zwischen dem Software- und dem Hardwarevertrag .	351
V. Zusammenfassung	355

Beim Finanzierungsleasing von Hard- und Software verschränken sich Fragen aufgrund der Neuentwicklungen auf ganz unterschiedlichen Gebieten. Zum einen ist einer technischen Neuerung Rechnung zu tragen, zum anderen geht es um die Konsequenzen einer wirtschaftlichen Gestaltung, die im BGB jedenfalls nicht als eigener Vertragstyp geregelt ist. Die Kombination der beiden Problemkreise führt zu einer Reihe von Schwierigkeiten. Zunächst gilt es, den Pflichtenkreis des Softwarehauses abzustecken, insbesondere den Vertragstyp des Softwareüberlassungsvertrages zu ermitteln (dazu I.). Im Anschluß daran sind die Rechte der Parteien des Leasingvertrages zu untersuchen (dazu II.). Das Dreiecksverhältnis aufgrund der Überlappung der beiden Vertragsverhältnisse hat eine ganze Palette nicht umfassend geklärter Probleme – etwa Zurechnungsfragen oder die Funktion der Abnahmebestätigung des Leasingnehmers – zur Folge (dazu III.). Und schließlich geht es um das Schicksal eines parallel laufenden Vertrages über die Hardware (dazu IV.).

I. Die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages

1. Verträge, die die dauerhafte Überlassung¹ von Software zum Inhalt haben, kommen in der Praxis im wesentlichen in drei Formen vor.

a) Gegenstand kann eine Software sein, bei der der Lieferant keinerlei Anpassung mehr vornimmt. Er ist lediglich zur Übertragung verpflichtet, ohne sich über Details der Anwendung Gedanken machen zu müssen. Der Vertrag wird nach fast einhelliger Ansicht den Regeln des Kaufrechts unterstellt².

¹ Bei zeitlich begrenzter, namentlich kurzfristiger Überlassung wird regelmäßig ein Mietvertrag bzw. eine Rechtspacht vereinbart; vgl. statt aller *Dörmer / Jersch*, IuR 88, 146.

² BGH NJW 90, 320, 321; OLG Stuttgart CR 87, 172 f.; NJW 89, 2635; *Erman / Weitnauer*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 1989, § 433, 25; *Koch*, Computerrecht, 3. Aufl. 1988, Rdnr. 535; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und

b) Am anderen Ende der Skala steht eine individuell angefertigte, speziell auf die Bedürfnisse des Kunden ausgelegte Software. Dabei wird ein bestimmter Erfolg geschuldet, also ein Werkvertrag geschlossen³.

c) Die schwierigsten Probleme bereitet die dazwischen liegende Fallgruppe: Der Lieferant überläßt dem Kunden eine Standardsoftware, übernimmt es jedoch, sie den spezifischen Wünschen des Kunden anzupassen⁴. Als Vertragsinhalt wird gängigerweise das zeitlich unbegrenzte, nicht ausschließliche und nicht übertragbare Recht genannt, die eingerichtete Standardsoftware zu nutzen⁵. Die von den Parteien gewählten Bezeichnungen reichen vom Lizenzvertrag über den Know-how-Vertrag bis hin zum Geschäft sui generis⁶. Dementsprechend umstritten ist auch die Rechtsnatur: Kauf, Pacht oder eben ein Geschäft eigener Art⁷.

2. Aus der Bezeichnung durch die Parteien allein läßt sich das anzuwendende Recht freilich nicht ermitteln. Im Zentrum der Überlegungen haben die wirtschaftlichen Intentionen zu stehen, die Rechte und Pflichten, die die Partner begründen wollen. Die Vorstellungen der Beteiligten über die rechtliche Einkleidung treten demgegenüber in den Hintergrund⁸.

Das Softwarehaus, das für die Wortwahl meist verantwortlich ist, scheint im wesentlichen zwei Ziele zu verfolgen.

a) Zum einen kann die Formulierung als Versuch gewertet werden, sich der Sachmängelgewährleistung teilweise zu entziehen⁹. Das Vorhaben wäre indes zum Scheitern verurteilt. Eine bloß abweichende Bezeichnung vermag nichts an den Rechtsfolgen zu ändern¹⁰ – ganz abgesehen davon, daß die dann einschlägigen Regeln des allgemeinen Schuldrechts nicht weniger streng sind, sondern den Schuldner eher mehr belasten¹¹.

Softwareverträgen 1988, S. 13 f.; *Dörner / Jersch*, IuR 88, 142; *Engel*, BB 85, 1162; in der Tendenz schon BGHZ 102, 135, 141.

³ BGHZ 102, 135, 141; BGH WM 71, 615, 616; NJW 87, 1259; OLG Stuttgart CR 87, 857; *Palandt / Thomas*, BGB, 49. Aufl. 1990, vor § 631, 5 unter „Elektronische Datenverarbeitung“; MünchKomm / *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl. 1984 ff., § 631, 80; *Köhler*, bei Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1988, S. 374; *Junker*, Computerrecht, 1988, Rdnr. 315; *Engel*, BB 85, 1161; *Bartl*, BB 88, 2124; *Dörner / Jersch*, IuR 88, 138; *zur Megede*, NJW 89, 2582; implizit auch BGH NJW 83, 2439.

⁴ *Dörner / Jersch*, IuR 88, 142.

⁵ Vgl. etwa *Kilian*, CR 86, 189; *ders.*, CR 87, 8 mit Fn. 1; *zur Megede*, NJW 89, 2582.

⁶ Vgl. den Überblick bei *Brandi-Dohrn*, CR 86, 66 ff.; *Kilian*, CR 86, 189.

⁷ Vgl. zunächst den Überblick bei *Dörner / Jersch*, IuR 88, 138 ff.

⁸ RGZ 130, 275, 280 m. w. N.; BGH FamRZ 85, 693, 696; WM 86, 786; NJW 88, 2731, 2732; *Palandt / Putzo*, vor § 535, 2 vor a; MünchKomm / *Voelskow*, vor § 535, 8; *Hager*, BB 89, 694 mit Fn. 15.

⁹ So wohl *Brandi-Dohrn*, S. 83 f.; *Lauer*, BB 82, 1760.

¹⁰ *Junker*, Rdnr. 344.

¹¹ *Soergel / Huber*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 1978 ff., vor § 433, 57 für das Parallelproblem des Lizenzvertrages; vgl. auch BGHZ 102, 135, 143: mit Bejahung

b) Ernster zu nehmen ist das zweite Anliegen des Lieferanten. Der „Lizenznehmer“ soll nicht Inhaber der Software werden, damit er über sie nicht weiterverfügen¹² oder gar rechtswidrig hergestellte Kopien als Berechtigter veräußern kann.

3. Zwar ist es durchaus fraglich, ob es dem Softwarehaus mit dieser Gestaltung tatsächlich gelingt, den Kunden an einer wirksamen Weiterveräußerung zu hindern¹³. Auf der anderen Seite kann man die Tatsache, daß nach den Vereinbarungen nur ein Nutzungsrecht zur Verfügung gestellt werden soll, nicht leichterhand beiseiteschieben. Alles scheint damit darauf hinzuweisen, daß die Parteien eine Miete bzw. eine Rechtspacht vereinbaren¹⁴. Die h. M. plädiert gleichwohl dafür, einen Kaufvertrag anzunehmen¹⁵; ihr ist im Ergebnis zu folgen.

eines gesetzlich nicht normierten Vertrages ist über die Regeln der Gewährleistung noch nicht entschieden.

¹² OLG Stuttgart IuR 87, 57, 58; *Lauer*, BB 82, 1758 f.; *Brandi-Dohrn*, CR 86, 66; *Müller-Hengstenberg*, CR 86, 443; *Dörner/Jersch*, IuR 88, 144; *zur Megede*, NJW 89, 2583 f.; anders *Köhler*, CR 87, 830; der von ihm genannte § 137 S. 2 BGB bindet den Softwarenehmer indes nur schuldrechtlich, verhindert aber nicht die Verfügung auf der dinglichen Ebene.

¹³ Das dürfte zu verneinen sein: Selbst wenn die Software Urheberschutz genießt, ist es dem Softwarehaus gemäß § 17 Abs. 2 UrhG nicht möglich, die Weiterverfügung mit dinglicher Wirkung zu untersagen (vgl. BGHZ 92, 54, 56 f.; BGH NJW-RR 86, 1183 f.; 86, 1251; *Lehmann*, NJW 88, 2420). Das hat mit einem Erst-recht-Schluß auch zu gelten, wenn die Werkhöhe des § 2 Abs. 2 UrhG nicht erreicht ist (so auch OLG Nürnberg NJW 89, 2634, 2635; ausführlich *Jörg Schneider*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1989, S. 125 ff.; ferner *Haberstumpf*, bei Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1988, Rdnr. 123 ff.). Ob die unberechtigt angefertigte Kopie beim Erwerber zurückgefordert werden kann, hängt davon ab, ob das Recht dem Softwarehaus zugewiesen ist und daher § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB als Anspruchsgrundlage zur Verfügung steht. Das ist der Fall, wenn das Werk unter § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG fällt und die Rechtmäßigkeit der Kopie gemäß § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG von der Einwilligung des Berechtigten abhängt. Anderenfalls ist der Zuweisungsgehalt dagegen zu verneinen. In beiden Alternativen spielt die Vertragsgestaltung zwischen dem Softwarehaus und seinem Kunden jedoch keine Rolle.

¹⁴ *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, 1986, Rdnr. 342; *v. Westphalen/Seidel*, Aktuelle Fragen der Software-Vertrags- und Rechtspraxis, 2. Aufl. 1989, S. 7; *Kolle*, GRUR 82, 455; *Brandi-Dohrn*, CR 86, 68 f.; wohl auch *Müller-Hengstenberg*, CR 86, 443; im Ergebnis ebenso BGH NJW 81, 2684, wo allerdings von vornherein nur eine 5-jährige Überlassung vereinbart war.

¹⁵ *Palandt/Putzo*, § 433, 1c cc; *Erman/Weitnauer*, § 433, 25a; *Soergel/Huber*, vor § 433, 81a; *Köhler*, bei Lehmann, S. 347 m. w. N. in Fn. 20; *ders.*, CR 87, 830; *Junker*, Rdnr. 352; *ders.*, WM 88, 1250; *Engel*, BB 85, 1162; *Mehring*, NJW 86, 1905; *ders.*, NJW 88, 2439; *Dörner/Jersch*, IuR 88, 142 ff.; *Hoeren*, CR 88, 911; implizit auch BGH WM 84, 1092, 1094; NJW 85, 129, 130; in der Tendenz ebenso BGHZ 102, 135, 141; uneinheitlich MünchKomm/Westermann, vor § 433, 22 (Kauf), 433, 20 (kein Kauf, aber Sachmängelgewährleistungsrechte); differenzierend, weitgehend jedoch zum Kauf neigend, *Jörg Schneider*, S. 73 ff.

a) Zu kurz greift freilich der Hinweis auf die §§ 445, 493 BGB¹⁶. Beide Normen sprechen von Veräußerung oder Belastung, setzen also einen Vermögensabfluß beim Berechtigten voraus. Da das Softwarehaus das Programm lediglich zu kopieren braucht, wird sein Vermögen nicht vermindert¹⁷. Der Wert der unbespielten Diskette kann dabei außer Betracht bleiben, da er die Gegenleistung des Kunden in ihrer Höhe nur marginal beeinflusst.

Doch ist damit umgekehrt auch kein Argument gegen die Einordnung als Kaufvertrag gewonnen. Auch bei der Überlassung einer Schallplatte, einer Kassette usw. steht das unkörperliche Werk im Vordergrund. Der Produzent, der das Werk beliebig vervielfältigen kann, vermindert durch die Übertragung sein Vermögen nicht. Gleichwohl ist die Anwendung von Kaufrecht in diesen Fällen kaum zweifelhaft¹⁸. Dem korrespondiert, daß der Begriff des Kaufgegenstandes denkbar weit gefaßt ist. Kann er Reklameideen, Herstellungsverfahren und noch nicht geschützte Erfindungen umfassen¹⁹, so spricht nichts gegen die Software als Vertragsgegenstand.

b) Der entscheidende Punkt ist jedoch die Rechtsübertragung, die das Softwarehaus gerade ausschließen will, um seine Position zu sichern. Denn die Vollübertragung scheint das schlechthin konstitutive Merkmal der Verkäuferpflichten auszumachen²⁰, während die Überlassung zur Nutzung die Miete bzw. Pacht charakterisiert²¹. So wird – durchaus konsequent – von der wohl h. M. der sogenannte einfache Lizenzvertrag, also die nicht aus-

¹⁶ Köhler, bei Lehmann, S. 347; ders., CR 87, 830; Jörg Schneider, S. 73.

¹⁷ So auch Köhler, bei Lehmann, S. 346; ders., CR 87, 830, der freilich behauptet, es komme nicht auf die Vermögensminderung beim Verkäufer, sondern auf die Vermögensmehrung auf seiten des Käufers an.

¹⁸ Das scheint so selbstverständlich zu sein, daß das bespielte Band als Kaufgegenstand in der Literatur gar nicht mehr besonders hervorgehoben wird; vgl. aber Dörner/Jersch, IuR 88, 142; Hoeren, CR 88, 911; – Man kann auch nicht darauf verweisen, wegen des Bandes selbst läge ein Kauf vor. Überspielt der Produzent die Melodie auf einen Tonträger des Kunden, so muß man Farbe bekennen; auch hier ist ein Kauf zu bejahen; vgl. Junker, WM 88, 1250 f.; für § 1 AbzG auch BGH NJW 90, 320, 321; für Analogie zu dieser Norm, da die Übergabe fehle, z. B. König, NJW 89, 2605.

¹⁹ BGH DB 82, 1612; Palandt/Putzo, § 433, 1c dd; MünchKomm/Westermann, § 433, 20; Soergel/Huber, vor § 433, 153; Staudinger/Köhler, BGB, 12. Aufl. 1978 ff., § 433, 20; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, 13. Aufl. 1986, § 45 III; Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, 6. Aufl. 1984, § 1, 3; Dörner/Jersch, IuR 88, 142; Mehring, NJW 88, 2439. – Unter diesem Aspekt ist es nicht Voraussetzung, daß die Software auf einer Diskette des Lieferanten gespeichert ist und diese übergeben wird; vgl. BGH NJW 90, 320, 321; Dörner/Jersch, IuR 88, 142.

²⁰ Vgl. schon Mot. II S. 213 = Mugdan II S. 117 für die Pflicht zur Eigentumsverschaffung; ferner Staudinger/Köhler, § 433, 36; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 5. Aufl. 1989, vor §§ 535, 536, 16; Larenz, II 1 § 45 II vor a; Walter, Kaufrecht, 1987, § 1 I 1 = S. 1 f.; v. Westphalen, DB 89, Beilage 3, S. 5.

²¹ Larenz, II 1 § 45 II vor a; Walter, § 1 I 1 = S. 1 f.

schließliche Nutzungsmöglichkeit eines Patents, als Pacht oder pachtähnliches Verhältnis eingeordnet²².

Dagegen vorzubringen, die Vertragsgestaltung könne am Charakter als Kaufvertrag nichts ändern, da die Parteien an die gesetzlich vorgegebenen Kategorien gebunden seien²³, überzeugt nicht. Natürlich steht es den Kontrahenten offen, sich für den Mietvertrag zu entscheiden, indem sie die Überlassungspflicht und die Zahlung des Mietzinses als synallagmatische Leistungen vereinbaren.

c) Allerdings ist es gerade die Frage, ob eine solche Abrede tatsächlich getroffen wurde. Eine Reihe von Gründen spricht dagegen.

(1) Zum einen wird die Überlassung der Software auf Dauer vereinbart; es fehlt also am Merkmal der Übertragung auf Zeit²⁴. Zum anderen ist auch die Gegenleistung nicht zeitabhängig, sondern wird in einem einzigen Betrag bezahlt²⁵. Das zwingt zwar für den Regelfall nicht dazu, den Mietvertrag zu verneinen: Selbstverständlich kann die Miete für die gesamte Vertragsdauer in einer Summe beglichen werden, ohne daß sich der Vertragstyp dadurch ändert²⁶. Doch gilt das nur, wenn die Überlassungspflicht zeitlich limitiert ist, was hier gerade nicht der Fall ist. Beide Vertragspflichten sind von der Zeitdauer gelöst. Damit fehlt ein konstitutives Merkmal für die Miete. Gewollt ist vielmehr die – wenn auch inhaltlich beschränkte – Übertragung eines Gutes gegen Entrichtung des Preises, mithin ein Kaufvertrag. Die von den Parteien gewählte Bezeichnung tritt demgegenüber zurück²⁷.

(2) Das Ergebnis wird bestätigt durch die Analyse der von den Parteien im einzelnen intendierten Rechtsfolgen. Da sie keinen Herausgabeanspruch, und sei es auch nur in Abhängigkeit von einer Bedingung, vereinbaren, fehlt ein wesentliches Charakteristikum der Miete²⁸. Auch dürfte es kaum den Absichten der Partner entsprechen, daß das Softwarehaus zeitlich unbefristet für die Mangelfreiheit der Software einzustehen hat, wie dies § 536 BGB vorsieht. Der Softwarenehmer wäre ohne zeitliche Grenze zur Minderung berechtigt, sollte sich ein Fehler einstellen – eine Befugnis, die jedenfalls in AGB gegenüber einem Nichtkaufmann generell nicht ausgeschlossen

²² MünchKomm/Voelskow, vor § 581, 14; Staudinger/Emmerich vor § 581, 75; a. A. (Kauf) Soergel/Huber, vor § 433, 57; Walter, § 1 II 3b = S. 14 f.

²³ Dörner/Jersch, IuR 88, 145.

²⁴ Vgl. dazu z. B. Larenz, II 1 § 48 I.

²⁵ Vgl. Köhler, bei Lehmann, S. 343; v. Westphalen, DB 89, Beilage 3, S. 3; ähnlich BGH NJW 90, 320, 321.

²⁶ Insofern ist die Bemerkung v. Westphalens, DB 89, Beilage 3, S. 3 f. zutreffend, der Vertragstyp werde durch die Leistungspflicht und nicht durch die Pflicht zur Gegenleistung charakterisiert.

²⁷ Vgl. die Nachw. in Fn. 8.

²⁸ Soergel/Huber, vor § 433, 34; Köhler, bei Lehmann, S. 345.

werden könnte²⁹. Und schließlich stieße auch die Berechnung der Minderung gemäß § 537 BGB auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten. Angesichts der nicht begrenzten Vertragsdauer fehlt jeder Maßstab, der eine Herabsetzung ermöglichen könnte, wenn die Software nach einiger Zeit die vertraglich vorausgesetzten Funktionen nicht mehr zu erfüllen vermag.

d) An der rechtlichen Qualifikation ändert sich auch dadurch nicht, daß das Softwarehaus sich regelmäßig nicht dazu verpflichtet, das Quellprogramm zu überlassen, sondern dieses zurückbehält³⁰. Modifiziert wird dadurch der Vertragsgegenstand, nicht jedoch der Vertragstyp. Auch beim Schallplattenkauf wird nur ein Werkstück übertragen, ohne daß dies der Einordnung als Kauf im Wege stünde³¹.

e) Man hat schließlich versucht, die vorgesehene Verwendung der Software als Leasinggegenstand für die Einordnungsfrage fruchtbar zu machen: Weil der Leasinggeber nur ein Nutzungsrecht einzuräumen habe, bekomme er auch nur ein solches vom Lieferanten; daraus folge, daß zwischen den beiden ein Mietvertrag vereinbart werde³². Doch ist die geplante Verwendung – wie stets – auf die Qualifizierung ohne Einfluß. Der Leasinggeber eines Autos schließt mit dem Lieferanten einen Kaufvertrag, ungeachtet der Tatsache, daß er den Wagen dem Leasingnehmer anschließend lediglich zur Nutzung überlassen will.

4. Auch wenn man einen Kauf bejaht, so ist damit über die Mängelgewährleistungsrechte noch nicht definitiv entschieden. Einen Sachkauf anzunehmen würde voreilig über die Besonderheit hinweggehen, daß im Vordergrund der Leistungspflicht das – immaterielle – Programm und nicht die Diskette steht³³. Da auf der anderen Seite die Einordnung als Rechtskauf gequält wirkt³⁴ – die Anfertigung der Sicherungskopie ist nicht das primäre

²⁹ *Emmerich / Sonnenschein*, § 537, 20 m. w. N.; *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989, § 9 M 33; zur *Megede*, NJW 89, 2585 als Verfechter der Einordnung als Pachtvertrag will mit der analogen Anwendung von § 477 BGB helfen.

³⁰ So indes scheinbar *v. Westphalen*, DB 89, Beilage 3, S. 5.

³¹ Bei der Herstellung von Individualsoftware, die die h. M. als Werkvertrag einordnet (vgl. Fn. 3), trifft man auf ein analoges Problem. Da der Unternehmer das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen hat, ist er gemäß § 651 Abs. 1 S. 1 BGB zur Übereignung verpflichtet. Soweit ersichtlich, stößt sich hier niemand daran, daß eine solche Übereignung die freie Verfügungsbefugnis eröffnet (vgl. *Dörner / Jersch*, IuR 88, 138 Fn. 11) und daß das Quellprogramm regelmäßig beim Softwarehersteller bleibt; vgl. BGH NJW 87, 1259 f.

³² *v. Westphalen*, DB 89, Beilage 3, S. 5 f.

³³ *Junker*, WM 88, 1250 f. mit dem zutreffenden Hinweis auf die trägerlose Übermittlung der Programme – etwa per Telefon; dagegen scheint *Soergel / Huber*, vor § 433, 81a die Vorschriften über den Sachkauf direkt anwenden zu wollen.

³⁴ Bejahend etwa *Kilian*, in: *Gorny / Kilian*, Computersoftware und Sachmängelhaftung, 1985, S. 24, der freilich gleichwohl für die analoge Anwendung der §§ 459 ff. BGB plädiert.

Nutzungsinteresse des Käufers³⁵ –, spitzt sich alles auf die Frage zu, ob die §§ 459 ff. BGB analog gelten³⁶, oder aber auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zurückzugreifen ist³⁷. Für den ersten Weg, die entsprechende Anwendung der Sachmängelgewährleistungsvorschriften, streiten die besseren Gründe: Zum einen zeigt § 633 Abs. 1 BGB, der nicht von einer Sache, sondern, weiter ausholend, vom Werk spricht, daß die Sachmängelgewährleistungsrechte keineswegs auf bewegliche Gegenstände beschränkt zu sein brauchen³⁸. Zum anderen drängt sich der Vergleich mit Büchern auf, die ebenfalls mangelhaft sein können, wenn sie falsche Informationen enthalten³⁹.

5. Die Pflicht zur Überlassung beschreibt die Verbindlichkeiten des Softwarehauses nicht abschließend; geschuldet ist darüber hinaus die Einrichtung der Software. Damit ist die Abgrenzung des Kaufs zum Werk- bzw. Werklieferungsvertrag thematisiert – eine bekanntlich schwierige und durch eine verzweigte Kasuistik geprägte Aufgabe⁴⁰.

In der Regel steht freilich bei den hier interessierenden Verträgen das kaufrechtliche Element im Vordergrund. Das Softwarehaus ist nicht gehalten, ein Programm für die spezifischen Wünsche des Bestellers erst zu fertigen, sondern nur dazu verpflichtet, eine Standardsoftware zu überlassen und in einzelnen Funktionen den Bedürfnissen des Vertragspartners anzupassen. Grundsätzlich gilt daher Kaufrecht – überlagert allerdings durch einige Besonderheiten⁴¹.

a) So genügt die bloße Übergabe des Programms nicht, um als Ablieferung i. S. des § 477 Abs. 1 BGB die Verjährung beginnen lassen zu können. Wie beim Vorbild des Kaufs mit Montage⁴² ist die Einrichtung der Software Voraussetzung. Man wird den Zeitpunkt sogar noch weiter hinauszuschieben haben. Kann die Gebrauchsfähigkeit der Software erst nach einer

³⁵ Dörner/Jersch, IuR 88, 140; Junker, WM 88, 1250.

³⁶ Dafür die ganz h. M.; vgl. etwa BGHZ 102, 135, 144; BGH NJW 85, 129, 130; Köhler, bei Lehmann, S. 349 f.; Junker, Rdnr. 406 f.; ders., WM 88, 1251; Engel, BB 85, 1163; im Ergebnis auch Kilian, in: Gorny/Kilian, S. 24; ders., CR 86, 195.

³⁷ Dafür etwa OLG Stuttgart CR 86, 639, 640.

³⁸ Junker, Rdnr. 407; Moritz/Tybusseck, Rdnr. 425; Engel, BB 85, 1163.

³⁹ Köhler, bei Lehmann, S. 349; ders., CR 87, 829; BGH NJW 73, 843, 844 (für § 459 Abs. 2 BGB).

⁴⁰ Vgl. nur den Überblick bei Soergel/Huber, vor § 433, 86 ff.

⁴¹ Es dürfte weithin anerkannt sein, daß bei derartigen kombinierten Verträgen für jede Leistung grundsätzlich die für diesen Typ geltenden Vorschriften anzuwenden sind; vgl. nur Soergel/M. Wolf, § 305, 31; MünchKomm/Söllner, § 305, 45; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, 6. Aufl. 1984, § 12 II 2 b.

⁴² BGH NJW 61, 730 m. w. N.; Palandt/Putzo, § 477, 2 b aa; MünchKomm/Westermann, § 477, 9; Soergel/Huber, vor § 433, 88; Staudinger/Honsell, § 477, 26; Walter, § 5 II 8d = S. 248.

gewissen Zeit beurteilt werden, so verschiebt sich der Beginn der Verjährung um diese Spanne⁴³. Das folgt aus dem Telos des § 477 Abs. 1 BGB. Fängt die Verjährungsfrist erst dann zu laufen an, wenn der Kunde zumindest im Grundsatz in der Lage ist, die Sache zu untersuchen⁴⁴ und für den Fall ihrer Mangelhaftigkeit konkrete Rügen zu erheben⁴⁵, so ist – wie in anderen Fällen auch⁴⁶ – ein Probetrieb erforderlich⁴⁷.

b) Es wird verschiedentlich als ein Manko der auch hier verfochtenen Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages als Kaufvertrag empfunden, daß der Lieferant die Software nicht nachbessern dürfe⁴⁸.

Was die vom Werkvertrag charakterisierte Komponente des Geschäfts angeht, so stimmt der Einwand von vornherein nicht; insoweit finden die üblichen Regeln der §§ 633 ff. BGB Anwendung. Doch auch für den vom Kaufvertrag geprägten Teil gelten Besonderheiten. Mit der erst einzurichtenden Software schuldet der Lieferant eine Gattungssache⁴⁹. Das hat zur Folge, daß der Verkäufer zur Lieferung eines mangelfreien Gegenstands verpflichtet ist, daß er aber umgekehrt bis zum Gefahrübergang⁵⁰ die zur Lie-

⁴³ So für § 477 Abs. 1 BGB OLG Düsseldorf DB 89, 520; Köhler, bei Lehmann, S. 355 f.; für § 640 BGB OLG Schleswig ZIP 82, 457, 458; OLG Hamburg CR 86, 83, 84; OLG Celle, IuR 87, 311; CR 88, 219; OLG Hamm NJW 89, 1041, 1042; OLG Düsseldorf DB 89, 520; Palandt/Thomas, § 640, 1a; Köhler, bei Lehmann, S. 376; Brandi-Dohrn, S. 69 f.; das ist eine allgemeine Voraussetzung der für die Abnahme konstitutiven Billigung des Werks; vgl. z. B. BGH NJW 85, 731, 732; Palandt/Thomas, § 640, 1a.

⁴⁴ BGHZ 93, 338, 345 m. w. N.; BGH NJW 88, 2608, 2609; MünchKomm/Westermann, § 477, 10.

⁴⁵ OLG Düsseldorf DB 89, 520; Soergel/Huber, § 477, 25.

⁴⁶ MünchKomm/Westermann, § 477, 9.

⁴⁷ Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB auch bei versteckten Mängeln zu laufen beginnt. Der Käufer soll zumindest die Chance haben, die Sache zu untersuchen und den Mangel zu entdecken (vgl. die Nachw. in Fn. 45 sowie Prot. II S. 702 = S. 1408 = Mugdan II S. 679; Staudinger/Honsell, § 477, 24). Die Bemerkung in den Mot. II S. 239 = Mugdan II S. 132, § 477 BGB gelte auch, wenn die Untersuchung durch besondere Umstände längere Zeit verhindert sei (dem folgend RG LZ 1907, 289 Nr. 7; WarnR 1911 Nr. 369; BGH NJW 61, 730; MünchKomm/Westermann, § 477, 10; Staudinger/Honsell, § 477, 30), muß, um nicht den Begriff der Ablieferung gänzlich seiner Funktion zu entkleiden, auf besondere Umstände beschränkt bleiben. Dazu mag etwa zählen, wenn die Aufstellung nicht zu den Verkäuferpflichten gehört; das war z. B. bei BGH NJW 61, 730 der Fall. Die Einrichtung der Software obliegt indes gerade dem Verkäufer.

⁴⁸ Vgl. z. B. Mehrings, NJW 86, 1907; ders., NJW 88, 2439 f.; ferner Köhler, bei Lehmann, S. 357, der dem Softwaregeber im Einzelfall nach § 242 BGB das Recht zubilligen will, Gewährleistungsansprüche durch das Anerbieten der Nachbesserung abzuwenden. Für ein Recht des Kunden, Nachbesserung verlangen zu dürfen, plädieren Brandi-Dohrn, CR 86, 69; Zahrt, IuR 86, 254.

⁴⁹ Vgl. z. B. Köhler, bei Lehmann, S. 357.

⁵⁰ Genauer: bis zu dem Zeitpunkt, zu dem bei der Lieferung einer mangelfreien Sache die Gefahr übergegangen wäre; vgl. z. B. Soergel/Huber, § 459, 55; § 480, 12.

ferung vorgesehene Sache austauschen darf; erst mit diesem Zeitpunkt entsteht das Recht des Käufers, anstelle der Lieferung Wandelung bzw. Minderung zu verlangen⁵¹. Hier wirkt sich die Einrichtungspflicht des Softwarehauses aus. Sie steht als Hauptpflicht neben der Verbindlichkeit, die Software zu überlassen. Eine Übergabe i. S. des § 446 Abs. 1 BGB, gekoppelt mit dem Gefahrübergang, setzt daher die Abnahme der fertig eingerichteten Sache⁵² bzw. ihr reibungsloses Funktionieren während einer gewissen Zeitspanne voraus⁵³. Erst nach diesem Moment verbleibt es bei der eindeutigen Entscheidung des Gesetzes, das Nachlieferungsrecht des Verkäufers zu versagen, soweit sich die Partner nicht privatautonom darüber verständigen.

c) Die enge Verknüpfung beider Vertragspflichten kommt zum Tragen, wenn die Einrichtung der als solchen fehlerfreien Software scheitert. Wie bei einem Kauf mit Montagepflicht ist der Softwarenehmer berechtigt, den gesamten Vertrag zu wandeln⁵⁴. Mit der Software allein kann der Kunde schon deshalb oft nichts anfangen, weil im Regelfall nur der Lieferant über die notwendigen Kenntnisse verfügt, sie einzurichten.

II. Die Pflichten der Parteien des Leasingvertrages

In den Verkauf der Software wird der Leasinggeber eingeschaltet, was die rechtliche Beurteilung erheblich modifiziert und verkompliziert. Bekanntlich streitet man in letzter Zeit wieder vehement um die Frage der Rechtsnatur des Leasingvertrages.

1. Der wirtschaftliche Sachverhalt ist hinreichend oft geschildert worden. Die Verhandlungen führen in vielen Fällen zunächst nur den Lieferanten und den späteren Leasingnehmer zusammen. Erst bei Abschlußreife wird der Leasinggeber eingeschaltet, und zwar beim Finanzierungsleasing, das hier primär zu betrachten ist, vom Leasingnehmer. Jener schließt mit dem Lieferanten einen Kaufvertrag oder übernimmt das bereits vom Leasingnehmer

⁵¹ *Soergel/Huber*, § 480, 12. – Diese Lösung setzt implizit voraus, daß der Schuldner die Konkretisierung wieder zurücknehmen darf, wie dies der h. M. entspricht; vgl. dazu etwa *Soergel/Teichmann*, § 243, 12 m. w. N.; a. A. *Palandt/Heinrichs*, § 243, 3b; differenzierend *MünchKomm/Emmerich*, § 243, 31. – Die Entscheidung BGH NJW 82, 873, auf die sich die Gegenansicht beruft (vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, § 243, 3b), zeichnet sich durch die Besonderheit aus, daß dort die Sache bereits übergeben war, während es hier um die Rechtslage vor Gefahrübergang geht.

⁵² *Soergel/Huber*, § 446, 6; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl. 1981, § 62 II a; *G. Hager*, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1982, S. 156 f.; *Hoening*, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910, S. 151; *Graue*, AcP 163, 410 (unter Hinweis auf § 644 Abs. 1 BGB).

⁵³ Vgl. soeben I 5 a.

⁵⁴ *Soergel/Huber*, vor § 433, 89; *Larenz*, II § 62 II a.

und dem Lieferanten fixierte Geschäft. Gleichzeitig oder vorher kommt der Vertrag zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer zustande⁵⁵. Die Sache wird regelmäßig vom Lieferanten unmittelbar an den Leasingnehmer übergeben⁵⁶. Wirtschaftlich gesehen intendieren die Parteien also, daß der Leasinggeber Eigentümer der Sache wird, der Leasingnehmer sie jedoch nutzen kann.

2. Die Vertragsgestaltung wird bekanntlich primär aus steuerrechtlichen Gründen gewählt⁵⁷. Will man die angestrebten Vorteile erreichen, muß man freilich dafür Sorge tragen, daß der Leasinggeber wirtschaftlicher Eigentümer wird und bleibt. Dieses wirtschaftliche Ziel ist bei der Interpretation der Willenserklärungen mit ins Kalkül zu ziehen; im Zweifel hat diejenige Auslegung den Vorrang, die den wirtschaftlichen Belangen gerecht wird⁵⁸.

Vor diesem Hintergrund liefe eine Vereinbarung, die darauf abzielte, den Leasinggeber als Einkaufskommissionär einzuschalten, der in Abweichung von der gängigen Typik nur den Besitz weiterzugeben habe, das Eigentum treuhänderisch halte, dessen Anspruch auf Aufwendungsersatz schließlich in ein Vereinbarungsdarlehen nach § 607 Abs. 2 BGB umgewandelt werde⁵⁹, Gefahr, steuerschädlich zu wirken: Würden die Parteien tatsächlich eine reine Treuhandlösung wählen, so riskierten sie, daß nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO das Gut dem Leasingnehmer zugerechnet wird⁶⁰.

So sind die Verträge denn auch nicht konzipiert; der Leasinggeber übernimmt einen Teil der Investitionsfunktion⁶¹: Er bekommt die Sache vor Ablauf der gesamten Nutzungsdauer zurück bzw. kann sie zu diesem Zeitpunkt

⁵⁵ Vgl. die Darstellung etwa bei *Papapostolou*, Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasing über bewegliche Sachen, 1987, S. 2 f. m. w. N.; *Reich* in: Vertragsschuldverhältnisse, 1974, S. 59 f.; *Emmerich*, JuS 90, 1 f.; vgl. aber auch die Schilderung der neueren Praxis bei *Emmerich*, JuS 90, 7: Standardisierte Massenware wird von den Leasinggesellschaften direkt vertrieben.

⁵⁶ *Reich*, in: Vertragsschuldverhältnisse, S. 60; *Lieb*, DB 88, 948.

⁵⁷ Ebenso mag die damit eng verknüpfte „Serviceleistung“ des Leasinggebers intendiert sein, der die steuer- und handelsrechtliche Bilanzierung in seinen Büchern vorzunehmen hat. Doch auch sie setzt das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers voraus.

⁵⁸ *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung 1981, Rdnr. 1719 a. E., der im Weg der ergänzenden Auslegung steuerschädliche Privatrechtsfolgen korrigieren will; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, § 11 B I 5 c = S. 304; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 4. Aufl. 1989, S. 418 f.; ähnlich BGHZ 95, 39, 52: Steuerrechtliche Gesichtspunkte bestimmen maßgeblich das Wesen des Finanzierungsleasingvertrages.

⁵⁹ *Konzen*, WuB IV C §§ 1b, 1d, 6 AbzG 1.85 unter I 2b; *ders.*, WuB I J 2 Leasing 8.85 unter I 1; ähnlich im Ansatz – Betonung der Finanzierungsfunktion – *Larenz*, II § 63 II = S. 456.

⁶⁰ *Reinicke/Tiedtke*, S. 419; *dies.*, BB 82, 1145; *Gitter*, § 11 B I 5 c = S. 304; *Lindacher*, JZ 85, 896; wohl auch *Lieb*, DB 88, 950.

⁶¹ *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1719; von ihm als Gegenargument gegen das Vorliegen bloßen Sicherungseigentums genannt.

zumindest zum gemeinen Wert veräußern⁶² oder er hat die Chance einer – wenigstens teilweisen – Beteiligung an der Wertsteigerung⁶³. Das hat Konsequenzen für die zivilrechtliche Einordnung. Zumindest im Hinblick auf die restliche Nutzungsdauer bzw. den in ihr noch vorhandenen Wert ist der Leasinggeber mehr als ein bloßer Treuhänder bzw. (Fremd-)Geschäftsführer⁶⁴. Er übt die Befugnisse eines Eigentümers aus und hindert spiegelbildlich den Leasingnehmer insoweit an der umfassenden Nutzung des Gegenstandes⁶⁵. Gewollt ist eben – und sei es auch nur aus steuerrechtlichen Gründen – mehr als eine Sicherungsübereignung, weswegen der Leasingvertrag über eine bloße Finanzierung und Geschäftsbesorgung hinausgeht. Die Frage der rechtlichen Klassifizierung ist damit wieder offen.

3. Auf der anderen Seite kann man nicht die Augen davor verschließen, daß der Leasingvertrag in keinen der vom BGB vorgesehenen Typen nahtlos paßt. Namentlich ist die Bezeichnung als Miete irreführend. Eine Reihe von Pflichten des normalen Vermieters will der Leasinggeber gerade nicht übernehmen, ohne daß dies als Verstoß gegen § 9 AGBG gewertet werden müßte: Auch die Rechtsprechung akzeptiert die Abdingung von Instandhaltungs- und Wiederbeschaffungspflichten im Falle der Beschädigung⁶⁶.

⁶² So beim Vollamortisationsmodell.

⁶³ So beim Teilamortisationsmodell. – Auch andere Modelle berücksichtigen aus steuerlichen Gründen immer denselben Punkt. Der Leasinggeber muß, um wirtschaftlicher Eigentümer zu sein, an der Sache eine für eigene Rechnung realisierbare Beteiligung behalten.

⁶⁴ BGHZ 94, 44, 49; 96, 103, 106 f.; 97, 135, 143; *Papapostolou*, S. 56 f.; *Lieb*, DB 88, 950.

⁶⁵ Es mag zwar, um eine etwa metaphysisch angehauchte Formulierung *Flumes* aufzugreifen, die „Präexistenz“ der Sache als einer solchen des Leasinggebers fehlen (DB 72, 54 f., wobei *Flume* ganz unbefangen von der Sache des „Vermieters“ spricht), doch ist zumindest ihre „Postexistenz“ gegeben, nämlich ihre Zuordnung zum Vermögen des Leasinggebers nach Ablauf der Leasingzeit. Ohnehin dürfte dieser Hinweis in seiner argumentativen Kraft überschätzt werden (etwa von *Lieb*, DB 88, 947 mit Fn. 6; *ders.*, DB 88, 2498; *Papapostolou*, S. 46 f.). Es ist durchweg anerkannt, daß ein Geheißerwerb – und mit ihm verknüpft eine Miete – möglich ist, wenn der Käufer und Vermieter den Verkäufer bittet, die Sache sogleich an den Mieter zu liefern; vgl. etwa *Jauernig*, BGB, 5. Aufl. 1990, § 929, 3g bb; *Baur*, Sachenrecht, 15. Aufl. 1989, § 51 III 3 mit dem Beispiel des Buchhändlers, der das von der Leihbibliothek gekaufte Buch auf deren Bitten hin direkt dem „Entleiher“ übergibt; *Padeck*, Jura 87, 461; *Martinek*, AcP 188, 615; v. *Caemmerer*, JZ 62, 389; *ders.*, JZ 63, 587; v. *Olsbhausen*, JZ 75, 30; *Wieling*, JZ 77, 294; so auch *Flume* selbst, Festschrift für E. Wolf, 1985, S. 65, wenngleich mit einer abweichenden Konstruktion, die für das hier vorliegende Problem indes ohne Konsequenzen bleibt; ebenso im Ergebnis, ohne speziell den Fall der Miete zu behandeln, *Sorgerl/Mühl*, § 929, 7; *MünchKomm/Quack*, § 929, 48; *Westermann/Gursky*, Sachenrecht, Band I, 6. Aufl. 1990, § 40 III 3.

⁶⁶ Vgl. z. B. BGHZ 68, 118, 123 ff.; 81, 298, 303; 93, 391, 394 f.; 94, 44, 47, 55; 97, 55, 65, 76; BGH WM 75, 1203, 1204; 76, 1133, 1135; 77, 473, 474; NJW 87, 377, 378 (im konkreten Fall aber einschränkend); 88, 198 f.; *Palandt/Putzo*, vor § 535, 4 f ee;

Daher liegt es durchaus nahe, den Leasingvertrag als Geschäft sui generis zu bezeichnen⁶⁷. Doch bedeutet das nicht, daß damit notwendigerweise sich die Frage nach der Haftung für Fehler oder etwa nach dem Risiko des Konkurses des Lieferanten erübrigen würde. So wäre die These, der Leasingnehmer habe keinerlei Sachmängelgewährleistungsrechte, ganz offensichtlich unzutreffend; schlechter als ein Käufer darf er keinesfalls stehen⁶⁸.

4. Die Pflichten des Leasinggebers zu ermitteln setzt daher eine Detailanalyse voraus, die die verschiedenen Komponenten des Vertrages in Rechnung zu stellen hat.

a) Im Zentrum der Verbindlichkeiten steht die Pflicht, den Gegenstand zu überlassen⁶⁹. Erst durch sie gewinnt das Geschäft seinen Sinn. Der Leasingnehmer will die Sache nutzen. Das kann er indes nur, wenn ihm ein Recht zum Besitz eingeräumt wird. Der einzige, von dem er eine solche Befugnis ableiten kann, ist der Leasinggeber. Mit dem Lieferanten verbindet den Leasingnehmer – spätestens nach dem Eintritt des Leasinggebers in den Kaufvertrag – keinerlei schuldrechtliche Beziehung mehr, die den Anspruch auf Überlassung stützen könnte⁷⁰. Das ist mehr als die Pflicht, den Gegenstand beim Lieferanten zu bestellen und diesen anzuweisen, die Sache beim Leasingnehmer anzuliefern⁷¹. Nach den Vorstellungen der Parteien soll die Sache zumindest aus steuerlichen Gründen an den Leasinggeber übereignet werden. Aus dessen Eigentum speist sich erst das Besitzrecht des Leasingnehmers – und zwar für die gesamte Vertragsdauer⁷², mag auch die Pflicht

MünchKomm / Voelskow, vor § 535, 55; Soergel / Kummer, vor § 535, 109; Larenz, II § 63 II, Schmidt, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl. 1990 Anhang §§ 9–11, 465; Wolf, in: Wolf / Horn / Lindacher, § 9 L 37; Reinicke / Tiedtke, S. 438; Sonnenberger, NJW 83, 2221; a. A. z. B. Emmerich, JuS 90, 5 für Verträge mit Privatleuten.

⁶⁷ So insbesondere Lieb, DB 88, 948 f.

⁶⁸ Vgl. z. B. Larenz, II § 63 II = S. 456; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1744; im Ergebnis auch Lieb, DB 88, 2498, da er den Leasinggeber (nur) zur Abtretung der Ansprüche – aber eben zu dieser – für verpflichtet hält.

⁶⁹ BGHZ 81, 298, 310; 96, 103, 107, 108 f.; BGH NJW 87, 796, 797; 88, 204, 205; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1712 a. E.; Lieb, DB 88, 948; anders ders., DB 88, 2503: Bestellung des Gegenstandes beim Lieferanten und Anweisung an diesen, die Sache direkt an den Leasingnehmer auszuliefern.

⁷⁰ Vgl. Emmerich, JuS 90, 1. – Das gilt etwa auch für die Konzeption von Papapostolou. Wenn er den Leasingvertrag als einen Rechtskauf begriff, dessen Gegenstand ein befristetes obligatorisches Recht zum Besitz sei (S. 59), so kann sich dieses obligatorische Recht nur gegen den Leasinggeber und Eigentümer wenden.

⁷¹ So indes Lieb, DB 88, 2503. – Wäre so der Vertragsgegenstand korrekt beschrieben, müßte der Leasingnehmer auch bei einer letztendlich erfolglosen Erfüllung der Bemühenspflicht (so Lieb, aaO.) die Leasingraten entrichten. Eine derartig weit gehende Abkoppelung der Pflicht zur Bezahlung vom tatsächlichen Erfolg geriete möglicherweise in Kollision mit dem Äquivalenzprinzip (vgl. etwa BGHZ 94, 44, 49).

⁷² Darin liegt der Unterschied zur Sicherungsübereignung. Dort übt der Sicherungs-

zur Erhaltung der Sache wirksam ausgeschlossen sein⁷³. Neben die Überlassungspflicht tritt die Finanzierungsfunktion des Leasinggebers⁷⁴. Die Leasingraten stehen beiden Verbindlichkeiten als synallagmatische Gegenleistung gegenüber.

b) Damit ist bereits die nahezu selbstverständliche Tatsache angesprochen, daß sich das Leasing nicht kurzerhand dem Mietrecht zuschlagen und an dessen Leitbild messen läßt, sondern daß es einer differenzierenden Betrachtung bedarf. In der Praxis werden denn auch die Rechte aus den §§ 537 ff. BGB regelmäßig ausgeschlossen und an ihrer Stelle die Befugnisse des Leasinggebers gegen den Lieferanten gemäß den §§ 459 ff. BGB abgetreten⁷⁵. Ob sich diese Vertragsgestaltung u. U. schon im Wege ergänzender Auslegung ermitteln läßt⁷⁶, mag offen bleiben. Fest steht jedoch, daß der Leasinggeber zumindest gehalten ist, dem Leasingnehmer die Mängelgewährleistungsrechte zu verschaffen, die ihm gegenüber dem Lieferanten zu stehen.

c) Heftig umstritten sind die Folgen einer aufgrund der abgetretenen Rechte vom Leasingnehmer durchgesetzten Wandelung. Nach Ansicht des BGH entfällt mit dem letztendlich erfolgreichen Wandelungsbegehren des Leasingnehmers die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages von vornherein⁷⁷. Damit ende die Zahlungspflicht des Leasingnehmers. Das hat Auswirkungen einmal im Konkurs. Das Risiko, den Anspruch aus der Wandelung nicht realisieren zu können, trägt der Leasinggeber⁷⁸. Nach der Gegenansicht geht das Verwendungsrisiko den Leasinggeber nichts an; seine Gewährleistung beschränke sich bei dieser Gebrauchsüberlassung eigener Art auf die Abtretung der Ansprüche⁷⁹. Jedenfalls sei gegen eine vertragliche Ab-

geber den Besitz aufgrund einer Rechtsbeziehung zu einem Dritten – etwa zum Verkäufer – aus; er begründet lediglich einen bedingten Herausgabeanspruch des Sicherungsnehmers.

⁷³ Vgl. z. B. BGH NJW 88, 198, 199 sowie die Nachw. in Fn. 66.

⁷⁴ BGHZ 95, 39, 53; BGH WM 75, 1203, 1204; der Sache nach auch BGHZ 97, 65, 74 f.

⁷⁵ Vgl. z. B. BGHZ 68, 118, 123 f.; 81, 298, 303; 94, 44, 47; 94, 180, 185 f., 191; 106, 304, 309; BGH NJW 84, 2687, 2688; 87, 1072, 1073; *Palandt / Putzo*, vor § 535, 4f dd (1); MünchKomm / *Voelskow*, vor § 535, 56; *Lieb*, DB 88, 2498.

⁷⁶ So etwa OLG Düsseldorf DB 88, 1695; in der Tendenz auch BGHZ 106, 304, 309 f.; a. A. z. B. BGH NJW 82, 873.

⁷⁷ BGHZ 68, 118, 126; 81, 298, 307; 94, 44, 48; 94, 180, 185; BGH NJW 85, 129, 130; 85, 796, 797; bereits ab Erhebung des Wandelungsbegehrens BGHZ 97, 135, 141 ff.

⁷⁸ BGH NJW 85, 129, 130; ebenso *Palandt / Putzo*, vor § 535, 4f dd (1) (vgl. aber die Nachw. in Fn. 80 f.); *Soergel / Kummer*, Nachtrag vor § 535, 112; *Staudinger / Emmerich*, vor §§ 535, 536, 21c; *Schmidt*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, Anh. §§ 9–11, 463; *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, § 9 L 46; *Reinicke / Tiedtke*, S. 431; *dies.*, BB 82, 1148; *Lindacher*, JZ 85, 896; *Emmerich*, JuS 90, 7.

⁷⁹ MünchKomm / *Voelskow*, vor § 535, 59; *Papapostolou*, S. 110; *Canaris*, NJW 82, 310; *Seifert*, DB 83 Beilage 1, S. 8; *Lieb*, DB 88, 2498.

wälzung nichts einzuwenden⁸⁰, sofern der Leasingnehmer den Lieferanten ausgesucht habe⁸¹. Doch ist dieser Auffassung nicht zu folgen.

(1) Zu kurz greift schon das Argument der Kritiker des BGH, das Gericht mache im Ergebnis die zunächst gewährte Möglichkeit des Leasinggebers zunichte, seine eigene Gewährleistung durch diejenige des Lieferanten zu ersetzen⁸². Die Unterschiede zu den Rechten der §§ 537 f. BGB fallen durchaus ins Gewicht: Entgegen § 538 BGB gibt es keine Schadensersatzpflicht, nach § 477 Abs. 1 BGB verjähren die Rechte des Leasingnehmers ein halbes Jahr nach der Ablieferung, während das Mietrecht die Gewährleistung für die gesamte Vertragsdauer aufrechterhält⁸³.

(2) Es ist ein Grundprinzip des Vertragsrechts, daß das Insolvenzrisiko vom jeweiligen Partner zu tragen ist⁸⁴. Auf dieser Maxime basiert etwa das grundsätzliche Verbot der Direktkondition im Bereicherungsrecht. Nur wenn – in Anlehnung an das gesetzliche Leitbild der §§ 932 ff. BGB – der Dritte unredlich war oder aber die Zurechnung zu verneinen ist, kann über das jeweilige Rechtsgrundverhältnis hinaus abgewickelt⁸⁵ und das Insolvenzrisiko umverteilt werden. Auch der Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Kauf ist nicht etwa die Regel, sondern die der Rechtfertigung bedürftige Ausnahme⁸⁶. Mit anderen Worten: Nicht der Umstand ist begründungsbedürftig, daß der Leasinggeber in der Insolvenz des Lieferanten leer ausgeht; der Legitimation bedarf vielmehr die Ansicht, die das Risiko auf einen Dritten abwälzen will, obgleich er nicht mit dem Lieferanten kontrahiert hat bzw. aus dem Vertrag wieder entlassen worden ist. Es spielt daher sehr wohl

⁸⁰ OLG Frankfurt NJW-RR 86, 278, 279 f.; im Ergebnis auch *J. Blomeyer*, NJW 78, 975.

⁸¹ *Palandt/Putzo*, vor § 535, 4f dd (1); *MünchKomm/Voelskow*, vor § 535, 59 m. w. N.; *Soergel/Kummer*, Nachtrag vor § 535, 112.

⁸² So *Lieb*, DB 88, 2495.

⁸³ *Reinicke/Tiedtke*, BB 82, 1146; *Lindacher*, JZ 85, 896; vgl. auch BGHZ 106, 304, 311 f.

⁸⁴ Vgl. etwa *MünchKomm/Lieb*, § 812, 39; *Canaris*, Festschrift für Larenz I, 1973, S. 802 f. mit umfangr. Nachw.; *Esser/Weyers*, § 48 III 1b; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 14. Aufl. 1989, Rdnr. 667 f.; *Westermann*, JuS 68, 21; *Wieling*, JuS 78, 803; *Köndgen*, Festgabe für Esser, 1975, S. 65; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1985, S. 181.

⁸⁵ Vgl. z. B. *Palandt/Bassenge*, § 951, 1d cc; *Erman/Westermann*, § 812, 85; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 236 f.; *Soergel/Mühl*, § 812, 131; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 62; *Staudinger/Gursky*, § 951, 12 ff. mit umfangr. Nachw.; *Westermann/Gursky*, § 54, 3; *Larenz*, II § 68 III a; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 729 f.; *Canaris*, Festschrift für Larenz I, S. 855 f.; ausführlich *Thielmann*, AcP 187, 34 ff.

⁸⁶ Vgl. z. B. *Soergel/Hönn*, Anhang zu § 6 AbzG, 43 f. mit dem Hinweis, es sei ein berechtigtes Interesse des Kreditgebers, nicht mit der Abwicklung des Kaufvertrages behelligt zu werden.

eine Rolle, zwischen wem die Verträge geschlossen wurden⁸⁷. Der Grundsatz der Privatautonomie respektiert die Wahl des Partners, ordnet in gleicher Weise aber das Risiko seiner Leistungsfähigkeit zu.

(3) Die Begründung, warum der Leasingnehmer die Folge der Zahlungsunfähigkeit des Lieferanten zu tragen habe, könnte an zwei Punkten ansetzen: Zum einen hat der Leasingnehmer den gelieferten Gegenstand ausgesucht; er konnte sich also von seiner Brauchbarkeit überzeugen⁸⁸. Soweit damit nicht lediglich die Reichweite der §§ 460, 464, 539 BGB thematisiert ist⁸⁹, überzeugt der Einwand nicht. Er ändert nichts daran, daß die Sachmängelgewährleistungsrechte des Leasingnehmers im Verhältnis zum Leasinggeber wurzeln, da nur mit diesem ein Vertrag besteht. Dabei spielt es – wie stets im Streckengeschäft – keine Rolle, ob der Vertragspartner den Fehler kannte oder die Sache untersuchen konnte⁹⁰. Auch der direkte Kontakt des Leasingnehmers mit dem Lieferanten ändert daran nichts: Selbst eine Herstellergarantie tritt neben die Haftung des Vertragspartners und verdrängt sie nicht⁹¹.

Man müßte daher weitergehen und von vornherein die Gewährleistungspflichten des Leasinggebers darauf beschränken, die Rechte gegen den Lieferanten zu zedieren⁹². Indes wäre ein solcher Vertragsinhalt keineswegs von der Kontrolle ausgenommen, sondern müßte sich an dem Grundsatz messen lassen, daß jeder Partner das Risiko der Insolvenz seines Kontrahenten übernimmt. Die *Bonität* des Lieferanten zu überprüfen, ist der Leasinggeber indes zumindest ebensogut in der Lage wie der Leasingnehmer⁹³.

(4) Die sachgerechte Verteilung des Konkursrisikos untermauert auch wertungsmäßig die Rechtsprechung des BGH, die den Rückzahlungsanspruch nach der vollzogenen Wandelung dem Leasinggeber zuordnet⁹⁴. Sie ist

⁸⁷ Das ist *Lieb*, DB 88, 2498 entgegenzuhalten. – Vergleichbare Konsequenzen zeigen sich auch bei der Wahl des Vertragspartners bei der Auflassung im Grundstücksrecht. Bei der bloßen Kettenauflassung kann der Erwerber vom Zwischenmann nicht redlich erwerben, während ihm § 892 BGB zur Seite steht, sobald dieser eingetragen war.

⁸⁸ MünchKomm / Voelskow, vor § 535, 58; *Lieb*, JZ 82, 562; *ders.*, DB 88, 2498.

⁸⁹ Vgl. dazu noch unten III 4 c.

⁹⁰ Vgl. etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, 3. Aufl. 1987, § 28 III 4b = S. 722 f.

⁹¹ BGHZ 78, 369, 372 f.; 104, 82, 85 f.; BGH NJW 81, 2248, 2249; *Soergel / Huber*, vor § 459, 9; *Staudinger / Honsell*, § 459, 92.

⁹² So *Lieb*, DB 88, 2498.

⁹³ *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, § 9 L 46. – Natürlich kann er nur mit dem vom Leasingnehmer benannten Lieferanten kontrahieren (*Lieb*, DB 88, 2498). Doch kann er vom Geschäft absehen, sofern ihm das Risiko als zu hoch erscheint.

⁹⁴ BGHZ 68, 118, 125; 81, 298, 309 f.; zustimmend v. *Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 3. Aufl. 1987, Rdnr. 283; *Soergel / Kummer*, Nachtrag vor § 535, 112; ablehnend *Lieb*, JZ 82, 563; *Papapostolou*, S. 94.

von der Praxis übernommen worden; vermeidet sie es doch, dem Leasinggeber auch hinsichtlich des zurückgewährten Kaufpreises die Folgen einer Insolvenz des Leasingnehmers zu überbürden, was indes die notwendige Konsequenz wäre, wenn der Leasingnehmer Gläubiger der Rückforderung wäre.

Die konstruktive Frage, ob das Ergebnis aufgrund einer „interessengerechten Auslegung“⁹⁵ oder aber auf einer treuhänderischen Stellung des Leasingnehmers⁹⁶ basiert, tritt demgegenüber in den Hintergrund. Die Zession der Sachmängelgewährleistungsrechte wird damit in ihrer Funktion reduziert: Der Leasingnehmer genießt Schutz davor, daß der Leasinggeber auf die Durchsetzung der Rechte verzichtet, da seinem wirtschaftlichen Interesse durch die Zahlung der Leasingraten Genüge getan ist⁹⁷.

d) Der zweite Streitpunkt dreht sich um die Ansprüche des Leasinggebers nach der Wandelung. Zu diesem Zeitpunkt geht das Besitzrecht des Leasinggebers unter und mit ihm dasjenige des Leasingnehmers; der Lieferant bekommt die Sache zurück. Während nach der schon geschilderten Ansicht des BGH die Geschäftsgrundlage mit Rückwirkung entfällt, für die Nutzung lediglich nach Bereicherungsrecht Ersatz geschuldet ist⁹⁸, will die Gegenmeinung mit Differenzen im Detail dem Leasinggeber den Anspruch auf die Leasingraten bis zur Rückgabe der Sache belassen⁹⁹ und ihm darüber hinaus das negative Interesse garantieren¹⁰⁰.

(1) Um eine sichere Basis zu gewinnen, ist erneut an die Überlassungspflicht des Leasinggebers anzuknüpfen. Da das Besitzrecht des Leasingnehmers aus ihr resultiert, besteht sie während der gesamten Laufzeit des Leasingvertrages. Mag auch die Pflicht des Leasinggebers wirksam abbedungen sein, die Sache in mangelfreiem Zustand zu erhalten¹⁰¹, so gilt das nicht in gleichem Maße, wenn ein ursprünglicher Sachmangel zur Wandelung führt und damit den weiteren Besitz des Leasingnehmers unmöglich macht. Anderenfalls käme dem Zeitpunkt, da der Fehler entdeckt wird, ein übertriebener Stellenwert zu. Ob dies vor oder nach der Übergabe geschieht, hängt an

⁹⁵ BGHZ 81, 298, 310 (ähnlich BGHZ 94, 44, 48); v. *Westphalen*, Rdnr. 283.

⁹⁶ *Soergel/Huber*, § 462, 75. Auch hierin liegt ein weiteres Indiz dafür, daß umgekehrt der Leasinggeber nicht bloßer Treuhänder des Leasingnehmers ist.

⁹⁷ Daraus erklärt sich auch die Rechtsprechung, daß die Abtretung der Rechte nicht genügt, wenn die Ausübung jederzeit widerrufbar ist; vgl. BGH NJW 87, 1072, 1073; 90, 314, 315. Entgegen BGH NJW 88, 2465, 2467 ist aber eine Gestaltung möglich, in der sich *auch* der Leasinggeber das Recht zur Wandelung vorbehält.

⁹⁸ Vgl. die Nachw. in Fn. 77.

⁹⁹ *Lieb*, DB 88, 2499; MünchKomm / *Voelskow*, vor § 535, 58; *Papapostolou*, S. 93; *Canaris*, NJW 82, 306.

¹⁰⁰ MünchKomm / *Voelskow*, vor § 535, 58; *Canaris*, NJW 82, 306 (soweit der Kaufpreis in den Leasingraten enthalten ist); *Lieb*, DB 88, 2499 f.

¹⁰¹ BGH NJW 88, 198, 199.

einer Reihe von Unwägbarkeiten. Man mag mit der Übergabe eine Umkehr der Beweislast verbinden, sie würde indes zu sehr strapaziert, sollte sie darüber entscheiden, ob keinerlei Leasingraten geschuldet sind oder aber im Grundsatz der gesamte Vertrag durchzuführen ist¹⁰².

(2) Allerdings ist der Gegenansicht zuzugeben, daß die Konstruktion des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht überzeugt. Besteht die Überlassungspflicht, so ist mit dem Entzug des Besitzes die Nichterfüllung der primären Verbindlichkeit thematisiert und nicht eine außervertragliche Voraussetzung¹⁰³, deren Existenz oder Fehlen die Parteien gerade nicht zum Gegenstand der Leistungspflichten gemacht haben.

Damit ist die Richtung gewiesen. Spätestens mit der Rückgabe aufgrund der Wandelung wird die weitere Überlassung durch den Leasinggeber unmöglich. Spiegelbildlich entfällt nach § 323 Abs. 1 BGB für die Zukunft die Gegenleistungspflicht des Leasingnehmers¹⁰⁴. Die Norm kann – weil sie Ausdruck des Äquivalenzinteresses ist – jedenfalls in AGB nicht abbedungen werden. Der Leasinggeber hat, da er zumindest Gewähr durch die Abtretung des Anspruchs gegen den Lieferanten leisten mußte, auch das Ergebnis der vollzogenen Wandelung zu akzeptieren, zumal da der Kaufpreis an ihn zurückfällt.

Zwar könnte im Hinblick auf die Finanzierungsfunktion des Vertrages das Geschäft weiterbestehen. Doch hat die bloße Darlehensgewährung für einen nicht mehr überlassenen Gegenstand für den Leasingnehmer kein Interesse; damit tritt Gesamtmöglichkeit ein^{105,106}.

(4) Probleme bereitet die Zeitspanne bis zum Vollzug der Wandelung. Einerseits ist der Besitz dem Leasingnehmer noch nicht entzogen, andererseits kann er jedoch die Sachmängelgewährleistungsrechte – wie gezeigt – nur mit dem Ziel der Leistung an den Leasinggeber geltend machen. Dieser erhält den Kaufpreis nebst Zinsen zurück, hat umgekehrt nach § 347 Satz 2 BGB die Nutzungen zu ersetzen. Der Leasingnehmer selbst hat keinerlei

¹⁰² A. A. MünchKomm / Voelskow, vor § 535, 58 aufgrund seines Ansatzes, der Leasinggeber schulde es nur, die Nutzung an einem gebrauchstauglichen Leasinggut zu verschaffen. Im hier zu behandelnden Fall ist das Leasinggut jedoch nicht gebrauchstauglich, da mangelhaft.

¹⁰³ Lieb, DB 88, 2496.

¹⁰⁴ So z. B. Koch, Störungen beim Finanzierungsleasing, 1981, S. 121 ff.; Fehl, BB 88 Beilage 6, S. 27 f.; Emmerich, JuS 90, 7. – Bei vollständiger Unmöglichkeit geht § 323 Abs. 1 BGB dem § 542 Abs. 1 BGB vor; vgl. statt aller Staudinger / Emmerich, § 537, 8 m. w. N.

¹⁰⁵ Vgl. z. B. Palandt / Heinrichs, § 275, 6b bb m. w. N.; § 323, 4; MünchKomm / Emmerich, § 323, 32 (speziell für den gemischten Vertrag).

¹⁰⁶ Das Ergebnis kann man auch nicht dadurch unterlaufen, daß man die Erstattung des Finanzierungsanteils durch den Leasingnehmer als Spezifikum des Leasingvertrags begreift. Dies gilt nur für die vertragsgemäße Beendigung (BGHZ 95, 39, 55).

Ansprüche aufgrund des Mangels; er ist – der Struktur der Risikozuweisung, aber auch den Vereinbarungen mit dem Leasinggeber entsprechend – darauf beschränkt, die Wandelung als solche zu erklären und so die Rückabwicklung in die Wege zu leiten. Der Tatsache, daß die Zahlungen so am Leasingnehmer vorbeigeleitet werden, gilt es Rechnung zu tragen. Dabei bietet sich eine Analogie zum Minderungsrecht des § 537 BGB an. Sie gewährleistet, daß der Leasingnehmer nicht die ungeschmälerete Rate trotz der Mangelhaftigkeit des Gutes zu zahlen hat; umgekehrt wird ein nicht gerechtfertigter Vorteil des Leasingnehmers verhindert, der in der kostenlosen oder nur bereicherungsrechtlich zu entgeltenden Gebrauchsüberlassung des teilweise nutzbaren Gutes läge¹⁰⁷.

(5) Neben diesen Ansprüchen scheidet eine Forderung des Leasinggebers auf Ersatz von Verwendungen nach § 670 BGB aus¹⁰⁸. Die Beschaffung der Sache ist nicht im Auftrag des Leasingnehmers erfolgt. Als wirtschaftlicher Eigentümer hat der Leasinggeber die Sache – zumindest auch – auf eigene Rechnung beschafft¹⁰⁹. Die Lage unterscheidet sich von derjenigen bei der Kommission vor allem dadurch, daß dort der Kommittent den Kaufpreis nach der Wandelung zurückerhält, während er beim Leasing an den Leasinggeber fließt. Es verbleibt damit beim Primat der Vertragsbeziehungen und der durch sie indizierten Risikoverteilung in der Insolvenz des jeweiligen Partners. Sie darf nicht durch einen Anspruch gemäß § 670 BGB unterlaufen werden. Auch in sonstigen Fällen kann ein Käufer von dem Zweitkäufer oder Mieter nicht Ersatz seiner Vertragskosten verlangen; das Risiko, Gelder aufzuwenden, die sich infolge der Wandelung als nutzlos erweisen, trägt er selbst, Kompensation kann er insoweit nur vom Verkäufer verlangen¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Reinicke / Tiedtke*, DB 85, 2086 und *Canaris*, NJW 82, 310 wollen § 347 Satz 2 BGB anwenden. Das dürfte im Ergebnis weitgehend der hier vertretenen Ansicht entsprechen.

¹⁰⁸ BGHZ 81, 298, 309; 96, 103, 107; BGH NJW 90, 314, 315; *Lindacher*, JZ 85, 896.

¹⁰⁹ Vgl. oben II 2.

¹¹⁰ Dabei wird der Begriff der Vertragskosten i. S. des § 467 Satz 2 BGB von der h. M. sehr eng gefaßt; Finanzierungskosten sollen regelmäßig ausgeschlossen sein (vgl. etwa *Soergel / Huber*, § 467, 62a; *Reinicke / Tiedtke*, S. 216 f.; a. A. *Walter*, § 5 II 6a, ee, aa = S. 190). Als Anspruchsgrundlage kommt dann nach der Rechtsprechung nur § 463 BGB in Betracht (vgl. die Darstellung bei *Soergel / Huber*, § 467, 62a; § 463, 83). Das mag eine Schwäche des Gesetzes oder seiner Auslegung sein, müßte aber an dieser Stelle korrigiert werden. Man sollte sich entschließen, die Finanzierungskosten zu den Vertragskosten zu rechnen, und zwar aus der für den Lieferanten erkennbaren Interessenlage: Er weiß, daß mit dem Geschäft eine Finanzierung verbunden ist. Zumindest müßten die Kosten über pVV ersetzt werden, soweit den Lieferanten ein Verschulden trifft (so *Soergel / Huber*, § 463, 70 gegen die Rechtsprechung, die die Kosten nur über § 463 BGB ersetzen will; vgl. z. B. BGHZ 77, 215, 217). Wählt man diese Lösung, so reduziert sich die Frage auf das Konkursrisiko des Lieferanten, das, wie gezeigt, dem Leasinggeber anzulasten ist.

e) In Abweichung von § 536 BGB ist es nicht Pflicht des Leasinggebers, die Sache in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. Der zufällige Untergang des Gegenstandes hat für ihn keinerlei Konsequenzen; in dieser Beziehung gewinnt die kaufrechtliche Komponente des Geschäfts die Oberhand¹¹¹.

III. Die gegenseitige Beeinflussung der beiden Verträge

Aus der wirtschaftlich engen Verzahnung von Kauf- und Leasingvertrag folgt eine Reihe von Besonderheiten. Einige seien hier exemplarisch behandelt.

1. Die Rechte und Pflichten des Kaufvertrages werden vom Lieferanten und vom Leasingnehmer festgelegt. Der Leasinggeber tritt in den Vertrag ein bzw. schließt ihn mit bereits festgelegtem Inhalt.

a) Daraus folgt zunächst, daß für die Details auf die Vereinbarungen zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer zurückzugreifen ist. Insbesondere die Sollbeschaffenheit der Sache und – damit eng gekoppelt – der Fehler der gelieferten Ware wird an ihrer Absprache gemessen, und zwar anhand der durch ihre Person und ihren Empfängerhorizont geprägten Interpretation. Ein Sachmangel liegt also auch dann vor, wenn eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber nicht mehr ausdrücklich getroffen wurde – etwa weil dieser sich um die näheren Einzelheiten nicht kümmerte und auch nicht zu kümmern brauchte.

(1) Ist der Leasinggeber in den vom Lieferanten und vom Leasingnehmer bereits geschlossenen Vertrag eingetreten, so basiert das Ergebnis auf der anerkannten Maxime, daß der übernommene Vertrag sich in seinem Inhalt nach den Umständen bei seinem Abschluß und damit nach dem Ergebnis der Auslegung zwischen den ursprünglichen Parteien richtet¹¹². Doch auch bei einem direkten Vertragsschluß zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber gilt nichts anderes. Beide Parteien wissen, daß sie sich auf Vorverhand-

¹¹¹ Wobei hier unterstellt wird, daß der Leasingnehmer die entsprechenden Versicherungen zugunsten des Leasinggebers als des Eigentümers abschließen kann (vgl. zu den Problemen etwa *Zierke*, MDR 89, 874).

¹¹² *Nörr*, in: *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, 1983, § 21 II = S. 269; speziell für den Vertrag zwischen Lieferant und Leasinggeber *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1790; *ders.*, NJW 82, 307 f. (als Konsequenz des Handelns für fremde Rechnung); für § 571 BGB auch *MünchKomm / Voelskow*, § 571, 18 m. w. N.; für § 613a BGB auch *MünchKomm / Schaub*, § 613a, 60; enger BGH WM 62, 769 Leitsatz 2; 65, 680 f.; *Staudinger / Emmerich*, § 571, 65 für eine Auslegung, die der Erwerber beim besten Willen nicht erkennen konnte; dazu ablehnend wiederum *Nörr*, aaO. mit Fn. 7, der das Ergebnis mit dem Formerfordernis des § 566 BGB rechtfertigt.

lungen stützen, die der Leasingnehmer geführt hat¹¹³. Der Leasinggeber kann dann nicht vorbringen, er selbst hätte eine Vereinbarung über die Eigenschaften der Sache nicht getroffen.

(2) Auch der Leasingvertrag dürfte regelmäßig Bezug auf die Vorgespräche nehmen. Für den Leasingnehmer besteht kein Anlaß, Details mit dem Leasinggeber zu besprechen, über die dieser keinerlei Kenntnisse hat. Das Problem ist jedoch ohnehin dadurch entschärft, daß die Sachmängelgewährleistungsrechte des Leasinggebers gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer abgetreten werden und es daher auf Vereinbarungen über die Sollbeschaffenheit im Leasingvertrag selbst nicht mehr ankommt.

(3) Mündliche Nebenabreden könnten allerdings in Kollision mit einer Schriftformklausel geraten, wie sie der Leasinggeber seinen AGB dem Leasingnehmer gegenüber meist¹¹⁴ zugrundelegt. Soweit man derartige Bestimmungen nicht generell verwirft¹¹⁵, dürfen jedenfalls keine zu strengen Anforderungen an die Verbindlichkeit mündlicher Absprachen gestellt werden. Zum einen binden die Abreden den Leasinggeber jedenfalls dann, wenn er sie kennt¹¹⁶. Dem steht gleich, wenn der Leasinggeber weiß, daß – wie es heute weithin Praxis ist – ein Pflichtenheft existiert, in dem die konkreten Anforderungen des Leasingnehmers und das technische Prozedere des Lieferanten festgelegt sind. Dem Leasinggeber ist in derartigen Fällen die Unterrichtung möglich; mehr zu garantieren ist nicht vom legitimen Zweck der Schriftformklausel gedeckt.

b) Auch Willensmängel, insbesondere aufgrund einer arglistigen Täuschung durch den Lieferanten, bestimmen sich nach der Person des Leasingnehmers¹¹⁷. Gequält wirkt es allerdings, wenn der BGH das Ergebnis damit begründen will, nach Treu und Glauben könne sich der Täuschende nicht auf das formale Auseinanderfallen von Gewährleistungsberechtigtem und Getäushtem berufen¹¹⁸. Wesentlich näher liegt demgegenüber die Analogie zu § 166 Abs. 2 BGB¹¹⁹. Ihr steht insbesondere nicht entgegen, daß die

¹¹³ Die Rolle der Vorverhandlungen ist als Methode der Auslegung weithin anerkannt; vgl. z. B. – allerdings beschränkt auf vorangegangene Gespräche zwischen denselben Parteien – *Staudinger/Dilcher*, §§ 133, 157, 27 m. w. N.

¹¹⁴ Vgl. etwa den Sachverhalt von BGHZ 95, 170, 172 (§ 3 Satz 4).

¹¹⁵ So etwa BGH NJW 85, 320, 322; 86, 1809, 1810; offen BGHZ 95, 170, 181.

¹¹⁶ BGHZ 95, 170, 175. Die Schriftformvereinbarung ist jedenfalls aufgehoben (vgl. z. B. BGHZ 94, 195, 205 f.; 104, 392, 396; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl. 1987 ff., § 125, 33).

¹¹⁷ So im Ergebnis auch BGHZ 81, 298, 304 f.; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1790; *ders.*, NJW 82, 307.

¹¹⁸ BGHZ 81, 298, 305. – Es ist nicht ersichtlich, wieso die Tatsache von rechtlicher Relevanz sein soll, daß derjenige, der vorher als Vertreter des Verkäufers den Leasingnehmer täuschte, anschließend auch den Leasinggeber vertrat (*Canaris*, NJW 82, 307).

¹¹⁹ So *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1790; *ders.*, NJW 82, 307, jeweils auf dem Boden der These, der Leasinggeber handle auf fremde Rechnung.

§§ 164 ff. BGB bei mittelbarer Stellvertretung nach h. M. keine Anwendung finden¹²⁰. Denn es geht hier weder um mittelbare Stellvertretung¹²¹ noch um eine pauschale Verweisung auf das Vertretungsrecht, sondern um eine Einzelanalogie zur genannten Vorschrift. Sie wird von dem Gedanken getragen, daß derjenige, der als arglistig Getäuschter seinen Vertreter zu einem Geschäft nicht nur motiviert, sondern anweist, sich auf diesen Willensmangel berufen darf¹²².

c) Die Grenze ist indes erreicht, wenn es um die Vereinbarung zusätzlicher Klauseln geht. Mit ihnen braucht der Leasinggeber nicht zu rechnen, sofern sie nicht für ihn erkennbar dem Vertrag zugrundeliegen bzw. der Lieferant Vertretungsmacht für den Leasinggeber beim Abschluß des Leasingvertrages hat¹²³. Hier kommt allenfalls die Zurechnung eines Lieferantenverschuldens gemäß § 278 BGB in Betracht¹²⁴.

2. Komplikationen sind vorgezeichnet, wenn zwar Lieferant und Leasinggeber Kaufleute sind, nicht jedoch der Leasingnehmer; scheint der Lieferant in seinen AGB doch nur § 9 ABGB berücksichtigen zu müssen, während der Leasinggeber die Grenzen auch der §§ 10 f. ABGB zu achten hat. Damit könnten die Pflichten in eine Schiefelage geraten: Der Leasinggeber hätte u. U. für einen Standard einzustehen, den er seinem Lieferanten gegenüber nicht durchsetzen kann.

Man kann das Problem auf dreierlei Weise anpacken¹²⁵. Entweder man orientiert sich durchgängig am Leasinggeber – mit der Konsequenz, daß der Leasingnehmer sich gegen dessen Konditionen nicht wehren kann, auch wenn sie nur gegenüber Kaufleuten Verwendung finden dürfen. Daß damit das ABGB ausgehöhlt werden könnte, spricht gegen einen solchen Vorschlag. Zum anderen ließe sich daran denken, den Leasinggeber die Risiken der fehlenden Abstimmung tragen zu lassen. Doch liefe das auf ein vom Leasinggeber praktisch nicht zu steuerndes Ungleichgewicht hinaus. Er haftete

¹²⁰ So z. B. *Palandt/Heinrichs*, vor § 164, 3a; *MünchKomm/Thiele*, vor § 164, 14; *Soergel/Leptien*, vor 164, 40.

¹²¹ Vgl. dazu oben II 2. Generell dürfte entgegen *Canaris*, NJW 82, 307 f. das Institut des Handelns für fremde Rechnung die Zurechnungsproblematik kaum umfassend lösen. Offensichtlich kommt es auf die Person des Handelnden an, wenn ihm beim Vertragsschluß ein Irrtum unterläuft.

¹²² Vgl. z. B. BGHZ 51, 141, 147 für die arglistige Täuschung des Vollmachtgebers. Diese Entscheidung drückt ein allgemeines Prinzip aus, das auch für andere Willensmängel gilt; vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, § 166, 4c; *Erman/Brox*, § 166, 14; *MünchKomm/Thiele*, § 166, 41; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 30 IIc; a. A. *Soergel/Leptien*, § 166, 32; *Staudinger/Dilcher*, § 166, 27; differenzierend (wenn die Weisung Geschäftsgrundlage des Vertretergeschäfts wurde) RGRK/*Steffen*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl. 1974 ff., § 166, 22.

¹²³ BGHZ 95, 170, 174; BGH NJW 88, 2465, 2468.

¹²⁴ Vgl. dazu unten III 3 c.

¹²⁵ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1766.

etwa dem Leasingnehmer wegen § 11 Nr. 7 AGBG, ohne sich beim Lieferanten schadlos halten zu können.

Interessengerecht ist daher die dritte Lösung: Der Vertrag zwischen dem Lieferanten und dem Leasinggeber muß der Kontrolle anhand des AGBG standhalten, wie wenn der Leasinggeber nicht Kaufmann wäre¹²⁶. Da der Lieferant weiß, mit wem der Leasinggeber kontrahieren wird, er ja auch die Verhandlungen mit dem Leasingnehmer geführt hat, ist ihm eine entsprechende Rücksichtnahme aufzuerlegen; er braucht nicht besser gestellt zu werden, als wenn er direkt mit dem Leasingnehmer den Vertrag geschlossen hätte¹²⁷.

3. Dreh- und Angelpunkt für die Frage, inwieweit sich der Leasinggeber des Lieferanten als seines Erfüllungsgehilfen bedient, sind wiederum seine vertraglichen Verbindlichkeiten.

a) Was die Überlassungspflicht angeht, so liegen die Dinge relativ einfach. Der Leasinggeber ist gehalten, dem Leasingnehmer den Besitz zu verschaffen; nur aus dem Leasingvertrag kann dieser ein Recht zum Besitz ableiten¹²⁸. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit schaltet der Leasinggeber den Lieferanten ein¹²⁹, der auch mit Wissen und Wollen des Leasinggebers in dessen Pflichtenkreis tätig wird¹³⁰. Freilich trifft den Leasinggeber keine Pflicht, die Ware anderweit zu beschaffen. Demgemäß haftet er nicht nach § 325 bzw. 280 BGB, wenn etwa der Lieferant in Konkurs fällt oder die Leistung nachträglich unmöglich wird; der Leasingnehmer kann sich nur auf § 320 BGB stützen und die Gegenleistung verweigern oder wird nach § 323 Abs. 1 BGB frei.

b) Ebenso selbstverständlich ist es, daß der Leasinggeber nach der Übergabe an den Leasingnehmer für zufälligen Untergang nicht verantwortlich ist. Nimmt der Lieferant daher die Sache eigenmächtig weg, so löst dies keine Haftung des Leasinggebers aus¹³¹.

c) Verwickelt ist die Rechtslage hingegen, sofern Aufklärungs- und Hinweispflichten betroffen sind.

(1) Ausgangspunkt ist erneut der Pflichtenkreis des Leasinggebers. Nur soweit ihn Verbindlichkeiten treffen, die er bei eigenem Handeln hätte er-

¹²⁶ So auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1766.

¹²⁷ Ein Irrtum über die Kaufmannseigenschaft ist unbeachtlich; vgl. *Brandner*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, § 24, 14.

¹²⁸ Vgl. oben II 4 a.

¹²⁹ BGH NJW 88, 198, 199; 88, 204, 206; *Palandt / Putzo*, vor § 535, 4f bb.

¹³⁰ So die klassische Definition des Erfüllungsgehilfen; vgl. nur BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; 62, 119, 124; 98, 330, 334; *Palandt / Heinrichs*, § 278, 3a; *Soergel / M. Wolf*, § 278, 23.

¹³¹ BGH NJW 88, 198, 199. — Eine Ausnahme besteht, wenn der Lieferant auf Initiative des Leasinggebers handelt.

füllen müssen¹³², kann er sich des Lieferanten bedienen und – um es in der griffigen Formulierung des BGH auszudrücken – eigenes Handeln ersparen¹³³.

Eine Hinweis- und Aufklärungspflicht über die Beschaffenheit des Leasingguts selbst wird dem Leasinggeber regelmäßig nicht obliegen; macht es doch gerade das wirtschaftliche Spezifikum des Geschäfts aus, daß der Leasingnehmer die Vorverhandlungen mit dem Lieferanten führt, während der Leasinggeber – für den Leasingnehmer erkennbar – oft nicht über die notwendige Sachkunde verfügt. Anders liegt es bei den Gesprächen über die Finanzierung. Hier ist grundsätzlich der Bereich des Leasinggebers berührt; hier können ihn Hinweis- und Aufklärungspflichten treffen. Deren exakte Grenzen bereiten bekanntlich große Probleme; zur Veranschaulichung sei an dieser Stelle die Leitentscheidung des BGH besprochen¹³⁴.

Dort wich der schließlich fixierte Inhalt des Leasingvertrages von den Vereinbarungen zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten ab, die aber deswegen nicht bis zum Vertragsschluß gediehen waren, weil sogleich der Kauf- und der Leasingvertrag geschlossen wurden. Der Lieferant hatte den Leasingnehmer nicht auf das Fehlen der ursprünglich getroffenen Abrede aufmerksam gemacht.

Hätte der Leasinggeber hier selbst gehandelt, so wäre der Pflichtenverstoß zu bejahen, wenn man nicht ohnehin den Interessen des Leasingnehmers schon durch eine entsprechende Auslegung Rechnung tragen müßte. Wenn – was hier zunächst unterstellt wird – der Lieferant tatsächlich Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers war, so nützte es diesem auch nichts, daß er selbst über die fragliche Abrede nicht informiert war. Soll § 278 BGB als Konsequenz der Arbeitsteilung eine Einstandspflicht für das Verhalten der Erfüllungsgehilfen begründen¹³⁵, so kommt es auf deren Kenntnisse an und nicht auf das Wissen des Geschäftsherrn, der an den Gesprächen oft gar nicht teilnimmt¹³⁶.

(2) Alles spitzt sich damit auf die Frage zu, ob der Leasinggeber den Lieferanten in seinem Pflichtenkreis eingesetzt hat.

¹³² RGZ 114, 155, 160; 120, 126, 130; 132, 76, 79; BGHZ 95, 170, 179; *Palandt / Heinrichs*, § 278, 4b.

¹³³ BGHZ 95, 170, 181.

¹³⁴ BGHZ 95, 170, 171: Ein vereinbartes Rücktrittsrecht wird nicht in den Leasingvertrag aufgenommen. Vgl. ferner BGH NJW-RR 88, 241, 242: Ein vereinbartes Erwerbsrecht wird nicht in den Leasingvertrag aufgenommen. BGH NJW 89, 287, 288: Ein vom Lieferanten zugesicherter Fullservice wird nicht Vertragsinhalt.

¹³⁵ Vgl. nur *Soergel / M. Wolf*, § 278, 1.

¹³⁶ Bei der c. i. c. bzw. pVV wird dem Geschäftsherrn nicht nur das Verschulden, sondern auch der Pflichtverstoß zugerechnet; vgl. z. B. BGHZ 95, 63, 70. – Dem Geschäftsherrn wird das Wissen eines Erfüllungsgehilfen selbst dann zugerechnet, wenn nicht dieser, sondern ein weiterer Erfüllungsgehilfe die Offenbarungspflicht zu erfüllen hat; vgl. BGHZ 62, 63, 68.

Bereits die Funktion des Lieferanten als des Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers zu verneinen, da sich beide als Partner des Kaufvertrages in entgegengesetzten Rollen gegenüberstünden¹³⁷, überzeugt nicht. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner und dem Erfüllungsgehilfen spielen wie stets keine Rolle¹³⁸; natürlich kann der Erfüllungsgehilfe zugleich eine eigene Pflicht dem Schuldner gegenüber erfüllen. Ja das wird der Regelfall sein, da er sonst oft keinen Grund hätte, tätig zu werden.

Eine globale Antwort ist schon deswegen unmöglich, weil erst die Umstände des Einzelfalls darüber Auskunft geben, ob und inwieweit der Leasinggeber den Lieferanten in seinen Pflichtenkreis eingeschaltet hat. In der grundlegenden Entscheidung des BGH besaß der Lieferant das Vertragsformular des Leasinggebers; er bereitete es zusammen mit dem Leasingnehmer vor und füllte es aus¹³⁹. Das läßt sich auf zweierlei Art deuten: Der Lieferant wurde entweder als Verhandlungsgehilfe des Leasinggebers in dessen Pflichtenkreis tätig oder aber als Vertreter bzw. Bote des Leasingnehmers¹⁴⁰. Gegen die letztgenannte Alternative sprechen indes zwei Gesichtspunkte: Zum einen wurden dem Vertrag die AGB des Leasinggebers zugrundegelegt; daß der Leasingnehmer den Lieferanten als seinen Boten einschaltet, dabei aber die Formulare des künftigen Vertragspartners benutzt, ist wohl eher die Ausnahme. Zum anderen wurde der Lieferant zumindest insoweit im Interesse des Leasinggebers tätig, als er die Vermittlung übernahm und diesem somit den Einsatz eines umfassenderen Vertriebs- bzw. Filialnetzes ersparte¹⁴¹.

Die Kriterien, die den Lieferanten als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers ausweisen, werden oft auch dazu führen, generell ein absatzförderndes Leasing zu bejahen. Doch dürfte das nicht stets der Fall sein – namentlich, wenn man für das absatzfördernde Leasing eine Vermittlung des Leasingvertrages durch den Lieferanten fordert¹⁴². Die Einschaltung als Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB kann im Einzelfall auch ohne diese weitgehende Voraussetzung gegeben sein.

(3) Freilich besteht die Gefahr, daß auf diesem Wege die Schutzmechanismen der §§ 177 bis 179 BGB außer Kraft gesetzt werden. Bekanntlich ist

¹³⁷ So *Lieb*, DB 88, 2502.

¹³⁸ Vgl. nur BGHZ 50, 32, 35; 62, 119, 124; *Palandt / Heinrichs*, § 278, 3a; *Soergel / M. Wolf*, § 278, 26; *Staudinger / Löwisch*, § 278, 11.

¹³⁹ BGHZ 95, 170, 171.

¹⁴⁰ Nach *Lieb*, DB 88, 2502 als dessen Erfüllungsgehilfe.

¹⁴¹ Der Lieferant handelt auch nicht nur bei Gelegenheit der Beachtung der Aufklärungspflichten. Selbst vorsätzliches Handeln ändert nichts daran, daß er zu den Verhandlungen vom Leasinggeber eingeschaltet wurde. Es geht nicht nur um das allgemeine Lebensrisiko, sondern um eine Risikoerhöhung (zu diesem Kriterium vgl. z. B. *Soergel / M. Wolf*, § 278, 38 f.).

¹⁴² So z. B. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1480 i. V. m. Rdnr. 1752.

die Frage, ob der angeblich Vertretene für seinen Erfüllungsgehilfen auch dann haftet, wenn der Pflichtverstoß in der Anmaßung bzw. Überschreitung der Vertretungsmacht besteht, sehr umstritten, wengleich die h. M. dazu neigt, sie zu bejahen¹⁴³. Doch dürfte es auf diese Kontroverse im vorliegenden Zusammenhang nicht ankommen. Denn als Pflichtverstoß wird dem Lieferanten nicht die angemäße Vertretungsmacht vorgehalten, sondern der fehlende Hinweis auf die Tatsache, daß die zwischen ihm und dem Leasingnehmer zugrundegelegte Klausel nicht Inhalt des Leasingvertrags wurde, obgleich der Leasingnehmer dies voraussetzte und auch voraussetzen durfte. Es geht mit anderen Worten um eine Täuschung über die vertraglichen Rechte und Pflichten.

Daß hierbei der Zurechnungsmaßstab nicht durch die §§ 177 ff. BGB präjudiziert ist, läßt sich aus § 123 BGB ablesen: Dem Geschäftsherrn werden Täuschungen auch solcher Personen angelastet, die nicht zur Vertretung befugt sind, sondern nur als Verhandlungsgehilfen agieren, solange ihr Tätigwerden dem Geschäftsherrn nach § 278 BGB zuzurechnen ist¹⁴⁴.

4. Die bislang entwickelten Grundsätze wirken zusammen beim Problem der Übernahmebestätigung. Nach ihrer Erteilung bezahlt der Leasinggeber den Kaufpreis, umgekehrt wird die erste Leasingrate fällig. Sie richtig zu erteilen ist daher Pflicht des Leasingnehmers¹⁴⁵.

a) Hier zeigen sich Besonderheiten für die Software. Ist die Ablieferung bzw. Abnahme aufgeschoben, bis die Software „läuft“¹⁴⁶, so braucht auch die Übernahmebestätigung erst für diesen Zeitpunkt erteilt zu werden. Eine ABG-Klausel, die sie fingieren wollte, kann daran nichts ändern. Bei der Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten verstößt sie gegen § 10 Nr. 5 AGBG, bei Geschäften mit Kaufleuten hält sie § 9 AGBG nicht stand; das gilt zumindest, wenn sie nicht die ausdrückliche Befugnis zum Widerspruch binnen angemessener Frist einräumt¹⁴⁷.

b) Sofern der Leasingnehmer nicht Kaufmann ist, stellt sich erneut das Problem der Abstimmung der beiden Verträge – dieses Mal im Hinblick auf die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB. Der Leasinggeber hat weder die Möglichkeit noch die Kenntnisse, die Software auf ihre Fehlerfrei-

¹⁴³ BGHZ 6, 330, 334; 92, 164, 175; *Palandt / Heinrichs*, § 276, 6 C a; *Soergel / Lepien*, § 177, 36; a. A. *MünchKomm / Thiele*, § 177, 43.

¹⁴⁴ BGHZ 47, 224, 229 f.; BGH NJW 62, 2195, 2196; 89, 287, 288; WM 86, 1032, 1034; LM Nr. 31 zu § 123 BGB; *Palandt / Heinrichs*, § 123, 2f bb; *MünchKomm / Kramer*, § 123, 19; *Soergel / Hefermehl*, § 123, 32; *Staudinger / Dülcher*, § 123, 34; *Schubert*, AcP 168, 481, 504.

¹⁴⁵ Vgl. BGH NJW 88, 204, 206. Nur wenn es eine Pflicht gibt, kann aufgrund ihrer Verletzung Schadensersatz geschuldet sein.

¹⁴⁶ Vgl. oben I 5 a.

¹⁴⁷ *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, § 10 Nr. 5, 35; *Brandner*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, § 10 Nr. 5, 18.

heit hin zu untersuchen. Wiederum steht man vor der Entscheidung, die Nachteile auf den Leasingnehmer abzuwälzen, indem er vertraglich zur Rüge verpflichtet wird¹⁴⁸, oder aber die Rechte des Lieferanten zu beschneiden.

(1) Die Frage wäre schnell zugunsten der zweiten Alternative entschieden, wenn es § 11 Nr. 10e AGBG verböte, die Rechte des Leasingnehmers einzuschränken. Zu einfach macht es sich dabei freilich der BGH mit der beiläufigen Bemerkung, § 11 Nr. 10e AGBG habe bei Leasingverträgen keinen Anwendungsbereich¹⁴⁹. Daß das nicht richtig ist, zeigt die hier behandelte Frage; es kann sehr wohl eine Rolle spielen, ob Gewährleistungsrechte verkürzt werden dürfen. Auch die Gründe, derentwegen § 11 Nr. 10a AGBG beim Leasing nicht anzuwenden ist, greifen nicht durch: Daß die Abtretung der Mängelgewährleistungsrechte genüge, weil die Regelung für das Leasing typisch und interessengerecht sei¹⁵⁰, besagt über die Rügeobliegenheit ebensowenig wie der Hinweis, der Leasingnehmer und nicht der Leasinggeber habe den Lieferanten ausgesucht¹⁵¹.

(2) Wäre das Geschäft direkt zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer abgeschlossen worden, so stünde diesem § 11 Nr. 10e AGBG zur Seite – mit der Folge, daß er die Verjährungsfrist zur Gänze ausschöpfen könnte. Wie in den übrigen Fällen auch darf der Lieferant aus der Einschaltung des Leasinggebers keine Vorteile zu Lasten des Leasingnehmers ziehen¹⁵². Vielmehr ist er gehalten, auf die Rechte aus dem dispositiven¹⁵³ § 377 HGB zu verzichten. Das ist der zutreffende Kern der Bemerkung des BGH, die Vertragsgestaltung sei nur angemessen, wenn der Leasingnehmer Sachmängelansprüche nach kaufrechtlichem Vorbild unmittelbar gegen den Lieferanten geltend machen könne¹⁵⁴.

Nach allgemeinen Auslegungsregeln ist die Norm vielmehr abbedungen¹⁵⁵. Ist dem Lieferanten bewußt, daß einerseits die Mängelgewährleistungsrechte an den Leasingnehmer abgetreten werden, daß diesem anderer-

¹⁴⁸ So *Lieb*, DB 88, 2502.

¹⁴⁹ BGHZ 94, 180, 191 (obiter) zur Begründung seiner These, § 11 Nr. 10 AGBG sei beim Leasing generell nicht anzuwenden; ablehnend z. B. *Emmerich*, JuS 90, 7 (auch für § 11 Nr. 10a AGBG).

¹⁵⁰ BGHZ 94, 180, 188 f.

¹⁵¹ BGHZ 94, 180, 189 f.

¹⁵² Vgl. oben III 2. – Insofern ist die Aussage des RG, bei der Durchlieferung sei es Sache des Erstkäufers, sich den alsbaldigen Bescheid des Abkäufers zu sichern (RGZ 102, 91 f.; zustimmend z. B. *Großkomm / Brüggemann*, HGB, 4. Aufl. 1983 ff., § 377, H 111; *Heymann / Emmerich*, Handelsgesetzbuch, 1989 f., § 377, 27 m. w. N. in Fn. 45; *K. Schmidt*, § 28 III 4 b 1), bei der Verwendung von AGB zu modifizieren.

¹⁵³ *Großkomm / Brüggemann*, § 377, 5.

¹⁵⁴ BGH NJW 87, 1072, 1073; 88, 2465, 2467; *Palandt / Heinrichs*, § 11 AGBG, 10 vor a.

¹⁵⁵ BGHZ 91, 55, 58.

seits eine Rügepflicht wegen § 11 Nr. 10e AGBG jedenfalls nicht durch AGB auferlegt werden kann, so kann ihm nicht eine Interpretation seines Vertrages unterstellt werden, die den Leasinggeber in eine ausweglose Lage brächte. Man wird sogar noch einen Schritt weiter zu gehen und § 377 Abs. 2 HGB teleologisch zu reduzieren haben: Die Norm ist für eine derartige Problemlage nicht geschaffen¹⁵⁶. Damit läßt sich auch der Fall in den Griff bekommen, daß der Lieferant § 377 HGB in seinen AGB ausdrücklich wiederholt. Die Klausel verstößt gegen § 9 AGBG. Dagegen läßt sich nicht auf § 8 AGBG verweisen, der Abmachungen von der Kontrolle ausnimmt, sofern sie mit Rechtsvorschriften übereinstimmen. In Wirklichkeit besteht nämlich keine Regelungsidentität, da § 377 HGB auf eine andere Fallgestaltung zugeschnitten ist und für das Leasing mit der dafür typischen Übertragung der Sachmängelgewährleistungsrechte auf den Käufer nicht paßt¹⁵⁷.

c) Eine bewußt unrichtige Übernahmebestätigung kann nach § 539 BGB bzw. nach seinem Rechtsgedanken die Sachmängelgewährleistungsrechte ausschließen¹⁵⁸. Ansonsten dreht sich gemäß § 363 BGB die Beweislast um; der Leasingnehmer macht sich obendrein schadensersatzpflichtig¹⁵⁹: Er ist gehalten, nicht durch falsche Bestätigungen das Vermögen seines Partners zu

¹⁵⁶ Meine im mündlichen Referat geäußerte Ansicht, es handle sich nur um einen Fall der ergänzenden Auslegung habe ich aufgrund des Diskussionsbeitrags von Herrn Professor Dr. Canaris modifiziert. – Um eine teleologische Reduktion dürfte es im übrigen in methodischer Sicht auch im Fall BGHZ 91, 55, 57 f. gegangen sein. Für die dort relevante Art von Verträgen war § 367 BGB regelmäßig als abbedungen anzusehen.

¹⁵⁷ Daß dann eine Kontrolle möglich ist, entspricht anerkannten Grundsätzen; vgl. z. B. BGHZ 91, 55, 57 f.; *Palandt / Heinrichs*, § 8 AGBG, 2c, bb; *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, § 28, 2 – Nach einem Vorschlag v. *Westphalen* soll der Leasinggeber § 377 Abs. 2 HGB durch seine Einkaufs-AGB abdingen können. Unterlasse er dies, so sei er nicht schutzwürdig. Da umgekehrt die Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Lieferanten an der fehlenden Rüge scheiterten, trete an ihre Stelle wiederum die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers (BB 90, 5 unter Ablehnung des hier vertretenen Konzepts). Das überzeugt nicht: Zum einen bedarf der Lieferant in derartigen Fällen keines Schutzes; die Einschaltung des Leasinggebers braucht seine Position nicht zu verbessern (vgl. oben III 2). Der Vorwurf, eine vertragliche Abdingung sei fiktiv (v. *Westphalen*, BB 90, 5), greift jedenfalls nicht gegenüber einer aus der atypischen Interessenlage heraus gerechtfertigten teleologischen Reduktion des § 377 HGB. Zum anderen könnte der Lieferant die Abdingung des § 377 Abs. 2 HGB durch eine Wiederholung der Norm und eine Abwehrklausel in seinen Liefer-AGB torpedieren (dazu *Wolf*, in: *Wolf / Horn / Lindacher*, § 2, 76). Wie v. *Westphalen* nunmehr aber BGH WM 90, 510, 513 f.

¹⁵⁸ *Eckert*, ZIP 87, 1511. – Dem schwierigen Problem, inwieweit § 539 BGB bei der Bestätigung trotz der Kenntnis der Teillieferung eingreift, kann hier nicht näher nachgegangen werden (vgl. zuletzt BGH NJW 89, 3222, 3224). Die Frage ist von der Konkurrenz der §§ 537 ff. BGB mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht her bekannt; die h. M. will § 539 BGB hier nicht anwenden; vgl. *Soergel / Kummer*, § 539, 4; a. A. *MünchKomm / Voelskow*, § 539, 4 jeweils m. w. N.

¹⁵⁹ Die Norm gilt auch bei Mängeln der Sache; vgl. z. B. BGH NJW 85, 2328, 2329; 88, 204, 206; 89, 3222, 3224.

gefährden¹⁶⁰. Demgegenüber in Analogie zu § 377 Abs. 2 HGB sämtliche Sachmängelgewährleistungsrechte des Leasingnehmers zu sperren¹⁶¹ würde die prinzipielle Anwendbarkeit der Norm voraussetzen, die jedoch – wie gezeigt – gegenüber Nichtkaufleuten mehr als fraglich ist. Soweit freilich ein Kaufmann seiner Rügeobliegenheit nicht nachkommt, hat es ohnehin mit § 377 Abs. 2 HGB sein Bewenden.

d) Der BGH will den Lieferanten als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers betrachten, den dieser bei der Erstellung der Übernahmebestätigung einschaltete. Das habe zur Folge, daß er sich über §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB ein Mitverschulden des Lieferanten zurechnen lassen müsse¹⁶².

(1) Das ist nicht überzeugend, soweit es aus einer Pflicht des Leasinggebers resultieren soll, auf die Notwendigkeit einer deutlichen Einschränkung der Erklärung hinzuweisen¹⁶³. Denn der Leasinggeber hat keine derartige Verbindlichkeit. Im Regelfall braucht kein Vertragspartner seinen Kontrahenten bei der Übergabe darauf aufmerksam zu machen, die Lieferung entspreche nicht der Vereinbarung¹⁶⁴.

(2) Die Komplikation kann aber auch daher rühren, daß der Lieferant den Leasingnehmer über die Bedeutung der Übernahmeerklärung fahrlässig in die Irre führt. Dann ist der Frage, ob er insoweit als Erfüllungsgehilfe handelt, nicht mehr auszuweichen. Bejaht man die Überlassungspflicht als konstitutiv für das Leasing¹⁶⁵, so schaltet der Leasinggeber den Lieferanten in die Erfüllung dieser Verbindlichkeit ein. Daß der Lieferant auf eigene Faust und oft genug zum eigenen Vorteil handelt, schließt § 278 BGB nicht aus. Denn eine Schädigung lediglich bei Gelegenheit liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn sich das Risiko des Gläubigers – wie hier – über das allgemeine Lebensrisiko hinaus erhöht hat¹⁶⁶.

IV. Der Zusammenhang zwischen dem Software- und dem Hardwarevertrag

1. Hatte früher die Software vielfach nur die Rolle eines – oft kostenlos beigefügten – Zubehörs gespielt, so sind die Preise heute schon teilweise gleich hoch, das Verhältnis beginnt sich umzukehren. Damit stellt sich die

¹⁶⁰ BGH NJW 88, 204, 206; 89, 3222, 3224; *Emmerich*, JuS 90, 5 f.

¹⁶¹ So *Lieb*, DB 88, 2501 f.

¹⁶² BGH NJW 88, 204, 207.

¹⁶³ So BGH NJW 88, 204, 206 f.

¹⁶⁴ *Lieb*, DB 88, 2502; allgemein für den Kauf etwa *Soergel/Huber*, vor § 459, 199.

¹⁶⁵ Vgl. oben II 4 a.

¹⁶⁶ *Soergel/M. Wolf*, § 278, 38 f.; ähnlich *Staudinger/Löwisch*, § 278, 24; jede Gefahrrhöhung genügt nach *Esser/Schmidt*, § 27 I 4.

Frage nach dem Schicksal des an sich intakten Hardwarevertrages, sofern etwa das Rechtsgeschäft über die Software durch Wandelung in ein Rückgewährschuldverhältnis umgestaltet wird.

a) In diesem Zusammenhang spielen zwei BGH-Entscheidungen jüngerer Datums eine wichtige Rolle. Im ersten Urteil ging es um die Frage, ob aufgrund einer mangelhaften Software auch der Vertrag über die Hardware gewandelt werden durfte. Das Gericht prüft zunächst, ob Hard- und Software Bestandteile einer einheitlichen Sache seien; das bestimme sich nicht nach dem Parteiwillen, sondern nach § 93 BGB¹⁶⁷. In einem weiteren Schritt untersucht der BGH § 469 Satz 2 BGB; der von der Norm geforderte Nachteil sei bereits in nicht unerheblichen Schwierigkeiten der Beschaffung eines passenden Ersatzes für den entsprechenden Vertragsgegenstand zu finden¹⁶⁸. Das zweite Urteil behandelt die Konsequenzen des rechtswidrigen Einbaus einer Programmsperre in die Software für das Schicksal des Vertrages über die Hardware; das Gericht steuert direkt auf § 139 BGB zu. Der in dieser Norm zugrundegelegte Einheitlichkeitswille setze eine rechtliche Einheit der Verträge über die Hard- und die Software voraus, die insbesondere zu vermuten sei, wenn die beiden Geschäfte in derselben Urkunde niedergelegt seien; eine bloße wirtschaftliche Verknüpfung genüge dagegen nicht¹⁶⁹.

b) Nur teilweise zu Recht hat man dem Gericht den Vorwurf divergierender Entscheidungen gemacht¹⁷⁰. Der dogmatische Ansatz ist richtig gewählt, allerdings sind die Auslegungskriterien nicht aufeinander abgestimmt. Denn die Frage des § 469 Satz 2 BGB und der Erstreckung der Wandelung auf die Hardware kann sich erst stellen, wenn zwei eigener Rechte fähige Gegenstände vorliegen. Sind Hard- und Software dagegen wesentliche Bestandteile eines einheitlichen Gegenstandes, so darf § 469 Satz 2 BGB nicht mehr geprüft werden; die (Rück-)Übereignung nur eines Teils im Vollzug der Wandelung ist durch § 93 BGB definitionsgemäß gesperrt. Im Falle der Rückabwicklung des Hard- und Softwaregeschäfts aufgrund einer pVV tritt das Problem freilich dogmatisch in verändertem Gewand auf, namentlich im Rahmen der – eventuell analogen – Anwendung des § 139 BGB¹⁷¹.

2. Das bedeutet allerdings nicht, daß solche dogmatische Unterschiede auch Differenzen in den Ergebnissen rechtfertigen könnten.

¹⁶⁷ BGHZ 102, 135, 148 ff.

¹⁶⁸ BGHZ 102, 135, 151.

¹⁶⁹ BGH NJW 87, 2004, 2007.

¹⁷⁰ v. Westphalen, DB 89, Beilage 3, S. 8; vgl. ferner Palandt/Putzo, § 469, 2b aa; Erman/Weitnauer, § 469, 1, die BGHZ 102, 135 ff. ablehnen, da die Absichten und Interessen der Parteien den Vorzug hätten; siehe dazu sogleich im Text.

¹⁷¹ § 139 BGB gilt bei nachträglicher Teilunmöglichkeit entsprechend; vgl. nur Erman/Brox, § 139, 27; MünchKomm/Emmerich, § 275, 36 m. w. N.

a) Die Wertung des § 93 BGB hat sich auch bei der teilweisen Unmöglichkeit durchzusetzen, was indes nahezu selbstverständlich ist. Wird die Hardware ohne Software zerstört oder in ihrem Wesen verändert – was § 93 BGB vom Tatbestand her voraussetzt –, so führt dies regelmäßig zur vollständigen Unmöglichkeit. Ein Interesse an der nutzlosen Hardware kann dem Gläubiger nicht unterstellt werden. Daß § 90 BGB nur von körperlichen Gegenständen spricht, steht einer Anwendung nicht im Wege¹⁷²: Die Zufälligkeit, daß Software nicht zu den Sachen i. S. des BGB zählt, besagt nichts darüber, ob die Erfüllung des restlichen Vertrages für den Gläubiger kein Interesse mehr hat und daher Gesamtunmöglichkeit gegeben ist.

b) § 139 BGB als *sedes materiae* ist Ausdruck der subjektiven Äquivalenz. Die Norm will sich von der gemeinrechtlichen Regel absetzen, die den Rest des Rechtsgeschäfts undifferenziert aufrechterhielt¹⁷³ – und soll durch die für den Regelfall angeordnete Gesamtnichtigkeit der Privatautonomie der Parteien Rechnung tragen¹⁷⁴.

Ihr gegenüber bringt § 469 Satz 2 BGB nichts Neues, wie sich im einzelnen an der Interpretation der Tatbestandsmerkmale zeigt. Der Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts i. S. des § 139 BGB ist am Willen der Parteien auszurichten, der unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten und der Verkehrssitte zu ermitteln ist¹⁷⁵. Die Zusammengehörigkeit mehrerer verkaufter Sachen gemäß § 469 Satz 2 BGB erfordert in gleicher Weise eine Auslegung des Parteiwillens¹⁷⁶. Der hypothetische Wille der Partner, der im Rahmen des § 139 BGB über Gesamtnichtigkeit oder partielle Aufrechterhaltung zu befinden hat¹⁷⁷ und dessen Maßstab bei gegenseitigen Verträgen das Äquivalenzverhältnis ist¹⁷⁸, korrespondiert dem Merkmal des Nachteils

¹⁷² Anders v. Westphalen, DB 89 Beilage 3, S. 8.

¹⁷³ *Utile per inutile non vitiatur*; vgl. Mayer-Maly, Gedächtnisschrift für Gschnitzer, 1969, S. 281; Seiler, Festschrift für Kaser, 1976, S. 145; Soergel/Hefermehl, § 139, 1.

¹⁷⁴ Mayer-Maly, Gedächtnisschrift für Gschnitzer, S. 276; Seiler, Festschrift für Kaser, S. 146.

¹⁷⁵ BGHZ 50, 8, 13; BGH NJW 76, 1931, 1932; 83, 2027, 2028; WM 74, 720, 721; DB 55, 508; 70, 1591; MDR 66, 749; Palandt/Heinrichs, § 139, 3a; AK/Damm, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1979 ff., § 139, 10; Soergel/Hefermehl, § 139, 17; a. A. (objektiver Sinnzusammenhang) MünchKomm/Mayer-Maly, § 139, 12.

¹⁷⁶ RGZ 66, 154, 156; BGH DB 70, 341; Palandt/Putzo, § 469, 2b aa; Erman/Weitnauer, § 469, 1; MünchKomm/Westermann, § 469, 3; Soergel/Huber, § 469, 3; Staudinger/Honsell, § 469, 3.

¹⁷⁷ RGZ 118, 218, 222; BGH NJW 86, 2576, 2577; 89, 2681, 2682; WM 74, 972, 973; LM Nr. 13, 69 (unter II 2 b) zu § 139 BGB; Nr. 38 zu § 652 BGB; Palandt/Heinrichs, § 139, 5a; Erman/Brox, § 139, 10; AK/Damm, § 139, 17; MünchKomm/Mayer-Maly, § 139, 24; Soergel/Hefermehl, § 139, 34; Larenz, AT § 23 II c; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 32 5; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1988, Rdnr. 508; im Ergebnis auch Staudinger/Dilcher, § 139, 26.

¹⁷⁸ Soergel/Hefermehl, § 139, 40f. – Die Problematik, ob trotz der Störung der

bei § 469 Satz 2 BGB: Er wird bejaht, wenn die Sachen zusammen mehr wert sind als die Summe der Teile, wenn mit anderen Worten der verbleibende Gegenstand nebst dem zurückgezählten Kaufpreis den Wert der inaktiven Sache nicht erreicht¹⁷⁹.

3. Im Mittelpunkt stehen damit die Interpretation des § 139 BGB und die in ihm niedergelegte Rücksicht auf die subjektive Äquivalenz. Natürlich ist es schwer, exakte Determinanten zu nennen, doch gilt es manches zurechtzurücken.

a) Überschätzt wird namentlich die Bedeutung der Regelung des Hard- und Softwaregeschäfts in einer Urkunde – zwar nicht im Sinne der Vermutung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, wenn beide Verträge zusammengefaßt sind¹⁸⁰, so doch im umgekehrten Fall, wenn man den Gegenschluß ziehen will¹⁸¹: Die Niederlegung der Verträge in zwei Schriftstücken bedeutet nicht, daß die Nichtigkeit bzw. Rückgängigmachung des einen nicht auch auf den anderen ausstrahlen könnte. Besondere Bedeutung kommt dabei der Preisgestaltung zu – etwa einer Erhöhung des Preises für die Hardware bei gleichzeitiger Erniedrigung des Entgelts für die Software¹⁸². Dann kann selbst bei verschiedenen Lieferanten ein einheitliches Geschäft vorliegen¹⁸³. Voraussetzung bleibt freilich, daß der Einheitlichkeitswille des einen Teils dem anderen erkennbar war und von ihm hingenommen wurde¹⁸⁴.

b) Damit ist auch der Grundstein zur Behandlung sogenannter Trennungsklauseln gelegt, also der Bestimmung in AGB, daß die Rückabwicklung bzw. Nichtigkeit eines Geschäfts nicht auf das andere ausstrahlen solle.

Äquivalenz der Vertrag des Schutzzweckes der verletzten Norm wegen aufrecht zu erhalten ist, braucht hier nicht im einzelnen untersucht zu werden.

¹⁷⁹ RGZ 66, 154, 156 f.; MünchKomm/Westermann, § 469, 4; Soergel/Huber, § 469, 4; Staudinger/Honsell, § 469, 4; ähnlich Palandt/Putzo, § 469, 2b bb. – Auch daß § 469 Satz 2 BGB beiden Parteien ein Wahlrecht gibt, während die Teilnichtigkeit nach § 139 BGB von selbst einzutreten scheint, macht keinen Unterschied. Der Gegner der durch die Teilnichtigkeit belasteten Partei kann sich nach ganz h. M. nicht auf die Totalnichtigkeit „berufen“ (vgl. J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 110 f. m. w. N. in Fn. 20), so daß dieser im Ergebnis ein Wahlrecht verbleibt.

¹⁸⁰ BGHZ 54, 71, 72; BGH NJW 76, 1931, 1932; 87, 2004, 2007; WM 74, 972, 973. – Das gilt nicht bei der Zusammenfassung von obligatorischem und dinglichem Geschäft in einer Urkunde; vgl. BGH LM Nr. 68 zu § 139 BGB unter 2.

¹⁸¹ So wohl – allerdings widersprüchlich – v. Westphalen, DB 89, Beilage 3, S. 8 f.

¹⁸² So lag es offensichtlich im Fall BGH NJW 87, 2004, 2007 unter II 1 a. E.

¹⁸³ BGH NJW 76, 1931, 1932 (Baubetreuung/Grundstückskauf); Soergel/Hefermehl, § 139, 22.

¹⁸⁴ BGH NJW 87, 2004, 2007; Palandt/Heinrichs, § 139, 3a; Soergel/Hefermehl, § 139, 17. – Der Fall BGH NJW 87, 2004, 2007 dürfte wohl falsch entschieden sein, da der BGH den Einheitlichkeitswillen verneint. Ist das Paket Hard- und Software erheblich billiger als ihr getrennter Erwerb, so besteht regelmäßig der Einheitlichkeitswille des Käufers, der dem Verkäufer auch erkennbar ist.

Ordnet man die Voraussetzung, der Partner müsse den Einheitlichkeitswillen erkannt und hingenommen haben, in rechtsgeschäftliche Kategorien ein, so hat man es mit konkludenten rechtsgeschäftlichen Abreden zu tun. Sie gehen gemäß § 4 AGBG abweichenden Bestimmungen in den Klauselwerken vor¹⁸⁵.

V. Zusammenfassung

1. Die zeitlich unbefristete Überlassung einer Standardsoftware gegen Einmalentgelt ist ein Kaufvertrag. Bei Mängeln finden die §§ 459 ff. BGB zumindest entsprechende Anwendung. Die Ablieferung i. S. des § 477 Abs. 1 BGB setzt einen störungsfreien Probelauf voraus; bis zu diesem Zeitpunkt kann der Lieferant die Software nachbessern.

2. Der Leasinggeber hat die Pflicht, die Sache dem Leasingnehmer zu überlassen und für die Finanzierung zu sorgen; der Leasingnehmer umgekehrt schuldet die Leasingraten. Bei einer Wandelung aufgrund der abgetretenen Sachmängelgewährleistungsrechte trägt der Leasinggeber die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Lieferanten; dies entspricht der durchgängigen Risikozuweisung aufgrund der rechtsgeschäftlichen Beziehungen. Mit der Wandelung wird die Pflicht zur Überlassung unmöglich; spiegelbildlich entfällt die Gegenleistungspflicht des Leasingnehmers.

3. Zur Interpretation von Kauf- und Leasingvertrag sind die Verhandlungen zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer heranzuziehen. Auch die AGB-Kontrolle orientiert sich an der Person des Leasingnehmers, insbesondere wenn dieser Nichtkaufmann ist. Der Lieferant ist Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, wenn er von ihm in die Vertragsverhandlungen oder in die Abwicklung eingeschaltet worden ist.

Bestätigt der Leasingnehmer fälschlicherweise die ordnungsgemäße Lieferung, so sind seine Mängelgewährleistungsansprüche bei Kenntnis des Fehlers ausgeschlossen. Bei fahrlässig falscher Angabe haftet er dem Leasinggeber auf Schadensersatz. Insoweit kann sich der Leasinggeber das Mitverschulden des Lieferanten anrechnen lassen müssen, wenn dieser den Leasingnehmer über die Bedeutung der Übernahmeerklärung getäuscht hat.

4. Das Schicksal eines Hardwarevertrages ist mit demjenigen des Softwarevertrages identisch, wenn die Voraussetzungen des § 93 BGB vorliegen. Ansonsten gibt die in § 139 BGB wie in § 469 Satz 2 BGB in gleicher Weise angesprochene subjektive Äquivalenz den Ausschlag. Der Einheitlichkeitswille muß von einer Partei dem Gegner erkennbar zugrundegelegt und von diesem hingenommen worden sein. Trennungsklauseln treten dann zurück.

¹⁸⁵ So auch *v. Westphalen*, Rdnr. 492.

In der Diskussion stellte Herr *Nack* (OLG Stuttgart) 6 Probleme aus der Rechtspraxis vor, die in vielen EDV-Leasingprozessen zu beobachten seien, nämlich:

1. Das Problem der Festlegung des Vertragsinhaltes im nachhinein (Anregung an die Leasingwirtschaft, ein Pflichtenheft zu erstellen).
2. Ablieferungs- (Abnahme-) Zeitpunkt: Der vom Referenten vorgeschlagene störungsfreie Probelauf werde den Erfordernissen der Praxis nicht gerecht; hier werde oft im Rahmen von Wartungsverträgen das Programm noch Monate nach Abnahme nachgebessert. Besser seien daher kleinere Modellprogramme.
3. Für den Fall des Abschlusses eines Werkvertrages sei die häufig anzutreffende Mitwirkung des Bestellers sehr problematisch. Es müßte eine genaue Gesprächsdokumentation vom Leasinggeber gefordert werden.
4. Die Frage der Abgrenzung von Mangel und Nichtlieferung: Beispielhaft fragte er, ob eine Tastatur mit englischer Tastaturbelegung eine schlecht gelieferte deutsche Tastatur sei oder eine nichtgelieferte deutsche Tastatur.
5. Plädierte er dafür, in den Fällen, in denen – entsprechend der Rechtsprechung des BGH – der Lieferant als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers anzusehen sei, den Leasinggeber als Empfangsbevollmächtigten des Lieferanten hinsichtlich der Wandlungs- und Kündigungserklärungen des Leasingnehmers anzusehen.
6. Um den immer wiederkehrenden Einwand des Leasingnehmers einer zu geringwertigen Verwertung der Leasing Sache durch den Leasinggeber zu entkräften, müsse eine andere Regelung hinsichtlich der Verwertung getroffen werden, etwa der Art, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer den erzielbaren Erlös mitteilen müsse und ihm freistelle, binnen einer bestimmten Frist eine günstigere Verkaufsmöglichkeit nachzuweisen. Ein anderes Problem ergebe sich aus dem Umstand, daß die Hardware dem Rechtskreis des Eigentumsrechts angehöre, während die Software dem Urheberrecht zuzuordnen sei. Beides einheitlich in einem Vertragswerk zu regeln, hielt er für problematisch, da der Leasinggeber an der Software kein ausschließliches, sondern lediglich ein einfaches (nicht übertragbares) Nutzungsrecht inne habe.

Herr *Brunotte* wies auf die derzeitigen Schwierigkeiten bezüglich der Festlegung der Vertragsinhalte sowohl des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Lieferant als auch des Leasingvertrages zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer hin. Dort stelle sich besonders die Frage, ob die Software überhaupt – und in welchem Ausmaß – Vertragsgegenstand geworden sei. Insoweit wies er den Leasingnehmern eine – bisher unbekannte – Aufmerksamkeitspflicht zu, desweiteren allen drei Beteiligten die Pflicht zu um-

fassender Information. Die Erfüllungsgehilfenproblematik aufgreifend, schloß sich Prof. *Hopt* dem Referenten an. Seines Erachtens bestehe ein Unterschied zwischen den (am Vortrag behandelten) Hauptpflichten und den Verhaltenspflichten (Aufklärungs- und Informationspflichten). Zunehmend sei die Tendenz zu beobachten, Leasinggeschäfte als Bankgeschäfte anzusehen, folglich sei bezüglich der Verhaltenspflichten der Leasinggeber wie eine Bank zu behandeln. Zustimmung konnte er Dr. *Hager* auch bezüglich dessen Ausführungen zu § 377 HGB, dieser sei im Verhältnis Leasinggeber-Lieferant stillschweigend abbedungen. Prof. *Hopt* warf dann die Frage auf nach der Anwendbarkeit des AGBG auf hintereinander geschaltete Rechtsverhältnisse; im Verhältnis Leasinggeber-Lieferant (1. Ebene) komme nur Kaufmannskontrolle nach § 9 AGBG in Betracht, im Verhältnis Leasinggeber-Leasingnehmer (2. Ebene) dagegen dann §§ 10, 11 AGBG. Entsprechend dem Vorschlag des Referenten sprach auch er sich gegen eine Rückführung der Inhaltskontrolle auf § 9 AGBG aus: Adressat solle von vornherein auch ein Nichtkaufmann sein. Diesen Ausführungen schloß sich Prof. *Canaris* an, jedoch bezüglich des § 377 HGB mit einer Modifizierung in der Begründung. Insoweit wechselte er von der Vertragsauslegung zur teleologischen Reduktion des Gesetzes und nahm an, das Geschäft Leasinggeber-Lieferant entspreche nicht dem Modell des Handelskaufs im Sinne des HGB, weil von vornherein ein Kauf mit einem Nichtkaufmann intendiert sei, wie etwa das Eintrittsmodell belege. Enthalte der Leasingvertrag dennoch eine Rügeobliegenheit des Leasingnehmers, liege eine Abweichung vom Gesetzesinhalt vor und die Schwelle des § 8 AGBG sei leicht zu umgehen. Sei der Leasingnehmer ausnahmsweise Vollkaufmann, stehe der Leasingvertrag hinsichtlich der Rügeobliegenheit einem Kaufvertrag so nahe, daß § 377 HGB analog anzuwenden sei. Sei sie vertraglich vereinbart, sei sie der Kontrolle entzogen, da sie nach § 8 AGBG nur deklaratorischen Charakter habe. Prof. *Leenen* formulierte die Frage hinsichtlich der Pflichtenverteilung und des Einstehenmüssens für Erfüllungsgehilfen – beschränkt auf die Verhaltenspflichten – wie folgt: Von wem könne die erforderliche besondere Sachkunde erwartet werden? (Auf jeden Fall vom Fachhändler). Müsse darüber hinaus sich der Leasinggeber (als Dritter) die Sachkunde des Fachhändlers zurechnen lassen? Grundsätzlich sei nur derjenige pflichtig zu machen, der die besondere Sachkunde habe oder haben müsse. Dritte dürfen nicht ohne weiteres in eine Informationsverantwortlichkeit – für die sie nicht zuständig seien – gedrängt werden. Herr *Wolf* führte an, daß das Leasing eine Parallele habe: Das Versicherungswesen. Wie dort, komme man beim Leasing nicht umhin, Obliegenheiten zu formulieren.