

Recht der Internationalen Wirtschaft

Heft 4/38. Jahrgang

April 1992

Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing

Einige Anmerkungen zu Schnittstellen zwischen Unidroit-Convention on International Financial-Leasing (1988), UN-Kaufrecht, EG-Schuldvertragsübereinkommen und dem deutschen Recht

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich GRAF von WESTPHALEN, Köln

Es ist nicht unbedingt eine verblüffende Feststellung, wenn das IFO-Institut für Wirtschaftsforschung, München, kürzlich anmerkte¹, daß das grenzüberschreitende Leasing „eine bisher relativ selten eingesetzte Leasingvariante mit Schwerpunkt beim Big-Ticket-Leasing (Flugzeuge u. ä.)“ ist. Leasing ist demnach – ob weiterhin ungebrochen, bleibt abzuwarten – eine Wachstumsbranche, die sich wesentlich auf das Inland konzentriert. Der für den 1. 1. 1993 avisierte Europäische Binnenmarkt wirft daher auf die Leasingbranche bisher nur begrenzte Schlaglichter: Neben dem seit langen Jahren etablierten „Club-System“ werden jetzt auch europäische Kooperationsmodelle ansatzweise praktiziert. Doch wesentliche Impulse sind hiervon gegenwärtig kaum zu erwarten. Daß grenzüberschreitendes Leasing den Europäischen Binnenmarkt bald durchdringen und erobern würde, ist also noch Zukunftsmusik.

Gleichwohl ist es verlockend, der Frage nachzugehen, ob die im deutschen Binnenmarkt etablierte Figur des Finanzierungsleasings sich auch noch dann bewährt, wenn man sie mit neuen Gesetzen konfrontiert, die erkennbar von der Tendenz zur Rechtsvereinheitlichung gekennzeichnet und für den Europäischen Binnenmarkt bestimmt sind. So soll es im folgenden darum gehen, die Convention on International Financial-Leasing der Unidroit (1988)² dem Problemaufriß hier zugrunde zu legen, auch wenn diese Unidroit-Convention noch nicht in Kraft getreten und auch noch nicht abzusehen ist, ob sie für grenzüberschreitende Leasingverträge je ratifiziert werden wird. Doch das UN-Kaufrecht über den internationalen Warenkauf ist in der Bundesrepublik Deutschland bereits mit Wirkung vom 1. 1. 1991 in Kraft getreten³, so daß internationale Kaufverträge künftig einheitlichen Regeln unterworfen sind. Mit Wirkung vom 1. 4. 1991 ist das EG-Schuldvertragsübereinkommen zur Vereinheitlichung des auf Schuldverträge anwendbaren Kollisionsrechts für die Bundesrepublik Deutschland als weitere Quelle der europäischen Rechtsvereinheitlichung Gesetz geworden⁴.

I. Der Anwendungsbereich

1. Die Unidroit-Convention

Aus Art. 5 Abs. 1 i. V. m. mit Art. 3 (Anwendungsbereich) der Unidroit-Convention ergibt sich, daß ihre Bestimmungen nur dann ausgeschlossen werden, wenn alle Parteien innerhalb des für das Finanzierungsleasing typischen „Dreiecksverhältnisses“ ihre Nichtanwendbarkeit wollen: Also Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts haben es in der Hand, im Rahmen des Liefergeschäfts („supply agreement“) die Unidroit-Convention auszuschließen; das gleiche Recht haben auch Leasinggeber und Leasingnehmer im Rahmen des Leasingvertrages. Unschwer ist also zu erkennen, daß die Unidroit-Convention eine ziemlich starre Regelung für ihren Anwendungsbereich bereithält, der in der Vergan-

genheit von der Leasingbranche nachhaltig kritisiert wurde⁵. Denn Leasingnehmer oder Lieferant – aber auch Leasinggeber – haben jeweils das Recht, den Ausschluß der Unidroit-Convention durch ihr Veto zu erreichen. Doch ist dies für die Praxis nur ein sehr geringer Nachteil, denn Art. 5 Abs. 2 der Unidroit-Convention bestimmt, daß – bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Unidroit-Convention – die Parteien durchaus das Recht haben, innerhalb ihrer Vertragsbeziehungen Regelungen zu treffen, welche von den Bestimmungen der Unidroit-Convention abweichen. Zwingendes Recht besitzt nach Art. 5 Abs. 2 der Unidroit-Convention lediglich Art. 8 Abs. 3. Dort ist bestimmt, daß vertragliche Bestimmungen nicht zulässig sind, welche das Eigentumsrecht des Leasinggebers in Frage stellen oder Ansprüche des Leasingnehmers abbedingen oder begrenzen, welche gegenüber dem Leasinggeber deswegen erwachsen sind, weil der Leasinggeber vorsätzlich oder grob fahrlässig dem Leasingnehmer einen Schaden zugefügt hat. Des weiteren bestimmt Art. 5 Abs. 2 der Unidroit-Convention, daß die Regelung von Art. 13 Abs. 3 lit. b) und Art. 13 Abs. 4 zwingendes Recht enthalten. Art. 13 Abs. 3 lit. b) der Unidroit-Convention sieht das selbstverständliche Bereicherungsverbot im Rahmen der Schadensersatzhaftung vor: Wo Schäden des Leasinggebers durch den Zahlungsverzug des Leasingnehmers verursacht werden, ist der Nichterfüllungsanspruch zwangsläufig durch das Erfüllungsinteresse des Leasinggebers begrenzt; weitergehende Schadensersatzansprüche, welche die Restamortisationsgrenze überschreiten, stehen dem Leasinggeber daher nicht zu. Das gleiche gilt nach Art. 13 Abs. 4 der Unidroit-Convention, sofern eine Verfallklausel vorgesehen ist: Die Vorfälligkeit von Leasingraten darf nicht zu einer Besserstellung des Leasinggebers führen.

Sieht man also Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der Unidroit-Convention, so wird man an dem Urteil nicht vorbei können: Es handelt sich bei diesen zwingenden Bestimmungen um eine durchaus angemessene Regelung; die Vertragsfreiheit der Parteien wird keineswegs unangemessen eingeschränkt. Dies gilt vor allem, wenn man im Auge behält, daß die BGH-Judikatur zum Finanzierungsleasing im praktischen Ergebnis durch das Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz weitestgehend zwingendes Recht geschaffen hat; denn Individualvereinbarungen sind beim Leasing die

1 IFO-Schnelldienst, 35, 36/1991.

2 *RabelsZ* 1987, 730 ff.; *Poczobut*, *RabelsZ* 1987, 681 ff.; zum Entwurf 1987 *Basedow*, *RIW* 1988, 1 ff.; *Graf von Westphalen*, *Leasing in Export Transactions*, in: *Horn*, *The Law of International Trade Finance*, 1989, S. 327 ff.; *Feinen*, *Supplement Leasing-Berater*, BB-Beilage Nr. 14/1988 S. 1 ff.

3 *BGBI.* II 1989 S. 586.

4 *BGBI.* II 1991 S. 871.

5 *Feinen* (Fn. 2), S. 4.

große Ausnahme; die Masse der Verträge ist striktes Formularrecht⁶.

2. Das UN-Kaufrecht nach Art. 1

Nach Art. 1 Abs. 1 UN-Kaufrecht ist dieses Abkommen auf Kaufverträge über Waren anzuwenden, sofern die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, vorausgesetzt, diese Staaten sind „Vertragsstaaten“ oder – in der Praxis durchaus wichtig – gilt alternativ die Anwendung des UN-Kaufrechts, „wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen“. Mit Blick auf den Europäischen Binnenmarkt ist festzuhalten, daß Dänemark, Frankreich, Italien neben der Bundesrepublik Deutschland das UN-Kaufrecht bereits ratifiziert haben⁷.

Qualifiziert man den Finanzierungs-Leasingvertrag mit der BGH-Judikatur als einen atypischen Mietvertrag⁸, findet das UN-Kaufrecht nach Art. 1 freilich keine Anwendung. Zwar fehlt in Art. 1 Abs. 1 des UN-Kaufrechts eine Definition des Begriffs „Kaufvertrag“⁹, doch ist unter Berücksichtigung der übrigen Bestimmungen des UN-Kaufrechts davon auszugehen, daß ein Kaufvertrag nur dann vorliegt, wenn sich eine Partei zur Lieferung einer Sache, die andere Partei zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet hat¹⁰. Folglich unterfallen selbst Mietkaufverträge nur dann dem Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 UN-Kaufrecht, wenn das Interesse des Käufers am Kauf größer ist als das an der vorangehenden Gebrauchsüberlassung¹¹. Beim Finanzierungs-Leasingvertrag dominiert jedoch das Interesse des Leasingnehmers, das Leasinggut während der Dauer der Mietzeit nutzen zu können, so daß Art. 1 Abs. 1 des UN-Kaufrechts keinesfalls auf Finanzierungs-Leasingverträge anzuwenden ist. Allenfalls dann, wenn zugunsten des Leasingnehmers eine Kaufoption vereinbart worden ist, könnte man erwägen, die Bestimmungen des UN-Kaufrechts auf diese Fälle auszudehnen. Doch würde das dann als dominant einzustufende Kaufinteresse des Leasingnehmers regelmäßig eine Vertragsgestaltung voraussetzen, welche das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers in Frage stellen würde: Unter Berücksichtigung der Tatbestandsmerkmale des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971¹² ist es nämlich durchaus offen, ob der Leasingnehmer von seiner Kaufoption Gebrauch macht; denn das Optionsentgelt muß mindestens im Zeitwert oder der Rest-AfA des jeweiligen Wirtschaftsguts entsprechen. Demgegenüber ist beim klassischen Mietkauf der Eigentumserwerb als Endzweck des Geschäfts gewollt.

Uneingeschränkt anwendbar ist hingegen – und davon soll im folgenden die Rede sein – das UN-Kaufrecht auf die Vertragsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts. Denn dieses Vertragsverhältnis ist allemal als Kaufvertrag im Sinn von Art. 1 Abs. 1 des UN-Kaufrechts zu qualifizieren. Dies hat zur Konsequenz, daß das UN-Kaufrecht immer dann anwendbar ist, wenn Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben. Darüber hinaus ist das UN-Kaufrecht nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) aber auch dann anzuwenden, wenn Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, die nicht Vertragsstaaten zu sein brauchen¹³. Verweist jedoch dann das internationale Privatrecht auf das Recht eines Vertragsstaates, so gilt das UN-Kaufrecht.

3. Das EG-Schuldvertragsübereinkommen

Die damit indizierte Bedeutung von Art. 1 Abs. 1 lit. b) des UN-Kaufrechts erschließt sich, wenn man sich darüber Klarheit verschafft, daß nach Art. 27 EGBGB der Grundsatz der Parteiautonomie gilt: Vereinbart also zum Beispiel ein deutscher Leasinggeber mit einem schweizerischen Lie-

feranten, daß ein cross-border-Leasinggeschäft zugunsten eines Leasingnehmers abgeschlossen werden soll, der seinen Sitz in einem Nicht-Vertragsstaat z. B. Großbritannien hat, so ist das UN-Kaufrecht anwendbar, sofern zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts das Recht eines Vertragsstaats vereinbart wird. Einigen sich also die Parteien auf die Geltung „deutschen Rechts“, so gelten nicht die Bestimmungen des BGB oder die des HGB über den bürgerlich-rechtlichen oder Handelskauf; vielmehr gelten dann die Regeln des UN-Kaufrechts. Gleiches gilt aber auch dann, wenn Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts ein „neutrales“ Recht vereinbaren, wie zum Beispiel das französische, weil Frankreich Vertragsstaat des UN-Kaufrechts ist.

Schließlich gilt das UN-Kaufrecht aber auch dann, wenn der Leasinggeber in Großbritannien, einem Nicht-Vertragsstaat, domiziliert, der Lieferant den Kaufvertrag jedoch aus einem Vertragsstaat heraus erfüllt: Haben dann die Parteien keine ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl nach Art. 3 des EG-Schuldvertragsübereinkommens getroffen, so gilt nach Art. 4 des EG-Schuldvertragsübereinkommens das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Bei einem Kaufvertrag ist dies regelmäßig das Recht des Staates, in dem der Lieferant seine Niederlassung hat. Da Deutschland Vertragsstaat des UN-Kaufrechts ist, gilt auf diesem „Umweg“ ebenfalls das UN-Kaufrecht. Damit ist eine erhebliche Erweiterung des Geltungsbereichs des UN-Kaufrechts erreicht, sofern die Vertragsstaaten nicht von dem Vorbehalt nach Art. 95 des UN-Kaufrechts Gebrauch gemacht haben¹⁴. Dieser Vorbehalt hätte nämlich zur Konsequenz, daß für diesen Vertragsstaat die Regelung von Art. 1 Abs. 1 lit. b) des UN-Kaufrechts nicht zur Anwendung berufen ist; die kollisionsrechtliche Verweisung auf das Recht dieses Vertragsstaats würde also zur Anwendung des nationalen – unvereinheitlichten – Rechts führen. Freilich hat die Bundesrepublik von dem Vorbehalt nach Art. 95 UN-Kaufrecht keinen Gebrauch gemacht.

II. Definitionsparameter für Finanzierungsleasing

1. Die BGH-Judikatur

Der BGH geht in ständiger Judikatur davon aus, daß Finanzierungs-Leasingverträge „in erster Linie“ als atypische Mietverträge zu qualifizieren sind, so daß die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden¹⁵. Die damit vorgegebene grundsätzliche Geltung der mietrechtlichen Bestimmungen erfährt jedoch beim Finanzierungsleasing eine doppelte Ausnahme: Zum einen ist der Leasinggeber berechtigt, unbedingt und vorbehaltlos die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche dem Leasingnehmer abzutreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten zustehen, einschließlich des Rechts auf Wandelung des Kaufvertrages¹⁶. Zum anderen ist der Leasinggeber berechtigt, die Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer nach kaufrechtlichem Vorbild abzuwälzen¹⁷.

6 Hierzu auch Basedow, RIW 1988, 1, 9.

7 Piltz, AnwBl. 1991 S. 51, 57 f.

8 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 4. Aufl., Rz. 38 ff.

9 von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 1990, Art. 1 Rdnr. 14.

10 Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 1 Rdnr. 3.

11 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 1 Rdnr. 4; von Caemmerer/Schlechtriem/Herber (Fn. 9), Art. 1 Rdnr. 16.

12 Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 1365.

13 von Caemmerer/Schlechtriem/Herber (Fn. 9), Art. 1 Rdnr. 35.

14 Übersicht bei Herber/Czerwenka (Fn. 10), vor Art. 1 Rdnr. 16 ff.

15 Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 38 ff.

16 BGH, BB 1990, 18, 19 = ZIP 1990, 175, 177 – ständige Rechtsprechung.

17 BGH 1975, 1203, 1204; BGH, WM 1987, 1338 = BB 1987, 2260.

2. Art. 1 der Unidroit-Convention

Finanzierungsleasing im Sinn von Art. 1 Abs. 1 der Unidroit-Convention liegt dann vor, wenn der Leasinggeber sich nach vorheriger Spezifikation des Leasingguts durch den Leasingnehmer verpflichtet, mit dem Lieferanten des Leasingguts einen Kaufvertrag abzuschließen und sodann im Rahmen eines Leasingvertrages dem Leasingnehmer das Nutzungsrecht gegen Zahlung eines Leasingentgelts überläßt. Art. 1 Abs. 2 der Unidroit-Convention zählt dabei folgende charakteristischen Merkmale auf:

- Der Leasingnehmer spezifiziert das Leasinggut und sucht den Lieferanten aus, ohne in diesem Zusammenhang primär auf das Know-how oder die Beratung des Leasinggebers zu vertrauen.
- Der Leasinggeber erwirbt sodann das Leasinggut im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Leasingvertrages, was der Lieferant weiß, weil ihn diese Kenntnis entweder vom Leasinggeber oder vom Leasingnehmer vermittelt wurde.
- Das vom Leasingnehmer für die Nutzung zu zahlende Leasingentgelt ist unter Berücksichtigung der Voll- oder Teilamortisation aller Herstellungs- und Anschaffungskosten des Leasinggebers kalkuliert.

3. Vergleich

Vergleicht man die von Art. 1 Abs. 2 der Unidroit-Convention angebotene Definition des Finanzierungsleasings mit den Ergebnissen der BGH-Judikatur zum Finanzierungsleasing, so ist zunächst anzumerken, daß auch die Modelle des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975¹⁸ in Wirklichkeit auf volle Amortisation gerichtet sind, so daß die von Art. 1 Abs. 2 lit. b) der Unidroit-Convention vorgesehene Teilamortisation der Definition nahekommt, welche der BGH für das Operate-Leasing angeboten hat: Wesentlich ist danach eine Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers¹⁹. Gleichzeitig anerkennt der BGH die typischen Privilegien des Finanzierungsleasings, und zwar die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ im Bereich der Gewährleistungshaftung sowie die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer als nach § 9 AGB-Gesetz unbedenklich.

Auch unter der Perspektive von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist das Definitionsrastrer von Art. 1 Abs. 2 der Unidroit-Convention unbedenklich: Selbst wenn der Leasinggeber lediglich einen Teilamortisations-Anspruch aufgrund der vom Leasingnehmer für die Gebrauchsnutzung gezahlten Leasingraten realisiert, ändert dies nichts daran, daß der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, daß insbesondere sein bürgerlich-rechtlicher Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht nur auf dem Papier steht.

Vergleicht man also die bisherige BGH-Judikatur zum Finanzierungsleasing und den durch Art. 1 Abs. 2 der Unidroit-Convention angebotenen Definitionsrahmen für Finanzierungsleasing, so ergibt sich: Ein nennenswerter Unterschied besteht hier nicht; der sachliche Anwendungsbereich der Unidroit-Convention ist also aus der Perspektive des deutschen Rechts für Export-Leasingverträge in vollem Umfang geeignet.

III. Die Stellung des Lieferanten des Leasingguts

1. Die BGH-Judikatur: Der Lieferant als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers – Haftung nach § 278 BGB

Es ist eine der wesentlichen Facetten der BGH-Judikatur zum Finanzierungsleasing, daß der Lieferant des Leasing-

guts immer dann als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers zu qualifizieren ist, wenn er mit Wissen und Wollen des Leasinggebers bei Vorbereitung oder Abschluß des Leasingvertrages tätig geworden ist²⁰. Es ist anerkannt, daß bereits das Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses ausreicht, um eine „Verbindlichkeit“ des Schuldners anzunehmen, so daß die strikte Haftung des Schuldners für die von ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB eingreift²¹. Notwendige Tatbestandsvoraussetzung dieser strikten Haftung ist es jedoch, daß sich der Schuldner des Erfüllungsgehilfen in der Weise „bedient“, daß dieser – mit Wissen und Wollen des Schuldners – bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden „Verbindlichkeit“ tätig geworden ist. Übertragen auf das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts bedeutet dies: Immer dann, wenn der Lieferant des Leasingguts den Abschluß des Leasingvertrages vorbereiten hilft – sei es, daß er mit Wissen und Wollen des Leasinggebers das Leasingformular ausfüllt oder dem Leasingnehmer sonstige Angaben zur Vorbereitung des Leasingvertrages unterbreitet –, dann erspart er dem Leasinggeber „eigenes Handeln“²². Unter dieser Voraussetzung muß der Leasinggeber sich alle Erklärungen und Handlungen, insbesondere aber auch das Unterlassen etwa gebotener Aufklärung als eigenes Verschulden zurechnen lassen; der Leasingnehmer hat folglich einen Anspruch darauf, so behandelt zu werden, als sei der Leasingvertrag genau in der Weise abgeschlossen, wie dies zwischen ihm und dem Lieferanten des Leasingguts abgesprochen worden war²³. Dies schließt sogar ein, daß der Leasinggeber sich ein arglistiges Verhalten des Lieferanten des Leasingguts als eigenes zurechnen lassen muß, so daß – in diesen Fällen – der Lieferant des Leasingguts nicht „Dritter“ im Sinn von § 123 Abs. 2 BGB ist²⁴.

Es fügt sich in dieses Bild, daß der Leasinggeber nach der Rechtsprechung des BGH nicht berechtigt ist, sich von der Haftung freizuzeichnen, die ihn deswegen trifft, weil er den Lieferanten des Leasingguts als seinen Erfüllungsgehilfen einschaltet²⁵. Dies deckt sich im übrigen mit der weitergehenden Haftungsfigur, die dem deutschen Recht eigentümlich ist: Die Lieferung des Leasingguts geschieht ebenfalls mit Wissen und Wollen des Leasinggebers, so daß der Lieferant des Leasingguts auch insoweit Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist²⁶. Umgekehrt: Sobald der Lieferant das Leasinggut zum Leasingnehmer geliefert hat, wird der Leasingnehmer nunmehr – bezogen auf die Abnahme des Leasingguts – Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, so daß sich der Leasinggeber in seinem Rechtsverhältnis gegenüber dem Lieferanten schuldhaftes Fehlverhalten des Leasingnehmers zurechnen lassen muß – eine Problemlage, die insbesondere die noch später zu umschreibende Mängeluntersuchungs- und Rümpflicht gemäß §§ 377, 378 HGB betrifft, sofern der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist²⁷. Von diesem Denkansatz ist es dann systemgerecht, daß die vom Leasingnehmer ausgestellte Abnahme- oder Übernahmebescheinigung im praktischen Ergebnis keine konstitutive Wirkung entfaltet; sie ist gemäß § 368 BGB als Quittung zu behandeln, so daß dem Leasingnehmer der Nachweis offensteht, daß er zu Mängelansprüchen berechtigt ist, obwohl er

18 Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 1366.

19 BGH, BB 1990, 1017, 1019 = NJW 1990, 1785, 1788.

20 BGH, BB 1985, 1624 = WM 1985, 906; BGH, WM 1988, 84; BGH = BB 1988, 1622 = WM 1988, 1122; BGH, BB 1988, 2273 = NJW 1989, 287; BGH, BB 1989, 1501 = WM 1989, 1142.

21 Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl., § 278 Rdnrn. 3 f.

22 BGH, BB 1985, 1624, 1626 = WM 1985, 906, 909.

23 BGH, WM 1985, 906 = BB 1985, 1624.

24 BGH, BB 1988, 2273 = NJW 1989, 287; im einzelnen auch Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 59 ff.

25 BGH, WM 1985, 906 = BB 1985, 162.

26 Im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 335 ff.

27 BGH, BB 1990, 510, 512 = WM 1990, 510, 513; im einzelnen Graf von Westphalen, BB 1990, 1 ff.

gegenüber dem Leasinggeber – dann freilich: fälschlich – bestätigt hat, daß das Leasinggut mangelfrei angeliefert werden sei²⁸.

2. Die nicht beantwortete Frage im Rahmen der Unidroit-Convention: Rückgriff auf das nationale Recht?

In den Art. 10 bis 12 der Unidroit-Convention sucht man zunächst vergeblich nach einer unmittelbaren Antwort auf die Frage, wie unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Unidroit-Convention die Haftung des Leasinggebers für etwaiges Fehlverhalten des Lieferanten des Leasingguts zu qualifizieren ist. Art. 10 der Unidroit-Convention spricht lediglich davon, daß die Pflichten des Lieferanten „under the supply agreement“ in gleicher Weise gegenüber dem Leasingnehmer wie gegenüber dem Leasinggeber geschuldet werden. Dies ist nach deutsch-rechtlichen Vorstellungen nicht unmittelbar nachvollziehbar, weil hier offenbar eine Fiktion Pate stand: Die Erfüllungspflicht des Lieferanten gegenüber dem Leasingnehmer ist eben fiktiv, nämlich: „as if it were a party to that agreement“. Doch ist diese Fiktion – wenn überhaupt – dann lediglich aus dogmatischen Erwägungen heraus störend; in Wirklichkeit bezeichnet sie den simplen Tatbestand: Auf Geheiß des Leasinggebers liefert der Lieferant das Leasinggut unmittelbar an den Leasingnehmer. Also stehen dann dem Leasingnehmer – geht man vom deutschen Recht aus – keine unmittelbaren Erfüllungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zu, weil ja die Besonderheiten des für das Finanzierungsleasing charakteristischen „Dreiecksverhältnisses“ darin bestehen, daß zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts keine vertraglichen Beziehungen bestehen.

Doch Art. 10 Abs. 2 der Unidroit-Convention erreicht im Ergebnis durch eine Fiktion genau das Gegenteil: Die Pflichten des Lieferanten aus dem Liefervertrag stehen dem Leasingnehmer unmittelbar zu. So ist erkennbar, daß hier die Stellung des Leasinggebers deutlich stärker ist als im deutschen Recht. Allerdings schränkt Art. 10 Abs. 2 der Unidroit-Convention diesen Befund sogleich wieder ein. Denn irgendwelche Kündigungs- oder Wandelungsrechte stehen dem Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aufgrund des Kaufvertrages nicht zu, ohne daß der Leasinggeber dem zustimmt.

Art. 12 der Unidroit-Convention belegt schließlich, daß diese Convention ersichtlich vom System der Erfüllungsansprüche ausgeht, die sich aus dem bereits abgeschlossenen Liefervertrag ergeben: Kommt es nämlich zum Lieferverzug oder gar zur Nichtlieferung des Leasingguts, so bestimmt Art. 12 Abs. 1 der Unidroit-Convention, daß dann auch dem Leasingnehmer das Recht zusteht, das verspätet angelieferte Leasinggut zurückzuweisen oder den Leasingvertrag zu beenden. Und in diesem System ist es durchaus einleuchtend, daß Art. 12 Abs. 3 der Unidroit-Convention dem Leasingnehmer das Recht einräumt, die Zahlung von Leasingraten so lange zurückzuhalten, bis der Leasinggeber im Rahmen des Leasingvertrages seine Sachverschaffungspflicht erfüllt hat.

Summiert man diese durchaus sinnvollen und praktikablen Lösungen, die letztlich Art. 10 bis 12 der Unidroit-Convention für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung des Leasingvertrages anbieten, so fällt auf, daß hier lediglich die unmittelbaren Vertragspflichten eine Regelung erfahren haben, nicht aber das Arsenal von vorvertraglichen Aufklärungs-, Hinweis- und Mitwirkungspflichten, welche – wie dargestellt – das deutsche Recht in den Fällen beherrscht, in denen der Lieferant des Leasingguts deswegen Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist, weil er mit dessen Wissen und Willen bei der Vorbereitung oder dem Abschluß des Leasingvertrages tätig geworden ist oder eine Aufklärungs-, Hinweis- oder Mitwirkungspflicht schuldhaft verletzt hat.

Ganz deutlich wird dies durch die Regelung von Art. 12 Abs. 5 der Unidroit-Convention unterstrichen: Danach hat der Leasingnehmer – gleichgültig, in welcher Weise eine Schlechterfüllung vorliegt – keinerlei Ansprüche gegenüber dem Leasinggeber, es sei denn, diese beruhen auf irgendwelchen „Handlungen oder Unterlassungen des Leasinggebers“.

Dies wirft die Frage auf, wie die Fälle der vorvertraglichen Schlechterfüllung im Rahmen der Unidroit-Convention zu lösen sind. Aus Art. 12 Abs. 6 der Unidroit-Convention, der seinerseits auf Art. 10 verweist, könnte man ableiten, daß dem Leasingnehmer – kraft der bereits angesprochenen Fiktionswirkung – unmittelbare Ansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen: Wenn dieser nämlich, handelnd als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, seine Aufklärungs-, Hinweis- oder Mitwirkungspflichten gegenüber dem Leasingnehmer schuldhaft verletzt hat, so hat er dem Leasingnehmer – dies ist unmittelbar einleuchtend – infolgedessen einen Schaden zugefügt. Da aber Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention die daraus resultierende Haftungssanktion unmittelbar an den Lieferanten des Leasingguts adressiert, ist damit zwar die sich aus § 278 BGB ergebende Haftung des Leasinggebers für das schuldhaftige Fehlverhalten des Lieferanten nach § 278 BGB ausgelagert. In der Sache ist jedoch das gleiche Resultat erreicht: Wenn der Lieferant des Leasingguts dem Leasingnehmer im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen einen Schaden schuldhaft zugefügt hat, so gewährt Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention dem Leasingnehmer einen entsprechenden Schadensersatzanspruch gegenüber dem Lieferanten – mit der Konsequenz, daß der dem Leasingnehmer zugefügte Schaden auf dem Umweg der in Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention verkörperten Fiktion eine Kompensation erfährt.

Damit ist in der Sache das erreicht, was das deutsche Recht über die Zurechnungsnorm des § 278 BGB bewältigt. Folglich bedarf es in all den Fällen, in denen der Lieferant des Leasingguts als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers tätig wird, keines Rückgriffs auf das jeweils anwendbare nationale Recht. Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention kompensiert den Schaden, den der Leasingnehmer durch das schuldhaftige Fehlverhalten des Lieferanten des Leasingguts erlitten hat, indem der Pflichtkatalog des Lieferanten kraft einer Fiktion unmittelbar gegenüber dem Leasinggeber wie gegenüber dem Leasingnehmer geschuldet wird, was begrifflich, wie Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Unidroit-Convention ausweist, die Kompensation eines erlittenen Schadens des Leasingnehmers durch den Lieferanten des Leasingguts einschließt.

IV. Die Gewährleistungspflichten

1. Die BGH-Judikatur

In der BGH-Judikatur ist es anerkannt, daß der Leasinggeber berechtigt ist, unbedingt und vorbehaltlos die Gewährleistungsansprüche abzutreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen²⁹. Freilich sind im kaufmännischen wie im nicht-kaufmännischen Bereich die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten – mangels abweichender vertraglicher Vereinbarungen im Einzelfall – davon abhängig, daß der Lieferant des Leasingguts als Erfüllungsgehilfe des Lea-

28 BGH, WM 1987, 1131 = BB 1987, 1972; BGH, WM 1989, 1574; im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 324 ff.

29 BGH, BB 1981, 2093 = WM 1981, 1219; BGH, BB 1984, 2019 = WM 1984, 1089; BGH, BB 1985, 354 = WM 1985, 226; BGH, WM 1985, 263; BGH, WM 1985, 573; BGH, BB 1986, 900 = WM 1986, 591; BGH, BB 1987, 926, 927 = ZIP 1987, 240, 241; BGH, WM 1988, 979, 982; BGH, BB 1990, 18, 19 = ZIP 1990, 175, 177.

singgebers die sich aus den §§ 377, 378 HGB ergebende Warenuntersuchungs- und Rügepflicht erfüllt³⁰. Tut er dies nicht, so wird der Lieferant des Leasingguts gemäß § 377 Abs. 2 HGB von der Gewährleistungshaftung frei; es gilt das klassische „Alles-Oder-Nichts-Prinzip“.

Immer dann, wenn die vom Lieferanten des Leasingguts in den Verkaufs-AGB zugestandene Mangelbeseitigung „fehl schlägt“, ist es nach der Rechtsprechung des BGH unabdingbar, daß dem Leasingnehmer das Recht zustehen muß, den zwischen Leasinggeber und Lieferanten des Leasingguts bestehenden Kauf- oder Werkvertrag gemäß §§ 459ff., 633 ff. BGB zu wandeln. Ist Wandelungsklage erhoben, so steht dem Leasinggeber kein Zahlungsanspruch gegenüber dem Leasingnehmer zu. Vielmehr wird der Zahlungsprozeß des Leasinggebers gemäß § 148 ZPO so lange ausgesetzt, bis über die vorgreifliche Frage entschieden worden ist, die sich aus dem Gewährleistungsstreit zwischen Lieferant des Leasingguts und Leasingnehmer ergibt³¹. Der Leasinggeber ist dabei – dies ist die unmittelbare Konsequenz der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ – verpflichtet, die vom Leasingnehmer geltend gemachten Gewährleistungsansprüche und die sich daraus ergebenden Konsequenzen als verbindlich hinzunehmen³².

Sobald jedoch die Wandelung im Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts vollzogen ist, entfällt mit rückwirkender Kraft die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages, so daß ein Bereicherungsausgleich gemäß § 812ff. BGB zwischen den Parteien des Leasingvertrages stattfindet, ohne daß der Leasinggeber berechnungsmindernd geltend zu machen, daß er das Leasinggut für den Leasingnehmer besorgt und den Kaufpreis an den Lieferanten des Leasingguts gezahlt habe³³.

Dies schließt unmittelbar ein, daß die BGH-Judikatur unter deutlicher Berücksichtigung des den Leasingvertrag kennzeichnenden Äquivalenzprinzips das Insolvenzrisiko des Lieferanten des Leasingguts dem Leasinggeber zuordnet: Das Scheitern der dem Leasinggeber obliegenden Sachverschaffungspflicht kann deshalb auch nicht durch AGB-Klauseln auf den Leasingnehmer abgewälzt werden, ohne daß dies nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam wäre³⁴.

2. Die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ – Lieferantenhaftung nach UN-Kaufrecht

Nach diesem kurzen Aufriß über die wesentlichen Leitlinien der BGH-Judikatur stellt sich die Frage, ob beim grenzüberschreitenden Leasing in gleicher Weise verfahren werden kann. Dabei ist die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ an den Bestimmungen des UN-Kaufrechts zu messen, während die Vertragsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer den Regeln der Unidroit-Convention unterzuordnen sind. Deshalb ist für die nachfolgenden Untersuchungen auszugehen, daß das Leasinggut mangelhaft ist, so daß dem Leasingnehmer kraft leasingtypischer „Abtretungskonstruktion“ weitergehende Ansprüche nach Maßgabe des UN-Kaufrechts erwachsen.

Art. 38 Abs. 1 des UN-Kaufrechts bestimmt, daß der Käufer verpflichtet ist, die Ware „innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben“. Der Zweck dieser Untersuchung dient der Vorbereitung der nach Art. 39 des UN-Kaufrechts vorgeschriebenen Rüge, so daß es sich bei der nach Art. 38 Abs. 1 des UN-Kaufrechts gebotenen Untersuchungspflicht um eine Obliegenheit des Käufers handelt, deren Nichtbeachtung zu einem Rechtsverlust führen kann³⁵. Für die Bestimmung der nach Art. 38 Abs. 1 des UN-Kaufrechts maßgebenden kurzen Frist sind die Umstände des Einzelfalls und die angemessenen Möglichkeiten der Vertragsparteien heranzu-

ziehen; es ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen³⁶. Aus Sinn und Zweck von Art. 38 des UN-Kaufrechts folgt weiter, daß auf das Recht und die Gebräuche des Untersuchungsorts abzustellen ist³⁷. Die Gepflogenheiten und die Gebräuche haben hier – ganz ähnlich wie bei der deutschrechtlichen Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB – Vorrang, wie sich unmittelbar aus Art. 6, 9 des UN-Kaufrechts ergibt³⁸.

Da der Vertrag zwischen Lieferant des Leasingguts und Leasinggeber regelmäßig ein Kaufvertrag ist, wird man auch – wie im deutschen Recht – die Mängeluntersuchungspflicht gemäß Art. 38 des UN-Kaufrechts in der Person des Leasingnehmers konkretisieren. Dies deckt sich im übrigen auch mit Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention, wonach die Pflichten des Lieferanten – kraft der bereits beschriebenen Fiktion – unmittelbar gegenüber dem Leasingnehmer geschuldet werden. Die Parallele zur BGH-Judikatur liegt also auf der Hand³⁹.

Art. 39 Abs. 1 des UN-Kaufrechts bestimmt weiter, daß der Käufer verpflichtet ist, die Vertragswidrigkeit der Ware „innerhalb einer angemessenen Frist“ zu rügen; ferner ist er verpflichtet, „die Art der Vertragswidrigkeit genau“ zu bezeichnen. Während Art. 39 Abs. 1 des UN-Kaufrechts mit dem Hinweis auf die „angemessene Frist“ eine relative Rügefrist normiert, bestimmt Art. 39 Abs. 2 eine absolute Ausschlussfrist von zwei Jahren. Sie beginnt in dem Zeitpunkt der Übergabe der Ware zu laufen⁴⁰. Verglichen mit der früheren Bestimmung von Art. 39 EKG ist die in Art. 39 Abs. 1 des UN-Kaufrechts bestimmte „angemessene“ Frist durchaus flexibel, so daß man in diesem Zusammenhang eine Parallelschaltung zu der unverzüglichen Rügepflicht des § 377 HGB ziehen kann⁴¹.

Im Fall der Mangelhaftigkeit des Leasingguts steht dem Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten nach Art. 46 Abs. 1 des UN-Kaufrechts ein Anspruch auf Erfüllung zu. Dabei rangiert – unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Gegebenheiten – der Mangelbeseitigungsanspruch des Lieferanten nach Art. 46 Abs. 3 des UN-Kaufrechts unter dem Vorbehalt, daß alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und die Frage nach der Zumutbarkeit zu stellen ist. Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, daß das Sanktionssystem des UN-Kaufrechts – wie auch andere Rechtsordnungen – die Rechtsbehelfe des Käufers im Falle der Mangelhaftigkeit der Ware danach differenzieren, ob eine „wesentliche Vertragsverletzung“ vorliegt.

Exemplarisch definiert Art. 25 des UN-Kaufrechts, daß eine Vertragsverletzung immer dann wesentlich ist, „wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, daß ihr im wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen“. Voraussetzung ist danach daß nach der Verkehrsanschauung eine schwerwiegende Vertragsverletzung vorliegt⁴². Qualitätsmängel sind dann als „wesentliche Vertragsverletzung“ einzuordnen, wenn die Verwendbarkeit

30 BGH, WM 1990, 510 = BB 1990, 510.

31 BGH, WM 1985, 226 = BB 1985, 354; BGH, WM 1986, 591 = BB 1986, 900.

32 BGH, BB 1981, 2093, 2094 = WM 1981, 1219, 1221; BGH, WM 1985, 573, 574; BGH, BB 1990, 18, 19 = ZIP 1990, 175, 177; BGH, ZIP 1991, 519, 521.

33 BGH, ZIP 1990, 175, 178 = BB 1990, 18, 20.

34 BGH, ZIP 1991, 519; im einzelnen auch Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 574 ff.

35 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 38 Rdnr. 2.

36 von Caemmerer/Schlechtriem/Stumpf (Fn. 9), Art. 38 Rdnr. 5).

37 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 38 Rdnr. 3.

38 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 38 Rdnr. 4.

39 BGH, WM 1990, 510 = BB 1990, 510.

40 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 39 Rdnr. 10.

41 von Caemmerer/Schlechtriem/Stumpf (Fn. 9), Art. 38 Rdnr. 8.

42 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 25 Rdnr. 7.

der Ware erheblich beeinträchtigt wird, wobei Nachbesserungsmöglichkeit und Nachbesserungsbereitschaft des Lieferanten in Betracht zu ziehen sind⁴³.

In der Praxis erweist sich die Abgrenzung zwischen einer „wesentlichen“ und einer nicht wesentlichen Vertragsverletzung als schwierig⁴⁴. Doch ist entscheidend: Wie sich aus Art. 49 Abs. 1 des UN-Kaufrechts ergibt, ist jedenfalls die Mangelhaftigkeit des Leasingguts kaum als nicht „wesentliche“ Vertragsverletzung zu qualifizieren, wenn der Lieferant des Leasingguts – trotz Nachfristsetzung – nicht in der Lage war, den Mangel zu beseitigen. Denn der Käufer ist dann in der Lage, durch eine nach Art. 47 des UN-Kaufrechts zu bewirkende Fristsetzung die Aufhebung des Kaufvertrages durch Nachfristsetzung herbeizuführen⁴⁵.

Geht man von dieser Einordnung aus, so liegt es nahe, die von der BGH-Judikatur zum „Fehlschlagen“ der Mangelbeseitigung entwickelte Judikatur hier parallel zu schalten, so daß dem in Art. 49 Abs. 1 des UN-Kaufrechts geregelten Recht des Käufers, den Vertrag durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer aufzuheben, das Wandelungsrecht der §§ 459, 462, 465, 467, 634 BGB entspricht⁴⁶. Dies führt unmittelbar zu dem Ergebnis, daß insoweit die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ auch im Rahmen des UN-Kaufrechts verwendet werden kann, ohne daß dadurch eine Intensivierung der Eigenhaftung des Leasinggebers für etwaige Mängel des Leasingguts eingreift.

In diesem Punkt ist jedoch eine entscheidende Einschränkung angezeigt: Nach Art. 45 Abs. 1 des UN-Kaufvertrages ist nämlich der Käufer berechtigt, im Falle der Pflichtverletzung des Verkäufers nicht nur Aufhebung des Vertrages zu verlangen, sondern er ist darüber hinaus berechtigt, zusätzlich Schadensersatz nach Art. 74 ff. des UN-Kaufrechts zu reklamieren. Der von Art. 74 des UN-Kaufrechts normierte Schadensersatzanspruch erfaßt den Schaden, der der anderen Vertragspartei durch die Vertragsverletzung entstanden ist, einschließlich des entgangenen Gewinns⁴⁷. Demzufolge stellt sich die Frage, ob der Lieferant des Leasingguts berechtigt ist, in seinen Liefer-AGB die sich aus Art. 45 Abs. 1 des UN-Kaufrechts ergebende Schadensersatzhaftung in gleicher Weise wirksam auszuschließen, wie dies unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur zu § 9 AGB-Gesetz der Fall ist⁴⁸. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß die richterliche Inhaltskontrolle der Lieferanten-AGB innerhalb des Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts sich nicht an den Bestimmungen des BGB bzw. denen des HGB orientiert, sondern ausschließlich an den Normen des UN-Kaufrechts, weil diese ja deutsches Recht sind – ein Gesichtspunkt, der unmittelbar durch Art. 4 lit. a) des UN-Kaufrechts vorgegeben ist, wonach nämlich die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen nicht Gegenstand des sachlichen Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts ist⁴⁹.

Soweit der Tatbestand vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Vertragsverletzung nach § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz in Rede steht, versagen Haftungsfreizeichnungsklauseln im kaufmännischen Verkehr nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz⁵⁰. Wenn der Lieferant, sein Stellvertreter oder Erfüllungsgehilfe eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Vertragsverletzung begangen hat, wird man diese allemal als Verletzung einer „wesentlichen“ Vertragspflicht im Sinn von Art. 25 UN-Kaufrecht interpretieren können⁵¹. Damit liegt Parallelität in diesem Punkt vor.

Soweit jedoch der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung eines mangelfreien Leasingguts lediglich fahrlässig verletzt, stellt sich nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz die Frage, ob darin unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur die Verletzung einer „vertragswesentlichen“ Pflicht zu sehen ist⁵². Dies ist nach der BGH-Judikatur immer dann zu bejahen, wenn durch die Pflichtverletzung das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung derart gravierend

gestört wird, daß die Erreichung des Vertragszwecks im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz gefährdet ist⁵³. Anders gewendet: Durch AGB-Klauseln dürfen dem Vertragspartner nicht solche Rechtspositionen genommen oder eingeschränkt werden, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat⁵⁴.

Schon die Verwendung der Begriffe legt nahe, daß die BGH-Judikatur zur „vertragswesentlichen“ Pflichtverletzung ohne weiteres gleichgestellt werden kann mit den Prinzipien der „wesentlichen“ Vertragsverletzung, wie sie das Haftungssystem des UN-Kaufrechts nach Art. 25 konstitutiv ist. Dies aber bedeutet: Soweit sich die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vollzieht, liegt in der Sache ein Verbot der Haftungsfreizeichnung immer dann vor, wenn im Sinn von Art. 25 des UN-Kaufrechts eine „wesentliche“ Vertragspflicht durch den Lieferanten des Leasingguts verletzt worden ist. Die sich dann aus Art. 45 Abs. 1 des UN-Kaufrechts ergebende Schadensersatzhaftung ist durch die Lieferanten-AGB nicht wirksam abzubedingen. Der Unterschied zur BGH-Judikatur ist marginal: Da die Figur der „vertragswesentlichen“ Pflichtverletzung dem deutschen Recht fremd ist, muß der BGH insoweit auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz rekurrieren, um Haftungsfreizeichnungsklauseln für unwirksam zu erklären, weil sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährden. Demgegenüber ist im Rahmen von Art. 25 des UN-Kaufrechts unmittelbar bei der Kontrolle von AGB-Klauseln an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz anzuknüpfen, weil ja der für die Anwendung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 ABG-Gesetz maßgebende gesetzliche Typus dem UN-Kaufrecht direkt zu entnehmen ist.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ genauso unter Berücksichtigung des Inhalts des UN-Kaufrechts zu praktizieren ist, wie dies durch die BGH-Judikatur nach Maßgabe des AGB-Gesetzes bislang geschehen ist. Die Rechtsstellung des Leasinggebers wird – sieht man von Nuancen im Detail einmal ab – praktisch nicht verändert.

3. Die Regel der Unidroit-Convention

Unter Berücksichtigung der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ macht es daher keinerlei Schwierigkeiten, auf die bereits mehrfach angesprochene Fiktionswirkung von Art. 10 der Unidroit-Convention zu verweisen. Danach schuldet der Lieferant alle aus dem Liefervertrag gegenüber dem Leasinggeber resultierenden Pflichten in gleicher Weise gegenüber dem Leasingnehmer. Notwendigerweise schließt dies das Recht auf Mangelbeseitigung ebenso ein wie das Recht des Leasingnehmers, die Aufhebung des Leasingvertrages nach Art. 46 des UN-Kaufrechts zu verlangen sowie nach Artikel 45 Abs. 1 des UN-Kaufrechts Schadensersatz nach Art. 74 ff. des UN-Kaufrechts zu begehren.

Da der Leasingvertrag aber ausschließlich den Regeln der Unidroit-Convention unterliegt, stellt sich die Frage, welche

43 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 25 Rdnr. 7.

44 von Caemmerer/Schlechtriem (Fn. 9), Art. 25 Rdnr. 20.

45 Herber/Czerwenka (Fn. 10), Art. 49 Rdnr. 2.

46 Im einzelnen Graf von Westphalen, EWS 1990, 105, 106.

47 von Caemmerer/Schlechtriem/Stoll (Fn. 9), Art. 74 Rdnrn. 10 ff.

48 Hierzu Graf von Westphalen, EWS 1990, 105 ff.

49 von Caemmerer/Schlechtriem/Herber (Fn. 9), Art. 4 Rdnrn. 7 ff.

50 Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl., § 11 Nr. 7 Rdnr. 48;

Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB, Großkommentar, 2.

Aufl., § 11 Nr. 7 Rdnrn. 39 ff.; einschränkend Ulmer/Brand-

ner/Hensen, AGBG, 6. Aufl., § 11 Nr. 7 Rdnrn. 32 ff.

51 Hierzu Graf von Westphalen, EWS 1990, 105, 107.

52 BGH, BB 1978, 827; BGH, BB 1984, 746 = NJW 1984, 1350; BGH,

NJW 1985, 914; BGH, NJW-RR 1986, 271; BGH, ZIP 1988, 360; BGH,

ZIP 1991, 1362, 1365.

53 BGH, ZIP 1988, 515, 518.

54 BGH, ZIP 1988, 515, 518.

Konsequenzen sich dann ergeben, wenn der Leasingnehmer nach Art. 10 der Unidroit-Convention Aufhebung des Vertrages gegenüber dem Leasinggeber fordert. Unter dieser Voraussetzung bestimmt Art. 12 Abs. 1 lit. a) der Unidroit-Convention, daß der Leasingnehmer das Recht hat, Kündigung des Leasingvertrages zu verlangen. Freilich steht dem Leasinggeber – ein wenig ungewöhnlich für unser deutsch-rechtliches Verständnis des Leasingvertrages – das Recht zu, nach Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Unidroit-Convention, Erfüllung des Liefervertrages durch Einschaltung eines Dritten zu bewirken, so daß dann der Leasinggeber in der Lage ist, dem Leasingnehmer nach Art. 8 Abs. 2 der Unidroit-Convention das Besitz- und Nutzungsrecht am Leasinggut – ungetrübt durch Ansprüche Dritter – zu gewährleisten. Solange der Leasinggeber seine entsprechenden Pflichten nicht erfüllt hat, ist der Leasingnehmer nach Artikel 12 Abs. 3 der Unidroit-Convention berechtigt, die Zahlung der Leasingraten zurückzuhalten.

Diese durch Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Unidroit-Convention vorgezeichnete Rechtslage entspricht freilich nicht dem nach der BGH-Judikatur geforderten Recht, wegen des Vollzugs der Wandelung den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages nach § 242 BGB geltend zu machen. Doch ist die in Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Unidroit-Convention enthaltene Regelung in der Sache nichts anderes als die subsidiäre Eigenhaftung des Leasinggebers, welche in der deutsch-rechtlichen Literatur bei Mangelhaftigkeit des Leasingguts unter Berücksichtigung von § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz lange Zeit diskutiert wurde⁵⁵, bevor dann der BGH in seiner Entscheidung vom 24. 4. 1985 § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz auf Finanzierungs-Leasingverträge als nicht anwendbar erklärte⁵⁶. Von seinem Gerechtigkeitsgehalt ist jedoch die subsidiäre Eigenhaftung des Leasinggebers gleichwertig gegenüber der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage; denn in beiden Fällen wird die Rechtslosstellung des Leasingnehmers verhindert, in einem Fall durch die subsidiäre Erfüllungspflicht des Leasinggebers, im anderen durch die Rückabwicklung der Vertragsbeziehungen nach §§ 242, 812 ff. BGB.

Dies wirft die weitere Frage auf, wie denn das Insolvenzrisiko des Lieferanten unter Berücksichtigung der Unidroit-Convention zu behandeln ist. Hier bietet wiederum Art. 10 in Verbindung mit Art. 12 der Unidroit-Convention den entscheidenden Ansatz: Falls der Lieferant während der Gewährleistungsfrist insolvent wird, trifft dieses Risiko unmittelbar den Leasingnehmer, weil ja dann der Lieferant nicht mehr in der Lage ist, gegenüber dem Leasingnehmer nach Art. 10 Abs. 1 der Unidroit-Convention seine Pflichten aus dem Liefervertrag zu erfüllen. Doch führt dieser Gesichtspunkt wieder zur Regelung von Art. 12 Abs. 1 der Unidroit-Convention: Entweder steht dem Leasingnehmer bei Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts das Recht zu, den Leasingvertrag zu kündigen, oder der Leasinggeber übernimmt durch Einschaltung eines Dritten die Verpflichtung des Lieferanten und verschafft dem Leasingnehmer uneingeschränkten Besitz und Nutzungsrecht am Leasinggut. In der Sache ergibt sich also erneut die gleiche Konstellation: Während die BGH-Judikatur das Insolvenzrisiko dem Leasinggeber zuweist und eine Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Liefergeschäftes nach §§ 242, 812 ff. BGB bewirkt, geht Art. 12 Abs. 1 der Unidroit-Convention alternativ den Weg der subsidiären Erfüllung durch den Leasinggeber oder gewährt dem Leasingnehmer das Recht, den Leasingvertrag zu kündigen. Im einen wie im anderen Fall stehen aber dem Leasinggeber keine Schadensersatz- oder Aufwendungsansprüche gegenüber dem Leasingnehmer zu⁵⁷; und Art. 12 Abs. 4 der Unidroit-Convention stellt klar, daß der Leasingnehmer im Fall der Kündigung des Leasingvertrages lediglich verpflichtet ist, eine angemessene Nutzungsentschädigung zu entrichten. Gleichzeitig steht dem Leasingnehmer das Recht zu, alle an den Leasinggeber entrichteten Vorauszahlungen zurückzuverlangen. Berücksich-

tigt man, daß im Rahmen der nach §§ 812 ff. BGB zu vollziehenden Rückabwicklung eines Leasingvertrages der objektive Nutzungswert des Leasingguts zu erstatten ist, so sieht die Regelung von Art. 12 Abs. 4 der Unidroit-Convention vollständige Parallelität vor.

V. Kündigung des Vertrages wegen Zahlungsverzugs des Leasingnehmers

1. Die BGH-Judikatur

Sowohl im Bereich von Vollamortisations- als auch im Rahmen von Teilamortisationsverträgen gewährt die BGH-Judikatur dem Leasinggeber für den Fall, daß der Leasingnehmer gemäß § 554 BGB in Zahlungsverzug geraten ist das Recht zur fristlosen Kündigung des Leasingvertrages. Gleichzeitig löst dies einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus, der seinerseits am Erfüllungsinteresse des Leasinggebers orientiert ist. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der BGH die bei kündbaren Teilamortisationsverträgen übliche Restamortisationsklausel in ständiger Rechtsprechung als nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam erklärt hat⁵⁸, ergeben sich verschiedene – modellspezifische – Besonderheiten, die mitunter eine recht mühselige Berechnung des Restamortisationsanspruchs nach sich ziehen⁵⁹. Auf diese ist hier jedoch nicht weiter einzugehen, weil auch alle Verträge im Bereich des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975⁶⁰ auf volle Amortisation gerichtet sind, da ja – transparente Vertragsgestaltung vorausgesetzt – nach den steuerrechtlichen Vorgaben der Leasinggeber das Risiko der Wertminderung auf den Leasingnehmer abwälzt.

Sieht man einmal von der Sonderregelung von § 12 VerbrKrG ab, so setzt also ein fristloses Kündigungsrecht des Leasinggebers regelmäßig gemäß § 554 BGB voraus, daß der Leasingnehmer mit mindestens zwei Leasingraten in Verzug geraten ist.

2. Die Regelung von Art. 13 der Unidroit-Convention

In diesem Zusammenhang bietet freilich Art. 13 der Unidroit-Convention eine gewisse Differenzierung an: Im Fall des Zahlungsverzugs bestimmt Art. 13 Abs. 1 der Unidroit-Convention zunächst, daß der Leasinggeber berechtigt ist, Schadensersatz zu verlangen. Art. 13 Abs. 2 der Unidroit-Convention bestimmt sodann, daß die Leasingraten – freilich mit einer angemessenen Abzinsung – sofort fälliggestellt werden können, wenn die Vertragsverletzung des Leasingnehmers „substantial“ ist. Art. 13 Abs. 5 der Unidroit-Convention erklärt, daß eine solche als schwerwiegend einzustufende Vertragsverletzung immer dann vorliegt, wenn der Leasinggeber zuvor dem Leasingnehmer schriftlich eine Nachfrist gesetzt hat, innerhalb derer der Leasingnehmer berechtigt ist, die Folgen der bereits eingetretenen Vertragsverletzung zu beseitigen. Dabei ist die Schadensberechnung nach Art. 13 Abs. 4 der Unidroit-Convention strikt am Erfüllungsinteresse des Leasinggebers orientiert; es handelt sich hier – wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt – um eine zwingende Bestimmung, welche durch vertragliche Änderungen nicht abbedungen werden darf, was angesichts des Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots ohnehin evident ist.

55 Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 528 ff.

56 BGH, BB 1985, 1087 = WM 1985, 638.

57 Im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 557 ff. m. w. N.

58 BGH, BB 1982, 695 = WM 1981, 1378; BGH, WM 1982, 7; BGH, BB 1982, 1078 = WM 1982, 666; BGH, BB 1984, 1641 = WM 1984, 933; BGH, WM 1985, 860; BGH, WM 1986, 458 = BB 1986, 693; BGH, BB 1986, 1112 = WM 1986, 673; BGH, WM 1987, 288; BGH, BB 1989, 2136 = NJW 1990, 247; BGH, BB 1990, 234.

59 Im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 8), Rz. 775 ff.

60 Graf von Westphalen, (Fn. 8), Rz. 1366.

Sieht man also von Nuancen in den Voraussetzungen eines fristlosen Kündigungsrechts des Leasinggebers ab, so sind auch im Bereich der fristlosen Kündigung des Leasinggebers die nach deutschem Recht und nach der Unidroit-Convention eintretenden Rechtsfolgen nahezu identisch.

VI. Zusammenfassung

Grenzüberschreitende Leasingverträge können – dies ist im Hinblick auf den Europäischen Binnenmarkt durchaus ein

Hoffnungssignal – von deutschen Leasinggesellschaften praktisch in gleicher Weise bei Beachtung der bereits erfolgten Rechtsvereinheitlichung praktiziert werden, wie sie durch die deutsch-rechtliche BGH-Judikatur vorgeprägt sind: Weder das UN-Kaufrecht noch das EG-Schuldvertragsübereinkommen noch die Unidroit-Convention (1988) steht diesem Befund entgegen. Problematisch ist lediglich, daß die Unidroit-Convention noch nicht ratifiziert ist, und daß der nach Art. 15 Abs. 1 bislang vorgesehene Ratifizierungstermin, der 31. 12. 1990, bereits überschritten ist.