

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Die Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB bei einem Leasingvertrag gegenüber einem Nicht-Kaufmann

Die Konsequenzen, die für die Leasingpraxis aus der BGH-Entscheidung vom 24. 1. 1990¹ erwachsen, bedürfen sorgfältiger Analyse. Insbesondere ist die Frage zu vertiefen, in welcher Weise sich der Leasinggeber davor schützen kann, daß der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 2 HGB versäumt, so daß die dem Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten abgetretenen Gewährleistungsansprüche an der Genehmigungsfiktion von § 377 Abs. 2 HGB scheitern.

I. Die BGH-Entscheidung vom 24. 1. 1990¹

1. Der Sachverhalt

Der Sachverhalt des BGH-Urteils weist im grundsätzlichen keine nennenswerten Besonderheiten auf: Der Leasingnehmer betrieb ein Alten- und Pflege-

heim und benötigte eine EDV-Anlage; diese sollte im Rahmen eines Leasingvertrages finanziert werden. Wie es üblicher Vertragspraxis entspricht, hatte der Leasinggeber im Rahmen der „Abtretungskonstruktion“ die ihm gegenüber dem Lieferanten der EDV-Anlage zustehenden Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abgetreten. In den

Liefer-AGB war eine Klausel enthalten, wonach „Reklamationen“ nur dann anerkannt werden, „wenn diese innerhalb von 14 Tagen nach Empfang der Ware schriftlich vorgebracht werden“². Die sich daran anschließende Gewährleistungsklausel ging im Rahmen von § 476 a BGB von einem unentgeltlichen Mangelbeseitigungsanspruch aus und enthält darüber hinaus eine von § 11 Nr. 10 b AGB-Gesetz ausgerichtete Konstruktion: Im Fall des „Fehlschlagens“ der Mangelbeseitigung/Ersatzlieferung

1 BGH, BB 1990 S. 510.

2 BGH, a. a. O.

steht dem Leasingnehmer – kraft abgetretenen Rechts – ein Anspruch auf Wandelung oder Minderung zu. Weitergehende Ansprüche waren hingegen ausgeschlossen.

Es konnte nicht abschließend geklärt werden, in welchem Umfang der Leasingnehmer die Rügeobliegenheit gemäß §§ 377, 378 HGB rechtzeitig erfüllt hatte³, so daß der BGH – zur weiteren Aufklärung – an das Berufungsgericht zurückverwies. Dieses wird nunmehr über die vom Leasingnehmer eingereichte Wandelungsklage zu entscheiden haben.

2. Grundsätzliche Feststellungen

Unter Berufung auf frühere Darlegungen⁴ stellte der BGH zunächst fest: Da der Vertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts ein Handelsgeschäft im Sinn von § 343 HGB ist, finden die §§ 377, 378 HGB uneingeschränkt Anwendung. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob ein „Leasingvertrag unter § 377 HGB fällt“⁵; und es ist auch irrelevant, ob die strengen handelsrechtlichen Vorschriften „auf den Leasingnehmer“ angewandt werden dürfen⁶. Denn die Rügeobliegenheit trifft – sie ist Teil des abgeschlossenen Handelskaufs – unmittelbar den Leasinggeber; folglich sind auch die ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche davon abhängig, daß die sich aus den §§ 377, 378 HGB ergebenden Obliegenheiten gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts rechtzeitig erfüllt werden.

Zur Erfüllung dieser Rügeobliegenheiten bedient sich der Leasinggeber der Dienste des Leasingnehmers. Denn die Abnahme des Leasingguts durch den Leasingnehmer ist – bezogen auf das kaufvertragliche Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts – nur in der Weise zu perfektionieren, daß der Leasinggeber den Leasingnehmer als seinen Erfüllungsgehilfen einschaltet⁷. Daraus leitet der BGH den Grundsatz ab, daß sich die „Pflichten und Obliegenheiten eines Schuldners“ ausschließlich aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen zum Gläubiger beurteilen, nicht aber „aus der Person des Erfüllungsgehilfen“⁸. Demzufolge entspricht es auch allgemeiner Auffassung: Bedient sich der Leasinggeber – etwa beim vergleichbaren „Streckengeschäft“ – eines Nicht-Kaufmanns als seines Erfüllungsgehilfen, so ist es Sa-

3 BGH, BB 1990 S. 510 (513).

4 Graf von Westphalen, BB 1990 S. 1 (4 ff.); vgl. auch WuB I J 2. – 1.90.

5 BGH, BB 1990 S. 510 (511).

6 BGH, a. a. O.

7 BGH, BB 1984 S. 1225.

8 BGH, BB 1990 S. 510 (511).

UNTERNEHMER DENKEN AN DIE ZUKUNFT



Und leisten sich keine unkalkulierbaren Risiken. Sie planen heute schon für morgen und holen sich für ihre mittel- und langfristigen Investitionen professionellen Rat bei der Württemberger Hypo. Denn für eine sichere Zukunft gibt es keine stabilere Basis als festen Grund und Boden. Rufen Sie uns an.

**Württembergischer
Hypo**
DIE IMMOBILIENBANK



Berlin: 030/8 8198 90 · Bielefeld 1: 05 21/6 90 10 · Düsseldorf 1: 02 11/35 20 35
Frankfurt 1: 069/23 22 72 · Freiburg: 07 61/3 55 35 · Hamburg 1: 040/36 48 55
Hannover 1: 05 11/36 36 13 · Karlsruhe: 072 42/50 15 · Köln 1: 02 21/13 50 85
Mannheim 1: 06 21/2 08 78 · München 2: 089/22 15 34 · Nürnberg 1: 09 11/2 37 91 85
Ravensburg: 07 51/2 63 65 · Stuttgart 1: 07 11/2 09 63 53

che des Käufers – hier: des Leasinggebers – dafür Sorge zu tragen, daß der Nicht-Kaufmann seinen Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB unverzüglich nachkommt⁹.

Die Anwendung der §§ 377, 378 HGB gegenüber dem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer scheidet nach Auffassung des BGH nicht daran, daß der Leasingnehmer den Lieferanten des Leasingguts „ausgesucht“ hat¹⁰, weil – wie der BGH unumwunden feststellt – auch der Leasinggeber über „denselben Kenntnisstand“ verfügt¹¹. Auch der Leasinggeber weiß, daß der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist und muß sich diesen Umstand bei der Anwendung von § 377 HGB „zurechnen lassen“¹². Dabei macht es nach Auffassung des BGH keinen Unterschied, ob der Leasingnehmer die technischen und kommerziellen Details des abzuschließenden Leasingvertrages zuvor mit dem Lieferanten des Leasingguts ausgehandelt hat, und daß im Anschluß daran ein Leasingvertrag abgeschlossen wird, oder ob der Leasingnehmer in die Bestellung des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts „einsteigt“¹³.

3. Schlußfolgerungen

Die zentrale Schlußfolgerung der BGH-Entscheidung läßt sich in zwei Sätzen zusammenfassen:

– Soweit das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts ein Handelskauf im Sinn von § 343 HGB ist, gelten die kaufmännischen Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB. Verpflichtet ist der nicht-kaufmännische Leasingnehmer.

– Ohne besondere Abrede trifft den Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber nicht die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB.

Letzteres ist eine Selbstverständlichkeit, weil nach ständiger Rechtsprechung des BGH Leasingverträge als a-typische Mietverträge zu qualifizieren sind, auf die „in erster Linie“ die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden¹⁴. Daraus zieht der BGH die entscheidende Konsequenz: Soweit § 377 Abs. 2 HGB zum Zuge gelangt, weil der Leasingnehmer als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers – und damit in der Sache: der Leasinggeber – den Mangel nicht rechtzeitig gerügt hat, bleibt „der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber geschützt“¹⁵.

Dabei läßt der BGH freilich im Ergebnis offen, auf welchem methodischen Weg er diesen Schutz des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber herbeiführen will. Die Entscheidung zieht drei Alternativen in Erwägung, nämlich:

– Soweit § 377 Abs. 2 HGB eingreift, gilt das Leasinggut – trotz vorhandenen

Mangels und bestehender Gewährleistungsansprüche – als genehmigt, so daß dann ein „Wiederaufleben der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers“ einsetzt¹⁶;

– oder zugunsten des Leasingnehmers greift ein Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung ein¹⁷.

Beide Alternativen stehen jedoch offenbar unter dem *Vorbehalt*, ob der Leasingnehmer auch dann noch schutzbedürftig ist, wenn er „von der Kaufmannseigenschaft des Leasinggebers und dessen Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge wußte oder wissen mußte“¹⁸.

– Hat hingegen der Leasinggeber in wirksamer Weise – im Rahmen des Leasingvertrages – den Leasingnehmer verpflichtet, etwaige Mängel des Leasingguts „unverzüglich zu untersuchen und etwaige Mängel dem Leasinggeber anzuzeigen“, so geschieht ihm „kein Unrecht“¹⁹, wenn er diese Pflicht schuldhaft verletzt.

II. Lösungsversuche

1. Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht als Bestandteil des Leasingvertrages

a) Die mietvertragliche Struktur des Leasingvertrages

Prüft man die Frage, ob der Leasinggeber berechtigt ist, in den Leasing-AGB wirksam die Pflicht des Leasingnehmers zu verankern, das Leasinggut im Sinn der §§ 377, 378 HGB unverzüglich zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich zu rügen, so ist zunächst die vom BGH anerkannte Rechtsnatur des Leasingvertrages als eines a-typischen Mietvertrages zum Ausgangspunkt zu nehmen²⁰. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 535 ff. BGB führt unmittelbar dazu, die Anzeigepflicht des § 545 Abs. 1 BGB eingreifen zu lassen²¹. Auf diese Vorschrift hatte sich der BGH in der Entscheidung vom 17. 12. 1986²² gestützt, weil die leasingtypische Abtretung der Gewährleistungsansprüche in den Leasing-AGB an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheiterte²³. Denn dem Leasingnehmer standen die gegen den Lieferanten des Leasingguts gerichteten Gewährleistungsansprüche nicht vorbehaltlos zu; vielmehr hatte sich der Leasinggeber das Recht vorbehalten, die Ausübung etwaiger Gewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer jederzeit zu widerrufen. Unter Berücksichtigung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion²⁴ gelangte der BGH zu dem Ergebnis, § 545 Abs. 1 BGB „unmittelbar“²⁵ anzuwenden. Und er betonte folgerichtig, daß es dann keines Rückgriffs auf die §§ 377, 378 HGB bedarf²⁶.

Diesen Gedanken greift der BGH auch in der Entscheidung vom 24. 1. 1990²⁷ auf: § 545 Abs. 1 BGB ist während der Dauer eines Leasingvertrages anwendbar; die Vorschrift verpflichtet den Leasingnehmer/Mieter, etwa auftretende Mängel unverzüglich gegenüber dem Leasinggeber/Vermieter anzuzeigen. Diese Pflicht entsteht immer dann, wenn der Leasingnehmer/Mieter die zugrundeliegenden Tatsachen der Mangelhaftigkeit des Leasingguts kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt²⁸. Dabei ist freilich zu unterstreichen, daß die in § 545 Abs. 1 BGB normierte Anzeigepflicht das Auftreten eines Mangels voraussetzt, ohne daß die Tatbestandsvoraussetzungen einer Minderung gemäß § 537 BGB gegeben sein müssen²⁹. Die Rechtsfolgen einer pflichtwidrig unterlassenen Anzeige zielen in erster Linie auf Schadensersatz, wie sich unmittelbar aus § 545 Abs. 2 BGB herleitet.

Daraus folgt unmittelbar: Eine besondere Untersuchungspflicht schreibt § 545 Abs. 1 BGB nicht vor. Immer handelt es sich aber bei der in § 545 Abs. 1 BGB normierten Anzeigepflicht um eine unmittelbare Folge der allgemeinen – mietvertraglichen Obhutspflicht³⁰. Ihr Inhalt zielt darauf ab, die Mietsache so pfleglich zu behandeln, daß sie nicht beschädigt und nicht mehr als vertragsgemäß abgenutzt wird. Dieser Zusammenhang ist im Auge zu behalten, weil es ja darum geht, die Grenzen zu ermitteln, die den Leasinggeber hindern, in seinen

9 Brüggenmann, in: RGRK-HGB, § 77 Rdnrn. 38 und 111; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 377 Rdnr. 75; K. Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., S. 722 f.; RGZ 102 S. 91.

10 Graf von Westphalen, BB 1990, S. 1 (6, 7).

11 BGH, BB 1990 S. 510 (511).

12 BGH, a. a. O.

13 BGH, a. a. O.

14 BGH, BB 1986 S. 18; BGH, BB 1986 S. 900.

15 BGH, BB 1990 S. 510 (512).

16 BGH, a. a. O.

17 BGH, a. a. O.

18 BGH, a. a. O.

19 BGH, a. a. O.

20 BGH, BB 1986 S. 18; BGH, BB 1986 S. 900.

21 BGH, BB 1987 S. 926.

22 BGH, a. a. O.

23 BGH, BB 1987 S. 926 (927).

24 BGH, BB 1982 S. 750 f.; BGH, NJW 1984 S. 48; BGH, BB 1987 S. 926 (927).

25 BGH, a. a. O.

26 BGH, BB 1987 S. 926 (928).

27 BGH, BB 1990 S. 510 (512).

28 Palandt/Putzo, § 545 Anm. 2b; a. M. Soergel/Kummer, § 545 Rdnr. 5 m. w. N. – positive Kenntnis ist ausreichend, aber auch erforderlich.

29 BGH, NJW 1977 S. 1236.

30 Palandt/Putzo, § 545 Anm. 1.

Leasing-AGB Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten zu überwälzen, die diesen – verglichen mit dem mietvertraglichen Typenbild – unangemessen im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligen.

*b) Die Zweckerichtung
der §§ 377, 378 HGB*

Die Vorschriften über die Mängelrüge tragen in erster Linie den Belangen des Verkäufers Rechnung. Er soll davor bewahrt werden, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen, wodurch zugleich den allgemeinen Interessen an einer raschen Abwicklung der Rechtsgeschäfte im Handelsverkehr entsprochen wird³¹. Inhaltlich stellt § 377 Abs. 1 HGB – im krassen Unterschied zu § 545 Abs. 1 BGB – darauf ab, daß eine solche Untersuchung – sowohl im Hinblick auf ihren Umfang als auch in bezug auf ihre Art – geschuldet wird, wie sie erforderlich ist, um das Vorhandensein von Mängeln festzustellen³². Dies schließt ein und setzt voraus, daß Stichproben in repräsentativer Streuung gezogen werden³³. Die Untersuchung muß mit fachmännischer Sorgfalt durchgeführt werden³⁴. Je nach Geschäftszweig sind die Anforderungen streng. In jedem Fall kann erwartet werden, daß der Käufer die erforderliche Sachkenntnis besitzt, um die Ware ordnungsgemäß zu untersuchen; andernfalls ist er verpflichtet, einen Sachverständigen oder sonstige sachverständige Personen hinzuzuziehen³⁵. Die Prüfung ist solange durchzuführen, bis feststeht, daß sich der Käufer über die Beschaffenheit der Ware ein zuverlässiges Urteil gebildet hat³⁶. Dies kann soweit gehen, daß selbst eine Probeverarbeitung erforderlich ist, sofern die Mangelfreiheit nur im Rahmen einer Verarbeitung erkannt werden kann³⁷.

Schon dieser cursorische Überblick läßt deutlich werden: Es ist die gemäß § 377 Abs. 1 HGB geschuldete – unverzügliche – Mängeluntersuchung, welche den wesentlichen Unterschied zur Anzeigepflicht in § 545 Abs. 1 BGB ausmacht. Die mietvertragliche Anzeigepflicht als Ausschluß allgemeiner – mietvertraglicher – Obhutspflicht bela-

31 *BGH*, BB 1985 S. 1693; *BGH*, BB 1990 S. 510 (511).

32 *RG*, JW 1924 S. 814.

33 *LG Aachen*, BB 1952 S. 213; *OLG München*, BB 1955 S. 748; *OLG Düsseldorf*, DB 1973 S. 1395; *OLG Köln*, DB 1975 S. 2124.

34 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 85.

35 *BGH*, NJW 1975 S. 2011 (2012).

36 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 88.

37 *Baumbach/Duden/Hopt*, § 377 Anm. 3 G.

Selbständige werden durch uns noch selbständiger!

Denn ALD bietet Ihnen nicht nur die bewährten Leasing-Vorteile, durch die Sie sich einen repräsentativen Neuwagen leisten, Steuern sparen und Kosten senken können. ALD bietet Ihnen auch noch ein Full-Service-Programm, das Ihnen den gesamten Verwaltungsaufwand rund um den Firmenwagen abnimmt. Dazu gehören z. B. die Reparaturkosten, der Reifenersatz, die Versicherungen, die Kfz-Steuer und der Tank-Service. Und das alles für alle Marken und jedes Modell. Denn ALD ist markenunabhängig.

Freie Wahl für alle Marken

Über 25 Jahre Erfolg und Erfahrung
Über 116.000 Wagen auf der Straße
und 10 mal überall in Deutschland.



Zentrale Hamburg, Nedderfeld 95, 2000 Hamburg 54, Tel.: 040 / 4 71 04-103/142

Bitte senden Sie mir Informationsmaterial

Name _____

Firma _____

Bitte rufen Sie mich an
Tel. _____

Straße _____

Ort _____

stet den Mieter – und damit auch den Leasingnehmer – praktisch überhaupt nicht; sie ist Ausfluß einer allgemeinen Wohlverhaltens- und Loyalitätspflicht gegenüber dem Vertragspartner. Demgegenüber ist die Erfüllung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB mit erheblichem Aufwand belastet – ganz abgesehen davon, daß diese Bestimmung auf den zweiseitigen Handelskauf zugeschnitten ist, was freilich auch den Minderkaufmann als Käufer einschließt³⁸.

c) Mängeluntersuchung und Mängelrüge beim Streckengeschäft

Es ist im Rahmen der §§ 377, 378 HGB anerkannt, daß beim Weiterverkauf der Ware – und darin liegt das Wesensmerkmal des Streckengeschäfts oder des Durchhandelns – der Käufer berechtigt ist, die unverzüglich durchzuführende Untersuchung seinem Abkäufer zu überlassen³⁹. Umstritten ist allerdings, ob die dann geschuldete Mangelanzeige rechtzeitig ist, wenn der Abkäufer diese – nach ordnungsgemäßer Untersuchung – unverzüglich an seinen Vorlieferanten/Käufer weiterleitet, damit dieser in der Lage ist, sie unverzüglich an den Verkäufer abzusenden⁴⁰, oder ob es auch in diesem Fall das volle Risiko des Käufers ist, ob er von seinem Abkäufer die Mangelanzeige so rechtzeitig erhält, daß er sie noch innerhalb der ihm selbst zur Verfügung stehenden Frist an den Verkäufer weitergeben kann⁴¹. Der BGH hat in einer früheren Entscheidung⁴² die zuerst erwähnte Auffassung vertreten, in einem späteren Urteil diese Streitfrage jedoch offengelassen⁴³. Entscheidend scheint folgender Gesichtspunkt: Der Verkäufer weiß auch beim Streckengeschäft nicht, ob und wann sein Käufer die Ware weitergibt. Folglich muß er selbst sich darauf einstellen dürfen, daß der Käufer die Ware so untersucht, als wäre sie ihm selbst abgeliefert worden⁴⁴. Allerdings ist dieses Ergebnis sicherlich dann ungerechtfertigt, wenn der Verkäufer seinerseits – im Auftrag des Käufers – die Ware an einen Dritten ausgeliefert hat; denn unter dieser Voraussetzung weiß der Verkäufer, daß sein Vertragspartner, der Käufer, überhaupt nicht zu einer Mängeluntersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB in der Lage ist. In diesem Fall liegt, worauf § 377 Abs. 1 HGB unmittelbar abstellt, bereits eine Ablieferung beim Dritten vor; denn dieser, nicht aber der Käufer als Vertragspartner des Verkäufers erhält die unmittelbare Verfügungsgewalt⁴⁵.

Notwendigerweise ist es dann auch Sache des Käufers, dafür Sorge zu tragen, daß sein Abkäufer – sei er Kaufmann oder Nicht-Kaufmann⁴⁶ – die Verpflichtung zu einer unverzüglichen Mängeluntersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB ordnungsgemäß erfüllt⁴⁷. Daraus folgt un-

mittelbar, daß der Käufer durchaus berechtigt ist, seine gegenüber dem Verkäufer geschuldeten Mängeluntersuchungs- und Mängelrügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB an seinen Vertragspartner, den Abkäufer, zu delegieren. Freilich haftet er dann, wenn der Abkäufer die Rügefrist versäumt, so daß die Ware gemäß § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gilt. Bezogen auf das leasingtypische „Dreiecksverhältnis“ bedeutet dies: Der Leasinggeber ist berechtigt, die gemäß §§ 377, 378 HGB gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geschuldete Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht auf den Leasingnehmer zu überwälzen – vorausgesetzt, eine solche Vertragsgestaltung ist im nicht-kaufmännischen Bereich mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar.

d) Der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz

Wäre kein Leasingvertrag, sondern im dargestellten Sinn ein kaufvertragliches Streckengeschäft vereinbart, bei dem der Verkäufer die Ware unmittelbar an den Abkäufer des Käufers liefert, so bestände kein Zweifel: In dem Vertragsverhältnis zwischen Käufer und nicht-kaufmännischen Abkäufer würde die Überwälzung der Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB zwingend am Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz scheitern. Denn die Schutzvorschrift von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz gilt nur dann nicht, wenn es sich um offensichtliche Mängel handelt. Offensichtlich ist jedoch ein Mangel nur dann, wenn er auch dem durchschnittlichen Kunden, der mit dem Vertragsgegenstand nicht besonders vertraut ist, ohne besonderen Prüfungsaufwand auffallen muß⁴⁸. Daraus folgt bereits: Der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz zielt darauf ab, vom nicht-kaufmännischen Käufer den Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten abzufordern, den die Mängeluntersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB voraussetzt⁴⁹. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach der überwiegend vertretenen Auffassung selbst der erkannte Mangel nicht als offensichtlicher Mangel zu qualifizieren ist⁵⁰. Würde man nämlich die gegenteilige Auffassung vertreten, so liefe der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz leer, weil Ausschlussfristen für Mangelanzeigen dann ohne weiteres auch im nicht-kaufmännischen Bereich gesetzt werden könnten. Zwar ist einzuräumen, daß der BGH die Auffassung zurückgewiesen hat, daß beim Leasingvertrag im nicht-kaufmännischen Verkehr § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz Anwendung findet, sofern die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ im Hinblick auf die dem Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten zustehenden Gewähr-

leistungsansprüche in Rede steht⁵¹. Dabei lag das Schwergewicht der Argumentation jedoch darauf, daß § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz für den mietvertraglich zu qualifizierenden Leasingvertrag keine unmittelbare Anwendung findet⁵². Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob der Leasinggeber nicht berechtigt ist, in seinen Leasing-AGB eine an den §§ 377, 378 HGB ausgerichtete Vertragsgestaltung zu wählen und den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer entsprechend zu verpflichten. Denn für die Antwort auf diese Frage sind die maßgebenden Wertungskriterien unmittelbar aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu entnehmen.

e) Die Überwälzung der Mängeluntersuchungs- und Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB – § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz

Wenn man entsprechend der Qualifikation des BGH davon ausgeht, daß Leasingverträge a-typische Mietverträge sind, auf die „in erster Linie“ die mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden⁵³, dann folgt daraus auch: Die dem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer überwälzte Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht – ausgerichtet an dem gesetzlichen Vorbild der §§ 377, 378 HGB – fügt sich *nicht* in das Erscheinungsbild ein, welches – dem Mietvertrag entsprechend – in § 545 Abs. 1 BGB vorgegeben ist. Danach gilt nämlich *keine* Untersuchungsspflicht; diese aber set-

38 BGH, NJW 1980 S. 783.

39 Im einzelnen *Raisch*, Festschrift für Duden, S. 399 ff.

40 *Baumbach/Duden/Hopt*, § 377 Anm. 4 A.

41 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 111.

42 BGH, NJW 1954 S. 1841.

43 BGH, BB 1978 S. 1490.

44 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 111.

45 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 38.

46 RGZ 102 S. 91.

47 RGZ 96 S. 14 (15).

48 *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 11 Nr. 10e Rdnr. 5; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar, Bd. II § 11 Nr. 10e Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs*, AGBG, § 11 Anm. 10e aa.

49 *Wolf/Horn/Lindacher*, a. a. O.

50 *OLG Köln*, NJW 1986 S. 2579 (2581); *OLG Karlsruhe*, AGBE I § 11 Nr. 107; *LG München*, AGBE I § 11 Nr. 115; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar, Bd. II § 11 Nr. 10e Rdnr. 4; *Soergel/Stein*, AGBG, § 11 Rdnr. 122; *Palandt/Heinrichs*, AGBG, § 11 Anm. 10e aa; a. M. *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 11 Nr. 10e Rdnr. 5.

51 BGH, WM 1985 S. 638.

52 BGH, WM 1985 S. 638 (640 f.).

53 BGH, BB 1986 S. 18; BGH, BB 1986 S. 900.

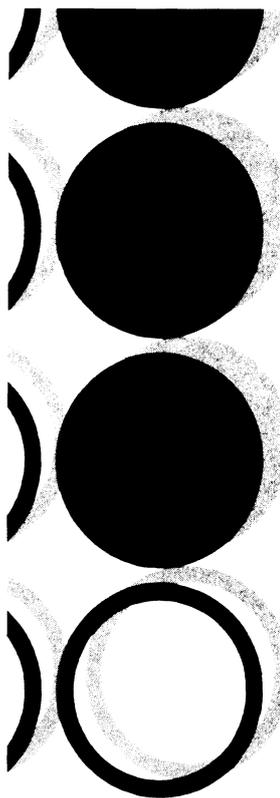
zen die §§ 377, 378 HGB zwingend voraus. Weil keine Untersuchungspflicht in § 545 Abs. 1 BGB konstituiert ist, fällt auch der für die Mängeluntersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB typische Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten beim nicht-kaufmännischen Mieter/Leasingnehmer nicht an. So gesehen deckt sich die Obliegenheit gemäß § 545 Abs. 1 BGB mit dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10e AGB-Gesetz: Beide Obliegenheiten knüpfen an Selbstverständliches an; sie dienen dem wohlverstandenen Interesse des Vermieters bzw. des Verkäufers, vor weiteren Schäden geschützt zu werden, die sich – als Folge eines nicht angezeigten Mangels – beim weiteren Gebrauch der Sache ergeben können.

Daraus könnte man den Schluß ableiten, daß die Überwälzung der Untersuchungs- und Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligt, weil die Pflichten auferlegt werden, die wesentlich weiter gehen als in § 545 Abs. 1 BGB normiert.

aa) Die Kenntnis des Leasingnehmers von der Kaufmannseigenschaft des Leasinggebers

Der BGH⁵⁴ hat indessen die Frage aufgeworfen, ob der Ausschluß der Mängelansprüche gemäß § 377 Abs. 2 HGB – wegen nicht rechtzeitiger Rüge der aufgetretenen Mängel durch den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer – nicht daran scheitern könnte, daß der Leasingnehmer von der Kaufmannseigenschaft des Leasinggebers und dessen Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge Kenntnis hatte oder hiervon Kenntnis haben mußte. Logisch gewertet kann diese Fragestellung zum einen so verstanden werden, daß die entsprechende Kenntnis des Leasingnehmers gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf das Rügeerfordernis gemäß §§ 377, 378 HGB. Dieser Schluß verbietet sich jedoch aus zwei Gesichtspunkten: Erstens kommt es im Zusammenhang mit der Schutzfunktion der §§ 377, 378 HGB ausschließlich auf die Person des Lieferanten des Leasingguts, nicht aber auf die des Leasinggebers an, weil dieser gegenüber dem Leasingnehmer nicht als Verkäufer auftritt. Zweitens spricht gegen diese Konstruktion, daß nicht nur der Leasingnehmer Kenntnis davon hat, daß der Leasinggeber Kaufmann ist und deshalb den Obliegenheiten zur unverzüglichen Mängelrüge unterliegt; vielmehr weiß ja auch der Leasinggeber, daß der Leasingnehmer als sein Vertragspartner ein Nicht-Kaufmann ist, der seinerseits – ohne besondere Pflichtdelegation – nicht zur unverzüglichen

54 BGH, BB 1990 S. 510 (512).



Leasing und Finanzierung aus einer Hand

Die Finanzierung Ihrer Investitionsgüter...

Um Investitionen auf eine solide, überschaubare und kalkulierbare Finanzierungsbasis zu stellen, bedarf es umfangreicher Erfahrungen, speziellen Know-hows und kompetenter Beratung. Das erfordert Finanzierungsfachleute, die gemeinsam mit Ihnen die objektiv sinnvollste Finanzierungsalternative für die sichere Zukunft Ihres Unternehmens erarbeiten.

**kann das Aaah...!
oder Oooh...! sein.**



HANSEATISCHE
LEASING GMBH

Paulstraße 12 · Postfach 10 29 02
2000 Hamburg 1
Telefon 040/30 20 03-0
Teletex 402 216 · Telefax 302 003 21



HANSEATISCHE
INVESTITIONS-BANK
GMBH

Paulstraße 12 · Postfach 10 29 28
2000 Hamburg 1
Telefon 040/30 20 03 20
Teletex 402 216 · Telefax 302 003 21

Vertreten in Düsseldorf, Frankfurt, München, Stuttgart.

Sprechen Sie mit uns. Aktuelle Informationsunterlagen
halten wir abrufbereit zu Ihrer Verfügung.

040/30 20 03-0



chen Mängelrüge gemäß §§ 377, 378 HGB verpflichtet ist.

Andererseits kann der Hinweis des BGH⁵⁵ auf die Kenntnis des Leasingnehmers von der Kaufmannseigenschaft des Leasinggebers und dessen Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge auch dahin verstanden werden, daß dieser Sachverhalt – für sich allein genommen – geeignet ist, die Überwälzung der Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377, 378 HGB – trotz der mietvertraglichen Norm des § 545 Abs. 1 BGB – nicht als unangemessene Benachteiligung des nicht-kaufmännischen Leasingnehmers zu qualifizieren. Dies wäre unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – unter besonderer Beachtung der erheblichen Belastungen, die sich für den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer aus den Obliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB im Vergleich zur Obliegenheit gemäß § 545 Abs. 1 BGB ergeben – freilich nur dann hinzunehmen, wenn der Leasinggeber auf andere Weise nicht in der Lage wäre, seine Interessen gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts angemessen zu schützen und sicherzustellen, daß etwaige Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB dem Leasingnehmer verbleiben. Wie aber an anderer Stelle gezeigt⁵⁶, ist der Leasinggeber – auch unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – durchaus in der Lage, in seinen *Beschaffungsverträgen* mit den jeweiligen Lieferanten sicherzustellen, daß dieser auf die Rügeerfordernisse gemäß §§ 377, 378 HGB insoweit verzichtet, als der Leasingvertrag mit einem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer abgeschlossen wird.

Die Richtigkeit dieser Erwägung wird auch durch den Hinweis auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Leasingnehmers als Nicht-Kaufmann, wie sie sich aus den §§ 9 ff. AGB-Gesetz ergibt, unterstrichen: Würde nämlich der Leasingnehmer unmittelbar das Leasinggut vom Lieferanten erwerben, so könnte der Leasingnehmer den Schutz des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz in Anspruch nehmen. Genau das gleiche Ergebnis wird jedoch erreicht, wenn nunmehr – wie vorgeschlagen – der Leasinggeber in seinen Einkaufs-AGB die Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB abbedingt. Daraus kann der Lieferant des Leasingguts – trotz Geltung der §§ 343, 377, 378 HGB – keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz ableiten, weil er letzten Endes – allerdings: im Rahmen des dem Leasingvertrag vorangehenden Beschaffungsvertrages – genauso gestellt wird, wie er stünde, wenn anstelle

des Leasingvertrages ein unmittelbares Erwerbsgeschäft zwischen ihm und dem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer abgeschlossen worden wäre. Die „Benachteiligung“ des Leasinggebers liegt also ausschließlich darin, daß an ihn die Forderung gestellt wird, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts Einkaufs-AGB zu verwenden, welche sicherstellen, daß die Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB abbedungen werden. Dies ist jedoch dem Leasinggeber ohne weiteres zuzumuten. Verglichen mit der dem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer – in den Leasing-AGB – überwälzten Rügelast gemäß §§ 377, 378 HGB wirkt diese an den Leasinggeber gerichtete Forderung ungleich weniger schwer. Sie ist also zu bevorzugen. Deshalb ist die in Leasing-AGB durchgeführte Überwälzung der Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB auf den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden.

bb) Anspruch aus positiver Vertragsverletzung

Darüber hinaus erwägt der BGH⁵⁷ den Gedanken, ob der Leasingnehmer bei Ausschluß der Mängelansprüche gemäß § 377 Abs. 2 HGB – durch Versäumung der rechtzeitigen Rügeobliegenheit – nicht dadurch geschützt werden kann, daß ihm ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gegenüber dem Leasinggeber auf Schadensersatz zuerkannt wird. Wie dieser Anspruch dogmatisch begründet wird, läßt der BGH allerdings offen. Möglicherweise schwebt dem BGH vor, eine Parallele zum Streckengeschäft gemäß §§ 377, 378 HGB zu ziehen. Danach ist der Käufer nämlich gehalten, gegenüber seinem Abkäufer sicherzustellen, daß dieser unverzüglich seinen Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB nachkommt⁵⁸. Unterläßt er dies und versäumt demzufolge sein Abkäufer die rechtzeitige Erfüllung der Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB, so kann sich der Verkäufer auf die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB mit Erfolg berufen. Allerdings bleibt der Käufer seinerseits gegenüber dem Abkäufer gemäß §§ 459 ff. BGB gewährleistungspflichtig, sofern der Abkäufer seinerseits den Rügeverpflichtungen gemäß §§ 377, 378 HGB rechtzeitig nachkommt.

Diese Konstellation ist jedoch beim Leasingvertrag versperrt, weil der als a-typischer Mietvertrag zu klassifizierende Leasingvertrag seinerseits kein Handelskauf im Sinn von § 377 Abs. 1 HGB ist. Gerade unter dieser Perspektive aber ist entscheidend, daß die Nichtüberwälzung der Rügeobliegenheiten – bezogen auf das Vertragsverhältnis

zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer – nur dann eine dem Leasinggeber zuzurechnende Pflichtverletzung darstellt, wenn zuvor geklärt ist, ob überhaupt die Delegation der Pflichten unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam ist. Dies freilich wurde hier verneint. Daraus folgt zwingend, daß der Leasingnehmer keinen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gegenüber dem Leasinggeber geltend machen kann, wenn dieser – gleichgültig, aus welchen Gründen – es verabsäumt, in den Leasing-AGB sicherzustellen, daß die Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB durch den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts rechtzeitig erfüllt werden. Deshalb trägt der vom BGH angeführte Gedanke, die Schutzbedürftigkeit des Leasingnehmers mit Hilfe eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung zu erreichen, nicht.

2. § 377 Abs. 2 HGB – Schicksal des Leasingvertrages

Kommt man also unter Berücksichtigung der Ausgangswertung des BGH⁵⁹ zu dem Resultat, daß zum einen der nicht-kaufmännische Leasingnehmer Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist, um rechtzeitig die dem Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts obliegenden Rügeverpflichtungen gemäß §§ 377, 378 HGB zu erfüllen, und daß zum anderen mit den Leasing-AGB eine wirksame Überwälzung der Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB nicht erreicht werden kann, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, daß der Lieferant des Leasingguts – unter Berufung auf § 377 Abs. 2 HGB – die Durchführung etwaiger Gewährleistungsverpflichtungen verweigert. Diese Frage stellt sich – das sei unterstrichen – natürlich nur dann, wenn der Leasinggeber seinerseits verabsäumt hat, in seinen Einkaufs-AGB – wie hier vorgeschlagen – die Rügeobliegenheiten der §§ 377, 378 HGB insoweit auszuschalten, als der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist. Kommt es jedoch zur Anwendung von § 377 Abs. 2 HGB, dann ist die unvermeidbare Konsequenz: Der nicht-kaufmännische Leasingnehmer ist – trotz der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ – rechtlos gestellt, weil ihm dann gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts keine Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB zustehen. Diese Fälle aber müssen dann ge-

55 BGH, a. a. O.

56 Graf von Westphalen, BB 1990 S. 1 (7).

57 BGH, BB 1990 S. 510 (512).

58 Brüggemann, in: RGRK-HGB, § 377 Rdnr. 111.

59 BGH, BB 1990 S. 510.

nauso behandelt werden, wie diejenigen, in denen die dem Leasingnehmer abgetretene Gewährleistungsregelung ihrerseits an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitert⁶⁰.

Hier wie dort ist entscheidend: Dem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer stehen dann im Fall eines Mangels des Leasinggebers keine seine Rechte schützenden Gewährleistungsansprüche zur Verfügung, so daß die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers unmittelbar gemäß §§ 537 ff. BGB zum Zuge gelangt. Der Leasinggeber hat es ja stets in der Hand, den Eintritt dieses Resultats zu verhindern, sei es durch zutreffende Gestaltung der Leasing-AGB, sei es durch Einbeziehung von Einkaufs-AGB in dem Beschaffungs-Vertrag mit dem Lieferanten des Leasingguts: Die Leasing-AGB ihrerseits sind freilich nur dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam, wenn

sie sicherstellen, daß die Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers dem Leasingnehmer zugute kommen, einschließlich des Rechts, Wandelung des Kaufvertrages zu verlangen⁶¹. In den Einkaufs-AGB des Leasinggebers muß dann seinerseits gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts sichergestellt werden, daß die Mängeluntersuchungs- und Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB als Voraussetzung der Gewährleistungshaftung des Lieferanten gemäß §§ 459 ff. BGB abbedungen sind.

Selbstverständlich darf hierbei nicht übersehen werden, daß die gleichen Gesichtspunkte auch im Rahmen eines Werklieferungsvertrages über eine nicht vertretbare Sache gemäß § 381 Abs. 2 HGB gelten. Würde man deshalb in den Einkaufs-AGB lediglich auf das Vorliegen eines Kaufvertrages abstellen, nicht aber auch den Werklieferungsvertrag

einbeziehen, so würde die Regelung – wegen Vernachlässigung von § 381 Abs. 2 HGB – zu kurz greifen.

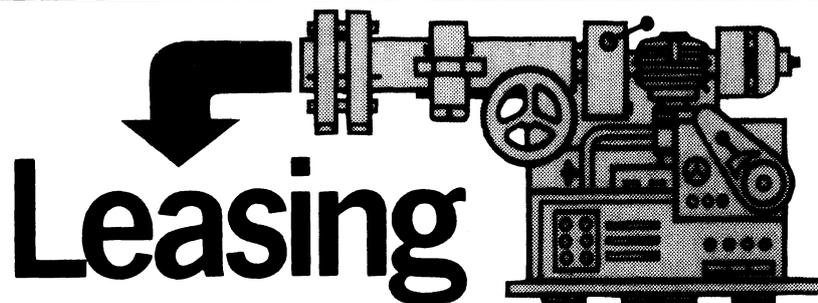
3. Kontrollüberlegung

Der BGH hat festgestellt, daß die Ausstellung der Abnahme- oder Übernahmebestätigung in rechtlicher Hinsicht lediglich als Quittung zu qualifizieren ist, die dem Leasingnehmer den Gegenteilbeweis offen läßt⁶². Notwendigerweise ist aber die Ausstellung einer derartigen Bestätigung davon abhängig, daß zuvor eine Untersuchung des Leasingguts stattgefunden hat; viele Übernahme- und Abnahmebestätigungen, die in der Leasingbranche verwendet

60 BGH, BB 1987 S. 926.

61 BGH, WM 1981 S. 1219; BGH, WM 1986 S. 591.

62 BGH, NJW 1988 S. 198; BGH, WM 1989 S. 1574.



- Sie wollen in Ihren Maschinen- oder Fuhrpark investieren, ohne Eigenmittel zu binden?
- Sie wollen mit festen Kosten kalkulieren und alle Einsparungsmöglichkeiten ausschöpfen?
- Sie wollen mit den Geldern zahlen, die Sie durch Ihre Investition verdienen?

● ● ● mehr als nur eine Finanzierungsform

Leasing ist ein Instrument modernen Investitionsmanagements. Dazu brauchen Sie einen erfahrenen Partner, der sich an Ihren Erfolgsfaktoren orientiert. Der Ihnen von zahlreichen Vertragsvarianten das haargenau passende Modell vorschlägt. Mit günstigen Konditionen und professioneller Unterstützung machen wir Ihr Vorhaben zukunftssicher.



**FRANKFURTER
KREDITBANK**

Frankfurter Kreditbank GmbH
Frankfurter Leasing GmbH

- Gesellschaften der BHF-BANK-Gruppe -

Sprechen Sie mit unserem Kundenberater:

Theodor-Heuss-Allee 80, 6000 Frankfurt 97, Telefon (069) 795 03-0.
Geschäftsstellen: Berlin (030) 8 82 63 56; Bremen (04 21) 32 02 13; Dortmund (02 31) 14 44 35;
Düsseldorf (02 11) 167 01-0; Frankfurt (069) 795 03-0; Hamburg (040) 22 70 15-0;
Hannover (05 11) 8 70 02-0; Kassel (05 61) 10 34 51; Mannheim (06 21) 44 10 61; München (089)
6 25 04-0; Saarbrücken (06 81) 3 96 45; Stuttgart (07 11) 2 29 07-0.

Mehr an Leistung und Beratung.

Ihr Erfolg wird fortgesetzt



Investieren Sie mit einem II-Leasingvertrag

Unser Angebot – Standard- und maßgeschneiderte Leasing-Verträge für mobile Wirtschaftsgüter, insbesondere **Kraftfahrzeuge, Produktions- und Büromaschinen**, sowie umfassende Dienstleistungen.

II. Investitionsgüter Leasing
 Gratzmüllerstraße 1
 8900 Augsburg 1
 Telefon 08 21/5100 77

werden, stipulieren deshalb ausdrücklich diese Verpflichtung. Aus diesem Grundgedanken aber folgt – gleichsam als Kontrollüberlegung formuliert: Würde man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – den Leasinggeber für berechtigt halten, in den Leasing-AGB sicherzustellen, daß der nicht-kaufmännische Leasingnehmer den Untersuchungs- und Rügeobligationen gemäß §§ 377, 378 HGB ungekürzt nachkommt, so wären Mängelansprüche gemäß § 377 Abs. 2 HGB zwingend ausgeschlossen, sofern die Untersuchung nicht unverzüglich durchgeführt und ein Mangel im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB nicht unverzüglich bei Ausstellung der Abnahme- oder Übernahmebescheinigung gerügt worden wäre.

Soweit die vom Leasingnehmer ausgestellte Übernahme- oder Abnahmebescheinigung unzutreffend ist, wären dann die Rechte des Leasingnehmers nur dann erhalten, wenn er seinerseits geltend machen könnte, es handele sich um einen versteckten Mangel im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB, der seinerseits begrifflich – aber auch systematisch – voraussetzt, daß eine ordnungsgemäße Mängeluntersuchung unverzüglich nach Ablieferung durchgeführt wurde⁶³. Mit der Funktion einer Quittung hat dieses Ergebnis freilich nichts mehr gemein, weil die Beweisregelung von § 368 BGB durchaus dem Leasingnehmer den Nachweis gestattet, daß die früher abgegebene Erklärung unrichtig war⁶⁴. Und auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB wäre dem Leasingnehmer – entgegen dem BGH-Urteil vom 5. 7. 1989⁶⁵ – abgeschnitten, weil das Alles- oder Nichts-Prinzip des § 377 Abs. 2 HGB uneingeschränkt davon ausgeht, daß die gelieferte Ware – trotz vorhandener Mängel – als genehmigt „gilt“.

Dieser Gedanke zeigt also, daß der BGH Anlaß hätte, die Qualifizierung von Abnahme- und Übernahmebestätigungen, wie sie in der Leasingbranche üblich sind, zu revidieren, wenn er zu dem Ergebnis gelangen würde, daß es in Leasing-AGB mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar ist, die kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobligationen gemäß §§ 377, 378 HGB auf den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer zu überwälzen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß zahlreiche in der Leasingbranche übliche Abnahme- und Übernahmebestätigungen tatbestandlich eine Untersuchung voraussetzen oder doch zumindest – verbal und textlich davon ausgehen –, daß der Leasingnehmer seinerseits eine Untersuchung des Leasingguts durchführt. Wenn aber der BGH⁶⁶ die Risiken aus einer unzutreffenden Abnahme- oder Übernahmebestätigung nicht auf den Leasinggeber überwälzt, so gilt dies nicht minder, wenn es jetzt darum geht, dem Leasinggeber in Leasing-AGB den Weg abzuschneiden, die kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflichten der §§ 377, 378 HGB auf den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer zu überwälzen, ohne dies an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitern zu lassen. Denn wenn die Abnahme- oder Übernahmebestätigung ihrerseits kein Schuldanerkenntnis im Sinn von § 781 BGB ist⁶⁷, so ist es nur konsequent, die auf das gleiche Resultat zielende Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB vom nicht-kaufmännischen Leasingnehmer abzuwenden.

III. Zusammenfassung

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 24. 1. 1990⁶⁸ festgestellt, daß sich der Leasinggeber des Leasingnehmers als Erfüllungsgehilfe bedient, um die

gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts gemäß §§ 377, 378 HGB geschuldete Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht zu erfüllen. Unter Berücksichtigung von § 377 Abs. 2 HGB hat der BGH offengelassen, in welcher Weise der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber angemessen geschützt wird, wenn und soweit der Lieferant des Leasingguts erfolgreich den Einwand verspäteter Mängelrüge gemäß § 377 Abs. 2 HGB erhebt. Wägt man die einzelnen vom BGH in Betracht gezogenen Alternativen⁶⁹, so entspricht lediglich das Ergebnis den Anforderungen der Gerechtigkeit und dem wohlverstandenen Schutzbedürfnis des nicht-kaufmännischen Leasingnehmers: Es ist dem Leasinggeber verwehrt, in den Leasing-AGB die Mängeluntersuchungs- und Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB auf den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer zu überwälzen, weil diese Verpflichtung wesentlich einschneidender – vgl. § 377 Abs. 2 HGB – ist als die mietvertragliche Obliegenheit gemäß § 545 Abs. 1 BGB. Diese Norm reflektiert die angemessene Risikoverteilung in einem Leasingvertrag, der zwischen einem kaufmännischen Leasinggeber und einem nicht-kaufmännischen Leasingnehmer abgeschlossen wird. Daher ist es mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht vereinbar, daß der Leasinggeber in seinen Leasing-AGB den nicht-kaufmännischen Leasingnehmer mit der Erfüllung der Mängeluntersuchungs- und Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB belastet. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, daß es dem Leasinggeber ohne weiteres möglich ist, in den Einkaufs-AGB sicherzustellen, daß der Lieferant auf die Erfüllung der Mängeluntersuchungs- und Rügeobligationen gemäß §§ 377, 378 HGB verzichtet, als der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist. Der Lieferant wird durch eine solche Vertragsgestaltung deswegen nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligt, weil er seinerseits – und dies ist leasingtypisch – Kenntnis davon hat, daß der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist; denn die geschäftlichen Vorkontakte vollziehen sich stets im Verhältnis zwischen dem Lieferanten des Leasingguts und dem Leasingnehmer.

63 *Baumbach/Duden/Hopt*, § 377 Anm. 4 B.

64 *BGH*, WM 1987 S. 1131 (1133).

65 *BGH*, WM 1989 S. 1574.

66 *BGH*, WM 1987 S. 1131 (1134) – BB 1987 S. 1972.

67 *BGH*, a. a. O.

68 *BGH*, BB 1990 S. 510.

69 *BGH*, BB 1990 S. 510 (512).