

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Lieferanten – ein Risiko des Leasinggebers

In seiner neuen Entscheidung vom 9. 10. 1985 – VIII ZR 217/84, ZIP 1985, 1398 setzt der BGH seine Judikatur konsequent fort, die mit dem Urteil vom 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84, ZIP 1985, 935 ihren Anfang genommen hatte: Nicht nur, daß der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen des als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers handelnden Lieferanten eintreten muß, ist entscheidend; viel wichtiger ist nunmehr: bei Leistungsunfähigkeit oder Leistungsumwilligkeit des Lieferanten des Leasingguts stehen dem Leasinggeber keine Ansprüche auf Ersatz von Bereitstellungsprovision und Nichtabnahmeentschädigung gegenüber der refinanzierenden Bank zu. Daraus ergeben sich weitreichende praktische Konsequenzen. Diese darzulegen ist Ziel der Abhandlung.

I. Die BGH-Entscheidung vom 9. 10. 1985 – VIII ZR 217/84¹⁾

1. Der dogmatische Ausgangspunkt

Es ist von ganz weitreichender Bedeutung, daß der BGH in dieser Entscheidung seine bisherige Judikatur bestätigt hat, wonach Verträge im Bereich des Finanzierungsleasing „in erster Linie“²⁾ nach den Bestimmungen der §§ 535 ff BGB zu beurteilen sind. Gleiches hatte der BGH bereits in früheren Entscheidungen³⁾ zum Ausdruck gebracht. Allerdings hatte er, worauf hinzuweisen ist, in seiner Entscheidung vom 28. 10. 1981⁴⁾ von dem „Grundgedanken des Leasingvertrages“ gesprochen, und zwar „als eines auf den Austausch wechselseitiger Leistungen gerichteten Gebrauchsüberlassungsvertrages“⁵⁾. Darin konnte man einen ersten Ansatzpunkt dafür finden, daß der BGH – möglicherweise – von der mietvertraglichen Klassifizierung des Finanzierungsleasing abrücken würde, zumal er in der nachfolgenden Entscheidung vom 2. 12. 1981⁶⁾ die Formulierung aufgriff, daß es sich bei diesem Vertragstypus nicht um einen „reinen Mietvertrag“ handelt, „sondern um einen Leasingvertrag in der Form des Finanzierungs-Leasing“, was dann in der BGH-Entscheidung vom 31. 3. 1982⁷⁾ dezidiert als „Leitbild des Leasingvertrages“⁸⁾ apostrophiert wird. Freilich darf dabei nicht übersehen werden, daß der BGH in seinem Urteil vom 2. 12. 1981⁹⁾ zwar die Eigenständigkeit des Finanzierungs-Leasing unterstrich, aber – bezogen auf dessen typologische Einordnung – hervorhob, auf diesen Vertrag fände „grundsätzlich Mietvertragsrecht“¹⁰⁾ Anwendung. So gesehen liegt also, zieht man eine Summe, keineswegs ein Widerspruch in der Präjudizienkette der BGH-Judikatur vor, sondern eine konsequente Fortentwicklung, die nunmehr aufgrund der Entscheidung vom 9. 10. 1985¹¹⁾ ihren definitiven Abschluß gefunden hat.

Denn der BGH grenzt seine Auffassung gegenüber der in der Literatur vertretenen abweichenden Ansicht überdeutlich ab. Die Ansichten von *Canaris*¹²⁾ und von *Lieb*¹³⁾ hatten schon in der BGH-Entscheidung vom 27. 2. 1985¹⁴⁾ keine Gefolgschaft gefunden; allerdings handelte es sich dort um eine Spezialfrage, nämlich darum, ob der Leasinggeber an eine Wandelungsvereinbarung gebunden ist, die zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten des Leasingguts einverständlich (nicht kollusiv) getroffen wird. Dies war zu bejahen. Denn die „Benutzbar-

keit der Leasingsache“ darf nicht „völlig vom Bestand und vom Verlauf des Leasingvertrages gelöst“¹⁵⁾ werden. „Andernfalls stünde der Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten kein Vertragspartner mit äquivalenten Gegenleistungspflichten gegenüber.“¹⁶⁾ Deshalb liegt in der – leasingtypischen – Vertragskonstruktion, daß sich der Leasinggeber formelmäßig von der mietvertraglichen Eigenhaftung freizeichnet, um statt dessen dem Leasingnehmer die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche – einschließlich des Wandelungsrechts – abzutreten, keine „Risikozuweisung“¹⁷⁾, derzufolge der Leasingnehmer auch dann zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet bleibt, wenn die Wandelung zwischen Lieferant und Leasingnehmer erklärt und vollzogen worden ist¹⁸⁾.

Nunmehr aber weist der BGH – ganz generell – die Gegenansicht von *Canaris*¹⁹⁾ zurück, der sich ja auch verschiedene andere Autoren inzwischen angeschlossen hatten²⁰⁾. Alle finden sie in dem Typus des Finanzierungsleasingvertrages geschäftsbesorgungsähnliche Elemente, verkörpert durch die Kategorie des Handelns für fremde Rechnung. Danach ist der Finanzierungsleasingvertrag ein gemischt-typischer Vertrag mit kommissions-, darlehens-, verwaltungs-, treuhand- und gegebenenfalls optionsrechtlichen Elementen.²¹⁾ Der BGH tritt dieser Kategorisierung entgegen, indem er zu Recht auf die „nicht nur formale und vorübergehende, sondern sachliche und dauernde Zuordnung des Leasinggegenstandes zum Vermögen des Leasinggebers“²²⁾ hinweist. In der Sache ist damit zutreffenderweise auch auf die steuerrechtlichen Prämissen verwiesen worden, die das erlaßkonforme Leasing charakterisieren²³⁾: Eben wegen der „sachli-

1) BGH ZIP 1985, 1398.

2) BGHZ 68, 118, 123; BGH ZIP 1981, 1215, 1219 m. Anm. Graf v. Westphalen.

3) Vgl. auch BGH WM 1977, 473, 476; BGH WM 1978, 570, 572.

4) BGH ZIP 1982, 67.

5) BGH ZIP 1982, 67, 70.

6) BGH ZIP 1982, 186, 187 = WM 1982, 151, 152.

7) BGH ZIP 1982, 700.

8) BGH ZIP 1982, 700, 701.

9) BGH ZIP 1982, 186, 187 = WM 1982, 151, 152.

10) BGH ZIP 1982, 186, 187 = WM 1982, 151, 152.

11) BGH ZIP 1985, 1398.

12) *Canaris*, NJW 1982, 305.

13) *Lieb*, JZ 1982, 561.

14) BGH ZIP 1985, 546 – EWiR § 537 BGB 3/85, 273 (Graf v. Westphalen).

15) BGH ZIP 1985, 546, 547.

16) BGH ZIP 1985, 546, 547.

17) BGH ZIP 1985, 546, 547.

18) BGH ZIP 1985, 546, 547.

19) *Canaris*, NJW 1982, 305.

20) Vgl. auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Bearb., Rz. 1710 ff, 1718 ff; *Ulmer/Schmidt*, DB 1983, 2558; *Stolterfoht*, Münchener Vertragshandbuch II, Formular II.1 Anm. 12; *Palandt/Putzo*, BGB, 44. Aufl., vor § 535 Anm. 4 c aa.

21) Vgl. auch *Graf v. Westphalen*, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rz. 64 ff.

22) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

23) BGH ZIP 1985, 1398, 1399; vgl. auch *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 82 ff.

chen und dauernden Zuordnung des Leasinggegenstandes zum Vermögen des Leasinggebers²⁴⁾ ist dieser rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts; sein bürgerlichrechtlicher Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB hat – unter Beachtung wirtschaftlicher Kategorien – durchaus einen eigenständigen, selbständigen Wert, so daß der Leasinggeber berechtigt ist, das Leasinggut als Anlagevermögen gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu aktivieren²⁵⁾.

Ohne sich ausdrücklich mit der Auffassung von *Klamroth*²⁶⁾, *Ziganke*²⁷⁾ und *Seifert*²⁸⁾ – in diesem Zusammenhang wäre auch *Bernstein*²⁹⁾ zu erwähnen gewesen – auseinanderzusetzen, weist der BGH auch die von diesen Autoren vertretene Auffassung zurück³⁰⁾: Nach diesen Autoren ist der Finanzierungsleasingvertrag ein Vertrag eigener Art; ein unmittelbarer Rückgriff auf die mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff BGB scheidet aus. Ansatzpunkt für die Inhaltskontrolle von Leasing-AGB ist deshalb nicht § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, sondern § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG – bezogen auf die „Natur“ des Leasingvertrages. Letztlich aber erweist sich die Argumentation von *Wolf*³¹⁾ als zielführend: Wenn man den Finanzierungsleasingvertrag als einen Vertrag sui generis qualifiziert, so verweigert man die Auskunft auf die Frage, auf welche Normen des dispositiven Rechts denn zurückgegriffen werden kann und darf, wenn und soweit Lückenausfüllung oder ergänzende Vertragsauslegung i. S. d. §§ 133, 157 BGB erforderlich ist. Und vor allem bleibt die Frage ohne zureichende Antwort, unter welchen Voraussetzungen dann eine AGB-Klausel in einem Finanzierungsleasingvertrag als überraschend gem. § 3 AGBG oder als unangemessen gem. § 9 AGBG zu klassifizieren wäre, verbunden schließlich mit der weiteren – ungelösten – Frage, ob im Konkurs des Leasingnehmers auf § 17 KO oder auf § 19 KO zurückzugreifen wäre³²⁾.

Die Entwicklung der BGH-Judikatur ist also an diesem Punkt zu einem Abschluß gekommen; die Praxis wird sich danach ausrichten müssen: Finanzierungsleasingverträge sind „in erster Linie“ Mietverträge i. S. d. §§ 535 ff BGB³³⁾. Für die richterliche Inhaltskontrolle von Leasing-AGB hat dies unmittelbare Relevanz, weil immer dann auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG rekurriert werden kann, soweit – trotz Verwendung von Leasing-AGB – auf die Bestimmungen des dispositiven Rechts gem. §§ 535 ff BGB zurückgegriffen werden kann.

2. Die „Hauptpflicht“ des Leasinggebers

Aus der mietvertraglichen Kategorisierung des Finanzierungsleasing folgt zwingend die weitere Erkenntnis des BGH: „Nach dem von beiden Vertragspartnern verfolgten Vertragszweck [bildet] Sacherwerb durch den Leasinggeber und Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer den zentralen Vertragsinhalt, und die Verschaffung einer mangelfreien Sache [ist] damit eine Hauptpflicht des Leasinggebers.“³⁴⁾ Damit sind die Würfel gefallen; die aus dieser Prämisse abgeleiteten Konsequenzen liegen auf der Hand:

2.1 Das Äquivalenzprinzip

In dem vom BGH am 9. 10. 1985 judizierten Sachverhalt hatte der Lieferant des Leasingguts dem Leasinggeber und Leasingnehmer gleichzeitig mitgeteilt, er sei zur Lieferung nicht in der Lage, weil „neue Technologien und damit zusätzliche Erpro-

bungszeiten erforderlich seien“³⁵⁾. Darauf hatte der Leasingnehmer die mit dem Leasinggeber geschlossenen „Mietverträge“ gem. § 542 BGB fristlos gekündigt. Dessen ungeachtet forderte der Leasinggeber – unter Berufung auf eine entsprechende Klausel in seinen Leasing-AGB – Ersatz der Bereitstellungsprovision und der Nichtabnahmeentschädigung, die er gegenüber der refinanzierenden Bank schuldete.

Anerkennt man, daß „Sacherwerb durch den Leasinggeber und Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer den zentralen Vertragsinhalt“ eines Finanzierungsleasingvertrages bilden, dann ist das „für schuldrechtliche gegenseitige Verträge wesentliche Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung“³⁶⁾ auf den Plan gerufen.

So gesehen ist von maßgeblicher Bedeutung, daß der BGH – zur Beurteilung einer AGB-Klausel i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG – nicht auf eine ausdrückliche Regelung des dispositiven Rechts zurückgreift. Denn im Mietrecht der §§ 535 ff BGB findet sich keine dispositive Bestimmung, welche Vertragspartei bereits entstandene Kosten des Vermieters zu tragen hat, wenn die vermietete Sache dem Mieter nicht übergeben werden kann. Doch aus dem „Fehlen“³⁷⁾ einer entsprechenden Regelung des dispositiven Rechts folgert der BGH „einen wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts“³⁸⁾ – ein Gesichtspunkt, der nur unter der Prämisse verstanden werden kann, daß der BGH offensichtlich von einem im wesentlichen geschlossenen Typensystem des BGB ausgeht: Wo Regelungsbedarf besteht, hat der Gesetzgeber durch eine entsprechende Bestimmung im dispositiven Recht Vorsorge getroffen; wo sie aber fehlt, ist keineswegs ein *argumentum e contrario* gestattet. Vorgeschaltet bleibt vielmehr der Rückgriff auf allgemeine „am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtete und auf das betreffende Rechtsgebiet anwendbare Grundsätze“³⁹⁾, wie z. B. das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung.

Dieses läßt sich – allgemein formuliert – dahin umschreiben: be ruft sich eine Partei – schuldbefreiend – auf ein Leistungshindernis, so widerstreitet es dem Prinzip der Äquivalenz von Leistung

24) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

25) Hierzu auch *Hagenmüller/Stoppok*, Leasing-Handbuch, 4. Aufl., 1981, S. 38 ff; *Spittler*, Leasing für die Praxis, S. 79 f.

26) *Klamroth*, BB 1982, 1949.

27) *Ziganke*, BB 1982, 706, 709 f.

28) *Seifert*, DB 1983, Beilage 1, S. 8.

29) *Bernstein*, Der Tatbestand des Mobilien-Finanzierungs-Leasing-Vertrages und seine rechtliche Einordnung als Vertrag „sui generis“, Diss. Frankfurt 1983, S. 133 ff, 149.

30) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

31) *Wolf/Eckert*, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 4. Aufl., Rz. 454; vgl. aber auch *Hagenmüller/Stoppok* (Fußn. 25), S. 14.

32) Hierzu *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 88 ff.

33) Hierzu BGHZ 68, 118, 123; BGH ZIP 1981, 1215, 1219 m. Anm. *Graf v. Westphalen*.

34) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

35) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

36) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

37) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

38) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

39) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

und Gegenleistung, den anderen Vertragsteil gleichwohl zur Gegenleistung ganz oder teilweise durch Formulklauseln zu verpflichten.

2.2 Kein Kostenerstattungsanspruch des Leasinggebers

Fundamental ist die danach folgende Erkenntnis des BGH: „Die Äquivalenz im Leasingvertrag wäre schwer gestört, wenn infolge Nichtbeschaffung der Leasing Sache und damit zugleich Nichterfüllung der dem Leasinggeber obliegenden Hauptpflicht der Gebrauchsgewährung (§§ 535, 536 BGB) zwar der Leasinggeber von allen Verpflichtungen befreit wäre, der Leasingnehmer aber im praktischen Ergebnis einen Teil seiner Gegenleistung (Leasingraten) erbringen müßte.“⁴⁰⁾

Aus diesem Grunde scheidet die dem Leasingnehmer in den Leasing-AGB überwälzte Kostenerstattungspflicht an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Gleichzeitig ist aber damit eine Aussage getroffen, daß das Scheitern des Leasingvertrages nicht in den Risikobereich des Leasingnehmers fällt, weil eben der Sacherwerb des Leasinggebers – auch steuerrechtlich determiniert – den Leasingvertrag beherrscht und weil – mehr noch – eine „Hauptpflicht“⁴¹⁾ des Leasinggebers darin besteht, dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut zur dauerhaften Nutzung zu überlassen. Ist der Lieferant des Leasingguts hierzu nicht bereit oder nicht in der Lage, so scheidet der Leasingvertrag; es realisiert sich dann das typische Geschäftsrisiko des Leasinggebers: etwaige Refinanzierungsaufwendungen sind sein eigenes, nicht auf den Leasingnehmer durch Formulklauseln abwälzbares „Geschäftsrisiko“. Entgegenstehende AGB-Klauseln verstoßen deshalb gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

II. Praktische Schlußfolgerungen

Nachdem die BGH-Entscheidung vom 9. 10. 1985⁴²⁾ den Fall eines Unvermögens – möglicherweise auch den der Unmöglichkeit – auf Seiten des Lieferanten zum Gegenstand hatte, stellt sich nunmehr weiterführend die Frage, welche Rechtsfolgen dann eintreten, wenn der Lieferant des Leasingguts mit der Lieferung in Verzug ist, so daß der Leasingnehmer Rechte aus den §§ 286, 326 BGB reklamiert.

1. Verzugsvoraussetzungen

Gerade weil der BGH den „Vertragszweck“ des Finanzierungsleasing in „Sacherwerb durch den Leasinggeber und Gebrauchsgewährung an den Leasingnehmer“⁴³⁾ sieht, so daß die „Verschaffung einer mangelfreien Sache damit eine Hauptpflicht des Leasinggebers ist“⁴⁴⁾, liegen die praktischen Konsequenzen auf der Hand: Der Lieferant des Leasingguts ist – bezogen auf die „Hauptpflicht des Leasinggebers“⁴⁵⁾ – dessen Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB.

Verschiedentlich ist in der Literatur⁴⁶⁾ die Meinung vertreten worden, der Leasinggeber sei lediglich gegenüber dem Leasingnehmer verpflichtet, dafür einzustehen, daß mit dem Lieferanten des Leasingguts ein Kauf- oder Werkvertrag rechtzeitig abgeschlossen und daß der jeweilige Preis rechtzeitig ausbezahlt werde. Ersichtlich wird damit der Finanzierungsaspekt des Finanzierungs-Leasingvertrages in den Vordergrund der Betrachtung gerückt. Doch diese Auffassung ist jetzt – aufgrund der BGH-Entscheidung vom 9. 10. 1985⁴⁷⁾ – nicht mehr haltbar: Die auf

„Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer“⁴⁸⁾ zielende „Hauptpflicht des Leasinggebers“⁴⁹⁾ ist eben qualitativ und inhaltlich eine andere als die – vorgeschaltete – Verpflichtung des Leasinggebers, rechtzeitig mit dem Lieferanten des Leasingguts zu kontrahieren, um die Sachnutzung des Leasingnehmers zu ermöglichen.

Aus dieser „Hauptpflicht des Leasinggebers“⁵⁰⁾, unbedingt für die „Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer“⁵¹⁾ Sorge zu tragen, folgt zwingend, daß der Lieferant des Leasingguts *in jedem Fall* Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers i. S. v. § 278 BGB ist: Zwar erfüllt der Lieferant des Leasingguts – nach Abschluß des Kauf- oder Werkvertrages mit dem Leasinggeber – auch eine eigene Verpflichtung gegenüber diesem; doch folgt daraus nicht, daß die Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenschaft gem. § 278 BGB nicht vorliegen. Anerkannt ist nämlich⁵²⁾, daß auch derjenige Erfüllungsgehilfe des Schuldners gem. § 278 BGB sein kann, der zwar eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, gleichzeitig aber bei der Erfüllung der Schuldnerverbindlichkeit mitwirkt. Daraus resultiert: auch wenn der Lieferant des Leasingguts gegenüber dem Leasinggeber eine Eigenverbindlichkeit erfüllt, so wirkt er gleichzeitig – durch Lieferung des Leasingguts an den Leasingnehmer – daran mit, daß der Leasinggeber in der Lage ist, seine „Hauptpflicht“⁵³⁾ zu erfüllen. Notwendigerweise vollzieht sich deshalb auch die Lieferung des Leasingguts unmittelbar an den Leasingnehmer. Zur Konsequenz hat dies, daß der Leasingnehmer – bezogen auf die Abnahmeverpflichtung – Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB ist.⁵⁴⁾

Diese Qualifikation gilt unabhängig davon, wie die Vertragsverhandlungen zwischen Lieferant des Leasingguts einerseits und Leasingnehmer andererseits zu bewerten sind; insbesondere ist es irrelevant, ob der Lieferant des Leasingguts – auch in bezug auf die vorvertraglichen Verhandlungen – als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB zu qualifizieren ist.⁵⁵⁾ Denn die Vorphase des Leasingvertrages mag sich – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – so oder anders darstellen; in jedem Fall aber kann der Leasinggeber seine „Hauptpflicht“⁵⁶⁾ nur in der Weise erfüllen, daß er sich des Lieferanten des Leasingguts

40) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

41) BGH ZIP 1981, 1215, 1219; BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

42) BGH ZIP 1985, 1398.

43) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

44) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

45) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

46) Insbesondere *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II, 1983, S. 457 bei Fußn. 2; *Coester-Waltjen*, JurA 1980, 186.

47) BGH ZIP 1985, 1398.

48) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

49) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

50) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

51) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

52) Hierzu insbesondere *Erman/Battes*, BGB, 7. Aufl., § 278 Rz. 18; *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 145 f.

53) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

54) BGH WM 1984, 694.

55) Hierzu BGH ZIP 1985, 935; im einzelnen auch *Graf v. Westphalen*, ZIP 1985, 1033.

56) BGH ZIP 1981, 1215, 1219.

bedient, indem der Lieferant auf Geheiß des Leasinggebers das Leasinggut unmittelbar an den Leasingnehmer ausliefert⁵⁷⁾.

Deshalb haftet der Leasinggeber gem. § 278 BGB *zwingend* für jedes Verschulden des Lieferanten des Leasingguts (vgl. § 285 BGB).

2. Verzugsfolgen – Haftungsfreizeichnung des Leasinggebers?

Schon aus § 11 Nr. 8 AGBG folgt, daß der Leasinggeber nicht berechtigt ist, sich gegenüber dem Leasingnehmer von der Haftung freizuzeichnen, die sich aus den §§ 286, 326 BGB ergibt. Dabei ist anerkannt, daß die Schadensersatzhaftung gem. § 286 BGB in AGB nicht wirksam abbedungen werden kann.⁵⁸⁾ Wohl kann sie, wenngleich die Grenzen hier noch nicht feststehen⁵⁹⁾, in wirksamer Weise begrenzt werden.

Dies wirft die – vom BGH bislang noch nicht behandelte – Frage auf, ob der Leasinggeber auch im Hinblick auf die Verzugs haftung berechtigt ist, sich gegenüber dem Leasingnehmer freizuzeichnen, um dem Leasingnehmer – statt dessen – die Ansprüche abzutreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aus dem Lieferverzug zustehen. Dagegen spricht, daß der BGH bislang die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ lediglich im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen des Leasingnehmers behandelt und deren Wirksamkeit davon abhängig gemacht hat, daß dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten – einschließlich des Wandelungsrechts – abgetreten worden sind. Des weiteren ist im Auge zu behalten, daß die Probleme des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“⁶⁰⁾ in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vollzug einer Wandelung im Vordergrund der Thematik standen; in der Sache ging es stets um die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leasingverträge, was auch für die Entscheidung vom 9. 10. 1985⁶¹⁾ zutrifft.

Bei der Problematik des Verzugs des Lieferanten des Leasingguts steht indessen das Interesse des Leasingnehmers im Vordergrund, Ansprüche auf Ersatz des Verzugs Schadens gem. § 286 BGB zu reklamieren. Der Leasingvertrag soll also in Vollzug gesetzt, der Schaden des Leasingnehmers kompensiert werden. Möglicherweise will sogar der Leasingnehmer Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB geltend machen. Schadensersatzsanktionen sind den Gewährleistungsregeln der §§ 459 ff BGB – ausgenommen § 463 Satz 1 BGB – fremd, sieht man einmal von dem Sonderproblem ab, daß der Leasingnehmer wegen Lieferung eines mangelhaften Leasingguts auch Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden aus positiver Forderungsverletzung stellt⁶²⁾.

Ungeachtet dieser schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkte, die beim Verzug des Lieferanten im Vordergrund des Interesses stehen, wird man gleichwohl auch insoweit eine besondere, eigenständige „Abtretungskonstruktion“ nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht beanstanden dürfen, wenn der Leasinggeber dem Leasingnehmer auch die Ansprüche abtritt, die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aus Lieferverzug gem. §§ 286, 326 BGB zustehen. Entscheidend ist hierbei ein Doppeltes: daß der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer eine „Haupt-

pflicht“ in bezug auf die Überlassung eines gebrauchstauglichen/funktionstüchtigen Leasingguts zu erfüllen verpflichtet ist, entstammt der BGH-Entscheidung vom 16. 9. 1981.⁶³⁾ In dieser Entscheidung ging es darum, daß dem Leasingvertrag „von vornherein“⁶⁴⁾ die Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB fehlt, wenn der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelung vollzieht⁶⁵⁾. Unter der Perspektive einer solchen „Hauptpflicht“ des Leasinggebers ist indessen die Rückabwicklung des Leasingvertrages – bildlich gesprochen – der „Katastrophenfall“.

Wenn aber dem Leasinggeber anerkanntermaßen⁶⁶⁾ die Vertragsgestaltungsmöglichkeit an die Hand gegeben ist, sich von der mietvertraglichen Eigenhaftung gem. §§ 535 ff BGB mit der Maßgabe freizuzeichnen, daß er dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche abtritt, die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen, so folgt daraus: in dem minderschweren Fall des Lieferverzuges des Lieferanten muß ein Gleiches gelten; der Rekurs auf die „Hauptpflicht des Leasinggebers“⁶⁷⁾ kann hier nicht ein Mehr erfordern. Das ist der eine Gesichtspunkt.

Der andere: aufgrund der „Abtretungskonstruktion“ steht dem Leasingnehmer die Möglichkeit offen, seinen *Eigenschaden* gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen, weil es anerkannt ist: bei einer Zession beurteilen sich Umfang und Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus der Person des Zessionars, nicht aber aus der des Zedenten.⁶⁸⁾ Zur Konsequenz hat dies: weil der Leasingnehmer danach berechtigt ist, seinen Eigenschaden gegenüber dem Lieferanten gem. §§ 286, 326 BGB zu reklamieren, bleibt der Leasinggeber – notwendigerweise – auf seinem Eigenschaden „sitzen“. Insoweit realisiert sich wiederum ein typisches „Geschäftsrisiko“ des Leasinggebers: Hätte er sich nicht gegenüber dem Leasingnehmer von seiner Eigenhaftung gem. §§ 535 ff BGB freigezeichnet, dann wäre die Regreßkette geschlossen. Der Leasingnehmer würde seinen Eigenschaden gegenüber dem Leasinggeber reklamieren, dieser aber gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts, so daß im Ergebnis der Lieferant des Leasingguts sowohl den Eigenschaden des Leasinggebers als auch den des Leasingnehmers zu kompensieren hätte. Dieser Weg aber ist dem Leasinggeber aufgrund der von ihm gewählten Haftungsfreizeichnung in Verbindung

57) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 145 ff.

58) BGH ZIP 1983, 317; OLG Stuttgart NJW 1981, 1105; OLG Köln ZIP 1982, 1094, 1096.

59) Vgl. *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, AGBG, 2. Aufl., 1983, § 11 Nr. 8 Rz. 22 ff.

60) Grundlegend BGH ZIP 1981, 1215.

61) BGH ZIP 1985, 1398.

62) BGH ZIP 1981, 504 = BB 1981, 815, 816; im einzelnen auch *Rebe/Rebell*, JurA 1978, 544.

63) BGH ZIP 1981, 1215.

64) BGH ZIP 1981, 1215, 1218.

65) BGH ZIP 1981, 1215, 1217.

66) BGH ZIP 1981, 1215; BGH ZIP 1984, 1101; BGH ZIP 1985, 868.

67) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

68) Hierzu MünchKomm-*Emmerich*, BGB, 2. Aufl., § 326 Rz. 15; *Staudinger/Medicus*, BGB, 12. Aufl., § 249 Rz. 184; im übrigen auch BGH NJW 1978, 2148, 2149.

mit der „Abtretungskonstruktion“ versperrt, weil ein einziger Anspruch nicht in der Lage ist, den Schaden von zwei Personen gleichzeitig zu begründen.⁶⁹⁾

Würde aber der Leasinggeber statt der „Abtretungskonstruktion“ die „Ermächtigungskonstruktion“ wählen, indem er den Leasingnehmer ermächtigt, die dem Leasinggeber zustehenden Ansprüche wegen Lieferverzugs gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen, würde dieser Weg von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG versperrt. Denn dann wäre der dem Leasingnehmer gem. § 185 BGB überlassene Anspruch ein solcher des Leasinggebers, so daß der Leasingnehmer lediglich dessen Schaden gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts gem. §§ 286, 326 BGB reklamieren könnte, nicht aber seinen eigenen Schaden. So gesehen würde die Haftungsfreizeichnung des Leasinggebers von seiner „Hauptpflicht“⁷⁰⁾ in vollem Umfang durchschlagen; das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung wäre i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG empfindlich gestört, weil die „Ermächtigungskonstruktion“ in Wirklichkeit nichts anderes ist als „Prozeßhilfe“ des Leasingnehmers zugunsten des Leasinggebers – und dies, wie die Leasing-AGB ausweisen, natürlich „auf Kosten und Risiko des Leasingnehmers“. Demzufolge ist die „Ermächtigungskonstruktion“ gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam, soweit sie darauf abzielt, Schadensersatzansprüche gem. §§ 286, 326 BGB gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zu realisieren.⁷¹⁾

3. Lieferung des Leasingguts – Inkrafttreten des Leasingvertrages

Zahlreiche Leasing-AGB bestimmen, daß der Leasingvertrag erst dann in Kraft tritt, wenn das Leasinggut an den Leasingnehmer geliefert und dieser die Abnahmebestätigung dem Leasinggeber überlassen hat.⁷²⁾ Dadurch erreicht der Leasinggeber, daß ein Verzug des Lieferanten des Leasingguts den Bestand des Leasingvertrages praktisch nicht tangiert. Diese Schlußfolgerung ist jedoch trügerisch.

Geht man nämlich – entsprechend der BGH-Judikatur⁷³⁾ – davon aus, daß der Leasinggeber „Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer“ schuldet und daß deshalb „die Verschaffung einer mangelfreien Sache eine Hauptpflicht des Leasinggebers ist“⁷⁴⁾, so wird damit das Risiko der Lieferfähigkeit und -willigkeit des Lieferanten eindeutig der Risikosphäre des Leasinggebers zugeordnet⁷⁵⁾. Daraus ergeben sich für die Praxis folgende Konsequenzen:

– Ist in dem Leasingvertrag kein „Liefertermin“ für das Leasinggut vorgesehen, so ist die AGB-Klausel, wonach der Leasingvertrag erst dann in Kraft tritt, wenn der Leasingnehmer – nach Lieferung des Leasingguts – seine Abnahmebestätigung an den Leasinggeber gesandt hat, als aufschiebende Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Indessen folgt aus dem Rechtsgedanken des § 162 BGB, daß sich der Leasinggeber nicht mit Erfolg auf den Nicht-Eintritt der Bedingung berufen kann, wenn und soweit der Lieferant des Leasingguts deren Eintritt treuwidrig/pflichtwidrig verweigert.⁷⁶⁾ Jedenfalls im Bereich von Unvermögen oder Unmöglichkeit des Lieferanten des Leasingguts muß der Leasingnehmer in der Lage sein, sich von dem – noch nicht in Kraft getretenen – Leasingvertrag zu befreien; notfalls ist auf § 542 BGB oder auf § 326 BGB zurückzugreifen.

– Ist indessen – und dies ist in der Regel so – zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ein „Liefertermin“ projiziert, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß diese Abrede individualvertraglichen Charakter gem. § 4 AGBG hat. Sie geht deshalb einer AGB-Klausel vor, wonach der Leasingvertrag erst dann in Kraft tritt, wenn der Leasingnehmer nach Erhalt des Leasingguts dessen Abnahme gegenüber dem Leasinggeber schriftlich bestätigt. Unter dieser Voraussetzung kommt es dann entscheidend darauf an, ob sich der Leasinggeber in wirksamer Weise von der mietvertraglichen Eigenhaftung gem. §§ 535, 536 BGB freigezeichnet hat, um dem Leasingnehmer statt dessen die Ansprüche abzutreten, die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aus Lieferverzug gem. §§ 286, 326 BGB zustehen.

– Ist hingegen lediglich ein „Liefertermin“ im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts akkordiert, so stellt sich unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985⁷⁷⁾ die Frage, ob der Lieferant des Leasingguts insoweit – bezogen auf die vorvertraglichen Hinweis- und Aufklärungspflichten – als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB zu qualifizieren ist. Soweit dies zu bejahen ist, kann sich der Leasinggeber nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Lieferant des Leasingguts es pflichtwidrig unterlassen hat, ihn über Absprachen zu informieren, die er mit dem Leasingnehmer vor Abschluß des Leasingvertrages getroffen hatte.

4. Gewährleistungsspezifische Konsequenzen

Es ist von hoher Bedeutung, daß der BGH in seiner Entscheidung vom 16. 9. 1981⁷⁸⁾ den Anspruch des Leasinggebers auf Ersatz der Verwaltungs- und Refinanzierungsaufwendungen mangels „gesetzlicher Anspruchsgrundlage“⁷⁹⁾ abgelehnt hat, so daß der Rückzahlungsanspruch des Leasinggebers – nach vollzogener Wandelung – auf die Erstattung des Kaufpreisanspruchs nebst 5 % Zinsen p. a. gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts beschränkt ist. Diese Rechtsfolge gilt – unter Berücksichtigung des Sachverhalts dieses Urteils – jedenfalls dann, wenn das Leasinggut von vornherein gebrauchsuntauglich/funktionsuntüchtig war.⁸⁰⁾ Aufgrund der BGH-Entscheidung vom 5. 12. 1984⁸¹⁾ gelten die Grundsätze des BGH-Urteils vom 16. 9. 1981⁸²⁾ auch dann, wenn das Leasinggut für eine begrenzte Zeit gebrauchstauglich/funktionsstüchtig war, weil der Vollzug der Wandelung auch in diesem Fall bedingt, daß dem Leasingvertrag „von vornherein“ die Geschäftsgrundlage fehlt – mit der

69) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 250 ff.

70) BGH ZIP 1981, 1215, 1219; BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

71) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 252.

72) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 240.

73) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

74) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

75) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

76) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 240.

77) BGH ZIP 1985, 935 = EWiR § 278 BGB 1/85, 643 (*Paulusch*).

78) BGH ZIP 1981, 1215.

79) BGH ZIP 1981, 1215, 1216.

80) BGH ZIP 1981, 1215.

81) BGH ZIP 1985, 226 = EWiR § 537 BGB 1/85, 71 (*Graf v. Westphalen*).

82) BGH ZIP 1981, 1215.

Konsequenz, daß der Leasinggeber nur insoweit die vom Leasingnehmer gezahlten Leasingraten behalten darf, als der Leasingnehmer i. S. v. § 812 BGB aufgrund der gezogenen tatsächlichen Nutzungen des Leasingguts bereichert ist⁸³). Wegen der Parallelität der Grundaussage beider Entscheidungen – Vollzug der Wandelung führt zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages mit Wirkung ex tunc – wird man aber auch die Rechtsfolge gleichschalten müssen: Dem Leasinggeber steht mangels „gesetzlicher Anspruchsgrundlage“⁸⁴) kein wie auch immer gearteter Anspruch auf die Restamortisation einschließlich seines kalkulierten Gewinns zur Seite, und auch die Verwaltungs- und sonstigen Refinanzierungsaufwendungen sind seinem eigenen Geschäftsrisiko zuzuweisen⁸⁵).

Da der BGH in seiner Entscheidung vom 16.9.1981⁸⁶) den vom Leasinggeber begehrten Aufwändungsersatz nur daran scheitern ließ, daß eine „gesetzliche Anspruchsgrundlage“ hierfür fehlt, so daß dieser Anspruch nicht aus der Typizität des Leasingvertrages⁸⁷) abgeleitet werden kann, haben verschiedene Autoren vorgeschlagen, eine entsprechende Klausel in die AGB des Leasinggebers aufzunehmen⁸⁸). Danach wäre der Anspruch des Leasinggebers – bei Scheitern des Leasingvertrages wegen Gebrauchsuntauglichkeit/Funktionsuntüchtigkeit des überlassenen Leasingguts – auf das abgezinste Kapital bezogen; der Leasinggeber hätte also auch in diesem Fall seinen Vollamortisationsanspruch gegenüber dem Leasingnehmer realisiert.

Die Entscheidung des BGH vom 9.10.1985⁸⁹) hat indessen diesen Erwägungen – wenngleich nicht ausdrücklich – eine eindeutige Absage erteilt: Wenn es nämlich zutreffend ist, daß dem Leasinggeber – bei Nichtlieferung des Leasingguts wegen Lieferunfähigkeit oder -unwilligkeit des Lieferanten – kein Anspruch auf Aufwändungsersatz zusteht, dann muß in der Sache das gleiche gelten, wenn der Leasingvertrag – nach vollzogener Wandelung – mit rückwirkender Kraft in Fortfall gerät.⁹⁰) Denn im einen wie im anderen Fall ist der Leasinggeber außerstande, die ihn treffende „Hauptpflicht“ zur Lieferung eines gebrauchstauglichen/funktionstüchtigen Leasingguts zu erfüllen, welches dem Leasingnehmer auf Dauer zur „Gebrauchsüberlassung“⁹¹) verbleibt; im einen wie im anderen Fall scheidet deshalb der „von beiden Vertragspartnern verfolgte Vertragszweck“⁹²), weil „Sacherwerb durch den Leasinggeber und Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer den zentralen Vertragsinhalt bilden“⁹³).

Daraus folgt: gleichgültig, aus welchen Gründen ein Leasingvertrag scheitert – sei es wegen Unmöglichkeit oder Unvermögens der Lieferung⁹⁴), sei es wegen Lieferverzugs (§ 326 BGB), sei es wegen vollzogener Wandelung⁹⁵) –, in keinem Fall steht dem Leasinggeber ein Anspruch gegenüber dem Leasingnehmer zur Seite, der darauf abzielt, dem Leasinggeber das eingesetzte Kapital, die Verwaltungs- oder Vertriebskosten, den Refinanzierungsaufwand oder gar den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Entgegenstehende Leasing-AGB verstoßen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und sind daher unwirksam. Ob man daneben, wie anderenorts vorgeschlagen⁹⁶), anstatt auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG zurückgreifen sollte, ist in der Tat eine wohl akademische Frage. Denn der BGH hat das für gegenseitige Verträge „wesentliche Prinzip der Äquivalenz von Leistung

und Gegenleistung“ – auch mangels einer entsprechenden Norm des dispositiven Rechts – in den Rang einer „gesetzlichen Regelung“ i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG gehoben, während die auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG abzielende Argumentation notwendigerweise davon ausgeht, daß es der „Natur des Vertrages“ – unter Berücksichtigung der grundsätzlich vorhandenen mietvertraglichen Typizität des Finanzierungsleasingvertrages – widerspricht, das typische Geschäftsrisiko des Leasinggebers aufgrund einer formularmäßigen Klausel auf den Leasingnehmer zu überwälzen. Doch dies sind dogmatische Nuancen, die aus praktischer Sicht vernachlässigungswert sind.

III. Zusammenfassung

Aufgrund der BGH-Entscheidung vom 9.10.1985 läßt sich die Schlußfolgerung aufrechterhalten: Die Rechtsprechung des BGH im Bereich der Leistungsstörungen des Finanzierungsleasing – Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung – ist weitestgehend zu einem Abschluß gebracht. Soweit durch Leistungsstörungen des Lieferanten des Leasingguts ein Scheitern des Leasingvertrages bedingt ist, verletzt der Leasinggeber seine „Hauptpflicht“⁹⁷), dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut zur „Gebrauchsüberlassung“ auf Dauer zu verschaffen. In diesem „zentralen Vertragsinhalt“⁹⁸) äußert sich das „Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung“⁹⁹), das auch den Finanzierungsleasingvertrag insoweit bestimmt, als es – bezogen auf die mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff BGB – an einer einschlägigen Norm des dispositiven Rechts fehlt. Liegt also bei Scheitern des Leasingvertrages eine empfindliche Störung dieses Äquivalenzprinzips vor, so kann sich der Leasinggeber nicht von der ordnungsgemäßen Erfüllung der auf „Gebrauchsüberlassung“¹⁰⁰) zielenden „Hauptpflicht“¹⁰¹) dispensieren und gleichzeitig Aufwändungsersatz vom Leasingnehmer reklamieren. Vielmehr ist der gesamte Aufwand des Leasinggebers bei Scheitern des Lea-

83) BGH ZIP 1985, 226, 229; *Wolf/Eckert* (Fußn. 31), Rz. 467; *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 375.

84) BGH ZIP 1981, 1215, 1218.

85) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 254 ff, 368 ff m. w. N.

86) BGH ZIP 1981, 1215.

87) *Hagenmüller/Stopok* (Fußn. 25), S. 21 f; *Canaris* (Fußn. 20), Rz. 1771 ff; *Flume*, DB 1972, 54, 59 – alle den Anspruch bejahend.

88) Hierzu *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 377 ff.

89) BGH ZIP 1985, 1398.

90) BGH ZIP 1985, 226 = EWiR § 537 BGB 1/85, 71 (*Graf v. Westphalen*).

91) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

92) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

93) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

94) Hierzu auch *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 254 ff.

95) BGH ZIP 1981, 1215; BGH ZIP 1985, 226 = EWiR § 537 BGB 1/85, 71 (*Graf v. Westphalen*).

96) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 21), Rz. 263, 267.

97) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

98) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

99) BGH ZIP 1985, 1398, 1400.

100) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.

101) BGH ZIP 1985, 1398, 1399.