

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Leasing: Die vernachlässigte Bedeutung des Einkaufsvertrages

I. Einleitung

In letzter Zeit mehrten sich erneut die Stimmen¹⁾, die – im Gegensatz zur BGH-Judikatur²⁾ – die geschäftsbesorgungsrechtliche Dimension des Finanzierungsleasing in den Vordergrund rücken. Die Argumente, welche gleichwohl für die BGH-Judikatur sprechen, sind an anderer Stelle ausführlich erörtert worden³⁾. Sie sollen hier nicht wiederholt werden, wohl aber ist der Frage nachzugehen, ob nicht der Leasinggeber in der Lage ist, zahlreiche Risiken kraft vertraglicher Vereinbarung auf den Lieferanten des Leasingguts zu verlagern, um auf diese Weise die gleichen, oder doch sehr ähnliche, Ergebnisse zu erreichen, welche *Lieb* mit seiner geschäftsbesorgungsrechtlichen Theorie⁴⁾ entwickelt hat.

II. Die Ausgangsthese von Lieb

1. Selbständigkeit des Einkaufsvorgangs

Es ist vollkommen zutreffend, wenn *Lieb*⁵⁾ feststellt, daß die deutschen Leasinggesellschaften dem „Beschaffungsvorgang“ bislang keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet haben. Sie haben es unterlassen, Einkaufsverträge mit den Lieferanten abzuschließen und sich regelmäßig damit begnügt, gegen Erteilung einer Rechnung den Kaufpreis an den Lieferanten des Leasingguts auszukehren⁶⁾. Aus diesem – rechtsgeschäftlichen – Defizit leitet *Lieb* nunmehr verschiedene Schlußfolgerungen ab, die sich kurz wie folgt skizzieren lassen:

Es ist unbestreitbar, daß der Leasingnehmer mit dem Lieferanten die technischen und kommerziellen Details des abzuschließenden Leasingvertrages festlegt, so daß dieser Vorgang „inhaltlich fast vollständig vom Leasingnehmer determiniert“ wird⁷⁾. Daraus folgert *Lieb*, daß ein dem Leasingvertrag vorgeschalteter, selbständiger Beschaffungsauftrag das Verhältnis Leasingnehmer – Leasinggeber charakterisiert⁸⁾. Diese Sicht entspricht dem allgemeinen geschäftsbesorgungsrechtlichen Ansatz⁹⁾: Der Leasinggeber erwirbt das Leasinggut im Auftrag des Leasingnehmers, um ihm sodann die Nutzung des Leasingguts zu gestatten. Es geht also in dieser Sicht darum, daß der Leasingnehmer dem Leasinggeber den Auftrag zum Erwerb der *Nutzungsmöglichkeit* erteilt, nicht aber darum, daß dieser Auftrag auch darauf abzielt, daß das *Eigentum* am Leasinggut vom Leasinggeber für Rechnung (oder im Auftrag) des Leasingnehmers erworben wird¹⁰⁾.

Aus diesem Ansatz heraus begründet dann *Lieb* einen Unterschied zwischen „Beschaffung und Einkauf“¹¹⁾. Er vertritt die Auffassung, daß der Leasinggeber – durchaus im Gegensatz zum Händler – „nicht aus eigenem Antrieb und ebenso wenig auf ausschließlich eigenes Risiko“ das Leasinggut erwirbt, weil er stets nur auf „Veranlassung des Leasingnehmers“ tätig wird¹²⁾. Folglich handelt es sich „nicht um zwei, je für sich selbständige Rechtsgeschäfte“, sondern – leasingspezifisch – um ein „dreiseitiges Rechtsverhältnis“: „Der Leasinggeber bestellt und beschafft nur, weil und soweit ihn der Leasinggeber hiermit beauftragt hat“¹³⁾. Daraus leitet dann *Lieb* seine Schlußfolgerung ab, die BGH-Judikatur habe bislang „an der umfassenden Einstandspflicht des Leasinggebers festgehalten“ und deswegen „alle Risiken vom Leasingnehmer ferngehalten“¹⁴⁾, weil die „Abhängigkeit der Verpflichtung des Leasingnehmers zur Erfüllung des Leasingvertrages von der vorgeschalteten „fehlerfreien“ Beschaffung nicht ausreichend bewußt“ geworden sei.

Es geht also *Lieb* darum, daß ein selbständiger Beschaffungsauftrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer dem Abschluß des Leasingvertrages „vorgeschaltet“ wird – mit der weiteren Konsequenz, daß in diesem Vertrag zwischen Leasingge-

ber und Leasingnehmer eine eigene „ausdrückliche Risikoverteilungsregel“ vorgesehen wird¹⁵⁾, welche „sowohl für den Fall des Scheiterns der Beschaffung als auch für den Fall der (sich erst später herausstellenden) Fehlerhaftigkeit des Leasinggegenstandes und etwa darauf beruhender Wandelung des Kaufvertrages durch den Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten“¹⁶⁾ beruht. Mit Hilfe dieses – selbständigen – Beschaffungsauftrags will *Lieb* erreichen, daß die Risiken entgegen den etablierten Ergebnissen der BGH-Judikatur – angefangen von der Nichtbeschaffung des Leasingguts durch den Leasinggeber bis zur Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts – auf den Leasingnehmer abgewälzt werden.

2. Das strukturelle Defizit beim Einkauf des Leasingguts

Die Ausgangsthese von *Lieb*¹⁷⁾ ist unbestreitbar zutreffend. Der Leasinggeber verzichtet – aus welchen Gründen immer – darauf, den Einkaufsvertrag mit dem Lieferanten interesse- und risikogerecht auszugestalten. Während *Lieb* dieses strukturelle Defizit des Leasinggeschäftes mit Hilfe eines Beschaffungsauftrags zu lösen versucht, der zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer – dem Leasingvertrag vorgeschaltet – vereinbart wird, ist zu fragen, ob es nicht wesentlich sach- und interessengerechter wäre, den Leasinggeber zu verpflichten, die aus dem Leasingvertrag resultierenden *Risiken* – kraft vertraglicher Vereinbarung – auf den *Lieferanten* des Leasingguts abzuwälzen. Gerade weil der Leasingvertrag auf dem „Dreiecksverhältnis“ zwischen Lieferant – Leasinggeber – Leasingnehmer beruht, kommt es entscheidend darauf an, eine für alle Beteiligten sach- und interessengerechte Lösung zu finden, wobei die Grundmaxime darin besteht: Das Scheitern eines Leasingvertrages – gleichgültig, ob Nichtlieferung, verspätete Lieferung oder Schlechterfüllung – ist nicht vom Leasingnehmer, sondern *ausschließlich* vom Lieferanten des Leasingguts verursacht. Deshalb ist zu fragen, ob der Leasinggeber nicht in der Lage ist, durch eine sach- und interessengerechte Vertragsgestaltung sicherzustellen, daß eben diese *Risiken* – kraft vertraglicher Vereinbarung – vom Lieferanten des Leasingguts, nicht aber vom Leasingnehmer getragen werden.

Im folgenden ist also der Frage nachzugehen, ob die von der Rechtsprechung des BGH entwickelten Ergebnisse – im Hinblick auf die damit erreichte Risikoverteilung – nicht dadurch gestützt werden können, daß man den Leasinggeber verpflichtet, mit dem Lieferanten des Leasingguts eine *Freistellungsvereinbarung* abzuschließen – mit der Konsequenz, daß der Leasinggeber von den Risiken entlastet wird, welche ihm bisher aufgebürdet werden.

1) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6; *Canaris* ZIP 1993 S. 401 ff.

2) BGH DB 1990 S. 1228, 1229 = WM 1987 S. 1338, 1339; BGH WM 1990 S. 103, 105; BGH DB 1990 S. 1228, 1229 = NJW 1990 S. 1785, 1787.

3) *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 4. Aufl., Rdn. 38 ff.; *ders.*, BB 1988 S. 1829 ff.

4) *Lieb*, a.a.O.

5) WM 1992 Beil. 6 S. 7.

6) *Tacke*, Leasing, 1989, S. 40.

7) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 8.

8) *Lieb*, a.a.O.

9) *Canaris*, ZIP 1993 S. 401, 404 ff. m. w. N.

10) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 8 f.

11) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 11.

12) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 11.

13) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 12.

14) *Lieb*, a.a.O.

15) *Lieb*, WM 1992 Beil. 6 S. 17.

16) *Lieb*, a.a.O.

17) WM 1992 Beil. 6 S. 7.

a) Lieferunmöglichkeit

aa) Die Grundthese des BGH

Es entspricht gefestigter Judikatur des BGH¹⁸⁾, daß eine „Hauptpflicht“ des Leasinggebers darin besteht, dem Leasingnehmer für die Dauer des Leasingvertrages ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut zu überlassen. Es sind eben die mietvertraglichen Elemente des Leasingvertrages, welche – auch beim Finanzierungsleasing – derart dominant sind, daß das Vertragsverhältnis „in erster Linie“ nach den Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB geordnet wird¹⁹⁾. Deshalb bedient sich der Leasinggeber des Lieferanten des Leasingguts, um auf diese Weise seine Liefer- und Beschaffungspflicht zu erfüllen; der Lieferant des Leasingguts ist Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, so daß der Leasinggeber für ein Verschulden des Lieferanten des Leasingguts gem. § 278 BGB haftet²⁰⁾.

Wird nunmehr die Lieferung des Leasingguts aus Gründen unmöglich, welche der Lieferant zu vertreten hat, so trifft dieses Risiko gem. §§ 535 ff. BGB unmittelbar den Leasinggeber. Er ist nicht berechtigt, sich von der aus den §§ 535 ff. BGB resultierenden „Hauptpflicht“²¹⁾ freizuzeichnen, ohne daß eine solche Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam wäre²²⁾. Doch bleibt es dem Leasinggeber vorbehalten, durch eine ausdrückliche Regelung in den Leasing-AGB klarzustellen, daß er sich – auch im Fall der Unmöglichkeit – von den Verpflichtungen gem. §§ 535 ff. BGB freizeichnet, sofern er – statt dessen – dem Leasingnehmer die Ansprüche abtritt, welche ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen²³⁾. Hält man also die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ auch dann gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG für wirksam, wenn die Lieferung des Leasingguts aus Gründen unmöglich wird, welche der Lieferant zu vertreten hat, so kann der Leasingnehmer im Fall nachträglicher Unmöglichkeit Schadensersatz gem. § 325 BGB vom Lieferanten des Leasingguts verlangen; im Fall anfänglicher Unmöglichkeit ist er gem. § 306 BGB (analog) auf einen Anspruch beschränkt, der in der Garantiehaftung des Lieferanten des Leasingguts seinen Ursprung hat²⁴⁾. Unvermeidliche Konsequenz dieser Sicht ist es jedoch, das Risiko auf den Leasinggeber abzuwälzen, wenn der Lieferant des Leasingguts nicht in der Lage ist – handelnd als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers –, den Leasingvertrag durch Beschaffung/Gebrauchsgewährung i. S. der §§ 535 ff. BGB zu erfüllen²⁵⁾. Ausdrücklich hat der BGH hier das Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zum Nachteil des Leasinggebers angewandt und ihm das Recht abgeschnitten, irgendwelche Ersatzansprüche für Bereitstellungsprovision, Nichtabnahmeentschädigung, entgangenen Gewinn vom Leasingnehmer zu reklamieren²⁶⁾. Für etwaige Aufwenderersatzansprüche, welche der Leasinggeber in diesen Fällen gegenüber dem Leasingnehmer geltend machen könnte, ist im Rahmen der mietvertraglichen Qualifizierung des Leasingvertrages kein Raum; es fehlt die „gesetzliche Anspruchsgrundlage“²⁷⁾. Sofern der Leasingvertrag aus Gründen scheitert, die der Lieferant des Leasingguts zu vertreten hat, realisiert sich das typische Geschäftsrisiko des Leasinggebers²⁸⁾.

bb) Die Gegenthese von Lieb

Ziel des zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer abzuschließenden – selbständigen – Beschaffungsauftrags muß es daher nach Auffassung von Lieb sein²⁹⁾, den Leasinggeber von allen diesen Risiken freizuhalten, indem sie auf den Leasingnehmer abgewälzt werden. Zum einen will Lieb eine aufschiebende Bedingung i. S. von § 158 Abs. 1 BGB zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer vereinbaren: Der Leasingvertrag soll dann nicht wirksam zustande kommen, wenn die Lieferung des Leasingguts dem Lieferanten unmöglich wird. Zum anderen soll der Leasinggeber „schon jetzt etwaige Schadensersatzansprüche

wegen verschuldeter Unmöglichkeit“ an den Leasingnehmer abtreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen.

Damit wäre der Leasingnehmer durchaus in der Lage, nach Maßgabe einer solchen „Abtretungskonstruktion“ seinen *Eigenschaden* beim Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen. In der Sache ist dies exakt das Ergebnis, welches die Rechtsprechung des BGH anbietet³⁰⁾. Stets ist es bei einer „Abtretungskonstruktion“ ja so, daß der *Eigenschaden* des Zessionars Gegenstand des abgetretenen Schadensersatzanspruchs ist, nicht aber der Schaden des Zedenten³¹⁾. Folglich setzt sich der Leasinggeber durch eben diese „Abtretungskonstruktion“ selbst außer Gefecht; er ist nicht in der Lage, seinen *Eigenschaden* – Bereitstellungsprovision, Geschäftsanbahnungskosten, Refinanzierungsaufwendungen, entgangener Gewinn – vom Lieferanten des Leasingguts zu verlangen, weil die in diesem Verhältnis bestehenden vertraglichen Ansprüche an den Leasingnehmer zediert sind.

cc) Eigener Lösungsvorschlag

Genau dieses Ergebnis wird jedoch vermieden, wenn der Leasinggeber – bei Einkauf des Leasingguts – vereinbart, daß der Lieferant verpflichtet ist, ihn unter Beachtung der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ von allen Nachteilen und Kosten freizustellen, welche darauf zurückzuführen sind, daß die Lieferung des Leasingguts aus Gründen unmöglich wird, die der Lieferant zu vertreten hat. Die aus dieser Freistellungsverpflichtung resultierende *Schadensersatzhaftung* des Lieferanten muß ausdrücklich im Einkaufsvertrag festgeschrieben werden. Dem Lieferanten muß klar erkennbar werden, daß er im Fall der Unmöglichkeit/des Unvermögens gegenüber dem Leasingnehmer aus abgetretenem Recht zum Schadensersatz, gegenüber dem Leasinggeber aber zusätzlich unmittelbar zur Freistellung verpflichtet ist.

Keineswegs ist diese Vertragsgestaltung wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu beanstanden. Auch belastet sie den Lieferanten des Leasingguts nicht unangemessen i. S. von § 9 Abs. 1 AGBG. Denn im praktischen Ergebnis realisiert sich die klassische Regreß-Kette: Die Partei, welche den Schaden verursacht hat, muß die Ansprüche befriedigen, die sich aus der Regreß-Kette ergeben. Freilich ist diese beim Finanzierungsleasing deswegen unterbrochen, weil der Leasinggeber – trotz Übernahme der mietvertraglichen Haftung i. S. der §§ 535 ff. BGB – diese Verpflichtung formularmäßig abgedingt, um statt dessen den Leasingnehmer im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ auf Ansprüche zu verweisen, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen. Es ist also diese leasingtypische *Freizeichnung*,

¹⁸⁾ BGH DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1220; BGH DB 1985 S. 1281, 1282 = WM 1985 S. 1447, 1448; BGH DB 1990 S. 1609 WM 1990 S. 1244, 1246; BGH DB 1990 S. 1228, 1229 = NJW 1990 S. 1785, 1787; vgl. dagegen Lieb, DB 1988 S. 946 und 2495.

¹⁹⁾ BGH DB 1985 S. 1281, 1282 = WM 1985 S. 1447, 1448.

²⁰⁾ BGH WM 1984 S. 691; BGH DB 1990 S. 625, 626 = WM 1990 S. 510, 513.

²¹⁾ Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 404.

²²⁾ Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 408.

²³⁾ Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 411 ff.; a. M. Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. I, S. 136 f.

²⁴⁾ Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 306 Rdn. 9 m. w. N.

²⁵⁾ BGH DB 1985 S. 1281 = WM 1985 S. 1447; BGH DB 1990 S. 106 = ZIP 1990 S. 175, 177.

²⁶⁾ BGH a.a.O.

²⁷⁾ BGH DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1222; kritisch Canaris, NJW 1982 S. 305 ff.

²⁸⁾ Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 569.

²⁹⁾ Lieb, WM 1992 Beil. 6 S. 18.

³⁰⁾ BGH DB 1985 S. 1281 = WM 1985 S. 1447, 1448; BGH DB 1990 S. 106 = ZIP 1990 S. 175, 177.

³¹⁾ BGH ZIP 1991 S. 1436 = DB 1992 S. 1770(LS).

welche im Ergebnis den *Eigenschaden* des Leasinggebers nach sich zieht. Diesen Eigenschaden kann aber der Leasinggeber vom Lieferanten verlangen, wenn im Einkaufsvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant folgende Klausel verwendet würde:

„Der Lieferant ist verpflichtet, den Leasinggeber von allen Schäden und Nachteilen freizuhalten, falls die Lieferung des Leasingguts aus Gründen unmöglich wird, die der Lieferant zu vertreten hat. Diese Freistellungsverpflichtung besteht unabhängig davon, daß der Leasinggeber alle Ansprüche an den Leasingnehmer abtritt, die ihm gegenüber dem Lieferanten deswegen zustehen, weil die Lieferung aus Gründen unmöglich geworden ist, die der Lieferant zu vertreten hat.“

dd) Interessenabwägung

Folgt man der These von *Lieb*³²⁾, so kann zwar der Leasingnehmer seinen Eigenschaden im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ vom Lieferanten des Leasingguts reklamieren, bleibt aber gegenüber dem Leasinggeber verpflichtet, diesen von allen „im Rahmen des Beschaffungsvorgangs entstandenen Kosten, einschließlich des an den Lieferanten gezahlten Kaufpreises“ freizustellen³³⁾. Es fragt sich deshalb, ob diese Konsequenz mit § 9 Abs. 1 AGBG vereinbar ist oder ob sie den Leasingnehmer unangemessen benachteiligt.

Im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGBG ist es stets erforderlich, die gegenseitigen Interessen zu bilanzieren und zu balancieren, um eine sachgerechte Antwort zu finden. Rechtfertigender Grund dafür, den Leasingnehmer mit den gesamten „Kosten“ des gescheiterten – Leasingvertrages zu belasten, ist die Tatsache, daß – so *Lieb* – zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber ein *Beschaffungsauftrag* abgeschlossen worden ist, welcher dem Leasingvertrag vorgeschaltet wird. Des weiteren ist diese Risikoverteilung dadurch beeinflusst, daß der Leasingnehmer den Lieferanten des Leasingguts ausgesucht hat. So gesehen ist also für eine nach § 9 Abs. 1 AGBG vorzunehmende Wertung entscheidend, daß die Einschaltung des Leasinggebers dem Interesse des Leasingnehmers entspricht.

Übersehen wird dabei aber, daß der Leasingnehmer zwar seinen Eigenschaden vom Lieferanten des Leasingguts im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ ersetzt erhält, daß er jedoch gleichwohl auf all den „Kosten“ hängen bleibt, die beim Leasinggeber als Folge des vom Leasingnehmer erteilten Beschaffungsauftrags entstanden sind. Soweit der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber *erstattungs-pflichtig* wird, kann er diesen Schaden/Nachteil nicht auf den Lieferanten des Leasingguts abwälzen, weil insoweit kein vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch besteht.

Dieser Nachteil ist im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGBG nicht zu legitimieren, weil er nur darauf beruht, daß der Leasinggeber davon Abstand nimmt, sein Vertragsverhältnis zum Lieferanten so auszugestalten, daß der Lieferant verpflichtet wird, ihn, den Leasinggeber, von eben diesen „Kosten“ und sonstigen Nachteilen freizustellen. Der Leasinggeber hat es also in der Hand, das gesamte Nachteils-Risiko vom Leasingnehmer abzuwälzen, wenn er im Rahmen seines Einkaufsvertrages gegenüber dem Lieferanten in ausreichendem Maße Risikovorsorge betreibt und eine Freistellungsverpflichtung vereinbart. Da also ein strukturelles Defizit im Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant besteht, ist es Sache des Leasinggebers, das von ihm beherrschbare Risiko durch Vereinbarung einer Freistellungsverpflichtung auf den Lieferanten abzuwälzen, weil er es ja ist, in dessen Sphäre das Scheitern des Leasingvertrages deswegen seine Ursache hat, weil er es zu vertreten hat, daß die Lieferung des Leasingguts unmöglich wird.

Folglich sprechen sowohl der Gedanke der Risiko-Sphäre als auch der der Risiko-Beherrschung dafür, den Lieferanten des Leasingguts im Rahmen einer Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Leasinggeber haften zu lassen. Daß nämlich der Leasingvertrag aus Gründen scheitert, die der Lieferant zu vertreten

hat, liegt nicht in der Sphäre des Leasingnehmers; dieses Risiko ist auch von ihm nicht beherrschbar. Er hat es lediglich – historisch betrachtet – veranlaßt, indem er den Lieferanten des Leasingguts ausgesucht hat. Dies allein reicht nicht aus, mit dem Leasingnehmer einen formularmäßigen Beschaffungsauftrag zu vereinbaren, der ihn mit allen „Kosten“ belastet, welche daraus resultieren, daß die Lieferung des Leasingguts aus Gründen unmöglich wird, die der Lieferant zu vertreten hat. Folglich verstößt die von *Lieb* vorgeschlagene Risikoüberwälzung gegen § 9 Abs. 1 AGBG, weil sie den Leasingnehmer unangemessen benachteiligt.

b) Mängelrüge gem. §§ 377, 378 HGB – Gewährleistungshaftung

aa) Die Auffassung des BGH

Der BGH hat die Auffassung vertreten, daß der Leasingnehmer im Hinblick auf die kaufmännischen Rügepflichten gem. §§ 377, 378 HGB Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist³⁴⁾. Folglich schuldet auch der nicht-kaufmännische Leasingnehmer die Erfüllung der strengen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gem. §§ 377, 378 HGB. Versäumt er diese, so kann sich der Lieferant des Leasingguts gem. § 377 Abs. 2 HGB darauf mit Erfolg berufen, daß die Mängelrüge verspätet, das Leasinggut also – trotz seiner Fehlerhaftigkeit – genehmigt ist³⁵⁾.

bb) Abbedingung der §§ 377, 378 HGB

Die BGH-Entscheidung benachteiligt den Leasinggeber keineswegs unangemessen. Die Lösung ist vielmehr zutreffend³⁶⁾. Sie beruht nämlich auf der – freilich: nicht unbedingt vom BGH ausgesprochenen – Erwägung, daß es der Leasinggeber ja in der Hand hat, im Rahmen des Einkaufsvertrages sicherzustellen, daß der Lieferant insoweit auf die unverzügliche Mängelrüge i. S. der §§ 377, 378 HGB verzichtet, als der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist. Daß eine solche Regelung in die üblichen Kooperationsabkommen zwischen Leasinggeber und Lieferanten aufgenommen werden sollte, ist bereits an anderer Stelle vorgeschlagen worden³⁷⁾. Gänzlich unproblematisch ist es aber auch, den Leasinggeber im Eigeninteresse zu verpflichten, beim Einkauf des Leasingguts sicherzustellen, daß die §§ 377, 378 HGB immer dann abbedungen werden, wenn der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist. Daß der Lieferant des Leasingguts hierdurch nicht unangemessen i. S. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG benachteiligt wird, folgt schon aus der simplen Erkenntnis: Genau so wie der Leasinggeber im Einzelfall weiß, daß der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist, ist dies dem Lieferanten des Leasingguts schon deswegen in gleicher Weise bekannt, weil ja der geschäftliche Kontakt zunächst zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts stattfindet.

cc) Gewährleistungsregeln

Es ist das Ergebnis der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“, daß der Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche nur gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend machen kann, so daß dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB fehlt, wenn im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts die Wandelung vollzogen ist³⁸⁾. Auch dann, wenn ein Versäumnisurteil gegenüber dem

³²⁾ WM 1992 Beil. 6 S. 18.

³³⁾ *Lieb*, a.a.O.

³⁴⁾ BGH DB 1990 S. 625 = WM 1990 S. 510; *Graf von Westphalen*, BB 1990 S. 1, 4 ff.

³⁵⁾ A. M. *Hager*, AcP 190 S. 24, 349 f.; *Canaris*, AcP 190 S. 410, 428 f.; *Lieb*, JZ 1990 S. 976, 977; *Flume*, DB 1991 S. 265, 269.

³⁶⁾ *Graf von Westphalen*, BB 1990 Beil. 19 S. 16, 22 ff.

³⁷⁾ *Graf von Westphalen*, a.a.O. Rdn. 322.

³⁸⁾ BGH DB 1977 S. 813 = WM 1977 S. 447, 449; BGH DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221; BGH DB 1985 S. 809 = WM 1985 S. 226, 227; BGH DB 1985 S. 1281 = WM 1985 S. 573, 574; BGH DB 1990 S. 106 = ZIP 1990 S. 175, 177.

Lieferanten des Leasingguts ergangen ist, entfällt die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages gem. § 242 BGB³⁹; der an den Lieferanten gezahlte Kaufpreis kann nicht bereicherungsmindernd i. S. der §§ 812 ff. BGB geltend gemacht werden⁴⁰. Im Ergebnis trägt der Leasinggeber das Risiko, daß der Leasingvertrag aus Gründen scheitert, welche in der Fehlerhaftigkeit des Leasingguts begründet sind; für diesen Fall stehen ihm keinerlei Aufwendungsersatzansprüche gegenüber dem Leasingnehmer zu⁴¹.

dd) Die Gegenthese von Lieb

Da Lieb von einem Beschaffungsauftrag zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber ausgeht, fügt es sich in dieses Bild, daß er auch für den Fall den Leasingnehmer verpflichtet, dem Leasinggeber den entstandenen Finanzierungs-Aufwand zu erstatten, der deswegen entsteht, daß die Durchführung des Leasingvertrages wegen der Fehlerhaftigkeit des Leasingguts scheitert⁴².

ee) Der Vorzug der Freistellungsverpflichtung des Lieferanten des Leasingguts

Hier gelten die gleichen Erwägungen, die zuvor bei Erörterung der Unmöglichkeit/des Unvermögens dargestellt worden sind: Es ist sach- und interessengerechter, zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts eine Freistellungsverpflichtung zugunsten des Leasinggebers zu vereinbaren, weil die Fehlerhaftigkeit des Leasingguts – und damit das Scheitern des Leasingvertrages – gerade in diesen Fällen vom Lieferanten des Leasingguts zu vertreten ist. Innerhalb seines Herrschafts- und Organisationsbereichs hat die Fehlerhaftigkeit des Leasingguts ihren Ursprung; der Lieferant beherrscht das Risiko ungleich mehr als der Leasingnehmer.

Daher ist es gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, wenn der Leasinggeber auch das gewährleistungsspezifische Risiko auf den Leasingnehmer formulärmäßig abwälzt, weil ja der Leasingnehmer nicht in der Lage ist, diesen Schaden gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zu reklamieren: Die vom Leasinggeber herrührende leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ hindert ihn genau so wie das strukturelle Defizit, welches der Leasinggeber – mangels Vereinbarung einer Freistellungsverpflichtung des Lieferanten – beim Einkauf des Leasingguts entstehen läßt.

c) Erklärungs-Fehlverhalten des Lieferanten des Leasingguts

Die hier vorgeschlagene Freistellungsverpflichtung kann auch den Leasinggeber in geeigneter Weise davor schützen, daß der Lieferant des Leasingguts – in seiner Eigenschaft als Verhandlungsgehilfe des Leasinggebers⁴³ – Erklärungen gegenüber dem Leasingnehmer abgibt, welche gem. § 278 BGB dem Leasinggeber zugerechnet werden⁴⁴. Gleichgültig, ob der Lieferant des Leasingguts den Leasingnehmer falsch berät oder ihm Zusicherungen macht, welche nachher im Leasingvertrag nicht mehr enthalten sind: In all diesen Fällen kann sich der Leasinggeber durch eine Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts in ausreichender Weise schützen. Er kann den Lieferanten des Leasingguts „an die Kandarre nehmen“, ohne daß dies gem. § 9 AGBG zu beanstanden ist. Denn genau so wie das Handeln/Unterlassen des Erfüllungsgehilfen den Schuldner nur dann verpflichtet, wenn der Erfüllungsgehilfe mit Wissen und Wollen des Schuldners bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit tätig wird, ist es dem Leasinggeber gestattet, den Lieferanten des Leasingguts – in seiner Funktion als Verhandlungsgehilfe bei der Vorbereitung oder dem Abschluß des Leasingvertrages – strikten Weisungen zu unterwerfen. Weicht der Lieferant des Leasingguts hiervon eigenmächtig ab, muß er den Leasinggeber von allen daraus entstehenden Risiken/Nachteilen freistellen.

d) Das Insolvenzrisiko des Lieferanten des Leasingguts

Es ist das notwendige Ergebnis des von Lieb konzipierten Beschaffungsauftrags, daß der Leasingnehmer das Risiko der Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts zu tragen sich verpflichtet⁴⁵. Die vom BGH vorgenommene Risikoverteilung zielt indessen dahin, das Insolvenzrisiko des Lieferanten des Leasingguts dem Leasinggeber aufzuerlegen⁴⁶. Es ist dem Leasinggeber nicht gestattet, formulärmäßig das Risiko der Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts auf den Leasingnehmer abzuwälzen, weil damit das leasingtypische/mietvertragliche Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung empfindlich gestört wird, so daß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG eingreift⁴⁷.

An dieser Stelle erweist es sich freilich, daß die hier vorgeschlagene Freistellungsverpflichtung des Lieferanten des Leasingguts ins Leere geht. Doch ist entscheidend, daß alle übrigen Risiken des Leasinggebers, die sich beim Scheitern des Leasingvertrages in seiner Vermögenssphäre auswirken, von der Freistellungsverpflichtung des Lieferanten des Leasingguts erfaßt werden. Während die von Lieb entwickelte These stets den Leasingnehmer benachteiligt, wenn die Durchführung des Leasingvertrages aus Gründen scheitert, die in der Sphäre des Lieferanten liegen, hat die hier vorgeschlagene Lösung lediglich einen sekundären Nachteil: Das Insolvenzrisiko des Lieferanten des Leasingguts schlägt beim Leasinggeber durch. In allen anderen Fällen aber wird er freigestellt, und es wird eine gerechte Risikoverteilung erreicht.

III. Zusammenfassung

Es ist sach- und interessengerecht, das bisher vorhandene strukturelle Defizit im Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber – Lieferant des Leasingguts in der Weise aufzulösen, daß sich der Lieferant in umfassender Weise verpflichtet, den Leasinggeber vor allen Nachteilen/Kosten freizustellen, die sich daraus ergeben, daß die Durchführung des Leasingvertrages aus Gründen scheitert, die in der Sphäre des Lieferanten des Leasingguts liegen (Unmöglichkeit/Unvermögen/Verzug/Schlechterfüllung/Gewährleistung). Diese Freistellungsverpflichtung benachteiligt den Lieferanten des Leasingguts nicht unangemessen i. S. von § 9 Abs. 1 AGBG, weil diese Risiken insgesamt aus seiner Sphäre resultieren und von ihm beherrscht werden können. Hingegen wird der Leasingnehmer unangemessen i. S. von § 9 Abs. 1 AGBG benachteiligt, wenn der Leasinggeber ihn verpflichtet, ihn von allen diesen Risiken freizustellen, die sich aus dem Scheitern des Leasingvertrages ergeben. Denn der Leasingnehmer hat diese Risiken allenfalls historisch veranlaßt, weil er den Lieferanten des Leasingguts ausgesucht hat. Vor allem aber wird der Leasingnehmer deswegen unangemessen i. S. von § 9 Abs. 1 AGBG benachteiligt, weil ihm kein eigenständiger Erstattungsanspruch gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zur Verfügung steht; er ist im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ auf die Ansprüche beschränkt, die ihm der Leasinggeber zediert hat.

In vollem Umfang kann die mietvertragliche Einordnung des Leasingvertrages, wie sie von der BGH-Judikatur entwickelt worden ist, aufrechterhalten werden, wenn man hinzunimmt, daß es ja der Leasinggeber in der Hand hat, im Rahmen seines Einkaufsvertrages eine umfassende Freistellungsverpflichtung vom Lieferanten des Leasingguts zu verlangen. Sicherlich, das Risiko

³⁹ BGH DB 1991 S. 1113, 1114 = ZIP 1991 S. 519, 520 f.; OLG Düsseldorf DB 1990 S. 419 = MDR 1990 S. 628.

⁴⁰ BGH DB 1991 S. 1113 = ZIP 1991 S. 519, 523.

⁴¹ BGH DB 1990 S. 106 = ZIP 1990 S. 175, 177.

⁴² Lieb, WM 1992 Beil. 6 S. 18.

⁴³ BGH DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906.

⁴⁴ Hierzu Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 250 ff. m. w. N.

⁴⁵ Lieb, WM 1992 Beil. 6 S. 18.

⁴⁶ BGH DB 1991 S. 1113 = ZIP 1991 S. 519.

⁴⁷ BGH a.a.O.; Graf von Westphalen, a.a.O. Rdn. 587 ff.

der Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts bleibt Sache des Leasinggebers; legitimierender Gesichtspunkt hierfür ist aber, daß der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, also kein Fremd-, sondern ein Eigen-geschäft besorgt. Er bilanziert deshalb auch das Leasinggut in seinem Anlagevermögen, was jedenfalls nach der Auffassung von *Knobbe-Keuk*⁴⁸⁾ nur dann in Betracht kommt, wenn der Leasingvertrag als „Mietvertrag“ einzuordnen ist.

Schließlich fällt ins Gewicht, daß das vom Leasinggeber übernommene Insolvenzrisiko sich wesentlich seltener realisiert als die gewöhnlichen Fälle der Schlechterfüllung (Unmöglichkeit/Verzug/Gewährleistung), welche beim Scheitern des Leasingvertrages nach der These von *Lieb* immer dazu führen, den

Leasingnehmer mit dem Aufwand zu belasten, der dem Leasinggeber – als Folge des gescheiterten Leasingvertrages – entsteht. Gerech ist also nur die Lösung, die in dem „Dreiecksverhältnis“ zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts die auftretenden Risiken möglichst so verteilt, daß weitestgehend dem Grundgedanken Rechnung getragen wird: Es ist nicht der Leasingnehmer, sondern der Lieferant des Leasingguts, der primär das Scheitern des Leasingvertrages zu verantworten hat. Die hier vorgeschlagene Freistellungsverpflichtung des Lieferanten des Leasingguts gegenüber dem Leasinggeber ist deshalb die adäquate Lösung.

⁴⁸⁾ Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 7. Aufl., S. 66.