

Wirtschaftsrecht

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Die Haftung des Leasinggebers beim „sale-and-lease-back“

Bislang hat der BGH lediglich in seiner Entscheidung vom 29. 11. 1989¹ zum „sale-and-lease-back“-Verfahren Stellung genommen. Für den Anwendungsbereich von § 6 AbzG hat der BGH² diese Sonderform des Leasing dem typischen Leasing gleichgeschaltet: Soweit der Leasingnehmer – nach Ablauf der Grundmietzeit – die Option hat, das Leasinggut käuflich zu erwerben, liegen die Voraussetzungen eines Umgehungsgeschäfts im Sinn von § 6 AbzG vor. Ziel dieser Abhandlung ist es, die Frage zu untersuchen, ob auch bei anderen Fallkonstellationen eine Parallelschaltung der von der BGH-Judikatur für den Leasingvertrag herausgearbeiteten Ergebnisse für das „sale-and-lease-back“ in Betracht kommt.

I. Die Ausgangslage

1. Die Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers

Es entspricht ständiger Rechtsprechung: Der Leasinggeber ist verpflichtet, dem Leasingnehmer den Gebrauch des Leasing-

guts zu verschaffen³; diese Pflicht ist nur erfüllt, wenn das Leasinggut funktionstüchtig und gebrauchstauglich ist⁴. So gesehen liegt eine „Hauptpflicht“⁵ des Leasinggebers vor. Zu ihrer Erfüllung bedient er sich im Sinn des § 278 BGB des Lieferanten des Leasingguts⁶. Zwischen den Fällen eines Finanzierungsleasing und eines absatzfördernden Leasing ist nach Auffassung des BGH praktisch nicht zu unterscheiden⁷. Demzufolge ist der Leasingvertrag als atypischer Mietvertrag

1 BGH, BB 1990 S. 232; s. auch Fn. 15.

2 BGH, BB 1990 S. 232, 233.

3 BGHZ 81 S. 298, 302 f. = BB 1981 S. 2093; BGHZ 94 S. 44, 48 ff. = BB 1985 S. 826; BGHZ 95 S. 170, 179 ff. = BB 1985 S. 1624.

4 BGHZ 68 S. 118, 124 f.; BGHZ 81 S. 298 = BB 1981 S. 2093.

5 BGHZ 81 S. 298, 303 = BB 1981 S. 2093.

6 BGH, BB 1985 S. 1624; BGH, NJW-RR 1988 S. 241; BGH, BB 1988 S. 1622; BGH, NJW 1989 S. 287; im einzelnen auch Graf von Westphalen,

BB 1989 Beil. 10 zu Heft 14, Leasing-Berater, S. 18 ff.

7 Hierzu BGHZ 95 S. 170, 179 ff. = BB 1985 S. 1624.

einzuordnen⁸, auf den in erster Linie die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden. Die Finanzierungsfunktion tritt demgegenüber bei der Typenbestimmung des Leasingvertrages⁹ in den Hintergrund¹⁰. Die richterliche Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln vollzieht sich daher nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz¹¹, nicht aber – gemessen an dem Leitbild eines nicht dem Mietrecht zuzuordnenden Leasingvertrages – an § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz¹².

In tatsächlicher Hinsicht liegt dieser rechtlichen Einordnung regelmäßig folgender Sachverhalt zugrunde: Der Leasingnehmer klärt mit dem von ihm ausgesuchten Lieferanten alle technischen und kommerziellen Gesichtspunkte des abzuschließenden Geschäfts¹³. Dann steigt entweder der Leasinggeber in die bereits getätigte Bestellung zwischen Leasingnehmer und Lieferant ein oder der vom Leasingnehmer eingeschaltete Leasinggeber bestellt unmittelbar beim Lieferanten das vom Leasingnehmer benötigte Leasinggut, welches dann – im einen wie im anderen Fall – direkt vom Lieferanten an den Leasingnehmer ausgeliefert wird. Sobald der Leasingnehmer dem Leasinggeber die Übernahme des Leasingguts bestätigt hat¹⁴, zahlt der Leasinggeber den geschuldeten Kaufpreis an den Lieferanten; der Leasingvertrag ist damit in Vollzug gesetzt.

2. Die tatsächlichen Konstellationen beim „sale-and-lease-back“

Von dieser prototypischen Ausgangslage des Finanzierungsleasing unterscheidet sich das „sale-and-lease-back“ beträchtlich. Eigentümer des Leasingguts ist hier regelmäßig der Leasingnehmer¹⁵. Im Rahmen des abzuschließenden Leasingvertrages überträgt er nunmehr das Eigentum an den Leasinggeber, um es sodann von diesem zu mieten. Auf diese Weise wird der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer, soweit der abgeschlossene Leasingvertrag auf einer erlaßkonformen Konstellation beruht¹⁶. Es kann aber auch sein, daß das Leasinggut nicht dem Leasingnehmer, sondern einer kreditierenden Bank als Sicherungseigentum gehört¹⁷. Gleichwohl liegt „sale-and-lease-back“ vor¹⁸, soweit die kreditierende Bank unmittelbar die Verkaufspflicht gegenüber dem Leasinggeber erfüllt. Denn dann erfüllt die Bank als Erfüllungshilfe im Sinn von § 278 BGB die eigentlich dem Leasingnehmer obliegende Pflicht, dem Leasinggeber ungestörtes Eigentum zu verschaffen.

Dabei ist in der Praxis danach zu differenzieren, ob es sich um praktisch neuwertige oder um schon gebrauchte Leasinggüter handelt, bei denen die Gewährleistungsansprüche gegenüber den jeweiligen Lieferanten bereits abgelaufen sind. Steuerrechtlich ist das eine wie das andere unschädlich, solange noch eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von mindestens 40 % für das betreffende Leasinggut zu erwarten ist. Denn diese Mindestgrenze gilt sowohl im Bereich des Vollamortisationserlasses vom 19. 4. 1981¹⁹ als auch bei Verträgen im Rahmen des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975²⁰.

Innerhalb dieser Grenzen besteht zum Finanzierungsleasing kein Unterschied: Das „sale-and-lease-back“-Verfahren dient keineswegs nur der Finanzierung einer vom Leasingnehmer bereits getroffenen Investitionsentscheidung²¹, so daß es auf die Gebrauchsverschaffung nicht mehr ankommt. Vielmehr will der Leasingnehmer – auch beim „sale-and-lease-back“ – das Leasinggut während der Dauer des Leasingvertrages nutzen²². Der Leasinggeber seinerseits will rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer sein; er aktiviert das Leasinggut in seinem Anlagevermögen. Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB darf auch beim „sale-and-lease-back“ nicht nur auf dem Papier stehen²³. Bei Verträgen im Rahmen des Teilamortisationserlasses²⁴ hat der Leasinggeber – wie stets – die Chance der Wertsteigerung, während der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung – nach Ablauf der fest vereinbarten Grundmietzeit bzw. nach schriftlicher Kündigung des Vertrages durch den Leasingnehmer – trägt. So gesehen ist die Risikolage für den Leasinggeber identisch mit derjenigen, die

er beim typischen Finanzierungsleasing trägt²⁵ – ausgenommen die Risiken, die beim Finanzierungsleasing aus der Einschaltung des Lieferanten als dem Erfüllungsgehilfen dem Leasinggeber erwachsen²⁶. Denn das „sale-and-lease-back“ bezieht sich nicht auf das leasingtypische „Dreiecksverhältnis“²⁷, sondern reduziert sich auf das unmittelbare Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer, die gleichzeitig Käufer und Verkäufer des Leasingguts sind.

II. Die Gewährleistungshaftung

1. Beim typischen Finanzierungsleasing

Die Rechtsprechung des BGH²⁸ anerkennt, daß der Leasinggeber berechtigt ist, dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB abzutreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen. Dies ist – trotz der gleichzeitigen Abbedingung der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 BGB – solange mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar, als dem Leasingnehmer unbedingt das Recht verbleibt, den Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant zu wandeln²⁹. Im Fall der vollzogenen Wandelung fehlt dem Leasingvertrag „von vornherein“ die Geschäftsgrundlage³⁰; die Ansprüche zwischen den Parteien des Leasingvertrages sind gemäß §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln³¹. Bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ist im Auge zu behalten, daß sich der Leasinggeber des Leasingnehmers als seines Erfüllungsgehilfen bedient, um seinen Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts nachzukommen³². Die rechtzeitige Rüge ist gemäß § 377 Abs. 2 HGB Voraussetzung jeder Gewährleistungspflicht des Lieferanten.

8 BGH, BB 1990 S. 232 m.w.N.; kritisch *Leenen*, AcP 190 S. 260 ff.; *Roth*, AcP 190 S. 292 ff.; *Canaris*, AcP 190 S. 410 ff.

9 *Canaris*, AcP 190 S. 410, 414 ff.

10 Im einzelnen *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, Rz. 57 ff.

11 *Wolf/Eckert*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rz. 455.

12 A.M. *Lieb*, DB 1988 S. 946 ff.; s. auch Literatur in Fn. 8. Soweit in dem Buch, Der Leasingvertrag (Fn. 10), eine abweichende Auffassung vertreten wird, wird daran nicht festgehalten.

13 *Graf von Westphalen* (Fn. 10), Rz. 140.

14 BGH, BB 1987 S. 1972.

15 Hierzu auch *BGH*, WM 1988 S. 740 – Veräußerung von Vorbehaltsware im Wege des sale-and-lease-back-Verfahrens.

16 Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß der Leasinggeber auch unter Berücksichtigung der Tatbestandselemente von § 39 AO (1977) als wirtschaftlicher Eigentümer anzuerkennen ist. Doch bieten der Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971 (BB 1971 S. 506) und der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975 (BB 1976 S. 72) geeignete Anhaltspunkte dafür, bei Vorliegen der dort niedergelegten Tatbestandskriterien davon auszugehen, daß regelmäßig der Leasinggeber, nicht aber der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist.

17 Hierzu *BGH*, BB 1990 S. 232, 233.

18 So mit Recht *BGH*, a.a.O.

19 Hierzu Fn. 16.

20 Ebenda.

21 Hierzu *BGH*, BB 1990 S. 232, 233.

22 Mit Recht *BGH*, a.a.O.

23 Im einzelnen *Graf von Westphalen* (Fn. 10), Rz. 19.

24 Hierzu Fn. 16.

25 *BGH*, BB 1990 S. 510; hierzu *Graf von Westphalen*, BB 1990, Beil. 19 zu Heft 14, Leasing-Berater, S. 16 ff.

26 Hierzu Fn. 6.

27 Hierzu *BGH*, BB 1990 S. 232, 233.

28 Übersicht bei *Graf von Westphalen* (Fn. 10), Rz. 269 ff.; *Braxmeier* WM-Beilage Nr. 1/1988 S. 3, 13 f.

29 *BGH*, WM 1986 S. 591.

30 *BGH*, WM 1988 S. 226.

31 *BGH*, ZIP 1990 S. 175.

32 *BGH*, BB 1990 S. 510; im einzelnen auch *Graf von Westphalen*, BB 1990 S. 1, 4 ff.; kritisch *Canaris*, AcP 190 S. 410, 432 ff.

2. Die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers

Geht man mit der BGH-Judikatur³³ davon aus, daß auch das „sale-and-lease-back“ als atypischer Mietvertrag einzuordnen ist, so sind grundsätzlich die §§ 535 ff. BGB anwendbar. Daraus folgt: Hat das Leasinggut einen Mangel oder fehlt ihm eine zugesicherte Eigenschaft, dann hat der Leasingnehmer Anspruch auf Mangelbeseitigung oder Minderung nach § 537 BGB. Schadensersatz kann der Leasingnehmer nach § 538 BGB fordern, falls das Leasinggut schon bei Abschluß des Leasingvertrages mangelhaft war. Daß ein Mangel vorliegt, den der Leasinggeber als Vermieter im Sinn von § 538 Abs. 1 BGB zu vertreten hat, erscheint praktisch ausgeschlossen. Das würde nämlich bedeuten: Beim „sale-and-lease-back“ steht der Leasinggeber in einer schärferen, weil mietvertraglichen Eigenhaftung als beim typischen Finanzierungsleasing, da er ja nicht in der Lage ist, den Leasingnehmer auf die abgetretenen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zu verweisen, die ihrerseits Kompensation für die abbedungene mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers sind³⁴.

a) Die Verkäufergewährleistung des Leasingnehmers

Doch dieses Ergebnis berücksichtigt nicht, daß der Leasingnehmer beim „sale-and-lease-back“ seinerseits Verkäufer des Leasingguts und daher selbst der Gewährleistungshaftung gemäß §§ 459 ff. BGB ausgesetzt ist. Diese setzt ihrerseits im kaufmännischen Bereich voraus, daß gegenüber dem Leasinggeber/Käufer die Rügeobliegenheit gemäß §§ 377, 378 HGB durch den Leasinggeber/Käufer erfüllt wird³⁵. Schon aus tatsächlichen Gründen scheidet diese Erwägung. Denn § 377 Abs. 1 HGB setzt voraus, daß die Kaufsache überhaupt abgeliefert worden und somit in die tatsächliche Verfügungsmacht des Käufers gelangt ist³⁶. Erst nach Ablieferung ist der Käufer überhaupt in der Lage, seine Untersuchungspflichten zu erfüllen³⁷, die ihrerseits Voraussetzung für die Mängelrüge sind. Daraus folgt: Beim „sale-and-lease-back“ scheidet die Verkäufergewährleistung des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber/Käufer gemäß § 459 BGB nicht an der Barriere der nicht rechtzeitigen Rüge gemäß § 377 Abs. 2 HGB, da ja der Leasingnehmer – trotz seiner Stellung als Verkäufer – zu keinem Zeitpunkt die Verfügungsgewalt über das Leasinggut aufgegeben und damit dem Leasinggeber/Käufer auch nicht die tatsächliche Möglichkeit verschafft hat, das Leasinggut auf seine mangelfreie Beschaffenheit zu untersuchen.

b) Der Einwand des § 539 BGB

Aus der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 ff. BGB folgt, daß ihm der Einwand des § 539 BGB gegenüber Ansprüchen des Leasingnehmers zusteht³⁸. Daß allerdings beim „sale-and-lease-back“ positive Kenntnis des Leasingnehmers von einem vorhandenen Mangel des Leasingguts vorliegt, dürfte ausgesprochen selten sein, zumal der Leasinggeber als Vermieter hier beweissbelastet ist³⁹. Eher könnte der Fall des § 539 Satz 2 BGB eintreten: Der Leasingnehmer hat – trotz Beginn des Leasingvertrages – deswegen keine Kenntnis eines bereits vorhandenen Mangels, weil ihn grobe Fahrlässigkeit trifft. Doch auch hier ist der Leasinggeber als Vermieter beweissbelastet⁴⁰; und die Schwelle zum grob fahrlässigen Verhalten liegt hoch: Sie setzt voraus, daß der Leasingnehmer etwas ganz Naheliegendes, etwas jedermann Einleuchtendes nicht getan hat⁴¹. Daraus folgt: In allen „gewöhnlichen“ Fälle, in denen auf Seiten des Leasinggebers lediglich einfache Fahrlässigkeit vorliegt, greift § 539 BGB nicht ein.

c) Der Einwand der Wandelung

Ist das Leasinggut mangelhaft, so stehen dem Leasingnehmer als Mieter die Rechte nach §§ 537, 538 BGB zu. Doch es stellt sich die Frage, ob der Leasinggeber diesen Ansprüchen des

Leasingnehmers nicht aus seiner Rechtsposition als seinerseits gewährleistungsberechtigter Käufer gemäß §§ 459 ff. BGB entgegenreten kann. Soweit der Leasingnehmer nach § 537 BGB geltend macht, er sei wegen eines Mangels des Leasingguts berechtigt, Minderung zu reklamieren, steht dem Leasinggeber als Käufer – falls in diesem Verhältnis kein Mangelbeseitigungsrecht nach § 476 a BGB vereinbart ist – das Recht auf Minderung gemäß §§ 462, 465, 472 BGB zu.

Im Rahmen des § 462 BGB kann der Leasinggeber aber auch statt der Minderung Wandelung geltend machen. Ob diese Rechte dem Leasinggeber als strikte Gegenrechte zustehen, die geeignet sind, den Minderungsanspruch des Leasingnehmers auszuschalten, ist fraglich, aber in der Sache zu bejahen. Zwar wirkt § 537 BGB ipso iure⁴², während der Vollzug von Wandelung oder Minderung nach § 465 BGB das Einverständnis des Leasingnehmers voraussetzt⁴³. Doch kann diese Differenz – unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB – auf sich beruhen. Denn es ist allemal treuwidrig, wenn der Leasingnehmer trotz seiner Rechtsposition als gewährleistungspflichtiger Verkäufer die Leasingraten als Folge eines Mangels des Leasingguts bei Auftreten des Mangels gemäß § 537 BGB mindert, gleichzeitig aber dem Leasinggeber als Käufer entgegenhält, mit einer entsprechenden Herabsetzung des Kaufpreises oder einer Rückgängigmachung des Kaufvertrages nicht einverstanden zu sein.

Gleiches muß in der Sache auch dann gelten, wenn der Leasingnehmer nach § 542 BGB im Wege der fristlosen Kündigung vorgeht, dem gegenläufigen Wandlungsbegehren des Leasingnehmers/Käufers aber das noch nicht erteilte – fehlende – Einverständnis mit dem Vollzug der Wandelung entgegenhält. Auch in diesem Zusammenhang wird man das aus den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abgeleitete Argument einsetzen müssen: Es ist treuwidrig, würde der Leasingnehmer sein Gestaltungsrecht gemäß § 542 BGB gegenüber dem Leasinggeber einsetzen, gleichzeitig aber die Einverständniserklärung für die Vollziehung der Wandelung gemäß §§ 462, 465 BGB verweigern. Dabei ist – wie noch zu zeigen ist – im Auge zu behalten, ob dem Leasingnehmer seinerseits Wandlungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen. Denn die vom Leasingnehmer bewirkte Weiterveräußerung des Leasingguts hindert nicht, die Wandelung im Verhältnis Leasinggeberkäufer – Leasingnehmer/Verkäufer zu vollziehen⁴⁴. Das wäre nur dann anders, wenn auf Seiten des Leasingnehmers/Erstkäufers ein Verschulden am Untergang des Leasingguts im Sinn von § 351 BGB vorliegen würde⁴⁵. Schon aus praktischen Gründen dürften solche Fälle kaum jemals eintreten.

Dieses Ergebnis muß aber auch dann gelten, wenn dem fristlosen Kündigungsrecht des Leasingnehmers gemäß § 542 BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß §§ 463 Satz 1, 480, Abs. 2 BGB entgegenzusetzen wird. Denn beide Rechtsbefehle haben die gleiche Funktion: Sie beenden den Erfüllungsanspruch. Im Fall der fristlosen Kündigung gemäß § 542 BGB entsteht – mit Wirkung ex nunc – ein Abwicklungsverhältnis⁴⁶; demgegenüber führt der Vollzug der Wandelung gemäß § 467 BGB zu einem Rückgewährschuldverhältnis – freilich: mit Wirkung ex tunc. Doch ist dieser

33 BGH, BB 1990 S. 232.

34 Hierzu Fn. 29.

35 Hierzu Fn. 32.

36 Im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 25), Leasing-Berater, S. 16 ff.

37 BGH, WM 1961 S. 730.

38 BGH, WM 1989 S. 1574.

39 Palandt/Putzo, BGB, 50. Aufl., § 539 Rdnr. 6.

40 Ebenda.

41 BGHZ 10 S. 16; BGHZ 89 S. 161.

42 Palandt/Putzo (Fn. 39), § 537 Rdnr. 1.

43 Statt aller Palandt/Putzo (Fn. 39), § 465 Rdnr. 7.

44 Palandt/Putzo (Fn. 39), § 467 Rdnr. 10.

45 Ebenda.

46 Palandt/Putzo, § 542 Rdnr. 7.

Unterschied vernachlässigenswert, weil – und dies ist entscheidend – der Leasingnehmer/Verkäufer gemäß § 242 BGB daran gehindert wird, von seinem fristlosen Kündigungsrecht gegenüber dem Leasinggeber gemäß § 542 BGB Gebrauch zu machen, weil und soweit dem Leasinggeber/Käufer seinerseits ein Anspruch auf Vollziehung der Wandelung zusteht.

Die gleichen Erwägungen gelten daher auch dann, wenn der Leasingnehmer gemäß § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung reklamiert, weil dem Leasinggut – schon bei Beginn des Leasingvertrages – ein Mangel anhaftete. Unter dieser Voraussetzung wird man wiederum berücksichtigen müssen, daß dann dem Leasinggeber/Käufer – mindestens – ein Wandlungsanspruch gemäß §§ 462, 465 BGB zur Seite steht. Denn der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers/Käufers ist gemäß §§ 459 Abs. 2, 463 BGB auf das Vorliegen einer Eigenschaftszusicherung beschränkt, während die Schadensersatzhaftung des Leasinggebers/Käufers lediglich voraussetzt, daß ein Mangel der Mietsache schon bei Abschluß des Leasingvertrages vorhanden war. Doch ist dieser dogmatisch-systematische Unterschied belanglos, weil ja unter der Perspektive des § 242 BGB alles davon abhängt, dem Leasingnehmer/Verkäufer gegenüber dem Leasinggeber/Käufer keine mietvertraglichen Rechte einzuräumen, welche ihrerseits darauf beruhen, daß der Leasingnehmer/Verkäufer – wegen des gleichen Mangels – seinerseits gegenüber dem Leasinggeber/Käufer gewährleistetspflichtig ist.

d) Regreßansprüche des Leasingnehmers gegenüber seinem Vorlieferanten

Da die Gewährleistungsansprüche des Käufers gemäß §§ 459 ff. BGB – wie gezeigt – nicht daran scheitern, daß der Käufer seinerseits die – mangelhafte – Sache weiterveräußert hat⁴⁷, gilt dies natürlich auch für die Rechtsposition des Leasingnehmers/Verkäufers: Soweit der Leasinggeber/Käufer ihm gegenüber Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB geltend macht, kann der Leasingnehmer/Verkäufer diese unmittelbar gegenüber seinem Vorlieferanten im Regreßwege reklamieren. Soweit in diesem Vertragsverhältnis die Gewährleistungsfrist des § 477 BGB noch nicht abgelaufen ist, ergibt sich folgendes:

aa) Die Unbeachtlichkeit des Einwands gemäß § 242 BGB

Soweit der Leasingnehmer/Verkäufer seinerseits gegenüber seinem Vorlieferanten Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB geltend machen kann, stellt sich die Frage, ob der Leasingnehmer/Verkäufer gleichwohl daran gehindert ist, gegenüber dem Leasinggeber/Käufer Ansprüche gemäß §§ 537, 538 BGB zu reklamieren. Geht man davon aus, daß die Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers/Käufers gemäß §§ 459 ff. BGB seitengleich vom Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend gemacht werden, ergibt sich – im Grunde genommen – die gleiche Fallkonstellation, wie sie für das Finanzierungsleasing typisch ist: Die Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers werden – freilich: aufgrund der leasingtypischen Abtretungskonstruktion – gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend gemacht. Wird in diesem Verhältnis die Wandelung gemäß §§ 462, 465, 367 BGB vollzogen, so fehlt dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB⁴⁸. Wegen der vollzogenen Wandelung ist der Leasinggeber dann nicht mehr in der Lage, seiner – mietvertraglichen – Sachverschaffungspflicht – bezogen auf ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut – zu genügen. Er muß deshalb die Rückabwicklung des Leasingvertrages nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen gemäß §§ 812 ff. BGB hinnehmen.

Das gleiche muß aber auch beim „sale-and-lease-back“-Verfahren gelten: Wenn nämlich der Leasingnehmer/Verkäufer in der Lage ist, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB geltend zu machen, so kann es ihm in seinem Vertragsverhältnis gegen-

über dem Leasinggeber nicht verwehrt werden, wegen eines Mangels des Leasingguts Ansprüche gemäß §§ 537, 538, 542 BGB durchzusetzen. Es erscheint nämlich dann keineswegs treuwidrig, wenn der Leasingnehmer/Verkäufer gegenüber dem Leasinggeber/Käufer Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB geltend macht, weil ja der Leasinggeber – dies ist Folge des geltend gemachten Mangels des Leasingguts – nicht in der Lage ist, seiner Sachverschaffungspflicht gegenüber dem Leasingnehmer gemäß §§ 535 ff. BGB nachzukommen.

Wenn man den Leasinggeber – auch beim „sale-and-lease-back“-Verfahren – an eben dieser – mietvertraglichen – Sachverschaffungspflicht festhält, steht einer Rückabwicklung des – fehlgeschlagenen – Leasingvertrages nichts im Wege. Demgegenüber überzeugt es nicht, würde man – ungeachtet eines dem Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts offenstehenden Gewährleistungsregresses – darauf verweisen, daß er nur deswegen nicht berechtigt ist, Erfüllung des Mietvertrages gemäß §§ 537, 538 BGB zu reklamieren, weil er selbst gegenüber dem Leasinggeber/Käufer gewährleistetspflichtig im Sinn der §§ 459 ff. BGB ist. Freilich gilt dies nur solange, als sicher ist: Die Gewährleistungspflicht des Leasingnehmers/Verkäufers gegenüber dem Leasinggeber/Käufer beruht ihrerseits auf einer entsprechenden Gewährleistungshaftung des Lieferanten des Leasingguts gegenüber dem Leasingnehmer/Verkäufer. Anders gewendet: Soweit dem Leasingnehmer/Verkäufer der Regreß gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts im Sinn der §§ 459 ff. BGB zusteht, handelt er nicht den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zuwider, wenn er – wegen eines von ihm nicht verursachten Mangels des Leasingguts – mietvertragliche Erfüllungsansprüche gemäß §§ 537, 538 BGB vom Leasinggeber/Käufer einfordert. Bei dieser Konstellation ist die rechtliche Stellung des Leasingnehmers/Verkäufers praktisch die eines Zwischenhändlers. Unter dieser Voraussetzung darf der Leasingnehmer nicht zum Besitz des Leasingguts gezwungen werden, wenn der Leasinggeber/Käufer nicht in der Lage ist, seine mietvertraglichen Erfüllungspflichten gemäß §§ 535 ff. BGB zu erfüllen.

bb) Ablauf der Gewährleistungsfrist

Selbstverständlich ist das Ergebnis dann ein anderes, wenn im Verhältnis zwischen Leasingnehmer/Verkäufer und Lieferant des Leasingguts die Gewährleistungsfrist des § 477 BGB bereits abgelaufen ist. Dann liegt die Parallele zum Finanzierungsleasing offen zu Tage: Wenn es nämlich dort zulässig ist, daß der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer nach Ablauf der Gewährleistungsfristen gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537, 538 BGB abbedingt, so muß das gleiche auch beim „sale-and-lease-back“ gelten. Hier wie dort liegt dann eine reine Finanzforderung vor; Störungen in der Gebrauchstauglichkeit des Leasingguts sind das ausschließliche Risiko des Leasingnehmers.

cc) Rückabwicklung

Wenn der Leasingnehmer/Verkäufer gegenüber dem Leasinggeber/Käufer mietvertragliche Erfüllungsansprüche, einschließlich des fristlosen Kündigungsrechts gemäß §§ 537, 538, 542 BGB geltend macht, dann stehen seinerseits dem Leasinggeber/Käufer – wie dargelegt – Gewährleistungsansprüche aus der kaufvertraglichen Beziehung zur Seite, welche das Wesensmerkmal des „sale-and-lease-back“ ist. Der Leasingnehmer/Verkäufer ist dabei ohne weiteres in der Lage, die gegen ihn gerichteten Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers/Käufers unmittelbar – innerhalb der Verjährungsfrist des § 477 BGB – an den Lieferanten des Leasingguts weiterzuleiten. Geschieht dies, dann ist die Rückabwicklung im

⁴⁷ RbZ 131 S. 343, 347.

⁴⁸ Hierzu Fn. 28.

Verhältnis Leasingnehmer/Verkäufer – Lieferant des Leasingguts unproblematisch: Es gelten die allgemeinen Regeln der §§ 459 ff. BGB. Im Fall der vollzogenen Wandelung gelten für die Rückabwicklung die §§ 467, 346 ff. BGB. Soweit Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB in diesem Zusammenhang auch im Verhältnis zwischen Leasinggeber/Käufer – Leasingnehmer/Verkäufer zur Entstehung gelangt sind, erscheint es dogmatisch zutreffend, auch im Leasingvertrag eine gewöhnliche Rückabwicklung gemäß §§ 467, 346 ff. BGB zu vollziehen, ohne auf die Besonderheiten der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers/Käufers gemäß §§ 537, 538, 542 BGB näher einzugehen. Denn die dem Leasingnehmer/Verkäufer zustehenden mietvertraglichen Rechte sind nur die Voraussetzung dafür, daß eine gewährleistungsrechtliche Rückabwicklung im Verhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts sich vollzieht – mit dem gleichen Ergebnis wie bei einer Veräußerungskette. Der Unterschied zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gemäß §§ 812 ff. BGB, wie sie für das Finanzierungsleasing – bei vollzogener Wandelung des Rechtsverhältnisses zwischen Leasingnehmer/Lieferant – anerkannt ist⁴⁹, zeitigt jedenfalls dann keine anderen Ergebnisse, wenn man den bereicherungsrechtlichen Wertausgleich gemäß § 818 BGB an die tatsächlich zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer gezahlten Leasingraten koppelt⁵⁰.

3. Vertragsgestaltung

Es leuchtet ohne weiteres ein: Die leasingtypische Abtretungskonstruktion ist nicht geeignet, Konstellationen des „sale-and-lease-back“ zureichend zu erfassen. Dies folgt schon aus der simplen Erkenntnis, daß dem Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts – mangels vertraglicher Beziehung – überhaupt keine Ansprüche zustehen, die dem Leasingnehmer gemäß §§ 398 ff. BGB zediert werden könnten. Diese Abtretungskonstruktion ist indessen – wie der BGH festgestellt hat⁵¹ – Kompensation für den Ausschluß der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers; auf diese Weise wird sichergestellt, daß eine Rechtlosstellung des Leasingnehmers unterbleibt, so daß insoweit gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

Fraglich ist indessen, ob der Leasinggeber bei einem „sale-and-lease-back“ berechtigt ist, seine mietvertragliche Eigenhaftung gegenüber dem Leasingnehmer gemäß §§ 535 ff. BGB auszuschließen, ohne daß eine solche – klauselmäßige –

Vertragsgestaltung gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz verstößt. Geht man – entsprechend der BGH-Judikatur⁵² – davon aus, daß auch beim „sale-and-lease-back“ ein atypischer Mietvertrag vorliegt, auf den grundsätzlich die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden, so wird man zwangsläufig diese Frage verneinen müssen. Dies ist im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz auch deswegen begründet, weil – wie gezeigt – die mietvertraglichen Erfüllungsansprüche des Leasingnehmers/Verkäufers, einschließlich des Kündigungsrechts gemäß §§ 537, 538, 542 BGB erst bewirken, daß – im Gegenzug – die Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers/Käufers gemäß §§ 459 ff. BGB gegenüber dem Leasingnehmer/Verkäufer zum Zuge gelangen. Diese führen dann zu einer Rückabwicklung im Verhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts, soweit im Verhältnis zwischen Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts die Verjährungseinrede des § 477 BGB noch nicht durchgreift. Unter dieser Voraussetzung ist es deshalb dem Leasinggeber verwehrt, seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537, 538 BGB abzugeben: Auch beim „sale-and-lease-back“ bleibt also das mietvertragliche Erfüllungsrisiko Sache des Leasinggebers; er ist der Vermieter des Leasingguts, auch wenn er dieses vom Leasingnehmer käuflich erworben hat.

Demzufolge empfiehlt es sich dringend, beim „sale-and-lease-back“ die leasingtypische Abtretungskonstruktion ersatzlos zu streichen. Im Gegenzug ist die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers/Käufers gemäß §§ 537, 538 BGB ausdrücklich vorzusehen. Darüber hinaus sollte – wiederum: im Gegenzug – bestimmt werden, daß dem Leasinggeber/Käufer Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB wegen eines Mangels des Leasingguts zur Seite stehen. Und es empfiehlt sich auch klarzustellen, ob dem Leasingnehmer/Verkäufer seinerseits Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts – trotz des „sale-and-lease-back“ – noch verbleiben, oder ob die Einrede der Verjährung gemäß § 477 BGB bereits durchgreift. Wird eine solche vertragliche Regelung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer akkordiert, so ist das Ergebnis – auch und gerade im Fall eines Mangels des Leasingguts – interessengerecht, weil es im wesentlichen eine Parallele zur bekannten Risikoverteilung beim Finanzierungsleasing eröffnet.

49 Hierzu Fn. 31.

50 Hierzu *Graf von Westphalen* (Fn. 10), Rz. 541 Parallele zu § 2 AbzG.

51 Fn. 28.

52 *BGH*, BB 1990 S. 232.

Entscheidungen

Namensschutz eines Produktherstellers

Bundesgerichtshof, Urteil vom 24. 10. 1990 – XII ZR 112/89

Leitsatz:

Hat eine juristische Person die Verwendung der Kurzform ihres Namens (hier: „Johanniter“) als Bezeichnung für ein alkoholisches Getränk mehr als fünfzig Jahre lang nicht beanstandet, kann auch der Produkthersteller Namensschutz beanspruchen; auf den Prioritäts-Grundsatz kann der Namensträger ein Unterlassungsbegehren dann nicht mehr stützen.

Aus den Gründen:

„Der Kläger [kann] sich im Verhältnis der Parteien zueinander nicht mehr auf einen vom Prioritätsgrundsatz getragenen Rechtsschutz berufen. . . .

Aufgrund des unstreitigen Vortrages der Parteien steht fest, daß die Beklagte das als „Johanniter“ bezeichnete Starkbier seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts herstellt und bis zum Zweiten Weltkrieg in größerem Umfang in den östlichen Teilen des ehemaligen Landes Preußen vertrieben hat. Diesen Absatzmarkt hat sie auch danach nicht freiwillig aufgegeben; er ist nur infolge der vom Kriegsausgang beeinflussten Änderungen der politischen Verhältnisse mit Ausnahme des Gebietes von Berlin (West) verloren gegangen. Der Kläger hat in der Zeit bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges gegen die Namensverwendung nichts unternommen, obwohl sie ihm bekannt war. Er beruft sich nicht auf eine frühere Unkenntnis, sondern begründet sein Begehren mit einer erst in der jüngeren Vergangenheit veränderten Einschätzung der Lage, die durch die Entwicklung des motorisierten Straßenverkehrs und zunehmende Erkenntnis über die Gefahrenerhöhung durch Alkoholgenuß entstanden sei.

Infolge der über mehr als fünfzig Jahre währenden Benutzung der Bezeichnung „Johanniter“ für ihr Bier hat die Beklagte ihrerseits einen wertvollen und schutzwürdigen Besitzstand erlangt (vgl. BGHZ 5, 189, 195; Schwerdtner [MünchKomm., BGB, 2. Aufl. § 12 Rdn. 135] Rdn. 125; Hefermehl in Festschrift für Alfred Hueck 1959, S. 519, 530). Dieser hat sich seit Kriegsende auch nicht auf das Gebiet von Berlin (West) beschränkt, das auch der Kläger – wie sein eingeschränkter Unterlassungsantrag zeigt – von seinem Begehren ausnimmt. Es kann dahinstehen, ob es für die Befugnis, für die Bezeichnung eines zum Absatz bestimmten Produktes gemäß § 12 BGB einen Namen zu gebrauchen, überhaupt einen räumlich begrenzten Schutzbereich gibt. Denn selbst wenn insoweit von den Grundsätzen ausgegangen wird, die für die auf Verkehrsgeltung beruhenden Kennzeichen im Firmen- und Wettbewerbsrecht anerkannt sind (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 – I ZR 49/82 – BB 1984, 2016, 2017 m.w.N.; Schwerdtner a.a.O. Rdn. 87 ff.), kann nicht außer Betracht bleiben, daß die Beklagte, die ihren früheren Absatzmarkt kriegsbedingt eingebüßt hatte, nach ihrem unbestrittenen Vortrag schon seit 1972 versucht hat, ihr Produkt über Berlin (West) hinaus wenigstens in denjenigen ehemals preußischen Gebieten der Länder Schleswig-Holstein und Niedersachsen abzusetzen, die schon seit 1949 zur Bundesrepublik Deutschland gehören. Ihr stetes Bemühen um die Ausweitung des Absatzgebietes auf einem schwierigen Markt wiegt mehr als das Ergebnis, d. h. inwieweit sie mit ihrem Bemühen trotz der infolge der Nachkriegsverhältnisse eingetretenen ungünstigen Randlage Berlins erfolgreich gewesen ist und welchen Anteil an ihrem Gesamtumsatz der Bierabsatz außerhalb Berlins erreicht hat.

Die Beklagte ist namensrechtlich selbst schutzwürdig geworden, weil der Kläger über viele Jahrzehnte hin keine Einwände gegen die Produktbezeichnung erhoben hat. Unstreitig hat er vor 1986 die Benennung „Johanniter“ gegenüber der Beklagten nicht beanstandet. Mit einer derart langen ungestörten Benutzungszeit ist der für die Entstehung eines eigenen schutzwürdigen Besitzstandes erforderliche Zeitraum jedenfalls verstrichen. Das gilt auch schon für die Zeit bis zum Zweiten Weltkrieg. Es bedarf deshalb keiner genaueren Bestimmung der Frist, die verstreichen muß, bevor ein Namensverwender einen dem älteren Namensträger gleichwertigen Besitzstand erlangt. Es liegt zwar nahe, daß diese Zeit länger zu bemessen ist als die Frist, die im Warenzeichenrecht zugewilligt wird, bis ein Abwehrbegehren als verwirkt angesehen wird; die dort bereits als ungebührlich lang beurteilte Frist von 12 Jahren (BGH, Urteil vom 21. November 1969 – I ZR 135/67 – GRUR 1970, 315, 318 – Napoleon III) liefert daher keinen Maßstab. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, daß sich hier die Beteiligten nicht als Wettbewerber auf einem Markt betätigen. Aber auch wenn es um reine Namensrechtsverletzungen geht, auf die Gegenmaßnahmen nicht nur in allzu kurz bemessener Frist zuzulassen sind, reicht ein Zeitraum von fünfzig Jahren in jedem Falle aus, auch dem prioritätsjüngeren Verwender Namensrechtsschutz zuzubilligen.“

Unwirksame Tilgungsklausel in Bausparkassen-AGB

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 30. 11. 1990 – 20 U 114/90

Leitsätze:

1. Zur Wirksamkeit von Tilgungsverrechnungsklauseln in Bausparkassen-AGB. Hier Verstoß gegen Transparenzgebot bejaht.
2. Verstöße gegen das Transparenzgebot (§ 9 AGBG) können mit der Verbandsklage (§ 13 AGBG) verfolgt werden.

Sachverhalt:

Die Klägerin, ein Verbraucherschutzverein, hält die von der Beklagten in § 20 ihrer Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge verwandte Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam und verlangt Unterlassung der Verwendung dieser Klausel. Die in § 20 beanstandete Klausel hat folgenden Wortlaut: 1. Das Darlehen ist vom Tage der Auszahlung an im Tarif I mit 5 v. H. und im Tarif II mit 4,5 v. H. jährlich zu verzinsen. . . . Im übrigen werden die Zinsen vierteljährlich nach dem Stand des Darlehens zu Beginn des Kalendervierteljahres berechnet. Tilgungsbeträge wirken sich von Beginn des auf ihren Eingang folgenden Kalendervierteljahres bei der Zinsberechnung aus. . . . Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

„I. . . . II. . . . 1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann ein Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 9 AGBG mit der Verbandsklage geltend gemacht werden.

Die vom Landgericht vertretene Auffassung, mit der Verbandsklage könnten nur solche Klauseln angegriffen werden, die aus sich selbst heraus unwirksam seien, nicht aber solche, bei denen sich die Unwirksamkeit erst aus einer Gesamtwürdigung aller individuellen Gegebenheiten ergebe, findet im Wortlaut des § 13 AGBG keine Bestätigung. Nach dieser Vorschrift können Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen angegriffen werden, „die nach §§ 9 bis 11 dieses Gesetzes unwirksam sind“. Ob eine Klausel gem. § 9 AGBG unwirksam ist, kann bei sachgerechter Auslegung und Würdigung nicht ohne Berücksichtigung der übrigen Klauseln in den verwandten allgemeinen Geschäftsbedingungen festgestellt werden. Selbstverständlich können bei der Verbandsklage nicht außerhalb der AGB liegende Individualabreden einzelner Verträge berücksichtigt werden. Die Würdigung der einzelnen Klausel hat aber unter objektiven Kriterien unter Berücksichtigung des gesamten Klauselwerkes zu erfolgen. Der BGH, der diese Frage zwar bislang – soweit ersichtlich – noch nicht ausdrücklich entschieden hat, hat ausgeführt, daß eine Klausel nicht isoliert, sondern vor dem Hintergrund des gesamten Vertrages zu interpretieren sei (NJW 89, 582¹). In der Entscheidung vom 24. 11. 1988 (NJW 89, 222²) hat der BGH, obwohl es sich dort um einen Individualprozeß handelte, nicht auf den klagenden Kunden, sondern auf den Durchschnittsbausparer abgestellt. Im übrigen würde – worauf das OLG Frankfurt (NJW 89, 2264) zu Recht hinweist – die Auffassung des Landgerichts zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß solche Klauseln in Individualprozessen für unwirksam erklärt würden, in Verbandsprozessen dagegen Bestand hätten (ebenso OLG Hamburg ZIP 90, 982).

2. . . . 3. Die beanstandete Klausel in § 20 der Bedingungen ist wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (zuletzt in NJW 90, 2383 m. w. N.³) kommt dem Transparenzgebot gerade bei Preisnebenabreden, die den Kunden belasten, besondere Bedeutung zu. Bei ihrer Ausgestaltung ist in erhöhtem Maße darauf zu achten, daß der Kunde ihre Bedeutung nicht verkennt, sondern sie möglichst mühelos und ohne weitere Erläuterung versteht. Nur dann kann der Kunde seine Verhandlungsmöglichkeiten und Marktchancen interessengerecht wahrnehmen. Eine Klausel, die dazu führt, daß Zinsen für bereits getilgte Schuldbeträge zu zahlen sind, widerspricht in besonderem Maße den Durchschnittserwartungen eines Darlehensnehmers und ist daher auch in besonderem Maße klar durchschaubar zu gestalten.

Als Maßstab dafür, ob eine AGB-Klausel den Anforderungen des Transparenzgebotes entspricht, dienen nicht die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners oder eines

1 BGH, 17. 1. 1989, BB 1989 S. 243 ff.

2 BGH, 24. 11. 1988, BB 1988 S. 2410 ff.

3 BGH, 10. 7. 1990, BB 1990 S. 1656 f.

Fachmannes, sondern die des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (BGH NJW 89, 222, 224 m. w. N.²; 90, 2383³). Dabei ist zu berücksichtigen, daß Bauspardarlehen des öfteren von Personen in Anspruch genommen werden, die erst – oder einmalig Grundbesitz erwerben und über keine Finanzierungserfahrung verfügen.

b) Die angegriffene Klausel genügt diesen Anforderungen nicht.

aa) Die zinssteigernde Wirkung ergibt sich entgegen der Auffassung des OLG Koblenz (NJW 89, 2268), das eine gleichlautende Klausel zu beurteilen hatte, nicht bereits aus § 20 Abs. 1 der Bedingungen. Zwar heißt es dort, daß Zinsen vierteljährlich nach dem Stand des Darlehens zu Beginn des Kalendervierteljahres berechnet werden und daß sich Tilgungsbeiträge erst von Beginn des auf ihren Eingang folgenden Kalendervierteljahres an in der Zinsberechnung auswirken. Dies macht aber die zinssteigernde Wirkung und insbesondere ihr Ausmaß nicht deutlich, sondern läßt die Möglichkeit offen, daß es sich hier nur um eine buchungstechnische Regelung handelt, wie und wann die Beklagte ihre Zinsberechnung ausführt. Denn wann der Kunde die Tilgungsbeiträge zu erbringen hat, ist in diesem Absatz nicht geregelt. Hätte der Kunde seine Tilgungsbeiträge erst am Ende eines jeden Vierteljahres zu erbringen, so würden sie sich sofort am nächsten Tag auf die Zinsberechnungen auswirken. Die Fälligkeitsregelung ist aber erst im zweiten Satz des nächsten Absatzes geregelt. Erst hier erfährt der Kunde, daß er seine Tilgungsbeiträge monatlich zu leisten hat. Es bleibt Aufgabe des Kunden, zwischen beiden räumlich getrennten Klauseln einen inneren Zusammenhang herzustellen, um dadurch die zinssteigernde Wirkung zu erkennen. Dies fällt um so schwerer, weil im ersten Satz des hier in Rede stehenden Absatzes 1 der Zinssatz des Darlehens mit 5 % im Tarif I und mit 4,5 % im Tarif II festgelegt ist. Dieser Eingangssatz kann den Durchschnittskunden zu der Annahme verleiten, allein dieser Zinssatz sei maßgebend, so daß die weiteren Regelungen keine diesen Zinssatz erhöhende Wirkung haben könnten. Eine solche Klausel wird dem Transparenzgebot nicht mehr gerecht. Ob eine Aufnahme der Fälligkeitsregelung in den Absatz 1 die preissteigernde Wirkung deutlich gemacht hätte, braucht nicht entschieden zu werden. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 10. 7. 1990 (NJW 90, 2383) deutlich gemacht hat, reicht nicht schon ohne weiteres die Aneinanderreihung von Sätzen mit zinssteigernder Wirkung aus. Vielmehr muß auch eine in der Formulierung zum Ausdruck kommende sachliche Verzahnung der zinssteigernden Regelungen vorgenommen werden.

bb) In der Regel mag es ausreichen, daß durch Angabe des Effektivzinses die preiserhöhende Wirkung deutlich gemacht wird, wenn beides deutlich in Beziehung gebracht wird (BGH NJW 89, 222, 224²; differenzierend aber Reifner NJW 89, 952, 957). Das kann aber jedenfalls dann nicht gelten, wenn sich die Angabe des Effektivzinses an einer Stelle befindet, an der der Kunde nicht damit rechnen kann. Der Effektivzins ist hier weder in den jeweiligen Schuldurkunden noch in den AGB selbst angegeben. Er findet sich vielmehr im zweiten Absatz der Präambel zu den AGB. In der Präambel . . . erwartet niemand eine solch wichtige Angabe über den Zins. Die Angabe des Effektivzinses an dieser geradezu versteckten Stelle macht die in § 20 Abs. 1 und 2 der AGB enthaltene preissteigernde Wirkung dem Durchschnittskunden in keiner Weise deutlich.

Die formulärmäßige Angabe des Effektivzinses wird überdies nicht wirksam in dem Vertrag mit einbezogen, da nach der Gestaltung der AGB deren ‚Vorspann‘ nicht Teil der vom Bundesaufsichtsamt genehmigten Bedingungen ist.“

Güterabwägung bei Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Wahrung des Bankgeheimnisses

Bundesgerichtshof, Urteil vom 27. 11. 1990 – XI ZR 308/89

Leitsatz

Der Konflikt zwischen der Pflicht eines Kreditinstituts, den Kunden auf Risiken hinzuweisen (hier: Konkursreife eines Bautrages), und der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist im Einzelfall durch Güterabwägung zu lösen.

Sachverhalt:

Die Kläger verlangen von der beklagten Bank Schadensersatz u. a. mit der Begründung, deren Rechtsvorgängerin R. habe sie bei Übernahme der Zwischenfinanzierung für Erwerb und Sanierung einer Eigentumswohnung im Rahmen eines Bauherrenmodells nicht über die Konkursreife der F.-Unternehmensgruppe aufgeklärt, die die Gegenleistungen zu erbringen hatte. R. war zugleich Kreditgeber der F.-Unternehmensgruppe. Die Kläger haben geltend gemacht, die F.-Gruppe sei bereits im Dezember 1985 konkursreif gewesen. Die R. habe diese ihr bekannte Tatsache bei Abschluß des Darlehensvertrages um des eigenen Vorteils willen verschwiegen und sich entschlossen, die diesen Gesellschaften gewährten Kredite „still abzuwickeln“. So seien die Konkurse bis Mitte 1986 hinausgezögert worden. Sie selbst seien in Unkenntnis dieser Umstände Verbindlichkeiten eingegangen und hätten das Wohnungseigentum nur mit Verlust veräußern können. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

„I. Das Berufungsgericht hält Schadensersatzansprüche der Kläger gegen die Beklagte wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht nicht für gerechtfertigt. Es ist der Auffassung, daß die R. ihre Kenntnis von der Konkursreife der F.-Gruppe bei Abschluß des Darlehensvertrages den Klägern nicht habe offenbaren müssen. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

II. 1. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß es grundsätzlich nicht Sache des Kreditinstituts ist, Darlehensnehmer auf Risiken, die mit dem zu finanzierenden Geschäft verbunden sind, hinzuweisen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes braucht eine Bank in der Regel ihre Kunden nicht vor gefährlichen Kreditgeschäften zu warnen oder über die Vermögensverhältnisse des Geschäftspartners aufzuklären (st. Rspr., vgl. Senatsurteil vom 27. Juni 1989 – XI ZR 52/88¹, WM 1989, 1409, 1411 m. w. Nachw.). Eine Aufklärungs- und Warnpflicht der Bank ist jedoch ausnahmsweise gegeben, wenn im Einzelfall ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers besteht und nach Treu und Glauben ein Hinweis der Bank geboten ist (BGH, Urteil vom 9. April 1987 – III ZR 126/85, WM 1987, 1546 m. w. Nachw.; Senatsurteil vom 24. April 1990 – XI ZR 236/89, WM 1990, 920, 922). Ein solcher Ausnahmefall kann dann gegeben sein, wenn die Bank in bezug auf die speziellen Risiken des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat, z. B. wenn ihr die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Geschäftspartners bekannt ist (BGH, Urteil vom 24. Mai 1978 – II ZR 173/77, WM 1978, 896; BGH, Urteil vom 20. Februar 1986 – III ZR 223/84, WM 1986, 700, 701), oder wenn sie sich im Zusammenhang mit Kreditgewährungen sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte zu Lasten der Erwerber verwickelt (BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 18/78, WM 1979, 1054, 1057; BGH, Urteil vom 21. Januar 1988 – III ZR 179/86², WM 1988, 561, 563; Senatsurteil vom 24. April 1990 a. a. O.; Hopt, Festschrift für Stimpel, S. 282 f., 287).

1 BB 1989 S. 1714.

2 BB 1988 S. 794.

2. Diese speziellen Voraussetzungen für eine Aufklärungspflicht liegen hier vor.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, der R. sei im Zeitpunkt der Antragstellung für die hier streitige Zwischenfinanzierung bekannt gewesen, daß der Initiator des Projekts und die von ihm beherrschte Unternehmensgruppe, die alle wesentlichen Leistungen im Rahmen des Bauherrenmodells erbringen sollte, konkursreif war.

a) . . . b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts entfiel die sich aus diesem Wissensvorsprung ergebende Aufklärungspflicht der R. nicht wegen ihrer der F.-Gruppe gegenüber bestehenden Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Der Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Bankgeheimnis ist durch Güterabwägung zu lösen (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht 3. Aufl. Rdn. 60; Bruchner/Stützle, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft S. 42; Roth in Handbuch des Kapitalanlagerechts § 12 Rdn. 52 ff.). Bei dieser Güterabwägung ist auch zu berücksichtigen, in welchem Umfang die aufklärungspflichtige Bank gezwungen wäre, Einzelheiten ihrer Geschäftsverbindung mit einem anderen Kunden und über dessen Vermögenslage zu offenbaren. Im vorliegenden Fall hätte es ausgereicht, wenn die R. gegenüber der Treuhänderin, die zur F.-Gruppe gehörte und deren Geschäftsführer F. selbst war, unter Hinweis auf die Vermögenslage der Gruppe die beantragte Zwischenfinanzierung ohne vorausgehende Aufklärung der Kläger über das besondere Risiko abgelehnt hätte. Es kann deshalb offen bleiben, ob das Geheimhaltungsinteresse eines konkursreifen Unternehmens in der Regel hinter den Belangen des schutzbedürftigen Darlehensnehmers zurückzutreten hat (vgl. Canaris a.a.O.).

3. Die Verpflichtung der R. zur Aufklärung ergab sich im übrigen auch aus dem schwerwiegenden Interessenkonflikt, in den sie sich mit der Übernahme der Zwischenfinanzierung verwickelte. Wie die Kläger unwidersprochen vorgetragen haben, wurde die Zahlungsfähigkeit der F.-Gruppe, der die R. Bauträgerkredite in Höhe von mehr als 60 Mio. DM zur Verfügung gestellt hatte, nur noch durch die R. sichergestellt. Sie stand damit vor der Frage, ob sie den unausweichlichen Konkurs dieser Firmengruppe alsbald herbeiführen oder zulassen sollte, daß sich ihr Kreditengagement verringerte, indem sie den Bauherren Kredite für ein Objekt gewährte, das von dem Initiator des Bauherrenmodells nicht mehr zu realisieren war und bei dem es zumindest nahe lag, daß die Bauherren mit den Kreditmitteln auch weitgehend wertlose Verpflichtungen honorieren würden.

4. Die Aufklärungspflicht entfiel entgegen der Ansicht der Beklagten schließlich auch nicht etwa deshalb, weil die Kläger die Zwischenfinanzierung zur Erfüllung von ihnen bereits durch den Treuhandvertrag übernommener Verpflichtungen benötigt hätten (vgl. Senatsurteil vom 24. April 1990 – XI ZR 236/89, WM 1990, 920). Daß die Kläger sich von dem mit einem konkursreifen Treuhänder geschlossenen Vertrag lösen können, der ihnen Leistungen von Schwesterunternehmen gleicher Finanzlage verspricht, liegt auf der Hand.

5. Die Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß die Kläger das Projekt auch in Kenntnis der Konkursreife der F.-Gruppe finanziert hätten. Sie hat die Kläger deshalb so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie die Zwischenfinanzierung nicht in Anspruch genommen und deshalb die Eigentumswohnung nicht erworben hätten. Die weitere Entwicklung, insbesondere die anderweitige Realisierung des Projekts nach Eröffnung des Konkurses über die F.-Gruppe, ist für die Haftung der Beklagten ohne Bedeutung; die Kläger haben die von ihnen erworbene Wohnung vorher veräußert. Es kann deshalb unentschieden bleiben, ob das Verhalten der R. auch die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt. Ebenso bedarf keiner Erörterung, ob der Vertrag über die Zwischenfinanzierung wegen für die R. offensichtlichen Mißbrauchs der Treuhändervollmacht unwirksam ist.

Das Berufungsgericht . . . [muß] nunmehr prüfen . . . inwieweit ein Schaden der Kläger eingetreten ist.“

Bedeutung eines über dem Blanko-Überweisungsauftrag stehenden Namenszugs

Bundesgerichtshof, Urteil vom 20. 11. 1990 – XI ZR 107/89

Stichworte: „Oberschrift“ / Unterschrift / Sparkassenüberweisungsformular / Blanko-Überweisung / Abredewidriges Ausfüllen des Blanketts / Schadensersatzanspruch des Kontoinhabers / Mitverschulden des Kontoinhabers / §§ 126, 172 Abs. 2, 254, 667, 675 BGB; §§ 416, 440 Abs. 2 ZPO

Leitsätze:

a) Ein über dem Urkundentext stehender Namenszug („Oberschrift“) ist auch bei durchgestalteten Formularen, die eine Unterzeichnung am oberen Rand vorsehen (hier: Sparkassenüberweisungsformulare), keine Unterschrift im Sinne der §§ 416 und 440 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschriften sind insoweit auch nicht entsprechend anwendbar.

b) Eine blanko geleistete „Oberschrift“ begründet nicht den Rechtsschein, daß die darunter stehende Erklärung vom Aussteller herrührt. Der Blankettgeber braucht deshalb ein abredewidrig ausgefülltes Blankett in einem solchen Falle nicht gegen sich gelten zu lassen.

c) Zum Mitverschulden des Kontoinhabers bei der Entstehung eines Schadens durch weisungswidrig ausgeführte Blanko-Überweisungsaufträge.

Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die beklagte Sparkasse wegen weisungswidriger Erledigung von Überweisungsaufträgen auf Schadensersatz in Anspruch. Im April 1986 kaufte die Klägerin von den Eheleuten S. eine noch zu errichtende Eigentumswohnung. Der in mehreren Raten nach Baufortschritt zu zahlende Kaufpreis von 220 000 DM war nach Nr. 10 des notariellen Kaufvertrages auf das Konto der Verkäufer bei der Volksbank L. e.G. (im folgenden: Volksbank) zu entrichten. Die Verkäufer traten ihre Kaufpreisforderung alsbald an die Volksbank ab. Diese unterrichtete die Klägerin darüber und bat, Zahlungen ausschließlich auf das im Kaufvertrag genannte Konto zu leisten.

Mit Schreiben vom 22. Mai 1986 beauftragte die Klägerin die Beklagte, bei der sie ein Baukonto unterhielt, 166 100 DM auf das vorgenannte Konto der Verkäufer zu überweisen. Die Beklagte, deren damalige Kenntnis von der Kaufpreisabtretung streitig ist, überwies 78 200 DM auf das angegebene Konto bei der Volksbank und zwei weitere Teilbeträge über 36 000 DM und 51 900 DM am 16. Juni und 1. Juli 1986 auf ein bei ihr geführtes Girokonto der Verkäufer. Die von einer Angestellten der Beklagten ausgefüllten und mit dem Konto der Verkäufer versehenen sparkassenüblichen Auftragsformulare für die beiden letztgenannten Überweisungen tragen am oberen Rand rechts über der vorgedruckten Zeile „Unterschrift für nachstehenden Auftrag“ den Namenszug der Klägerin. Am 1. und 9. Juli 1986 überwies die Beklagte jeweils 23 100 DM und am 3. September 1986 7 700 DM vom Baukonto der Klägerin auf das hausinterne Konto der Verkäufer. Die beiden erstgenannten Überweisungen erfolgten wiederum aufgrund sparkassenüblicher Überweisungsformulare, die von einer Angestellten der Beklagten wie zuvor ausgefüllt wurden und oben rechts mit dem Namenszug der Klägerin versehen sind. Die Überweisung vom 3. September 1986 beruht auf einem von der Klägerin ebenfalls oben rechts unterzeichneten Überweisungsauftrag vom 1. September 1986 über 9 373,22 DM, den die Beklagte nach Erstellung eines neuen Überweisungsträgers nur in Höhe von 7 700 DM ausgeführt hat.

Die Volksbank als Zessionarin der Kaufpreisforderung ließ die auf das Konto der Verkäufer bei der Beklagten überwiesenen und von ihnen verbrauchten Beträge über insgesamt 141 800 DM nicht als Erfüllung gegen sich gelten, sondern erwirkte darüber ein rechtskräftiges Urteil gegen die Klägerin. Diese begehrt nunmehr ihrerseits, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages an die Volksbank zu verurteilen. Die Klägerin behauptet, sie habe die genannten Überweisungsaufträge blanko unterzeichnet und der Beklagten überlassen, um die Überweisung der Kaufpreistraten sofort nach Fälligkeit sicherzustellen. Die Beklagte habe die Auftragsformulare in Kenntnis der Kaufpreisabtre-