

**Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln\***

## **Der Leasingnehmer als Nichtkaufmann: Einbeziehung der Lieferanten-AGB und Rügepflichten**

**Stichworte:** Leasingvertrag / Leasingnehmer als Nichtkaufmann / Lieferanten-AGB / Wirksame Einbeziehung / Gewährleistungshaftung der Lieferanten / Rügeerfordernis nach §§ 377, 378 HGB / Stillschweigende Abbedingung? / Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers / Hardware-Lieferung und Softwareüberlassung

Es ist ein durchaus bemerkenswertes Phänomen, daß sich die BGH-Judikatur mit dem Leasingnehmer als Nichtkaufmann vor allem im Rahmen von § 6 AbzG befaßt<sup>1</sup>. Daneben bestehen jedoch – praktisch in jedem Leasingvertrag – verschiedene Problemkreise, die sich aus der Stellung des Leasingnehmers als Nichtkaufmann ergeben, während – und darin liegt der Kern der hier zu untersuchenden Rechtsfragen – das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts dem kaufmännischen Verkehr angehört.

### **I. Die wirksame Einbeziehung**

#### **1. Die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“**

Es gehört zu der leasingtypischen Vertragsgestaltung, daß der Leasinggeber sich gegenüber dem Leasingnehmer von seiner Eigenhaftung gemäß §§ 535 ff. BGB freizeichnet, um dem Leasingnehmer – statt dessen – die Ansprüche abzutreten, die ihm im Rahmen der Gewährleistung gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen<sup>2</sup>. Die Streitfrage, ob die gewährleistungsspezifischen Ansprüche – Wandelung oder Minderung – überhaupt selbständig abtretbar sind<sup>3</sup>, hat sich inzwischen – jedenfalls für die Praxis – erledigt, zumal der BGH dieses Problem lediglich in einer früheren Entscheidung einmal aufgeworfen<sup>4</sup> hat, ohne es in späteren Entscheidungen zu vertiefen oder gar die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ daran scheitern zu lassen<sup>5</sup>. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß der Leasingvertrag – jedenfalls in den Augen des BGH – als atypischer Mietvertrag einzuordnen ist, auf den die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB „in erster Linie“ Anwendung finden<sup>6</sup>. Denn die Überlassung der Leasing Sache in einem gebrauchsfähigen Zustand ist „Hauptpflicht“ des Leasinggebers; der Sacherwerb des Leasingguts durch den Leasinggeber und die anschließende Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer erweisen sich – aufgrund der von beiden Vertragsparteien verfolgten Vertragsgestaltung – als so wesentlich, daß darin der „zentrale Inhalt“<sup>7</sup> des Leasingvertrages gesehen wird<sup>8</sup>. Unmittelbar hat dies zur Folge, daß der Lieferant des Leasingguts als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers tätig wird<sup>9</sup>, weil nämlich der Leasinggeber – bezogen auf seine auf dem Leasingvertrag resultierenden Pflichten – nur mit Hilfe des Lieferanten als seines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) in der Lage ist, seiner Nutzungsverschaffungspflicht zu genügen<sup>10</sup>.

#### **2. Die Einbeziehung gemäß § 2 AGB-Gesetz**

Ist der Leasinggeber Nichtkaufmann – z. B. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Arzt, Anwalt, Architekt oder schlicht: ein privater Endverbraucher –, so ist der Leasinggeber verpflichtet, die Einbeziehungsvoraussetzungen von § 2 AGB-Gesetz gegenüber dem Leasingnehmer strikt einzuhalten. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz ist deshalb der Leasinggeber als AGB-Verwender verpflichtet, den Leasingnehmer bei Vertragsabschluß „ausdrücklich“ auf die einzubeziehenden AGB hinzuweisen<sup>11</sup>. Insbesondere aber ist er verpflichtet, dem Leasingnehmer gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme von den einzubeziehenden AGB zu verschaffen.

#### **a) Das Erfordernis eines „ausdrücklichen“ Hinweises gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz**

Für gewöhnlich ist der Hinweis auf die gegenüber dem Lieferanten bestehenden Gewährleistungsansprüche nur in den Leasing-AGB enthalten: Der Leasinggeber erklärt in seinen Leasing-AGB unter der Rubrik „Gewährleistung/Haftung“, daß er für die Gebrauchstauglichkeit/Funktionsstüchtigkeit des Leasingguts nicht einsteht, sondern daß er dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche abtritt, die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen. Wird eine derartige Vertragsgestaltung gegenüber einem Leasingnehmer als Nichtkaufmann gewählt, so stellt sich bereits gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz die Frage, ob der Leasinggeber seiner Obliegenheit gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz nachgekommen ist, den Leasingnehmer auf die Geltung der Lieferanten-AGB „ausdrücklich“ hinzuweisen<sup>12</sup>.

Inzwischen hat der BGH klargestellt: Das Erfordernis eines „ausdrücklichen“ Hinweises formalisiert die Einbeziehungsvoraussetzungen; es enthält eine Abweichung von den allge-

\* Herrn Professor Dr. Otto Sandrock, Münster, zum 60. Geburtstag.

1 BGHZ 94 S. 195, 199, 201 ff.; BGH, NJW 1987 S. 842; BGH, WM 1989 S. 1142.

2 BGH, WM 1981 S. 1219; BGH, WM 1984 S. 1089; BGH, BB 1984 S. 2019; BGH, BB 1985 S. 826; BGH, BB 1986 S. 900.

3 Seetzen, AcP 169 S. 352, 370 f.

4 BGH, WM 1977 S. 447, 449.

5 BGH, WM 1981 S. 1219, 1221; BGH, BB 1984 S. 2019; BGH, BB 1986 S. 900.

6 BGH, BB 1986 S. 19; BGH, BB 1986 S. 900.

7 BGH, BB 1986 S. 19, 20.

8 A.M. insbesondere Lieb, DB 1988 S. 946 ff.; ders., DB 1988 S. 2495 ff.

9 BGH, NJW 1988 S. 198.

10 BGH, WM 1989 S. 1574, 1578.

11 BGH, NJW-RR 1987 S. 112.

12 Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 3. Aufl., Rdnr. 125.

d. h. alle verkehrsfähigen Güter Gegenstand eines Kaufvertrages sein<sup>43</sup>. Auch die Tatsache, daß es sich bei Standard-Software – unter Berücksichtigung der BFH-Judikatur<sup>44</sup> – um eine geistige Schöpfung handelt, steht dieser Einordnung nicht entgegen<sup>45</sup>. Unterstützt wird diese Erwägung durch den Befund, daß der Datenträger allemal eine körperliche Sache im Sinn von § 433 Abs. 1 BGB ist; aber er ist lediglich das Medium für die eine geistige Schöpfung darstellende Software: Für die Ausübung eines sich auf die Software erstreckenden – leasingtypischen – Nutzungsrechts gehören deshalb Datenträger und Software notwendigerweise zusammen<sup>46</sup>.

Auch die BGH-Judikatur<sup>47</sup> steht auf dem Standpunkt, daß für die Überlassung von Standard-Software gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts Kaufrecht im Sinn der §§ 433 ff. BGB – zumindest analog – Anwendung findet, eine Ansicht, die auch in der Literatur Beifall gefunden hat<sup>48</sup>.

Mit Recht hat deshalb auch Heussen<sup>49</sup> aus dieser Einordnung die Konsequenz gezogen, der Endabnehmer müsse Standard-Software in den westlichen Funktionsabläufen einem gründlichen Test unterziehen<sup>50</sup>. Nach der Ansicht von Heussen<sup>51</sup> umfaßt ein solcher Test mindestens:

- Untersuchung des Datenträgers auf äußere Beschädigungen etc.;
- Installation des Programmes und damit Test der Schnittstelle zum Betriebssystem
- Eingabe von Testdaten in einem solchen Umfang, daß die wesentlichen Programmabläufe untersucht werden können;
- Durchtesten der wesentlichen Programmabläufe sowie
- Schulung des Personals soweit erforderlich in einem Umfang, der einen derartigen Test ermöglicht<sup>52</sup>.

Schon daraus folgt, daß diese Maßnahmen weiter reichen als in den §§ 377, 378 HGB bedungen; es handelt sich um spezifische Abnahmehandlungen, die nach § 640 AGB einzuordnen sind.

### 3. Die BGH-Entscheidung vom 5. 7. 1989<sup>53</sup>

Der BGH hatte bislang keine Gelegenheit, die Frage zu untersuchen, ob der Lieferant berechtigt ist, gegenüber dem Gewährleistungsverlangen des Leasingnehmers erfolgreich geltend zu machen, dieser habe – als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers handelnd – die Voraussetzungen der §§ 377, 378 HGB nicht erfüllt, so daß – sowohl bei Hard- als auch bei Standard-Software – etwaige Gewährleistungsansprüche gemäß § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sind. Vielmehr hat der BGH – bezogen auf das Vertragsverhältnis Leasinggeber/Leasingnehmer – geprüft, ob dem Leasingnehmer Minderungs- oder Schadensersatzansprüche unmittelbar gegenüber dem Leasinggeber zustehen, weil ein zur Hardware gehörendes Bedienerhandbuch – diese Tatsache freilich blieb strittig – nicht mitgeliefert worden war. Da der Leasingnehmer – handelnd als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers – jedoch eine Übernahmebestätigung abgegeben hatte<sup>54</sup>, untersuchte der BGH, ob dem Leasinggeber nicht möglicherweise der Einwand gemäß § 539 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 464 BGB zusteht, weil und soweit sich der Leasingnehmer das Fehlen des Bedienerhandbuchs nicht als Mangel des Leasingguts ausdrücklich oder stillschweigend bei der Übergabe vorbehalten hatte. Die Prüfung dieser Frage war im übrigen deswegen ganz folgerichtig, weil – unter Berücksichtigung der besonderen Fallkonstellation – nicht abschließend geklärt worden war, ob ggf. die Nichtlieferung des Bedienerhandbuchs teilweise Nichterfüllung des Leasingvertrages oder ein Mangel war: Wertet man diesen Sachverhalt unter der Kategorie der Gewährleistung, so führt das Fehlen des Computer-Handbuchs dazu, daß der Leasingnehmer auf Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verwiesen, seine Entgeltverpflichtung gegenüber dem Leasinggeber aber hierdurch nicht berührt würde<sup>55</sup>. Gleichzeitig aber betonte der BGH,

auch in diesem Fall könnte der Leasingnehmer auf § 320 BGB zurückgreifen und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen, ohne durch die mietrechtlichen Erfüllungsansprüche der §§ 537 ff. BGB hieran gehindert zu sein<sup>56</sup>. Hervorzuheben bleibt freilich, daß sich in diesem Fall der Leasingnehmer zunächst – trotz Zahlung von Leasingraten – an den Leasinggeber gewandt und um Abhilfe gebeten hatte, bevor der Leasinggeber ihn auf etwaige gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts bestehende Gewährleistungsansprüche verwies<sup>57</sup>, was – mangels Reaktion des Lieferanten – ergebnislos blieb, so daß dann der Leasingnehmer die Zahlungen einstellte und damit eine fristlose Kündigung des Leasingvertrages durch den Leasinggeber provozierte. Ungeachtet der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ ist deshalb der Leitsatz des BGH von Bedeutung, wonach jedenfalls dann ausschließlich die Bestimmungen der §§ 537 ff. BGB Anwendung finden, sofern – vorbehaltlich der durch das Berufungsgericht vorzunehmenden Tatsachenaufklärung – endgültig feststeht, daß wegen Nichtlieferung des Benutzerhandbuchs die vom Leasinggeber geschuldete Sachverschaffungspflicht endgültig nicht erfüllt werden kann.

### 4. Lösungsansätze

Da der Leasingnehmer in der BGH-Entscheidung vom 5. 7. 1989<sup>58</sup> ein Nichtkaufmann war, hätte der BGH die hier interessierende Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 377, 378 HGB – sowohl bezogen auf Hardware als auch auf Standard-Software – beantworten müssen, wenn er zu dem Ergebnis gelangt wäre<sup>59</sup>, daß die Nichtlieferung des Hardware-Handbuchs ein gewährleistungspflichtiger Mangel ist, der dem Leasingnehmer unter Berücksichtigung der leasingspezifischen „Abtretungskonstruktion“ Ansprüche gegenüber dem Lieferanten gemäß §§ 459 ff. BGB gewährt. Denn wenn der Leasingnehmer – bezogen auf die Abnahme- oder Übernahmebestätigung – Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist<sup>60</sup>, so gilt dies auch für die Verpflichtungen zur unverzüglichen Mängeluntersuchung und Mängelrüge gemäß §§ 377, 378 HGB. Unter dieser Voraussetzung bieten sich dann zwei Lösungswege an:

#### a) Stillschweigende Abbedingung der §§ 377, 378 HGB

Man könnte daran denken, im Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber – Lieferant des Leasingguts von einer stillschweigenden Abbedingung der §§ 377, 378 HGB auszugehen, weil ja der Lieferant des Leasingguts – aufgrund seiner vorherigen Kontakte mit dem Leasingnehmer – darüber unterrichtet ist, daß der Leasingnehmer Nichtkaufmann ist. Mehr noch: Der Lieferant des Leasingguts weiß, daß sich der Leasinggeber zur Erfüllung der Abnahme- und Übernahmebestätigung des Leasingnehmers als seines Erfüllungsgehilfen

43 Staudinger/Köhler, § 433 Rdnr. 20; Palandt/Putz, § 433 Anm. 1 c cc, dd; Hoeren, CR 1988 S. 908 ff.

44 BStBl. II 1987 S. 728.

45 OLG Schleswig, ZIP 1982 S. 457, LG München, CR 1987 S. 364.

46 Graf von Westphalen, DB-Beilage Nr. 3/1989 S. 5.

47 BGH, WM 1983 S. 685; BGH, WM 1984 S. 1092; BGH, WM 1987 S. 1452.

48 Moritz/Tybusseck, Computer-Software, Rdnrn. 334, 339; Engel, BB 1985 S. 1159, 1162; Hoeren, CR 1988 S. 908, 914 f.; Junker, WM 1988 S. 1249, 1250 f.

49 Heussen, BB 1988 S. 1835, 1836.

50 Vgl. BGH, BB 1988 S. 20.

51 Heussen, a.a.O.

52 Heussen, BB 1988 S. 1837.

53 BGH, WM 1989 S. 1574.

54 BGH, WM 1989 S. 1574, 1578.

55 BGH, WM 1989 S. 1574, 1577.

56 BGHZ 84 S. 42, 45; BGH, WM 1989 S. 1574, 1577.

57 BGH, WM 1989 S. 1574, 1575.

58 BGH, WM 1989 S. 1574, 1575.

59 OLG Frankfurt a.M. CUR 1986 S. 270; OLG Frankfurt a.M., NJW 1987 S. 3206.

60 BGH, WM 1989 S. 1574, 1578.

gemäß § 278 BGB bedient; denn es ist leasingtypisch: Der Lieferant liefert das Leasinggut – auf Geheiß des Leasinggebers – unmittelbar an den Leasingnehmer. Auf diese Weise erfüllt der Leasinggeber seine Sachverschaffungspflicht; er setzt damit den Leasingnehmer in den Stand, das Leasinggut auf Dauer – vorbehaltlich etwaiger Gewährleistungsansprüche, die gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen sind – zu nutzen<sup>61</sup>. Unter dieser Voraussetzung müßte man dann zu dem Ergebnis gelangen, daß aufgrund einer stillschweigenden Abbedingung der §§ 377, 378 HGB der Lieferant des Leasingguts damit einverstanden ist, daß die Geltendmachung etwaiger Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB lediglich unter dem – höchst eingeschränkten – Vorbehalt des § 460 BGB stehen: Danach sind nämlich Gewährleistungsansprüche des Käufers nur dann ausgeschlossen, wenn und soweit der Käufer den Mangel beim Abschluß des Kaufvertrages „kennt“. Liegt demgegenüber, wie sich unmittelbar aus § 460 Satz 2 BGB ergibt, auf Seiten des Käufers grobe Fahrlässigkeit im Hinblick auf einen Mangel der Kaufsache vor, so haftet der Verkäufer – mangels einer gegenteiligen Eigenschaftszusicherung – nur, sofern er den Fehler arglistig verschwiegen hat.

Diese Konstruktion hätte zur Konsequenz, daß der Leasingnehmer in seinem Verhältnis zum Lieferanten genauso behandelt würde, als wäre zwischen diesen beiden Parteien unmittelbar ein Kaufvertrag gemäß §§ 433 ff. BGB geschlossen worden. Der Leasinggeber seinerseits würde davon profitieren, weil ja der Lieferant nicht in der Lage wäre, etwaige Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gemäß §§ 459 ff. BGB unter Hinweis auf § 377 Abs. 2 HGB scheitern zu lassen. Denn es ist ganz unausweichlich: Da der BGH Finanzierungs-Leasingverträge als atypische Mietverträge begreift, auf die „in erster Linie“ die Bestimmungen des §§ 535 ff. BGB Anwendung finden<sup>62</sup>, kann eine Abbedingung der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß § 537, 538 BGB nur dann – gemessen an den Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – wirksam sein, wenn dem Leasingnehmer statt dessen in wirksamer Weise die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts abgetreten sind, einschließlich des Rechts auf Wandelung des Kaufvertrages.

### **b) Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers – der Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts**

Wenn Juristen sich auf stillschweigend geschlossene Abreden beziehen, die sie argumentativ-ergebnisbezogen aus den Umständen des Falles ableiten, so bewegen sie sich oft im Bereich der Fiktion. Dieser Einwand wäre dann allemal hinzunehmen, wenn der Leasinggeber nicht in der Lage wäre, sich gegenüber dem Einwand des Lieferanten, die Mängelrüge des Leasingnehmers sei im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB verspätet, nicht schützen könnte. Dies aber ist durchaus möglich: Würde nämlich der Leasinggeber – dies geschieht in der Praxis bislang nur sehr selten – Einkaufs-AGB verwenden, so stellt sich die Frage, ob eine klauselmäßige Abbedingung der §§ 377, 378 HGB mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar wäre. Legt man die strikten Wertungskriterien zugrunde, die sich aus den §§ 343, 344, 377, 378, 381 Abs. 2 HGB ergeben, so ist die vollständige Abbedingung des rechtzeitigen Rügeerfordernisses mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unvereinbar<sup>63</sup>. Entscheidend für diese Argumentation ist der Befund, daß der kaufmännische Verkehr auf eine rasche Abwicklung Wert legt; es haben sich entsprechende Gewohnheiten gebildet, so daß in Einkaufs-AGB von den §§ 377, 378 HGB nicht vollständig abgewichen werden kann. Dies aber wäre die unvermeidliche

Konsequenz, wenn die Rechte des Lieferanten des Leasingguts auf den Einwand des § 460 BGB reduziert wären, was im übrigen im Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz eine Parallele findet.

Zu berücksichtigen bleibt jedoch, ob diese nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vorzunehmende Wertung auch dann noch zwingend ist, wenn es sich um einen Leasingvertrag handelt, und wenn – sowohl der Leasinggeber als auch der Lieferant des Leasingguts – davon Kenntnis haben, daß der Leasingnehmer Nichtkaufmann ist, und daß – insbesondere – sich der Leasinggeber im Hinblick auf die Abnahme- und Übernahmebestätigung des Leasingnehmers als seines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB bedient. Anders gewendet: Der Lieferant des Leasingguts weiß – wie bereits kurz dargelegt –, daß das Leasinggut unmittelbar an den Leasingnehmer geliefert werden soll und daß auf diese Weise der zwischen ihm und dem Leasinggeber bestehende Kaufvertrag erfüllt wird. Unter dieser Perspektive wird der Lieferant des Leasingguts nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligt, wenn in den Einkaufs-AGB des Leasinggebers klar bestimmt ist, daß der Lieferant im Hinblick auf die persönlichen Eigenschaften des Leasingnehmers auf die Einrede der rechtzeitigen Mängelrüge im Sinn des §§ 377, 378 HGB verzichtet.

Wenn aber dem Leasinggeber in seinem Verhältnis zum Lieferanten des Leasingguts eine klauselmäßige Absicherung möglich ist, so ist er nicht schutzbedürftig und auch nicht schutzwürdig. Es kann nicht Sinn und Zweck einer „Vertragsauslegung“ sein, zugunsten des Leasinggebers ein Ergebnis aus den Umständen des Einzelfalles abzuleiten, obwohl der Leasinggeber ohne weiteres in der Lage wäre, dieses Ergebnis mit Hilfe einer auf seine Interessen abgestellten Vertragsgestaltung zu erreichen. Der Schutz des Nichtkaufmanns ist durch die BGH-Judikatur schon ausreichend verfestigt; ihn nunmehr auch auf den Leasinggeber als Vollkaufmann auszudehnen, ist nicht angezeigt.

Dabei ist schließlich ein weiterer Gedanke hilfreich: Gerade weil der Leasinggeber eine Sachverschaffungspflicht hat, die von der BGH-Judikatur als Hauptpflicht qualifiziert wird<sup>64</sup>, ist der Leasinggeber gehalten, alles Erforderliche und ihm Zumutbare zu tun, um sicherzustellen, daß er in seinem Verhältnis zum Leasingnehmer die Voraussetzungen schafft, die Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers nicht am Einwand der verspäteten Mängelrüge gemäß § 377 Abs. 2 HGB scheitern zu lassen. Daran hat der Leasinggeber nicht zuletzt auch ein vitales Eigeninteresse: Scheitern nämlich die Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers, die ihm im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen, so ist die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 535 ff. BGB unvermeidbar. Denn es muß sichergestellt werden, daß der Leasingnehmer – dies ist das zentrale Anliegen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – nicht rechtlos gestellt wird. Daraus folgt unmittelbar: Es ist dem Leasinggeber verwehrt, im Leasingvertrag Klauseln niederzulegen, die den Leasingnehmer im Sinn der §§ 377, 378 HGB verpflichten, obwohl der Leasingnehmer Nichtkaufmann ist und – jedenfalls im Rahmen des Kaufrechts – gegen derartige Klauselgestaltungen durch den strikten Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz geschützt ist. Deshalb wäre ein solcher Versuch des Leasinggebers von vornherein zum Scheitern verurteilt, falls er den Leasingnehmer – entsprechend den kaufmännischen Usancen – verpflichten würde, Mängeluntersuchungs- und Mängelrügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB zu erfüllen.

### **c) Zusammenfassende Wertung**

Begnügt sich der Leasinggeber – gleichgültig, aus welchen Gründen –, die Beschaffung des Leasingguts auf gesetzlicher

61 BGH, NJW 1988 S. 198.

62 BGH, BB 1986 S. 19; BGH, BB 1986 S. 900.

63 Thamm/Hesse, BB 1979 S. 1583, 1586; Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Einkaufsbedingungen, Rdnr. 13 f.; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl., § 9 E 69.

64 BGH, BB 1986 S. 19, 20.

Grundlage abzuwickeln oder gar auf Basis der Verkaufs-AGB des Lieferanten, so steht dem Lieferanten der Einwand verspäteter Mängelrüge gemäß § 377 Abs. 2 HGB zur Seite, wenn der Leasingnehmer als Nichtkaufmann Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB aufgrund der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ verspätet geltend macht. Da der Leasingvertrag dadurch in Vollzug gesetzt wird, daß der Lieferant des Leasingguts seine gegenüber dem Leasinggeber geschuldeten kaufvertraglichen Erfüllungspflichten unmittelbar gegenüber dem Leasingnehmer vollzieht, handelt dieser als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers. Folglich muß sich der Leasinggeber gemäß § 278 BGB ein etwaiges Pflichtversäumnis des Leasingnehmers anrechnen lassen; der Standard, an dem die Pflichten des Leasingnehmers gemessen werden, ergeben sich unmittelbar aus den §§ 343, 377, 378 HGB, weil kein Zweifel daran besteht: Im kaufmännischen Verkehr regieren diese gesetzlichen Vorschriften die vom Käufer einzuhaltenden Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten. Genauso wie der Leasinggeber – wegen der von ihm zu erfüllenden Sachverschaffungspflicht – für etwaiges Verschulden des Lieferanten des Leasingguts gemäß § 278 BGB haftet, obwohl der Leasingnehmer es ist, der den Lieferanten „ausgesucht“ hat, haftet der Leasinggeber für etwaiges Verschulden des Leasingnehmers im Zusammenhang mit etwaigen Pflichtversäumnissen, die ihm im Zusammenhang mit der Mängeluntersuchungs- und Mängelrügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB anzulasten sind. Denn es ist schließlich ja auch der Leasinggeber, der sich den Leasingnehmer „ausgesucht“ hat, wissend, daß er sich eben dieses Leasingnehmers als seines Erfüllungsgehilfen bedient.

Daß die Ausstellung der Abnahme- oder Übernahmebestätigung, wie der BGH festgestellt hat<sup>65</sup>, in rechtlicher Hinsicht eine Quittung ist, die dem Leasingnehmer den Gegenteilsbeweis offen läßt, wird durch den hier unterbreiteten Lösungsvorschlag nicht berührt. Denn etwaige Unrichtigkeiten in der Abnahme- oder Übernahmebestätigung, die sich als teilweise Nichterfüllung darstellen, berühren unmittelbar die Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers und lösen damit die mietvertragliche Einstandspflicht des Leasinggebers gemäß §§ 537 ff. BGB aus. Dies gilt auch dann, wenn sich diese Unrichtigkeit erst später herausstellt; die Parallele zu § 377 Abs. 2 HGB liegt auf der Hand: Auch der Käufer ist berechtigt, gegenüber dem Lieferanten einen „versteckten“ Mangel zu rügen. Bei etwaigen Gewährleistungsansprüchen, die der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten aufgrund der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ geltend macht, wird freilich die rechtliche Qualität der Abnahme- oder Übernahmebestätigung unmittelbar am Alles-Oder-Nichts-Prinzip der §§ 377, 378 HGB gemessen. Sicherlich, die Ausstellung der Abnahme- oder Übernahmebestätigung veranlaßt den Leasinggeber, den Kaufpreis an den Lieferanten des Leasingguts zu zahlen. Mit vollem Recht hat deshalb der BGH<sup>66</sup> dem Leasingnehmer den Einwand mitwirkenden Verschuldens gemäß § 254 BGB entgegengehalten, wenn aufgrund einer schuldhaft unrichtig ausgestellten Abnahme- oder Übernahmebestätigung – Rückabwicklung des Leasingvertrages vorausgesetzt – dem Leasinggeber ein Schaden entsteht, weil er nicht in der Lage ist, Rückerstattung des vollen Kaufpreises vom Lieferanten des Leasingguts zu erhalten. Notwendigerweise müßte diese Sanktionsfolge auch dann gelten, wenn – allerdings: beschränkt auf den *kaufmännischen Verkehr* – ein Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten wegen verspäteter Mängelrüge seine Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB einbüßt. Daß er dies dann dem Leasinggeber nicht entgegenhalten und sich unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit des Leasingguts der Zahlungspflicht aus dem Leasingvertrag entziehen kann, liegt auf der Hand. Die Parallele zu § 377 Abs. 2 HGB ist evident: Wenn der Leasingnehmer als Käufer seine Gewährleistungsansprüche gemäß § 377 Abs. 2 HGB

verliert, so ist dies das Ergebnis der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“: einen weitergehenden Schutz – verglichen mit dem Standard eines Käufers – verdient der Leasingnehmer im kaufmännischen Verkehr nicht.

### 5. Sonderproblem: Standard-Software – Gewährleistungsbeginn

Es mehren sich die instanzgerichtlichen Entscheidungen<sup>67</sup>, wonach bei der Lieferung von Software die Ablieferung im Sinn von § 446 BGB erst dann erfolgt ist, wenn das zuverlässige Funktionieren der Software – aufgrund eines störungsfreien Probelaufs – festgestellt wurde. Im Hintergrund steht die eindeutige Erkenntnis<sup>68</sup>, daß Software – sie ist ja keine körperliche Sache, sondern eine geistige Schöpfung – nicht unmittelbar im Hinblick auf die Übergabe und den Beginn der Gewährleistungspflichten den kaufrechtlichen Bestimmungen unterworfen werden kann: Gerade wenn man davon ausgeht, daß die Gewährleistungspflicht der §§ 459 ff. BGB mit der Ablieferung – Gefahrenübergang – beginnt, und daß immer erst dann von einer solchen Ablieferung die Rede sein kann, wenn die Sache derart in den Machtbereich des Käufers gelangt ist, daß dieser sie untersuchen und bezüglich etwaiger Mängel hinreichend konkreten Rügen erheben kann<sup>69</sup>, so leuchtet es unmittelbar ein: Im Unterschied zur Hardware, für die unmittelbar § 446 BGB gilt, erfährt der Software-Nutzungsvertrag in diesem Punkt eine wesentliche Abänderung: Zwar ist nach wie vor – wie dargestellt – davon auszugehen, daß Standard-Software dem Kaufvertragsrecht unterworfen ist, doch ist der gewährleistungsspezifische Begriff des Gefahrenübergangs im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB durch werkvertragliche Elemente – abnahmespezifisch – zu modifizieren. Denn nur dies entspricht der Realität. Würde man bei Software-Nutzungsverträgen anders entscheiden und den Gewährleistungsbeginn mit der sachenrechtlichen Übergabe einsetzen lassen, so würde man dem Käufer angesichts der ohnehin sehr kurzen Gewährleistungsfrist des § 477 BGB Steine statt Brot geben.

Für den Bereich des Leasings ergeben sich daraus unmittelbar einleuchtende Konsequenzen: Wie bereits an anderer Stelle im einzelnen dargelegt<sup>70</sup>, ist es beim Software-Leasing unerläßlich, eine strikte Trennung der Verträge für die Hardware-Lieferung und die Software-Nutzung vorzunehmen. Dies ist auf Grund steuerrechtlicher und zivilrechtlicher Erwägungen untermauert worden<sup>71</sup>, nunmehr aber um eine wesentliche Variante zu erweitern: Sowohl beim Hardware-Leasingvertrag als auch beim Software-Leasingvertrag ist der Leasingnehmer Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, soweit die Abnahme- oder Übernahmebestätigung in Rede steht. Während der Leasinggeber – bezogen auf den Hardware-Vertrag – Anspruch darauf hat, daß der Leasingnehmer nach Ablieferung (§ 446 BGB) die Abnahme- oder Übernahmebestätigung ausstellt und somit den Hardware-Leasingvertrag in Vollzug setzt, kann der Leasingnehmer im Zusammenhang mit dem Software-Leasingvertrag ausreichende, auf seine besonderen Bedürfnisse zugeschnittene Tests durchführen, bevor die Software abgenommen ist und die Gewährleistung gegenüber dem Lieferanten der Software gemäß §§ 459 ff. BGB beginnt. Bei einer solchen Konstellation wird evident: Der Leasingnehmer trägt das „Spaltungsrisiko“; er ist daran gehindert, Mängel der Software dem Leasinggeber im Zusammenhang mit dem Hardware-Leasingvertrag entgegenzuhalten; umgekehrt gilt das gleiche. Diese Konstellation wird man jedenfalls solange als gerecht und vertretbar charakterisieren dürfen, als Liefere-

67 OLG Schleswig, ZIP 1982, S. 457; OLG Hamburg, CR 1986 S. 83; OLG Düsseldorf, in: *Zahrnt*, EDV-Rechtsprechung 2/89, BB-Beilage 11/1989 Nr. 2; OLG Hamm, CR 1989 S. 1091 – Individualsoftware; OLG Stuttgart, CR 1989 S. 1093 – Datenverarbeitungsanlage.

68 *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007, 1009.

69 *Soergell/Huber*, § 477 Rdnr. 25.

70 *Graf von Westphalen*, DB-Beilage Nr. 3/1989 S. 2 ff.

71 *Graf von Westphalen*, a.a.O.

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

66 BGH, NJW 1988 S. 198.

rant der Hardware und der Software verschiedene natürliche oder juristische Personen sind. Liegt aber Personenidentität oder unmittelbare gesellschaftsrechtliche oder kapitalmäßige Verflechtung vor, so scheint es sachgerechter, ungeachtet der formalen Trennung von Hardware- und Nutzungsvertrag das „Spaltungsrisiko“ in erster Linie beim Lieferanten zu lokalisieren. Zu erreichen ist dies dadurch, daß der Leasinggeber im Rahmen des mit dem Lieferanten abzuschließenden Beschäftigungsvertrages (Hardware-Kaufvertrag und Software-Nutzungsvertrag) eindeutig klarstellt: Der Beginn des Leasingvertrages ist – sowohl für die Hardware als auch für die Software – erst dann gegeben, wenn die Funktionstauglichkeit festgestellt, die regelmäßig versprochene „Problemlösung“ tatsächlich akzeptiert ist.

### III. Zusammenfassung

Die hier diskutierten Rechtsprobleme – bezogen auf den Leasingnehmer als Nichtkaufmann – lassen erkennen, daß die Anforderungen an eine sachgerechte und korrekte Vertragsgestaltung wachsen. Im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ muß der Leasinggeber sicherstellen, daß im Hinblick auf die einzubeziehenden Lieferanten-AGB die zwingend zu beachtenden Einbeziehungsvoraussetzungen von § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz erfüllt sind. Versäumt der Leasinggeber dies, so ist die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537 ff. BGB gegenüber dem Leasingnehmer unvermeidbar (§ 6 Abs. 2 AGB-Gesetz). Soweit der Leasingnehmer Nichtkaufmann ist, kann sich der Lieferant des Leasingguts bei etwaigen Gewährleistungsansprüchen des Leasingnehmers erfolgreich damit verteidigen, daß der Leasingnehmer – er ist Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers – die vom Leasinggeber aufgrund des Kaufvertrages einzuhaltenden Mängeluntersuchungs- und Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB verletzt hat. Da der Leasinggeber – auch unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – in der Lage ist, in seinen Einkaufs-AGB die Untersuchungs- und Rügeverpflichtungen gemäß § 377, 378 HGB – im Hinblick auf den Leasingnehmer als Nichtkaufmann – abzubedingen, ist es nicht gerechtfertigt, den Leasinggeber auch für den Fall – gleichgültig, mit welcher Methode – zu schützen, daß er eine solche vertragliche Absicherung unterläßt. Der Leasinggeber ist in diesem Fall keineswegs in höherem Maße schutzwürdig als der Lieferant; so hat der

Leasingnehmer den Lieferanten des Leasingguts „ausgesucht“; aber auch der Leasinggeber hat seinerseits den Leasingnehmer „ausgesucht“: Beide wissen also, daß der Leasingnehmer Nichtkaufmann ist, so daß es ausschließlich Sache des Leasinggebers als des unmittelbaren Vertragspartners des Leasingnehmers ist, den sich daraus ergebenden Risiken durch eine interessengerechte Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn man aufgrund *nicht* getrennter Verträge beim Hardware- und Software-Leasing davon ausgeht, daß der Beginn der Gewährleistungsfrist, bezogen auf die Hardware bei Übergabe (§ 446 AGB), bezogen auf den Software-Nutzungsvertrag erst dann beginnt, wenn der Leasingnehmer ausreichende Gelegenheit hatte, die Software zu testen. Denn es entspricht der mietvertraglichen Klassifikation des Finanzierungsleasings, daß der Leasinggeber verpflichtet ist, ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut dem Leasingnehmer zur Nutzung zu überlassen. Also kann der Leasingnehmer die Ausstellung der leasingtypischen Abnahme- oder Übernahmebestätigung – bezogen auf den Software-Leasingvertrag – solange verweigern, bis er die Software in ausreichendem Maße getestet hat. Insoweit kann sich auch der Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten vertraglich im Hinblick auf den Beginn seiner Zahlungspflicht absichern.

Soweit Hardware- und Software-Leasing getrennt sind, kann es jedoch zu einem unterschiedlichen Beginn des jeweiligen Leasingvertrages führen. Das sich daraus ergebende „Spaltungsrisiko“ ist vom Leasingnehmer – eindeutige Vertragsgestaltung vorausgesetzt – zu akzeptieren, wenn Lieferant der Hardware und der Software personenverschieden und weder gesellschaftsrechtlich noch kapitalmäßig verflochten sind. Trifft dies jedoch nicht zu, so kann das sich aus dem Hardware-Leasingvertrag und dem Software-Leasingvertrag ergebende „Spaltungsrisiko“ nicht auf den Leasingnehmer abgewälzt werden; vielmehr ist es dann Sache des Leasinggebers, durch eine eindeutige Vertragsgestaltung sowohl gegenüber dem Lieferanten der Software als auch gegenüber dem Lieferanten der Hardware sicherzustellen, daß dem Leasingnehmer die ihm zustehenden Rechte – unter Berücksichtigung der festgefügten BGH-Judikatur zur leasingtypischen Gewährleistungskonstruktion – nicht genommen werden.