

# Computer-Leasing

## Übersicht

	Rdnr.		Rdnr.
<b>I. Steuerrechtliche Bewertung</b> . . . . .	1	b) Der Leasingnehmer als Nichtkaufmann . . . . .	12
1. Der Tatbestand von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO . . . . .	1	c) Abnahme- und Übernahmebestätigung . . . . .	13
2. Software als immaterielles Wirtschaftsgut . . . . .	2	2. Rechtliche Einheit von Hard- und Softwareverträgen . . . . .	14
3. Die steuerrechtliche Bewertung des Erwerbsvorgangs . . . . .	3	a) Der Stand der Judikatur . . . . .	14
a) Der Erbswerbstatbestand gemäß § 5 Abs. 2 EStG . . . . .	3	b) Die einheitliche Vertragsurkunde . . . . .	15
b) Steuerrechtliche Konsequenzen . . . . .	4	c) Formal getrennte Verträge . . . . .	16
<b>II. AGB-Kontrolle</b> . . . . .	10	d) Gesamtwandelungsrecht gemäß § 469 Satz 2 . . . . .	17
1. Rügeverpflichtungen gemäß §§ 377, 378 HGB . . . . .	10	e) Kündigungsrecht gemäß § 542 BGB – Rücktrittsrecht gemäß § 326 BGB . . . . .	18
a) Mangelhaftigkeit – teilweise Nichterfüllung . . . . .	10	f) Leasingfinanzierung . . . . .	21
		g) Die Bedeutung von Trennungsklauseln . . . . .	22
		h) Verschiedene Lieferanten . . . . .	23

## I. Steuerrechtliche Bewertung

### 1. Der Tatbestand von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO

Gemäß § 39 Abs. 1 AO sind Wirtschaftsgüter grundsätzlich dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer zuzurechnen. Doch kommt es gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO auf das **wirtschaftliche Eigentum** an, soweit ein anderer als der bürgerlich-rechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, daß er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Diese Betrachtung gilt uneingeschränkt für Leasingverträge über **Hardware**. Hier gelten die Tatbestandsvoraussetzungen des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971<sup>1</sup> sowie die des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975.<sup>2</sup> Für **Software** – gleichgültig, ob Individualsoftware, Anwender-Standard-Software oder Betriebssoftware – gelten diese Erlasse jedoch nicht oder allenfalls entsprechend, soweit der Sachverhalt im einzelnen vergleichbar ist.

### 2. Software als immaterielles Wirtschaftsgut

Der BFH hat in seiner Entscheidung vom 3. 7. 1987<sup>3</sup> festgestellt, daß Anwender-Standardsoftwareprogramme als immaterielle Wirtschaftsgüter einzuordnen sind, weil bei einem Computerprogramm „sein geistiger Gehalt im Vordergrund“ steht. Es ist also der Programminhalt, dem „die überragende wirtschaftliche Bedeutung“ zuzuerkennen ist. Auch für den Fall, daß dem Anwender „nur ein befristetes Nutzungsrecht“ an dem Computerprogramm als einer geistigen Leistung zugewiesen wird, handelt es sich nach Auffassung des BFH um ein immaterielles Wirtschaftsgut.

### 3. Die steuerrechtliche Bewertung des Erwerbsvorgangs

#### a) Der Erwerbstatbestand gemäß § 5 Abs. 2 EStG

Ein entgeltlicher Erwerb eines immateriellen Wirtschaftsguts im Sinn von § 5 Abs. 2 EStG liegt immer dann vor, wenn es Gegenstand eines gegenwärtigen Vertrages war oder

<sup>1</sup> BB 1971, 506.

<sup>2</sup> BB 1976, 72.

<sup>3</sup> BFH CR 1987, 576 mit Anm. von Hauter; hierzu auch Mitteilung des BMF NJW 1992, 2541.

ist, bei dem Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen sind und bei dem die Leistungen des einen Vertragspartners in der Übertragung eines bereits bestehenden immateriellen Wirtschaftsguts oder in der Begründung, d. h. Einräumung eines solchen Wirtschaftsguts besteht.<sup>4</sup> Notwendigerweise ist dabei unter dem Begriffsmerkmal „Erwerb“ ein abgeleiteter Erwerb, d. h. ein Erwerb gegen Entgelt zu verstehen, nicht aber ein originärer Erwerb eines Wirtschaftsguts.<sup>5</sup> Die entscheidende Frage ist damit, ob der Erwerbsvorgang beim Computerleasing – bezogen auf das Rechtsverhältnis zwischen Softwarehaus und Leasinggeber – als **Erwerbstatbestand** gemäß § 5 Abs. 2 EStG eingeordnet wird oder ob ein **schwebender Vertrag** vorliegt, so daß ein Rechnungsabgrenzungsposten gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG zu bilden ist. Die in § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG niedergelegte Definition des Rechnungsabgrenzungspostens schließt ein, daß Ausgaben als Aufwand für eine bestimmte Zeit nach dem Bilanzstichtag angefallen sind. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich im allgemeinen danach, ob der wirtschaftliche Grund der Ausgaben in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegt, insbesondere, ob die Ausgaben durch im abgelaufenen Wirtschaftsjahr empfangene oder durch künftig zu erwartende Gegenleistungen wirtschaftlich verursacht sind.<sup>6</sup> Dabei muß es sich regelmäßig um eine **Vorleistung** im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages handeln, der eine noch nicht erbrachte – zeitbezogene – Gegenleistung des anderen Vertragsteils gegenübersteht.<sup>7</sup> Daraus ergeben sich folgende Ableitungen:

#### b) Steuerrechtliche Konsequenzen

- 4 aa) Computersoftware ist jetzt gemäß § 69a Abs. 3 UrhG **urheberrechtlich** geschützt.<sup>8</sup> Diese Regelung gilt ab dem 24. 6. 1993.<sup>9</sup> Sie hat aber auch **rückwirkende** Bedeutung für die vor dem 24. 6. 1993 geschaffenen Programme, wie sich aus § 137d UrhG ergibt. Gemäß § 69c Abs. 3 UrhG wird auch die **Vermietung** als zustimmungsbedürftige Handlung ausgewiesen. Soweit im Inland eine Vermietung oder eine Veräußerung stattfindet, erschöpft sich das Urheberrecht gemäß §§ 17, 69c Abs. 2 UrhG.<sup>10</sup> Die frühen, das Urheberrecht weitestgehend verneinende BGH-Judikatur<sup>11</sup> ist damit überholt.<sup>12</sup> Als Folge dieser gesetzlichen **Neuregelung** wird der Gedanke verstärkt, daß Software ein **immaterielles Wirtschaftsgut** ist.
- 5 bb) Sofern eine Computersoftware für einen speziellen Verwendungs- und Aufgabenzweck eines konkreten Anwenders erstellt wird, so daß es sich um **Individualsoftware** handelt, liegt nach der BGH-Judikatur ein **Werkvertrag** gemäß §§ 631 ff. BGB vor<sup>13</sup> (*Softwareverträge Rdnr. 50*). Liegt demgegenüber die Überlassung von **Standard-Software** auf Dauer gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts vor, ist von dem Bestehen eines **Kaufvertrages** gemäß §§ 433 ff. BGB auszugehen.<sup>14</sup>
- 6 Die besondere **Schwierigkeit** beim Computer-Leasing liegt jedoch darin, daß dem Erwerbsvorgang zwischen Leasinggeber – Softwarehaus regelmäßig der als **atypischer Mietvertrag** einzuordnende Leasingvertrag (*Leasing Rdnr. 2*) gegenübersteht. Zur Folge hat dies, daß der Leasinggeber die Software vom Softwarehaus – gleichgültig, ob Individualsoftware oder Standard-Software – erwirbt, um diese sodann im Rahmen einer nicht-ausschließlichen Lizenz dem Leasingnehmer zur Nutzung zu überlassen.<sup>15</sup>

<sup>4</sup> Hermann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, § 5 EStG Anm. 1730.

<sup>5</sup> Hermann/Heuer/Raupach § 5 EStG Anm. 1731; Sauer, Bilanzierung von Software, S. 80; Stapperfend, Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung von Software, S. 94.

<sup>6</sup> BFHE 136, 280, 283.

<sup>7</sup> BFHE 128, 243, 245.

<sup>8</sup> Michalski DB 1993, 1961 ff.; Lehmann NJW 1993, 1822 ff.

<sup>9</sup> BGBl. I S. 910; vgl. auch Schulte CR 1992, 588 ff.; 648 ff.; Lehmann CR 1992, 324 ff.

<sup>10</sup> Lehmann NJW 1993, 1822, 1825.

<sup>11</sup> BGH BB 1985, 1747 – Inkassoprogramm; BFH DB 1991, 578 – Betriebssystem; BGH NJW 1993, 3136 – Rückhaltungsprogramm.

<sup>12</sup> Michalski DB 1993, 1961.

<sup>13</sup> BGH NJW 1990, 3011, 3012.

<sup>14</sup> BGH NJW 1990, 3011, 3012; BGH NJW 1993, 2436, 2437; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rdnrn. 132 ff.; Köhler/Fritzsche/Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, XIII, Rdnr. 29 ff.

<sup>15</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1091 ff.

cc) Ungeachtet der Tatsache, daß im Verhältnis zwischen Softwarehaus und Leasinggeber werkvertragliche Elemente gemäß §§ 631 ff. BGB vorherrschen, sofern der Leasinggeber eine **Individualsoftware** erwirbt, dominiert – wirtschaftlich betrachtet – das Moment der **Nutzungsüberlassung**: Der Leasinggeber erhält grundsätzlich kein freies Verfügungsrecht an der Individualsoftware; seine Rechtsstellung ist von vornherein begrenzt, dem Leasingnehmer eine nicht-ausschließliche und nicht übertragbare Nutzungslizenz gegen Einmalzahlung einzuräumen. Der aus dem Erwerbsvorgang resultierende Vorteil liegt in der Nutzung der Software durch den Leasingnehmer; ihm soll – im wirtschaftlichen Ergebnis – der Erwerbsvorgang, wie er sich zwischen Leasinggeber und Softwarehaus abspielt, zugute kommen. Das vom Leasinggeber zu entrichtende **Einmalentgelt** umfaßt also sowohl den Beschaffungsvorgang als auch die Nutzungsüberlassung. Folglich liegt im Sinn von § 5 Abs. 2 EStG **kein Erwerbsvorgang** vor.<sup>16</sup> Unter diesen Voraussetzungen ist also regelmäßig davon auszugehen, daß ein **aktiver Rechnungsabgrenzungsposten** zu bilden ist, weil ein schwebendes Nutzungsüberlassungsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer vorliegt.<sup>17</sup>

dd) Auch wenn der Beschaffungsvorgang zwischen Softwarehaus – Leasinggeber dem **Kaufrecht** gemäß §§ 433 ff. BGB unterliegt,<sup>18</sup> weil es sich um eine **Standard-Software** handelt, gilt deshalb in der Sache nichts anders.<sup>19</sup> Beim Computer-Leasing steht das mietvertragliche Nutzungsrecht gemäß §§ 535, 581 BGB eindeutig im Vordergrund, weil der Leasinggeber nicht für sich selbst, sondern deswegen die Anwender-Standard-Software erwirbt, um dem Leasingnehmer ein nicht-ausschließliches, nicht übertragbares Nutzungsrecht einzuräumen.<sup>20</sup> Dabei fällt auch hier ins Gewicht, daß auch Anwender-Standard-Software gemäß § 69a UrhG **urheberrechtsfähig** ist, und daß gemäß § 137d UrhG dies auch dann gilt, wenn die Anwender-Standard-Software vor Inkrafttreten des zweiten Urheberrechtsänderungsgesetzes vom Leasinggeber erworben wurde. Deshalb ist bei einer Beschaffung von Anwender-Standard-Software ein **Rechnungsabgrenzungsposten** gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG zu bilden; es handelt sich um ein schwebendes Geschäft.<sup>21</sup>

ee) Diese steuerrechtlichen Erwägungen treten jedoch dann in den **Hintergrund**, wenn die Software in dem vom Leasinggeber erworbenen Wirtschaftsgut **integriert** ist, wie etwa bei der Steuerung von Maschinen, Anlagen etc.:<sup>22</sup> Soweit Software **funktional integraler Bestandteil** des vom Leasingnehmer zu nutzenden Wirtschaftsguts ist, greift vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ein. Es gelten deshalb – auch bezogen auf das für die Software gezahlte Entgelt – die für das Mobilien-Leasing einschlägigen Erlasse, nämlich: der Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971<sup>23</sup> sowie der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975.<sup>24</sup> In diesen Fällen verbietet sich regelmäßig eine Trennung zwischen Hard- und Software, sofern – wirtschaftlich betrachtet – eine Trennung zwischen dem materiellen und dem immateriellen Wirtschaftsgut (Software) überhaupt in Betracht kommt.

<sup>16</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1208; vgl. auch Stapperfend, Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung von Software, S. 94 ff.

<sup>17</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1209.

<sup>18</sup> BGH NJW 1990, 3011, 3012; BGH NJW 1993, 2436, 2437; OLG Köln NJW-RR 1993, 1140 – einschließlich Verpackung.

<sup>19</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1212 f.

<sup>20</sup> A. M. Stapperfend, Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung von Software, S. 86 ff.

<sup>21</sup> A. M. Stapperfend, Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung von Software, S. 117 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Lehmann BB 1993, 1603 ff. – Produkthaftung.

<sup>23</sup> BB 1971, 506.

<sup>24</sup> BB 1976, 72.

## II. AGB-Kontrolle

### 1. Rügeverpflichtungen gemäß §§ 377, 378 HGB

#### a) Mangelhaftigkeit – teilweise Nichterfüllung

- 10 Soweit der Leasinggeber verpflichtet ist, im Rahmen des abgeschlossenen Leasingvertrages auch die **Software** dem Leasingnehmer zur Nutzung zu überlassen, wird der Leasingvertrag gemäß §§ 535, 536 BGB regelmäßig dadurch in Vollzug gesetzt, daß sich der Leasinggeber des Softwarehauses als seines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB bedient (*Leasing Rdnrn.* 28f.). Falls Standard-Software in Rede steht, handelt es sich hierbei um eine bewegliche Sache im Sinn von § 90 BGB.<sup>25</sup> Zur Konsequenz hat dies, daß die Untersuchungs- und Rügepflichten der §§ 377, 378 HGB **ungekürzt** Anwendung finden.<sup>26</sup> Gleiches gilt dann, wenn Standard-Software den besonderen Bedürfnissen des Leasingnehmers angepaßt wird, weil dann im Sinn von § 381 Abs. 2 HGB ein Werklieferungsvertrag vorliegt.<sup>27</sup> Von einer **Ablieferung** im Sinn von § 377 Abs. 1 HGB kann hier erst dann die Rede sein, wenn die Software – in Erfüllung des Leasingvertrages – **vollständig** in den Machtbereich des Leasingnehmers verbracht wurde.<sup>28</sup>
- 11 An der vollständigen Erbringung der geschuldeten Softwareüberlassung fehlt es, soweit die **Bedienungsanleitung** dem Leasingnehmer nicht überlassen wurde.<sup>29</sup> Die Überlassung der Bedieneranleitung ist dabei regelmäßig **Hauptpflicht** des Leasinggebers.<sup>30</sup> Demzufolge ist auch eine **Werkleistung**, die die Herstellung von Software zum Gegenstand hat, nicht vollendet und damit nicht vollständig erbracht, solange die Aushändigung des dazu gehörenden Handbuchs an den Leasingnehmer noch aussteht.<sup>31</sup> Zur Konsequenz hat dies, daß hier dem **Leasingnehmer** unmittelbare mietvertragliche **Erfüllungsansprüche** gemäß § 535 BGB gegenüber dem Leasinggeber zustehen: Folglich steht ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB zur Seite, so daß er auf diese Weise die Erfüllung des Leasingvertrages erzwingen kann.<sup>32</sup> Ansprüche aus abgetretenem Recht gegenüber dem Lieferanten stehen hier dem Leasingnehmer nicht zu. Der Lieferant ist nicht **Empfangsbote** für etwaige Ansprüche des Leasingnehmers. Dies ist nur dann – selten ist dies der Fall – anders, wenn der Leasinggeber auch die Erfüllungsansprüche an den Leasingnehmer abgetreten hat. Doch ist es zweifelhaft, ob dies zulässig und nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 wirksam ist.

#### b) Der Leasingnehmer als Nichtkaufmann

- 12 Auch dann, wenn der Leasingnehmer **Nichtkaufmann** ist, ändert dies nichts daran, daß die Untersuchungs- und Rügepflicht der §§ 377, 378 HGB eingreift.<sup>33</sup> Da insoweit der Leasingnehmer als **Erfüllungsgehilfe** des Leasinggebers handelt, trifft die **Genehmigungsfiktion** des § 377 Abs. 2 HGB unmittelbar den Leasinggeber.<sup>34</sup> Doch steht dem Leasinggeber das Recht zu, das sich aus § 377 Abs. 2 BGB ergebende Risiko im Rahmen des Beschaffungsvertrages auf das Softwarehaus abzuwälzen.<sup>35</sup> Dies verstößt deswegen nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, weil regelmäßig sowohl der Leasinggeber als auch das Softwarehaus davon Kenntnis hat, ob der Leasingnehmer **Nichtkaufmann** ist.

#### c) Abnahme- und Übernahmebestätigung

- 13 Im übrigen gelten hier die gleichen Gesichtspunkte, welche für die Erstellung einer Abnahme- oder Übernahmebestätigung beim Leasingvertrag eingreifen (*Leasing Rdnrn.*

<sup>25</sup> BGH NJW 1988, 406; BGH NJW 1990, 320; BGH NJW 1993, 2436.

<sup>26</sup> BGH NJW 1990, 320; BGH NJW 1993, 1394, 2436.

<sup>27</sup> BGH NJW 1993, 2436, 2437.

<sup>28</sup> BGH NJW 1993, 2436; OLG Köln NJW-RR 1993, 1140.

<sup>29</sup> BGH NJW 1993, 2436, 2438.

<sup>30</sup> BGH a. a. O.

<sup>31</sup> BGH a. a. O.

<sup>32</sup> BGH WM 1989, 1574, 1577.

<sup>33</sup> BGH BB 1990, 510; Graf von Westphalen BB 1990, 1, 3f.

<sup>34</sup> BGH BB 1990, 510.

<sup>35</sup> Graf von Westphalen DB 1993, 921 ff.

28ff.). Insbesondere ist zu unterstreichen, daß die Übernahmebestätigung lediglich die Funktion einer **Quittung** im Sinn von § 368 BGB besitzt.<sup>36</sup> Es ist also dem Leasingnehmer unbenommen, nach Ausstellung der Übernahmebestätigung geltend zu machen, daß die Software im Sinn der §§ 459ff. BGB **fehlerhaft** ist. Dabei ist zu unterstreichen, daß der Beginn der Verjährungsfrist des § 477 BGB voraussetzt, daß ein **störungsfreier Probebetrieb** der Software durchgeführt werden konnte.<sup>37</sup>

### 2. Rechtliche Einheit von Hard- und Softwareverträgen

#### a) Der Stand der Judikatur

Beim Computer-Leasing ist grundsätzlich davon auszugehen, daß Lieferung und Montage der Hardware, Herstellung und Lieferung der Software, Implementierung und Adaption der Software auf der Hardware, Lieferung der Dokumentation, Schulung, Wartung etc. zu den **Hauptleistungen** des Leasinggebers gehören. Die entscheidende Frage ist in diesem Zusammenhang, ob – unter Berücksichtigung von § 139 BGB – zwischen all diesen **Teilleistungen** in der Weise eine Verbindung besteht, daß aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden „Einheitlichkeitswillens“<sup>38</sup> auch eine Einheitlichkeit zwischen Hard- und Softwareleasingvertrag anzunehmen ist – mit der Konsequenz, daß auch bei Leistungsstörungen in einem Teilbereich eine **einheitliche** Rechtsfolge eingreift.<sup>39</sup> Nach Auffassung des BGH kommt es maßgebend darauf an, ob nach den Vorstellungen der Vertragschließenden die Vereinbarungen nicht für sich alleine gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen.<sup>40</sup> So gesehen gelten rechtliche, nicht wirtschaftliche Erwägungen. Für die Konkretisierung des erforderlichen „Einheitlichkeitswillens“<sup>41</sup> kommt es nicht nur auf die gemeinsamen, in der Sache übereinstimmenden Vorstellungen beider Parteien an. Vielmehr reicht es aus, wenn dieser „Einheitlichkeitswille“ bei der einen Partei vorhanden ist, dies der anderen Partei erkennbar und von ihr vorbehaltlos hingenommen worden ist.<sup>42</sup> Sofern beim Computer-Leasing eine **Komplettlösung** vertraglich vereinbart ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Parteien den Vertrag über die einzelnen Teile nur im Hinblick auf die angestrebte Gesamtlösung kontrahiert haben,<sup>43</sup> so daß der „Einheitlichkeitswille“ des Leasingnehmers grundsätzlich ausreicht.<sup>44</sup> Dabei kommt es freilich entscheidend darauf an, ob in diesen Fällen der erforderliche „Einheitlichkeitswille“<sup>45</sup> dadurch konkretisiert werden kann, daß der auf eine EDV-spezifische Gesamtlösung zielende Wille nur dem Softwarehaus erkennbar war. Ob dies ausreichend ist, hängt entscheidend davon ab, ob das Softwarehaus **Verhandlungsgehilfe** des Leasinggebers im Sinn von § 278 BGB war (*Leasing Rdnr. 20ff.*). Doch ist dies immer dann zu bejahen, wenn das Softwarehaus – ähnlich wie der Lieferant des Leasingguts – mit Wissen und Willen des Leasinggebers bei Abschluß des Leasingvertrages tätig war.<sup>46</sup>

#### b) Die einheitliche Vertragsurkunde

Sind beim Computer-Leasing Hardware- und Softwarevertrag in einer Vertragsurkunde enthalten, so ist das Ergebnis evident; es liegt der erforderliche „Einheitlichkeitswille“<sup>47</sup>

<sup>36</sup> BGH NJW 1988, 204; OLG München BB 1992, 2388.

<sup>37</sup> OLG Köln CR 1991, 154, 156; OLG Köln NJW-RR 1993, 1140, 1141.

<sup>38</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>39</sup> Beckmann, Computer-Leasing, Rdnrn. 363ff.; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rdnrn. 1136ff.; Zahrt, BB 1988, 1687ff.; ders. BB 1993, 1670ff.

<sup>40</sup> BGH NJW 1976, 1931; BGH WM 1987, 1131; BGH WM 1990, 987, 990; BGH WM 1993, 111, 114; BGH NJW 1993, 2436, 2438.

<sup>41</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>42</sup> BGH WM 1987, 818, 821; BGH WM 1990, 987, 990.

<sup>43</sup> OLG Köln NJW-RR 1993, 1140, 1141.

<sup>44</sup> BGH WM 1993, 111, 114; vgl. auch OLG Karlsruhe CR 1991, 280; OLG Köln CR 1991, 154.

<sup>45</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>46</sup> BGH NJW 1985, 2258; BGH NJW-RR 1988, 241.

<sup>47</sup> BGH NJW 1976, 1931.

vor.<sup>48</sup> Dies gilt vor allem dann, wenn in den Software-AGB bedungen ist, daß die Software nur auf der vom Lieferanten bezogenen Hardware zu benutzen ist.<sup>49</sup>

### c) Formal getrennte Verträge

- 16 Als wesentliches Indiz für das Vorliegen eines „Einheitlichkeitswillens“<sup>50</sup> ist die Tatsache anzusehen, ob der Wille der vertragschließenden Parteien in einer einzelnen Vertragsurkunde oder in **mehreren Urkunden** niedergelegt worden ist.<sup>51</sup> Gleichwohl kann in diesen Fällen der nach § 139 BGB maßgebende „Einheitlichkeitswille“<sup>52</sup> bejaht werden, wenn eine EDV-spezifische **Gesamtlösung** Gegenstand der – formal getrennten – Verträge ist.<sup>53</sup> Die formale Trennung der Verträge ist dann regelmäßig irrelevant.<sup>54</sup>

### d) Gesamtwandelungsrecht gemäß § 469 Satz 2

- 17 Nach Auffassung des BGH ist die **Zusammengehörigkeit** mehrerer verkaufter Sachen im Sinn von § 469 Satz 2 BGB nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen.<sup>55</sup> Dem ist jedoch nicht zu folgen.<sup>56</sup> Vielmehr ist – auch im Rahmen eines Gesamtwandelungsrechts gemäß § 469 Satz 2 BGB – auf den **Parteiwillen** abzuheben, was jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn Hard- und Software ein Gesamtsystem bilden, z. B. bei einer Komplettlösung.<sup>57</sup> Dies gilt erst recht, wenn die Software den speziellen Bedürfnissen des Leasingnehmers angepaßt worden ist.<sup>58</sup> Deshalb kommt es auch im Rahmen von § 469 Satz 2 BGB auf die **subjektiven Interessen** der Vertragsparteien an, um zu entscheiden, ob die mangelhaften Sachen „nicht ohne Nachteil“ „von den übrigen getrennt werden können“.<sup>59</sup> Dies ist regelmäßig schon dann zu bejahen, wenn die gelieferte Software ausschließlich in einer bestimmten EDV-Anlage installiert und betrieben werden kann.<sup>60</sup> Gleiches gilt aber auch dann, wenn eine Ersatzbeschaffung nur mit Schwierigkeiten möglich ist<sup>61</sup>, oder wenn der Leasingnehmer die EDV-spezifische Problemlösung „aus einer Hand“ erworben hat, weil ihm dann – im Fall der Wandelung – nicht zuzumuten ist, sich mit mehreren Lieferanten auseinanderzusetzen.<sup>62</sup> Deshalb läuft auch eine **einheitliche** Gewährleistungsfrist.<sup>63</sup> Sie setzt regelmäßig voraus, daß eine einheitliche Abnahme durchgeführt wurde.<sup>64</sup>

### e) Kündigungsrecht gemäß § 542 BGB – Rücktrittsrecht gemäß § 326 BGB

- 18 Unter Berücksichtigung des beim Computer-Leasing zu prüfenden „Einheitlichkeitswillens“<sup>65</sup> stellt sich stets die Frage, ob der Leasinggeber eine **Hauptpflicht** gegenüber dem Leasingnehmer ordnungsgemäß erfüllt hat oder ob lediglich eine **teilweise** Erfüllung vorliegt.<sup>66</sup> So ist z. B. die Nichtlieferung des geschuldeten Bedienungshandbuchs nicht die Lieferung einer (mangelhaften) Software sondern teilweise Nichterfüllung.<sup>67</sup> Zur Konsequenz hat dies zum einen, daß damit der Kauf- oder Werkvertrag noch nicht vollständig erfüllt ist,<sup>68</sup> zum anderen folgt daraus, daß der Leasingnehmer **ausschließlich** gegenüber dem Leasinggeber Ansprüche auf Erfüllung des Leasingvertrages hat, die er unter Berufung auf § 320 BGB erzwingen kann.<sup>69</sup> Dies bedeutet aber gleichzeitig, daß der Leasing-

<sup>48</sup> BGH WM 1987, 818, 821; BGH WM 1990, 987, 990.

<sup>49</sup> BGH WM 1993, 111, 114; BGH NJW 1993, 2436, 2438.

<sup>50</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>51</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1149ff.

<sup>52</sup> BGH a. a. O.

<sup>53</sup> BGH WM 1990, 987, 990; BGH WM 1993, 111, 114; BGH NJW 1993, 2486, 2488.

<sup>54</sup> BGH NJW 1993, 2486, 2488; Pötzsch CR 1989, 1063ff.

<sup>55</sup> BGH WM 1987, 1492; BGH NJW 1993, 2486, 2488 – einheitliches System.

<sup>56</sup> Palandt/Putzo § 469 Rdnr. 3; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rdnr. 1179ff.

<sup>57</sup> BGH WM 1993, 111; OLG Köln NJW-RR 1993, 1140, 1141.

<sup>58</sup> OLG München CR 1990, 646.

<sup>59</sup> BGH NJW 1993, 2486, 2488.

<sup>60</sup> BGH a. a. O.

<sup>61</sup> OLG Hamm CR 1989, 490.

<sup>62</sup> OLG Köln CR 1991, 154.

<sup>63</sup> OLG Köln CR 1991, 154, 156; OLG Köln NJW-RR 1993, 1140, 1141.

<sup>64</sup> OLG Köln CR 1991, 154, 156.

<sup>65</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>66</sup> BGH WM 1987, 1131, 1133.

<sup>67</sup> BGH NJW 1993, 2436, 2438ff.

<sup>68</sup> BGH WM 1993, 111, 113; BGH WM 1993, 561, 563.

<sup>69</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 342ff.

## II. AGB-Kontrolle

nehmer berechtigt ist, gegenüber dem Leasinggeber das **fristlose Kündigungsrecht** des § 542 Abs. 1 BGB durchzusetzen, sofern der Leasingnehmer dem Leasinggeber zuvor eine angemessene Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat.<sup>70</sup> Zur Entgegennahme der Kündigungserklärung ist jedoch ausschließlich der Leasinggeber befugt; lediglich dann, wenn – selten genug – der Lieferant auch zur Entgegennahme einer Kündigungserklärung bevollmächtigt wäre, ist er der richtige Adressat.<sup>71</sup>

Anstelle des fristlosen Kündigungsrechts gemäß § 542 Abs. 1 BGB steht dem Leasingnehmer auch das Recht zu, vom Leasingvertrag gemäß § 326 BGB zurückzutreten.<sup>72</sup> Dies setzt jedoch grundsätzlich voraus, daß das Leasinggut dem Leasingnehmer noch nicht überlassen worden ist.<sup>73</sup> **19**

In beiden Fällen kommt es entscheidend darauf an, ob zwischen Hard- und Software eine rechtliche Einheit besteht, denn sowohl das Kündigungsrecht des § 542 Abs. 1 BGB als auch das Rücktrittsrecht des § 326 BGB setzen voraus, daß die teilweise Erfüllung des Leasingvertrages für den Leasingnehmer kein Interesse mehr hat.<sup>74</sup> **20**

### f) Leasingfinanzierung

Auch wenn zwischen Hard- und Softwarevertrag – formell – eine Trennung vorgenommen wird, so ist diese im Sinn von § 4 **unbeachtlich**, wenn der Leasinggeber ganz oder teilweise die Software im Rahmen des Hardware-Vertrages **mitfinanziert**.<sup>75</sup> Anders liegen die Dinge freilich dann, wenn sich der Leasingvertrag ausschließlich auf die Hardware bezieht und der Leasingnehmer – völlig unabhängig hiervon – mit einem Softwarehaus kontrahiert hat, weil dann **mehrere** Parteien (Leasinggeber und Softwarehaus) Vertragspartner des Leasingnehmers sind.<sup>76</sup> **21**

### g) Die Bedeutung von Trennungsklauseln

**Trennungsklauseln**, welche auf eine Separierung der einzelnen Verträge hinweisen, sind lediglich ein Auslegungsindiz dafür, daß in der Tat zwischen den Parteien kein „Einheitlichkeitswille“<sup>77</sup> bestand.<sup>78</sup> Doch ist jeweils der **Vorrang** der Individualabrede gemäß § 4 zu beachten; soweit danach – etwa bei Anbieten einer EDV-Gesamtlösung – ein „Einheitlichkeitswille“<sup>79</sup> vorliegt, verstoßen Trennungsklauseln gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und sind daher **unwirksam**.<sup>80</sup> Daran ist auch dann zu denken, wenn das Softwarehaus – bezogen auf die EDV-spezifische Problemlösung – eine **Beratung** durchgeführt hat; denn bei dem Nachweis des erforderlichen „Einheitlichkeitswillens“<sup>81</sup> ist auch auf die Umstände abzustellen, die zum Abschluß des Vertrages geführt haben.<sup>82</sup> **22**

### h) Verschiedene Lieferanten

Erwirbt der Leasingnehmer Hard- und Software von nicht miteinander verbundenen Lieferanten, so liegt die Schlußfolgerung nahe, daß es sich hierbei um rechtlich selbständige Verträge handelt.<sup>83</sup> Freilich können auch hier wesentliche Indizien für das Vorliegen eines „Einheitlichkeitswillens“<sup>84</sup> streiten, etwa wenn eine EDV-spezifische Gesamtlösung angeboten wurde oder eine entsprechende Beratung stattgefunden hat.<sup>85</sup> Nur kommt es dann entscheidend darauf an, ob die Kenntnis des einen Vertragspartners dem anderen (dem Leasinggeber) zugerechnet werden kann. Dies ist – wie gezeigt – nur dann zu bejahen, wenn es sich nicht um einen Dritten handelt, sondern wenn der Lieferant – **23**

<sup>70</sup> Graf von Westphalen a. a. O., Rz. 1168.

<sup>71</sup> BGH WM 1987, 1131, 1133.

<sup>72</sup> BGH WM 1990, 987, 990.

<sup>73</sup> Palandt/Putzo § 542 Rdnr. 4.

<sup>74</sup> BGH WM 1990, 987, 992.

<sup>75</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1153 ff.

<sup>76</sup> Pötzsch CR 1989, 1063, 1072 f.

<sup>77</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>78</sup> Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rdnr. 211.

<sup>79</sup> BGH a. a. O.

<sup>80</sup> Beckmann, Computer-Leasing, Rdnr. 377.

<sup>81</sup> BGH a. a. O.

<sup>82</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1151.

<sup>83</sup> OLG Hamm CR 1990, 200, 201; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 1152; Beckmann, Computer-Leasing, Rdnr. 399 f.

<sup>84</sup> BGH NJW 1976, 1931.

<sup>85</sup> OLG Hamburg NJW-RR 1988, 438.

## Computer-Leasing

gleichgültig, ob er Hard- oder Software liefert – **Verhandlungsgehilfe** des Leasinggebers war.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 250ff.

### Fundstellenverzeichnis der zitierten BGH-Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	NJW * NJW-RR	WM	BB	MDR	BGHZ
30. 4. 1976	V ZR 143/7	76, 1931				
9. 5. 1985	I ZR 52/3	86, 192		85, 1747	86, 121	94, 279
3. 7. 1985	VIII ZR 102/84	85, 2258				
25. 3. 1987	VIII ZR 43/86		87, 818			
1. 7. 1987	VIII ZR 117/86	88, 204	87, 1131			
4. 11. 1987	VIII ZR 313/86	88, 241*			88, 310	
4. 11. 1987	VIII ZR 314/86	88, 406	87, 1492	88, 460	88, 223	103, 135
18. 10. 1989	VIII ZR 325/88	90, 320			93, 236	109, 97
24. 1. 1990	VIII ZR 22/89	90, 1290		90, 510	90, 537	110, 130
7. 3. 1990	VIII ZR 56/89	90, 3011	90, 987			
5. 7. 1990	VIII ZR 334/88		89, 1574			
8. 10. 1992	VIII ZR 272/90	93, 1394				
3. 11. 1992	X ZR 83/90		93, 561			
4. 11. 1992	VIII ZR 165/91		93, 111			
14. 7. 1993	VIII ZR 147/92	93, 2436				

### Literaturhinweise:

*Beckmann*, Computerleasing, Köln 1993; *Lehmann*, Das neue deutsche Softwarerecht, CR 1992, 324; *ders.*, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822; *ders.*, Produzentenhaftung bei integrierter Produktion – computer integrated manufacturing (CIM), BB 1993, 1603; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, München 1991; *Michalski*, Die Neuregelung des Urheberrechts von Computerprogrammen, DB 1993, 1961; *Pötzsch*, Die rechtliche Einheit von Hard- und Software, CR 1989, 1063; *Sauer*, Bilanzierung von Software, Rechnungslegung für Anwendersoftware nach Handels- und Steuerrecht unter Berücksichtigung US-amerikanischer Vorschriften, Wiesbaden 1988; *Schulte*, Der Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, CR 1992, 588; *Stapperfend*: Die steuer- und bilanzrechtliche Behandlung von Software, Köln 1991; *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 4. Auflage, Köln 1992; *ders.*, Der Leasingnehmer als Nichtkaufmann: Einbeziehung der Lieferanten-AGB und Rückpflichten, BB 1990, 1; *ders.*, Leasing: Die vernachlässigte Bedeutung des Einkaufsvertrags, DB 1993, 921; *Zahrnt*, Koppelung von Hardware und (Anwendungs-)Software, BB 1988, 1687; *ders.*, Koppelung von Hardware und (Anwendungs-)Software, BB 1993, 1670.