

Der »kündbare« Teilamortisationsvertrag beim Computer-Leasing

Wesentliche Fragen des erlaßkonformen Leasing sind für den kündbaren Teilamortisationsvertrag durch die BGH-Entscheidung vom 12.6.1985¹ abgeklärt. Ziel und Zweck dieser Abhandlung ist es, verschiedene noch offene Fragen – unter besonderer Berücksichtigung des Leasing von

Computeranlagen – einer näheren Klärung zuzuführen, die sich insbesondere auch bei der Anbahnung derartiger Verträge im Zusammenspiel zwischen Leasinggeber, Lieferant der Hardware und Veräußerer der Software ergeben.

I. Die Besonderheiten beim Teilamortisationsvertrag

Es ist gang und gäbe, daß Leasinggesellschaften im Bereich des Computer-Leasing vor allem den kündbaren Teilamortisationsvertrag anbieten. Sie weisen darauf hin, daß gerade dieses Vertragsmodell besonders für das Computer-Leasing geeignet ist, weil dann der Leasingnehmer stets die Möglichkeit hat, die neueste Version zu nutzen, indem er von der Kündigungsmöglichkeit des Teilamortisationsvertrages Gebrauch macht. Dabei ergeben sich jedoch für den Leasingnehmer verschiedene Schwierigkeiten, die im einzelnen festgehalten werden müssen:

1. Der Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975²

Ausgangspunkt aller Erwägungen muß stets die Erkenntnis sein, daß Teilamortisationsverträge auf dem Erlaß vom 22.12.1975³ beruhen. Danach gilt: Die unkündbare Grundmietzeit beträgt mindestens 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts; sie darf jedoch 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer nicht übersteigen. Des weiteren: Innerhalb der – unkündbaren – Grundmietzeit amortisiert der Leasinggeber durch Zahlung der Leasingraten nicht alle Anschaffungs- oder Herstellungskosten, einschließlich Nebenkosten, Finanzierungskosten und des

kalkulierten Gewinn; vielmehr decken die Leasingraten diese Gesamtkosten nur zum Teil. Dennoch hat der Leasinggeber – dies ist stets im Auge zu behalten – Anspruch auf eine *Gesamtamortisation*. Jeder Teilamortisationsvertrag ist in Wirklichkeit auf Gesamtamortisation gerichtet⁴. Daß dies zulässig ist, entspricht inzwischen gesicherter Erkenntnis der Judikatur⁵.

Der Leasinggeber realisiert also seinen Anspruch auf Gesamtamortisation – und nur insoweit ist der Begriff »Teilamortisation« zutreffend – nur teilweise durch die während der Grundmietzeit fließenden Leasingraten. Die darüber hinausgehende Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers wird dadurch sichergestellt, daß der Leasingnehmer – bezogen auf den kündbaren Teilamortisationsvertrag – Anspruch darauf hat, daß der Leasinggeber das Leasinggut – nach Kündigung des Leasingvertrages – verwertet. Von diesem Verwertungserlös werden jedoch nur 90 % dem Leasingnehmer auf seine Vollamortisationspflicht gutgebracht; dies entspricht exakt dem Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975. Soweit die während der – unkündbaren – Grundmietzeit gezahlten Leasingraten, zzgl. 90 % des Verwertungserlöses des Leasingguts die Gesamtamortisation des Leasinggebers nicht sicherstellen, ist der Leasingnehmer verpflichtet, in Höhe der Differenz eine Abschlußzahlung zu leisten. Der Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975⁶ sagt dies sehr deutlich:

»Ist der anzurechnende Teil des Veräußerungserlöses zzgl. der vom Leasingnehmer bis zur Veräußerung entrichteten Leasing-Raten niedriger als die Gesamtkosten des Leasinggebers, so muß der Leasingnehmer in Höhe der Differenz eine Abschlußzahlung leisten. Ist jedoch der Veräußerungserlös höher als die Differenz zwischen Gesamtkosten des Leasinggebers und den bis zur Veräußerung entrichteten Leasing-Raten, so behält der Leasinggeber diesen Differenzbetrag in vollem Umfang.«⁷

1) BGH, ZIP 1985 S. 868 ff; hierzu auch Graf von Westphalen, ZIP 1985 S. 1033 ff; Bernstein, DB 1985 S. 1734 ff.

2) BB 1976 S. 72.

3) Ebenda.

4) Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen, ZIP 1983 S. 1021 ff.

5) S. Fn. 1.

6) Fn. 2.

7) Ebenda.

Damit berücksichtigt der Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975 den Grundtatbestand des erlaßkonformen Leasing: Der Leasinggeber ist deswegen rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts, weil der Leasingnehmer das Risiko des Wertverlustes, der Leasinggeber aber ausschließlich die Chance der Wertsteigerung hat. Unter dieser Prämisse ist der bürgerlich-rechtliche Herausgabeanspruch des Leasinggebers, den dieser gemäß § 985 BGB gegenüber dem Leasingnehmer hat, wirtschaftlich von Bedeutung; denn ein Leasinggeber, der die Chance der Wertsteigerung des Leasingguts – nach Ablauf von 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer (oder schon früher) – realisieren kann, handelt wirtschaftlich gesehen vernünftig, wenn er von seinem Herausgabeanspruch auch tatsächlich Gebrauch macht.

2. Mängel der Vertragsgestaltung

Die ganz überwältigende Masse der im Markt angebotenen kündbaren Teilamortisationsverträge ist dadurch charakterisiert, daß der Leasinggeber – nach Ablauf von 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer – bestimmt, dem Leasingnehmer steht ein ordentliches Kündigungsrecht zu, das in Höhe der Restamortisation mit einer »Abschlußzahlung« gekoppelt ist. Diese »Abschlußzahlung« ist – entsprechend den einzelnen Kündigungszeitpunkten – degressiv gestaffelt und erreicht zwischen dem 54. und 72. Monat den Betrag »Null«. Daraus folgt: Der Leasingnehmer kann nur dann von seinem ordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen, wenn er in Höhe der Restamortisation eine »Abschlußzahlung« bewirkt, die naturgemäß die Liquidität des Leasingnehmers nicht unbeträchtlich belastet.

Gerade beim Computer-Leasing ist immer wieder festzustellen: Ist die gemietete Computeranlage technisch überholt, und macht deswegen der Leasingnehmer von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, so ist die Möglichkeit des Leasinggebers, einen Verwertungserlös zu erzielen, von vornherein begrenzt; häufig ist der Verwertungserlös wenig mehr als der Materialerschlagungswert. Gerade dann aber belastet die »Abschlußzahlung« den Leasingnehmer, weil er ja nur dann eine neue, moderne Computer-Anlage mieten kann, wenn er zuvor durch die »Abschlußzahlung« die Gesamtamortisation des Leasinggebers sichergestellt hat.

a) Die BGH-Judikatur

Die BGH-Judikatur⁸ steht – uneingeschränkt – auf dem Standpunkt, daß die Koppelung des ordentlichen Kündigungsrechts des Leasingnehmers mit einer auf die Gesamtamortisation zielenden »Abschlußzahlung« gemäß § 10 Nr. 7 a AGB-Gesetz bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Die tragende Begründung ist hier eine doppelte: Zum einen macht der BGH geltend⁹, daß eine derartige Vertragsgestaltung für den Leasingnehmer völlig intransparent ist und ihn deshalb unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligt. Da der Leasinggeber Kün-

digung und »Abschlußzahlung« miteinander koppelt, ist nämlich nicht erkennbar, in welcher Weise und zu welchem Zeitpunkt er den Verwertungserlös des Leasingguts zur Anrechnung bringt. Das ist der eine Gesichtspunkt; der andere: Der BGH¹⁰ interpretiert Leasingverträge in ständiger Judikatur als Verträge, die »in erster Linie« den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff BGB folgen. Geht man von dieser Prämisse aus, dann ist ein ordentliches Kündigungsrecht, das der Leasinggeber dem Leasingnehmer – nach Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit – mit einer beträchtlichen Abschlußzahlung gekoppelt konzidiert, eine unzulässige »Erschwerung«¹¹ des Kündigungsrechts, die dem Mietrecht der §§ 535 ff BGB fremd ist.

Daran ist ungeachtet der BGH-Entscheidung vom 12.6.1985¹² festzuhalten: Auch wenn der BGH in dieser Entscheidung dem Leasinggeber die Möglichkeit eröffnete, Schadenersatz wegen Nichterfüllung – ausgelöst durch den Zahlungsverzug des Leasingnehmers – neben einem fristlosen Kündigungsrecht geltend zu machen, so beruht die übliche Vertragsgestaltung der Leasinggesellschaften – entsprechend dem Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975¹³ – auf der Koppelung einer die Restamortisation enthaltenden (abgezinsten) »Abschlußzahlung« mit einem ordentlichen Kündigungsrecht des Leasingnehmers. Dieses aber hat der BGH – just in dieser Entscheidung vom 12.6.1985¹⁴ – erneut als unwirksam im Sinn von § 10 Nr. 7 a AGB-Gesetz bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz qualifiziert, bevor er Überlegungen zur Berechnung der Ansprüche des Leasinggebers auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstellt, die dem Erfüllungsinteresse spiegelbildlich entsprechen.

b) Der Hinweis des BGH

Deshalb stellt sich die Frage, wie der kündbare Teilamortisationsvertrag im Bereich des Computer-Leasing wirksam praktiziert werden kann. Hier gibt der BGH einen wichtigen Hinweis: Unter Berücksichtigung des Teilamortisationserlasses vom 22.12.1975¹⁵ erklärt der BGH, daß die Leasinggesellschaften – auch in den Leasing-AGB – durchaus in der Lage sind, eine wirksame Gestaltung dieses Vertragstyps zu erreichen. Diese erfordert nämlich

»nicht mehr als die Angabe der Gesamtkosten einschließlich der Gewinnerwartung, der Amortisationsdauer bei Zahlung der vereinbarten Leasingraten, der Anzinsungsmodalitäten und die Erklärung, daß 90 % des Erlöses aus der Verwertung des Leasingobjekts auf die Ausgleichszahlung des Leasingnehmers angerechnet werden«¹⁶.

8) BGH, ZIP 1982 S. 6467; BGH, ZIP 1982 S. 700; BGH, ZIP 1985 S. 868, 871.

9) BGH, ZIP 1982 S. 64, 67; BGH, ZIP 1982 S. 700, 701.

10) BGH, WM 1975 S. 1203, 1204; BGH, WM 1978 S. 570, 572; BGH, WM 1981 S. 1378, 1379; vgl. aber auch BGH, WM 1982 S. 151, 152; insbesondere aber auch BGH, ZIP 1982 S. 700, 701 – »Leitbild des Leasingvertrages«.

11) BGH, ZIP 1982 S. 64, 67.

12) S. Fn. 1.

13) S. Fn. 2.

14) S. Fn. 1.

15) S. Fn. 2.

16) BGH, ZIP 1985 S. 868, 874.

Von dieser Vertragsgestaltung machen die Leasinggesellschaften – soweit zu sehen – bisher keinen Gebrauch; sie weisen weder die »Gesamtkosten« noch die »Amortisationsdauer bei Zahlung der vereinbarten Leasingraten« aus, noch läßt die Vertragsgestaltung in transparenter Form die »Abzinsungsmodalitäten« erkennen, und die »Erklärung, daß 90 % des Erlöses aus der Verwertung des Leasingobjekts auf die Ausgleichszahlung des Leasingnehmers angerechnet werden«¹⁷, sucht man – außerhalb der Kündigungsbestimmungen – vergeblich.

Unter dieser Perspektive könnte eine neue Entscheidung des *LG Frankfurt*¹⁸ wegweisende Bedeutung erlangen: Bei einem Teilamortisationsvertrag stellte das Gericht kategorisch fest, daß die Forderung des Leasinggebers – es handelte sich um ein KFZ-Leasing – auf Zahlung der Gesamtamortisation nur dann anzuerkennen ist, wenn die Vertragsgestaltung eindeutig, klar und transparent ist. Danach muß dem Leasingnehmer einprägsam vor Augen geführt werden, daß auch ein Teilamortisationsvertrag in Wirklichkeit auf Vollamortisation gerichtet ist; notwendigerweise darf dies nicht irgendwo versteckt in den Leasing-AGB zum Ausdruck kommen, sondern muß – praktisch auf der Vorderseite des Leasingvertrages – so klar und unmißverständlich festgelegt sein, daß es auch dem unkundigen Leasingnehmer ohne weiteres in die Augen springt: Die Zahlung der Leasingraten ist lediglich ein Teil des vertraglich geschuldeten Entgelts, weil der Leasingnehmer in jedem Fall die Vollamortisation des Leasinggebers garantiert¹⁹.

So gesehen deckt sich die Sentenz des Urteils des *LG Frankfurt*²⁰ mit der Forderung des *BGH*²¹, weil ja auch die Angabe der »Gesamtkosten«, der »Amortisationsdauer«, insbesondere aber die »Erklärung, daß 90 % des Erlöses aus der Verwertung des Leasingobjekts auf die Ausgleichszahlung des Leasingnehmers angerechnet werden«²², der individualvertraglichen Transparenz dienen.

c) Die Ersetzung des »Kündigungsrechts«

Selbst eine derartige individualvertragliche Transparenz der Vertragsgestaltung ist allerdings nicht geeignet, das – zentrale – Bedenken des *BGH*²³ aus der Welt zu schaffen, daß nämlich unter Berücksichtigung der mietvertraglichen Kategorisierung des Leasing die Koppelung zwischen ordentlichem Kündigungsrecht und »Abschlußzahlung« in jedem Fall deswegen unzulässig ist, weil der Leasingnehmer/Mieter davon ausge-

hen darf, daß er ein ordentliches Kündigungsrecht ohne irgendwelche »Erschwerung« auszuüben berechtigt ist. Daraus folgt die zwingende Erkenntnis: Entgegen dem Wortlaut des Teilamortisationserlasses vom 22.12.1975²⁴ ist der Leasinggeber nicht berechtigt, dem Leasingnehmer – nach Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit – ein »Kündigungsrecht« einzuräumen; er ist vielmehr darauf angewiesen, dieses »Kündigungsrecht« durch eine andere, zivilrechtlich nicht zu beanstandende Vertragsgestaltung zu ersetzen. Wie an anderer Stelle ausgeführt²⁵, kann dies – unter voller Wahrung der steuerlichen Prägorative des erlaßkonformen Leasing – dadurch geschehen, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer kein einseitiges »Kündigungsrecht« gewährt, sondern daß sich beide Parteien vielmehr verpflichten, eine (gemeinsame) Vertragsaufhebung zu akkordieren. Freilich setzt diese voraus und schließt ein, daß der Leasingnehmer seinerseits bereit ist, den Teilamortisationsvertrag nur dann zu beenden, wenn er seiner Vollamortisationspflicht gegenüber dem Leasinggeber nachgekommen ist. Mit anderen Worten: Der Leasinggeber ist nur dann verpflichtet, einem Aufhebungsverlangen des Leasingnehmers zu entsprechen, wenn der Leasingnehmer die Gesamtamortisation des Leasinggebers in Form einer »Abschlußzahlung« sicherstellt. Bemessungsgrundlage für diese »Abschlußzahlung« sind auf Basis des Teilamortisationserlasses vom 22.12.1975 die Gesamtkosten des Leasinggebers, abzüglich der erhaltenen Leasingraten sowie abzüglich von 90 % des Verwertungserlöses des Leasingguts.

Eine solche Vertragsgestaltung würde – gerade im Bereich des Computer-Leasing – eine wünschenswerte Transparenz sicherstellen; der Leasingnehmer wäre dann durch die Vertragsgestaltung unmißverständlich darüber unterrichtet, daß die Beendigung eines Teilamortisationsvertrages im Bereich des Computer-Leasing wegen der raschen Überalterung der Software ausgesprochen teuer sein kann.

II. Die Vertragsanbahnung: Beratung – Aufklärung

Gerade das Finanzierungsleasing als »indirektes« Leasing beruht auf dem »Dreiecksverhältnis« zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts²⁶. Da beim Computer-Leasing die Software grundsätzlich nicht Gegenstand des Leasingvertrages ist – an ihr wird dem Leasingnehmer ein nicht-ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt – stellen sich hier verschiedene Fragen, die einer sorgfältigen Analyse unter Berücksichtigung des bisherigen Befundes der *BGH*-Judikatur bedürfen.

1. Der Lieferant als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers

In bezug auf die Vorverhandlungen, die regelmäßig zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts stattfinden, hat der *BGH*²⁷ hier die wesentlichen

17) Ebenda.

18) *LG Frankfurt*, Urt. v. 6.5.1985 – 2/24/S 319/84 – EWiR SB5 BGB, 7/85, 749 (*Graf von Westphalen*).

19) S. Fn. 4.

20) S. Fn. 18.

21) S. Fn. 16.

22) Ebenda.

23) S. Fn. 9 f.

24) S. Fn. 2.

25) Hierzu im einzelnen *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 2. Aufl., 1984, Rz. 450 ff.

26) Vgl. *BGH*, WM 1977 S. 473, 474.

27) *BGH*, ZIP 1985 S. 935 ff.; vgl. auch *Graf von Westphalen*, BB 1984 S. 2093 ff.

Leitlinien bereits festgelegt: Arbeitet der Leasinggeber mit dem Lieferanten des Leasingguts in der Weise zusammen, daß der Lieferant über Leasing-Vertragsformulare des Leasinggebers verfügt, und kennt der Lieferant darüber hinaus auch die Kalkulation der Leasingraten, um diese dann – in der Vorverhandlung mit dem Leasingnehmer – in das Leasing-Vertragsformular einzusetzen, so ist der Lieferant des Leasingguts Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB. Bezogen auf den Fall eines Computer-Leasing bedeutete dies folgendes:

Der Leasingnehmer hatte mit dem Lieferanten des Leasingguts in bezug auf die Software ein »qualifiziertes Rücktrittsrecht« für den Fall vereinbart, daß eine spezifische »Organisationslösung« nicht möglich ist. Angestrebt wurde die gleichzeitige Verarbeitung des Bereichs »Auftragswesen«, »Finanzbuchhaltung« und »Lohn und Gehalt«, die der Lieferant des Leasingguts im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung gegenüber dem Leasingnehmer »gewährleistete«. Als die angestrebte »Organisationslösung« nicht funktionierte, berief sich der Leasingnehmer auf diese mit dem Lieferanten des Leasingguts getroffene Vereinbarung.

Dies akzeptierte der *BGH*²⁸, weil er den Lieferanten des Leasingguts als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers wertete; da der Lieferant des Leasingguts es unterlassen hatte, die mit dem Leasingnehmer getroffene schriftliche Rücktrittsvereinbarung dem Leasinggeber zur Kenntnis zu bringen, sah der *BGH* darin eine Verletzung der gebotenen Hinweis- und Aufklärungspflicht. Insoweit kann sich der Leasinggeber, so der *BGH*²⁹, auch nicht mit Erfolg auf eine Klausel in den Leasing-AGB berufen, wonach der Leasinggeber nicht »für den Lieferanten des Mietgegenstandes« haftet, und der *BGH* hielt auch eine weitergehende AGB-Klausel für unwirksam gemäß § 9 AGB-Gesetz, in der es heißt: »Vereinbarungen zwischen dem Mieter und Dritten, insbesondere dem Lieferanten, verpflichten den Vermieter nicht, soweit sie nicht von diesem ausdrücklich schriftlich bestätigt werden.«

2. Die BGH-Entscheidung vom 6.6.1984³⁰

Für die Praxis des Computer-Leasing ist dieses Urteil von höchster Bedeutung. Zugrunde liegt folgender Sachverhalt: Zur Lösung eines bestimmten Hardware- und Softwareproblems wandte sich ein Importunternehmen an eine Computerfirma; diese unterbreitete der Klägerin »die gemeinsam ... erarbeitete Problemlösung als Angebot«. Daraufhin wurde ein Auftrag erteilt; es stellte sich indessen heraus, daß die »Problemlösung« nicht funktionierte. Über die gelieferte Hardware und Software wurde zwischen der Klägerin und einer »M. Leasing GmbH« ein Leasingvertrag abgeschlossen. Wie in Leasing-AGB üblich, trat der Leasinggeber als »Vermieter« seine Ansprüche »aus Gewährleistung, Schadensersatz und das Recht auf Wandelung« an die Klägerin/Mieterin mit der Maßgabe ab, daß diese die vorerwähnten Ansprüche gegenüber der Computerfirma geltend machen sollte.

Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, daß die

Klägerin/Leasingnehmerin der Computerfirma deswegen die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten vorwarf, weil weder die Software noch die Hardware funktionierte.

Wie allgemein bei Leasingverträgen üblich, zeichnet sich dieser Sachverhalt dadurch aus, daß die vertraglichen Vorverhandlungen ausschließlich zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts stattfinden. Hier aber war der Lieferant des Leasingguts – im Gegensatz zur *BGH*-Entscheidung vom 3.7.1985³¹ – nicht Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278, sondern selbständiger Dritter, weil ja der Leasingvertrag erst zustande kam, nachdem die Computerfirma der Klägerin/Leasingnehmerin ein Angebot unterbreitet, das diese auch angenommen hatte. Gleichwohl konstatierte der *BGH*, »Ansprüche aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen«³² könnten gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts auch dann geltend gemacht werden, wenn es nicht zu einem Vertragsabschluß kommt³³.

Folgerichtig bestätigt der *BGH*: Bei der Anschaffung einer EDV-Anlage trifft den Hersteller/Lieferanten eine »spezifische Sorgfaltspflicht« gegenüber dem an ihrer Einführung interessierten Kunden³⁴, weil dieser als Laie »in die Fachkunde des Herstellers«³⁵ vertraut. Gleichwohl: Eine wichtige Einschränkung ist angezeigt. Aus dogmatischen Gründen sind die Gewährleistungsansprüche »Sondervorschriften«³⁶; fahrlässig unzutreffende Erklärungen des Lieferanten, die sich auf die Eigenschaften des Liefergegenstandes – hier: der Hardware und Software – beziehen, beurteilen sich deshalb ausschließlich nach den gewährleistungspezifischen »Sondervorschriften«³⁷; für eigenständige Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß ist dann kein Platz. Dies ist nur dann anders, wenn aufgrund der fahrlässig falschen Auskunft- oder Raterteilung eine Schadensersatzpflicht damit begründet wird, daß der Lieferant/Hersteller Nebenpflichten verletzt hat, die neben den Gewährleistungsansprüchen bestehen, was auch denn gilt, wenn sich das Verschulden des Lieferanten auf Angaben über die Eigenschaft der Kaufsache bezieht³⁸.

Hier hatte die Klägerin/Leasingnehmerin gegenüber der Computerfirma geltend gemacht, sie habe als Laie auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung darauf vertraut und sich darauf verlassen, daß die Computerfirma »aufgrund entsprechender Informationen die geeignete Anlage mit der dazugehörigen Software ermitteln werde«³⁹. Mehr noch: »Nur im Vertrauen darauf«, so macht die Klägerin geltend, sei

28) Ebenda.

29) Ebenda.

30) *BGH*, ZIP 1984 S. 962.

31) S. Fn. 27.

32) *BGH*, ZIP 1984 S. 962, 965.

33) Hierzu auch *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, Rz. 128 ff.

34) *BGH*, ZIP 1984 S. 962, 965.

35) Ebenda.

36) Ebenda.

37) Ebenda.

38) *BGH*, NJW 1958 S. 866; *BGH*, NJW 1062 S. 1196; *BGH*, WM 1977 S. 1027, 1028; *BGH*, WM 1983 S. 987, 988.

39) *BGH*, ZIP 1984 S. 962, 965.

der Computerfirma »der Auftrag zur Lieferung der Anlage erteilt worden«⁴⁰. Daraus aber folgen unmittelbare, für die Praxis höchst bedeutsame Konsequenzen:

Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich in den Fristen der §§ 477, 638 BGB; sie verjähren also regelmäßig sechs Monate nach Ablieferung/Abnahme. Dies gilt – und darauf liegt der Akzent dieser BGH-Entscheidung⁴¹ – auch dann, wenn Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß, bezogen auf eine dem Lieferanten obliegende Verletzung der Aufklärungs- oder Beratungspflichten geltend gemacht werden, sofern »von der Eigenschaft die Verwendungsfähigkeit der Kaufsache für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck abhängt«. Deshalb konstatierte der BGH, daß die Ansprüche der Klägerin/Leasingnehmerin gegenüber der Computerfirma im vorliegenden Fall verjährt waren, weil der Vorwurf darin bestand, daß die angeschaffte EDV-Anlage »für die Bewältigung der innerbetrieblichen Aufgaben in der Finanzbuchhaltung und Lagerhaltung unterdimensioniert und damit für den Vertragszweck nicht hinreichend geeignet«⁴² war.

3. Weiterführende Erwägungen

a) Erklärungen des Lieferanten

Auf Basis der Tendenz der bisherigen BGH-Entscheidungen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Leasingnehmer beim Computer-Leasing berechtigt ist, eine vom Lieferanten zu vertretende Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht – gleichgültig, ob diese sich auf Hardware oder Software bezieht – dem Leasinggeber gegenüber geltend zu machen, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen der BGH-Entscheidung vom 3.7.1985⁴³ nicht vorliegen. Was also gilt, wenn z. B. der Leasinggeber dem Lieferanten des Leasingguts nur Vertragsformulare, nicht aber auch die Leasingkalkulation überlassen hat? Oder, was gilt, wenn auf den Leasingvertragsformularen die Firmenanschrift des Lieferanten nicht eingezeichnet ist, weil es sich um Blankoformulare handelt?

Aus den Leitlinien der BGH-Entscheidung vom 3.7.1985⁴⁴ wird man auch in diesen Fällen ableiten müssen, daß auch dann der Lieferant dem Leasinggeber »eigenes Handeln erspart«⁴⁵, wenn er lediglich die ihm vorliegenden Leasingformulare aufgrund der Verhandlungen mit dem Leasingnehmer ausfüllt, und zwar

auch dann, wenn die Leasingraten erst vom Leasinggeber ausgefüllt werden. Gleiches gilt dann, wenn sich der Lieferant – nach Abschluß der Vorverhandlungen mit dem Leasingnehmer – beim Leasinggeber erkundigt, welche Leasingraten gegenwärtig gelten, um diese dann in die Vertragsformulare einzusetzen. Im Ergebnis wird man also immer dann den Lieferanten als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers gemäß § 278 BGB qualifizieren, wenn der Lieferant irgendeine Tätigkeit entfaltet hat, die – außer den Vorverhandlungen mit dem Leasingnehmer – dazu diente, den Abschluß des Leasingvertrages tatsächlich, d. h. durch eigenes Handeln vorzubereiten⁴⁶.

Unter diesen Voraussetzungen kann dann der Leasingnehmer Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflichten *nur* gegenüber dem Leasinggeber geltend machen, weil dieser für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen, des Lieferanten der Hardware oder der Software, unmittelbar haftet. Eine Freizeichnungsklausel der Leasing-AGB, wonach der Leasinggeber für eine Verletzung von Vertragspflichten nicht haftet, die dem Lieferanten des Leasingguts anzulasten sind, ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam⁴⁷. Das gleiche gilt dann, wenn anstelle der Haftungsfreizeichnungsklausel eine Schriftformklausel vorgesehen ist, wonach mündliche Erklärungen des Lieferanten des Leasingguts für den Leasinggeber – mangels schriftlicher Bestätigung – unverbindlich sind⁴⁸.

Freilich gilt auch die gewährleistungsspezifische Einschränkung, die das Resultat der BGH-Entscheidung vom 6.6.1984⁴⁹ ist: Bezieht sich die Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht der Computerfirma auf die Eignung der Hardware oder der Software, so verjähren diese Ansprüche innerhalb der Gewährleistungsfrist der §§ 477, 638 BGB. Es entspricht ja üblicher Vertragsgestaltung in den Leasing-AGB, daß der Leasingnehmer verpflichtet ist, diese Ansprüche dann – kraft abgetretenen Rechts – unmittelbar gegenüber der Computerfirma als der Lieferantin geltend zu machen. Dies gilt sowohl im kaufmännischen Bereich als auch im nicht-kaufmännischen Verkehr⁵⁰. Der Leasinggeber seinerseits zeichnet sich von seiner mietvertraglichen Eigenhaftung gemäß §§ 535 ff BGB frei, was nach § 9 AGB-Gesetz deswegen nicht zu beanstanden ist, weil die dem Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts abgetretenen Ansprüche ausreichende Kompensation für die Haftungsfreizeichnung des Leasinggebers sind – vorausgesetzt, dem Leasingnehmer steht das Recht zu, sich vom Vertrag zu lösen und die Wandelung zu erklären⁵¹. Dies hat zur Konsequenz, daß dann dem Leasingvertrag »von vornherein«⁵² die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt.

b) Eigenständige Erklärungen des Lieferanten

Ist aber die Fallkonstellation so, daß der Lieferant des Leasingguts – bezogen auf das Stadium der vorvertraglichen Verhandlungen mit dem Leasingnehmer – keine Tätigkeiten entfaltet hat, die geeignet waren, den Abschluß des Leasingvertrages zugunsten des Leasingge-

40) Ebenda.

41) Ebenda.

42) BGH, ZIP 1984 S. 962, 966.

43) S. Fn. 27.

44) Ebenda.

45) BGH, ZIP 1985 S. 935, 938 f.

46) Vgl. auch Graf von Westphalen, ZIP 1985 S. 1033, 1035 f.

47) BGH, ZIP 1985 S. 935, 938 f.

48) Hierzu auch OLG Köln, Urt. vom 18.9.1985 – 24 U 220/84.

49) S. Fn. 30.

50) BGH, ZIP 1981 S. 1215 = NJW 1982 S. 105; BGH, ZIP 1985 S. 682 ff; hierzu auch Bernstein (Fn. 1).

51) BGH, ZIP 1985 S. 226.

52) BGH, ZIP 1981 S. 1215; BGH, ZIP 1985 S. 226; hierzu auch Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 4. Aufl., Rz. 465 ff; BGH, WM 1985 S. 263.

bers vorzubereiten, so ist der Leasingnehmer darauf beschränkt, unmittelbare Ansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen⁵³. Dies ist zum Beispiel immer dann zu bejahen, wenn der Abschluß des Leasingvertrages auf die Eigeninitiative des Leasingnehmers zurückzuführen ist, wenn also der Leasingnehmer sich den Leasinggeber – etwa aufgrund eines Angebotsvergleichs mehrerer Leasinggesellschaften – selbst ausgesucht hat⁵⁴.

Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist indes allemal, daß die Computerfirma als Lieferantin der Hardware und/oder Software eine Pflichtverletzung begangen hat. Daß insoweit »spezifische Sorgfaltspflichten«⁵⁵ des Lieferanten von Hardware und/oder Software gelten, ist von der BGH-Judikatur anerkannt, weil ja der Leasingnehmer/Anwender in der Regel Laie ist. Aber auch dann, wenn der Leasingnehmer bestimmte, konkrete Vorstellungen über die Einsatz- und Verwendungsmöglichkeit von Hardware und Software hat, liegt eine Pflichtverletzung des Lieferanten der Hardware und Software immer dann vor, wenn der Nachweis gelingt, daß der Leasingnehmer auf das höherwertige Know-how und die Fachkenntnisse des Lieferanten der Hardware und Software vertraute und entsprechende Vermögensdispositionen – z. B. durch Abschluß eines Leasingvertrages – im Vertrauen auf die Richtigkeit der Erklärungen/Zusicherungen vornahm⁵⁶.

Dabei kommt es nach der BGH-Judikatur⁵⁷ nicht entscheidend darauf an, ob der Lieferant der Hardware und Software Stellvertreter oder Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist. Entscheidend ist allein, daß ein besonderer Vertrauenstatbestand gegenüber dem geschädigten Leasingnehmer erweckt worden ist⁵⁸, und daß die Sachkunde des Lieferanten des Leasingguts entscheidende Bedeutung dafür erlangt hat, daß ein Leasingvertrag über Hardware und Software abgeschlossen wurde. Als Folge der Pflichtverletzung steht dann dem Leasingnehmer ein eigenständiger Schadensersatzanspruch gemäß §§ 242, 276, 249 BGB zur Seite; dieser ist darauf gerichtet, den Leasingnehmer von den Verbindlichkeiten zu befreien, die das Ergebnis des abgeschlossenen Leasingvertrages sind⁵⁹. Mit anderen Worten: Der Leasingnehmer ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er davon abgesehen hätte, den Leasingvertrag – sorgfältige und ordnungsgemäße Aufklärung und Beratung durch den Lieferanten der Hardware und/oder Software vorausgesetzt – abzuschließen.

c) Trennung von Hardware und Software

Es entspricht üblicher Vertragsgestaltung, daß die Leasinggesellschaft lediglich die Hardware ankauft, um diese dann an den Leasingnehmer zu vermieten, während der Leasingnehmer unmittelbar vom Lieferanten die Software aufgrund einer Nutzungslizenz erwirbt⁶⁰. Deshalb stellt sich die Frage, ob der Leasingnehmer berechtigt ist, dem Leasinggeber ein Nicht-Funktionieren der Software mit Erfolg entgegenzuhalten.

Zwei Einschränkungen sind hier sogleich angezeigt: Ob die Software fehlerhaft im Sinn der §§ 459 ff BGB

oder der §§ 537, 538, 581 BGB ist, läßt sich generell nicht beantworten; es entscheiden hier stets die besonderen Umstände des Einzelfalles, wie sie durch die Parteivereinbarung geprägt sind⁶¹. Unterstellt deshalb, die Software sei in der Tat fehlerhaft – und ein entsprechender Nachweis sei auch dem Leasingnehmer gelungen –, so liegt es aufgrund der BGH-Entscheidung vom 6.6.1984⁶² auf der Hand: Etwaige Mängel/Fehler der Software kann der Leasingnehmer dem Leasinggeber nur *innerhalb* der Gewährleistungsfristen der §§ 477, 638 BGB entgegenhalten. Die Haftung des Leasinggebers ist durch die Verkäuferhaftung des Lieferanten eingegrenzt; darin dokumentiert sich die kaufrechtliche Komponente jedes Leasingvertrages, der ja nur »in erster Linie«⁶³ den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff BGB folgt.

Ist aber die Software innerhalb der Gewährleistungsfristen der §§ 477, 638 BGB mangelhaft, so liegt es nahe, daß der Leasingnehmer – unter Hinweis auf Mängel/Fehler der Software – berechtigt sein muß, aufgrund abgetretenen Rechts auch gegenüber dem Lieferanten der Hardware die Wandelung zu erklären⁶⁴. Ungeachtet der Tatsache, daß Hardware und Software hier verschiedenen Vertragsbeziehungen unterliegen, wird man – sowohl aus technischer als auch aus wirtschaftlicher Begründung heraus – eine Einheit zwischen beiden bejahen müssen: Der auf Sachnutzung gerichtete, die Hardware betreffende Leasingvertrag macht schlicht keinen Sinn, wenn die Software versagt; mehr noch: Der Leasinggeber erfüllt nur dann gegenüber dem Leasingnehmer seine Gebrauchsverschaffungspflicht⁶⁵, wenn die Software so ist, daß Software und Hardware bestimmungsgemäß genutzt werden können.

Ob man zur Lösung dieses Problems beim Versagen der Software eine Verbindung zwischen Software-Nutzung und Hardware-Leasing begründet, die – dogmatisch gewertet – als Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB zu qualifizieren ist, erscheint zweifelhaft, weil eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinn von § 242 BGB immer dann ausscheidet, wenn

53) Hierzu Fn. 30; vgl. auch *Graf von Westphalen*, BB 1984 S. 2093 ff.

54) Auf den Tatbestand, daß der Leasingnehmer das Leasinggut »ausgesucht« hat, stellt der BGH verschiedentlich ab: *BGH*, ZIP 1981 S. 1215, 1216 f; hierzu auch *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, Rz. 15 ff.

55) Hierzu *BGH*, ZIP 1985 S. 962, 965.

56) Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 276 Anm. 6 A a; *Emmerich*, in: Münch Komm., vor § 275 Rdnrn. 91 f; im einzelnen auch *Nirk*, Festschrift für Möhring, 1965, S. 385 ff; *derselbe*, Festschrift für Möhring, 1975, S. 71 ff; *Wolf/Eckert*, a.a.O., Rz. 458; *BGHZ* 66 S. 51, 54.

57) *BGH*, ZIP 1984 S. 962.

58) S. 965 f.

59) Vgl. auch *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, Rz. 135 ff; *BGHZ* 74 S. 103, 108; *OLG Düsseldorf*, NJW 1979 S. 403.

60) Hierzu im einzelnen *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007 ff. Zu den steuerrechtlichen Problemen im Hinblick auf die Überlassung von Software vgl. im einzelnen *Feldhahn*, DStR 1985 S. 336 ff.

61) Im einzelnen *Engel*, BB 1985 S. 1159 ff.

62) *BGH*, ZIP 1984 S. 962.

63) Hierzu Fn. 10.

64) *BGH*, WM 1985 S. 263; *BGH* WM 1985 S. 573; *BGH*, WM 1984 S. 1039 – alle: Computer-Leasing. Zur Frage, ob bereits aufgrund der Wandelungserklärung ein Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber besteht, vgl. *OLG Hamburg*, WM 1985 S. 586; dagegen *Reinicke/Tiedtke*, DB 1985 S. 2085 ff.

65) Hierzu grundlegend *BGH*, ZIP 1981 S. 1215 ff.

eine Leistungsstörung eine Verpflichtung erfaßt, die – wie hier – als ordnungsgemäße Nutzung der Software Vertragsinhalt geworden ist.⁶⁶ Genau das ist – auch aus der Perspektive des Leasinggebers – der Fall, weil dieser klar erkennen muß und auch erkennt: Ohne ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Software ist eine Hardware-Nutzung sinn- und zwecklos.

Bejaht man also eine – aus wirtschaftlichen und technischen Sachzwängen herrührende – notwendige Verbindung zwischen Hardware-Leasing und Software-Nutzung, so erscheint es sachgerechter zu sein, den Rechtsgedanken von § 139 BGB zu bemühen. Anerkanntermaßen⁶⁷ ist diese Norm ja auch dann anwendbar, wenn zwei Rechtsgeschäfte so eng und unauflöslich miteinander wirtschaftlich verbunden sind, daß der Fortfall des einen im Zweifel auch den Fortfall des anderen Rechtsgeschäfts bedingt.⁶⁸

Sollte der Leasinggeber in den Leasing-AGB – gegenüber dem sich aus der Software-Nutzung ergebenden Risiko – eine Haftungsfreizeichnung vorgesehen haben, so scheidet diese an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz; notfalls ist auf § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zurückzugreifen. Es ist dem Leasinggeber versagt, den Leasingnehmer an dem Hardware-Leasing festzuhalten, weil zwischen Hardware-Leasing und Software-Nutzung eine untrennbare Einheit besteht, deren formularmäßige Separierung aufgrund der Leasing-AGB eine unmittelbar einsichtige unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers im Sinn von § 9 AGB-Gesetz zur Konsequenz hat. Die wirtschaftlich-technische Einheit beider Verträge »schlägt« ihre rechtliche Selbständigkeit, was z. B. auch beim finanzierten Abzahlungskauf und dem dort als konstitutiv anzusehenden Einwendungsdurchgriff anerkannt ist.⁶⁹

III. Zusammenfassung

Der gerade im Bereich des Computer-Leasing angebotene kündbare Teilamortisationsvertrag ist, so wie er in der Leasing-Branche praktiziert wird, mit § 9 AGB-Gesetz unvereinbar; die Koppelung zwischen ordentlichem Kündigungsrecht und Abschlußzahlung des Leasingnehmers verstößt gegen das Transparenzgebot des §§ 9 AGB-Gesetz. Der BGH hat das Erfordernis transparenter Vertragsgestaltung in seiner Entscheidung vom 12.6.1985⁷⁰ überdeutlich betont; dem Leasingnehmer muß – vor allem auch im Bereich des Computer-Leasing – klar vor Augen geführt werden, daß es keinen Teilamortisationsvertrag gibt, sondern daß der

Leasingnehmer in jedem Fall dem Leasinggeber eine volle Amortisation schuldet.

Deshalb fordert der BGH u. a. die Angabe der »Gesamtkosten« des Leasinggebers sowie der »Amortisationsdauer«. Will sich der Leasingnehmer von einem Teilamortisationsvertrag – z. B. wegen veralteter Computertechnik – lösen, so kann er dies, soweit man das ordentliche Kündigungsrecht für unwirksam gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz hält, aufgrund einer Aufhebungsvereinbarung; diese schließt freilich ein, daß der Leasingnehmer die Vollamortisation des Leasinggebers gewährleistet, wobei lediglich 90 % des Wertungserlöses des Leasingguts in Anrechnung gebracht werden, weil dies den spezifischen Erfordernissen des Teilamortisationserlasses vom 22.12.1975⁷¹ entspricht.

Der Lieferant des Leasingguts ist immer dann Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, wenn seine Verhandlungen mit dem Leasingnehmer dem Ziel dienen, den Abschluß des Leasingvertrages – konkret und tatsächlich mit einem bestimmten Leasinggeber – vorzubereiten. Unter dieser Voraussetzung haftet der Leasinggeber für ein etwaiges Aufklärungs- und Beratungsverschulden des Lieferanten des Leasingguts gemäß § 278 BGB. Dies gilt dann nicht, wenn sich der Leasingnehmer den Leasinggeber selbst ausgesucht hat; unter dieser Voraussetzung ist der Leasingnehmer darauf angewiesen, die Verletzung einer den Lieferanten des Leasingguts treffenden Aufklärungs- und Beratungspflicht unmittelbar diesem gegenüber aus Verschulden bei Vertragsabschluß zu reklamieren. Der Schadensersatzanspruch geht darauf, daß der Leasingnehmer von den Verbindlichkeiten des Leasingvertrages befreit wird.

Soweit der Leasinggeber lediglich die Hardware vermietet, während der Lieferant mit dem Leasingnehmer einen Software-Nutzungsvertrag abschließt, besteht gleichwohl zwischen Hardwareleasing und Softwarenutzung eine unauflösliche, untrennbare Einheit; demzufolge ist der Leasingnehmer berechtigt, einen Mangel der Software gegenüber dem Leasinggeber im Rahmen einer Wandelungsklage geltend zu machen; ist diese erfolgreich, dann fehlt dem Leasingvertrag »von vornherein«⁷² die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB. Ansprüche wegen etwaiger Mängel der Software können jedoch nur innerhalb der Gewährleistungsfristen der §§ 477, 638 BGB gegenüber dem Leasinggeber reklamiert werden. Diese Frist gilt auch dann, wenn der Lieferant des Leasingguts nicht Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, sondern selbständiger Dritter ist – vorausgesetzt, der Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß wird damit begründet, daß die EDV-Anlage nicht für die spezifischen Bedürfnisse des Leasingnehmers geeignet, sondern für den Lieferanten erkennbar unbrauchbar ist.

66) Hierzu im einzelnen auch *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007 ff m. w. N. – größtenteils unveröffentlichte Entscheidungen.

67) RGZ 79 S. 434, 436; RGZ 81 S. 49, 51; BGHZ 3 S. 206, 209; *BGH*, NJW 1976 S. 1931; im einzelnen auch *Straudinger/Dilcher*, § 139 Rdnrn. 15 ff; *Soergel/Hetermehl*, § 139 Rdnrn. 15 ff; *Erman/Westermann*, § 139 Rdnr. 14 f.

68) Vgl. auch *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007, 1009 m. w. N.

69) BGHZ 20 S. 36, 41; BGHZ 33 S. 293, 296; BGHZ 47 S. 217, 219; BGHZ 47 S. 224, 227; *BGH*, WM 1979 S. 1180; *BGH*, WM 1980 S. 327; *BGH*, WM 1982 S. 150; *BGH*, WM 1982 S. 658; vgl. auch *Wolf*, WM 1968 S. 998 ff.

70) S. Fn. 1.

71) S. Fn. 2.

72) S. Fn. 51 f.