
Datum: 11.09.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 42/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0911.15U42.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 355/06

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.02.2007 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 5 O 355/06 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsrechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin, die früher unter D GmbH firmierte und sich mit Gesellschafterbeschluss vom 23.01.2007 wie aus dem Aktivrubrum dieses Urteils ersichtlich umbenannte, nimmt die beklagte Stadt aus abgetretenem Recht der Firma SJM GmbH mit Sitz in Q (im Folgenden: SJM) auf Schadensersatz aus einem zwischen der Beklagten als Leasingnehmerin und der

1

2

3

Firma W GmbH mit Sitz in L (im Folgenden: W) am 11.12.2003/09.01.2004 geschlossenen Leasingvertrag über eine sogenannte Fun-Arena, die eine Firma M-Spielgeräte, Inhaber I M (im Folgenden: Lieferantin), liefern und aufstellen sollte, in Anspruch.

Bei der Anbahnung und dem Abschluss des Leasingvertrages war Ansprechpartner der Beklagten allein der Inhaber der Lieferantin. Vor Unterzeichnung des Leasingvertrages durch die Beklagte am 11.12.2003 legte er der Beklagten nicht die der Lieferantin von W mit dem Leasingvertragsformular zur Verfügung gestellten "LeasingAllgemeine Mietbedingungen" vor, sondern andere Geschäftsbedingungen. Letztere sahen anstelle einer unmittelbaren Lieferung eine Zwischenlagerung des Leasingobjekts bei der Lieferantin gegen schriftlichen Nachweis sowie eine Verknüpfung mit einer zwischen der Lieferantin und der Beklagten abzuschließenden Vermarktungsvereinbarung in der Weise vor, dass der Leasingvertrag nur in Verbindung mit der Vermarktungsvereinbarung in Kraft treten und der Beklagten gegenüber der Leasinggeberin Kündigungsrechte bei Verletzung der zu schließenden Vermarktungsvereinbarung, insbesondere bei Insolvenz oder Zahlungsverzug der Lieferantin mit einer Refinanzierungsrate ganz oder teilweise länger als 30 Tage zustehen sollten. Nach dem Inhalt der Vermarktungsvereinbarung sollten der Beklagten durch die Errichtung, Refinanzierung der Leasingraten und durch die Rückabwicklung der Fun-Arena keine Kosten entstehen. Die der Beklagten bei Abschluss des Leasingvertrages zur Verfügung gestellten Bedingungen fügte der Inhaber der Lieferantin dem von der Ersten Bürgermeisterin der Beklagten unterzeichneten und für W bestimmten Leasingvertragsformular wiederum nicht bei. Gleichzeitig reichte er an W eine von der Beklagten ebenfalls am 11.12.2003 unterzeichnete Übernahmebestätigung weiter. Im Anschluss an die Bestätigung des Leasingvertrages durch W am 09.01.2004 nahm die Beklagte die Zahlung der Leasingraten an W und im Anschluss an die Anzeige der Abtretung vom 28.01.2004 an die SJM auf. Parallel dazu – so der bestrittene Vortrag der Beklagten – erstattete ihr die Lieferantin die monatlichen Leasingraten bis zuletzt Oktober 2004. Nach Begleichung der Leasingrate für November 2004 stellte die Beklagte die Zahlung der Leasingraten auch ihrerseits ein und focht den Leasingvertrag sowohl gegenüber W als auch SJM wegen arglistiger Täuschung durch den Inhaber der Lieferantin an. Die Lieferantin ist zahlungsunfähig. Deren Inhaber verurteilte das Landgericht Nürnberg-Fürth am 28.11.2005 – 3 KLf 803/Js 24320/2005 – wegen Betruges und Urkundenfälschung im Zusammenhang mit Leasingverträgen von Fun-Arenen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und drei Monaten.

4

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei ihr zum Ersatz des von ihr mit 155.704,48 € bezifferten Schadens aus "culpa in contrahendo", jedenfalls aus § 823 BGB verpflichtet, weil sie die Übernahme der Fun-Arena wahrheitswidrig bestätigt habe. Der Leasingvertrag sei zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma W wirksam zustande gekommen. Das Fehlverhalten des Inhabers der Lieferantin sei ihr nicht zuzurechnen, da dieser bezogen auf den Abschluss der Vermarktungsvereinbarung nicht für sie als Erfüllungsgehilfe gehandelt habe.

5

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der zwischen ihr und W geschlossene Leasingvertrag sei infolge eines Dissenses hinsichtlich der einzubeziehenden Geschäftsbedingungen schon nicht wirksam zustande gekommen. Jedenfalls habe sie ihre auf Abschluss des Leasingvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam angefochten. W müsse sich das arglistige Verhalten des Inhabers der Lieferantin als Erfüllungsgehilfe zurechnen lassen.

6

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es könne dahinstehen, ob zwischen den Parteien

7

überhaupt ein Leasingvertrag zustande gekommen sei, weil der Klägerin weder aus nochmals abgetretenem Recht der W noch abgetretenem Recht der SJM selbst ein Schadensersatzanspruch zustehe, sei es wegen Pflichtverletzung, Verschulden bei Vertragsschluss oder aus unerlaubter Handlung. Zwar könne eine unrichtige Übernahmebestätigung des Leasingnehmers Schadensersatzansprüche gegenüber dem Leasinggeber auslösen. Die Beklagte habe ihre auf Abschluss des Leasingvertrages gerichtete Willenserklärung jedoch wegen arglistiger Täuschung hinsichtlich des Inhalts des Leasingvertrages insbesondere in Ansehung der Vermarktungsvereinbarung wirksam angefochten. Das Fehlverhalten des Inhabers der Lieferantin müsse sich W zurechnen lassen, da dieser nicht als Dritter, sondern als Erfüllungsgehilfe der Leasinggeberin bei Abschluss des Leasingvertrages zu behandeln sei. Auch eigene Ansprüche der SJM, insbesondere in Anbetracht der Bestätigung der Beklagten vom 18.02.2004, dass schriftliche oder mündliche Nebenabreden nicht getroffen worden seien, scheide aus. Einem solchem Anspruch stünde jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben in Ansehung der arglistigen Täuschung des Lieferanten gegenüber der Beklagten entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes, der konkret verhandelten Anträge und der Begründung der Klageabweisung im Einzelnen wird auf das Urteil des Landgerichts vom 13.02.2007 (Bl. 88 ff. GA) Bezug genommen. 8

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung stellt die Klägerin das angefochtene Urteil in vollem Umfang zur Überprüfung. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, zwischen der Beklagten und W sei ein wirksamer Leasingvertrag über die Fun-Arena zustande gekommen, in welchen ausschließlich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der W einbezogen worden seien. Sie hält ihr erstinstanzliches Bestreiten, eine Vermarktungsvereinbarung mit der Lieferantin sei nicht zustande gekommen, aufrecht, und knüpft hieran die Auffassung, damit entfalle auch jeglicher Ansatz für eine etwaige arglistige Täuschung. Mit der Bestätigung vom 18.02.2004, dass keine schriftlichen oder mündlichen Nebenabreden getroffen worden seien, habe die Beklagte zugleich zum Ausdruck gebracht, dass es insbesondere nicht zu einer Vermarktungsvereinbarung gekommen sei, die für das Verhältnis zur Leasinggeberin maßgeblich sein könnte. Selbst wenn es eine Vermarktungsvereinbarung gegeben haben sollte, sei dieser infolge der Bestätigung von 18.02.2004 jede Wirkung im Verhältnis zur SJM genommen. Die Anfechtung sei ohnehin wegen Verfristung und mangels Erklärung gegenüber der Lieferantin unwirksam. Sie meint, das Vorbringen der Beklagten, die Lieferantin habe in Vollzug einer Vermarktungsvereinbarung die Leasingraten erstattet, sei unglaubwürdig. Auch ohne den wirksamen Abschluss eines Leasingvertrages hafte die Beklagte jedenfalls deswegen auf Schadensersatz gemäß § 823 BGB, weil sie eine bewusst unwahre Übernahmebestätigung abgegeben habe. Insoweit müsse von einem kollusiven Handeln der Gemeinde mit der Lieferantin im Sinne eines Betruges ausgegangen werden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts stellten sich der Leasingvertrag und die Vermarktungsvereinbarung nicht als einheitliches Rechtsgeschäft dar. Vielmehr sei die behauptete Vermarktungsvereinbarung als atypische Sondervereinbarung einzuordnen, die in dem Leasingvertrag selbst nicht erwähnt sei und bei deren Abschluss sich der Inhaber der Lieferantin ersichtlich außerhalb des ihm eingeräumten Spielraums bewegt habe. Damit scheide auch die Annahme von dessen Erfüllungsgehilfeneigenschaft aus. 9

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 10

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 13.02.2007 – 51 355/06 – zu verurteilen, an sie 155.704,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.01.2005 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,	12
die Berufung zurückzuweisen.	13
Sie verteidigt das angefochtene Urteil als rechtsfehlerfrei. Sie weist die Behauptung der Klägerin zurück, ihre Bürgermeisterin habe mit der Lieferantin "gemeinsame Sache" gemacht, und verweist auf ein betrügerisches Verhalten des Inhabers der Lieferantin gegenüber zahlreichen weiteren Gemeinden. Mit ihrer Berufungserwiderung hat sie eine Kopie der auf den 27.11.2003 datierten Vermarktungsvereinbarung (Bl. 178 – 179 a GA) vorgelegt. Sie meint, ungeachtet des Zustandekommens der Vermarktungsvereinbarung sei maßgeblich darauf abzustellen, dass der Stadtratsbeschluss lediglich den Abschluss von Verträgen unter der Voraussetzung der Kostenneutralität abgedeckt habe und die ihr mit dem Leasingvertragsformular vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ziffer 8 die Refinanzierungsvereinbarung und ein Sonderkündigungsrecht ausdrücklich in Bezug genommen hätten. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen.	14
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteivertretern gewechselten Schriftsätze nebst den von ihnen zu der Akte überreichten Unterlagen Bezug genommen.	15
II.	16
Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.	17
Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Klägerin stehen gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche aus dem am 11.12.2003/09.01.2004 geschlossenen Leasingvertrag aus abgetretenem Recht der SJM aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.	18
(1) Das gilt zunächst, soweit sie sich auf von SJM nochmals abgetretene Ansprüche der W beruft.	19
(1.1) Ein Schadensersatzanspruch folgt zunächst nicht aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281, 535 ff. BGB i. V. m. § 398 BGB, weil es schon an der Begründung eines wirksamen Leasingvertragsverhältnisses zwischen der Beklagten und W fehlt.	20
(1.1.1) Nach der Auffassung des Senats ist von einem durch den Inhaber der Lieferantin herbeigeführten versteckten Einigungsmangel zwischen W und der Beklagten i. S. v. § 155 BGB auszugehen. Die Vertragsschließenden haben sich über das Leasingobjekt und die monatlichen Leasingraten auf der Grundlage der Leasingvertragsurkunde vom 11.12.2003 (Anlage K 2 = Bl. 5 AnlH) i. V. m. der Annahmeerklärung von W vom 09.01.2004 (Anlage K 3 = Bl. 6 AnlH) geeinigt. Auch haben sie den Vertrag als geschlossen angesehen, als W den Kaufpreis an die Lieferantin überwies und die Beklagte die Zahlung der Leasingraten ab Januar 2004 aufnahm. Es fehlt an übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien dazu, welche weiteren Bedingungen, wie sie nach dem ausdrücklichen Inhalt der Leasingvertragsurkunde vertragsgegenständlich werden sollten, gelten sollten.	21
(1.1.1.1) Ein Leasingvertrag ist zunächst nicht auf der Grundlage des der Beklagten im Vorfeld vorgelegten und zum Gegenstand der Stadtratsvorlage vom 10.11.2003 (Anlage B 3 = Bl. 30 f. AnlH) gemachten Vertragskonzeptes (Anlage B 45 = Bl. 32 ff. AnlH) als Angebot zustande gekommen. Die insoweit von der Lieferantin zur Verfügung gestellten Unterlagen	22

bestehen zwar aus der sogenannten Vermarktungsvereinbarung nebst Vereinbarungsbedingungen, die die rechtliche Verknüpfung mit dem abzuschließenden Mietkaufvertrag vorsehen. Es handelt sich insoweit indes nicht um einen die Beklagte bereits als Vertragspartnerin ausweisenden Vertragsentwurf, sondern um einen Musterentwurf, eine sogenannte *invitatio ad offerendum*. Die in dem Musterentwurf vorgesehene Bruttoleasingrate (3.170,40 €) weicht von der in der Leasingvertragsurkunde vom 11.12.2003 festgelegten deutlich ab. Als Leasinggesellschaft war nicht W, sondern eine Firma H mbH in O vorgesehen. Die nach dem Muster eines Mietkaufvertrages der Firma O ergänzend in Bezug genommenen weiteren Bedingungen waren den von der Lieferantin bereitgestellten Unterlagen nicht beigelegt. Der Beschlussfassung des Stadtrates der Beklagten über die Zustimmung in einen Vertragsabschluss mit der Lieferantin vorbehaltlich der Klärung der Standortfrage (Anlage B 5 = Bl. 56 AnlH) kommt dementsprechend auch keine Annahmewirkung zu.

(1.1.1.2) Ein verbindliches Angebot i. S. d. §§ 145 ff. BGB hat die Beklagte in Form des von ihr unter dem 11.12.2003 unterzeichneten Leasingvertragsformulars abgegeben. Die Auslegung dieses Angebots aus der verständigen Sicht der Empfängerin dieser Erklärung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass W davon ausgehen durfte, die Beklagte wolle den Leasingvertrag über die Fun-Arena auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (wie sie sich gemäß Bl. 2 der Anlage K 3 = Bl. 7 AnlH darstellen) abschließen. Denn die bei der Unterzeichnung des Leasingvertrages am 11.12.2003 von der Lieferantin gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (wie sich aus Bl. 2 der Anlage B 6 = Bl. 58 AnlH ergeben) lagen dem von ihr an W übermittelten Leasingantrag der Beklagten nicht bei. Insoweit kann dahinstehen, ob dem W übermittelten Leasingantrag ein Satz ihrer Geschäftsbedingungen beigelegt war oder nicht. Auch im zuletzt genannten Fall durfte W darauf trauen, die Lieferantin werde der Beklagten den vollständigen Vertragssatz einschließlich ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, auf die in dem Leasingantragsformular selbst auch ausdrücklich verwiesen sein sollte, zur Verfügung gestellt haben und die Beklagte wolle mit der Unterzeichnung des Leasingantrages zugleich den Erhalt und die Geltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestätigen.

(1.1.1.3) Die Annahmestellung von W vom 09.01.2004 (Anlage K 3 = Bl. 6 AnlH) stellt sich gem. § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Antrags der Beklagten auf Abschluss eines Leasingvertrages vom 11.12.2003 dar, denn aus der nunmehr maßgeblichen Sicht der Beklagten als Empfängerin dieser Erklärung blieb nur das Verständnis, W wolle ihr Angebot auf Abschluss eines Leasingvertrages unter Zugrundelegung der von der Lieferantin gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen annehmen. Sie ging bei Unterzeichnung des Leasingantrages davon aus, bei Annahme durch W würden die ihr zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertragsgegenständlich. Sie wusste nicht, dass die Lieferantin die von W üblicherweise verwendeten Leasingbedingungen entfernt und ihr deren eigene Bedingungen beigelegt hatte, ferner nicht, dass die Lieferantin die bei Unterzeichnung des Leasingvertrages vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mit an W übermittelt hatte. Bei der gebotenen Auslegung kann das in diesem Zusammenhang stehende Vorbringen der Klägerin, die Beklagte habe mit dem Schreiben vom 09.01.2004 auch einen von W unterzeichneten Leasingvertrag nebst deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten (Bl. 4 GA), nicht mitberücksichtigt werden. Denn aus dem Schreiben der W vom 09.01.2004 ergibt sich das Gegenteil. Dort ist wegen aller weiterer Daten ausdrücklich auf den der Beklagten in Kopie "vorliegenden" Vertrag Bezug genommen.

(1.1.1.4) Auch spätere Handlungen und Erklärungen der Beklagten haben nicht zur Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der W geführt.

(1.1.1.4.1) Das gilt zunächst in Ansehung der Aufnahme der Leasingratenzahlung durch die Beklagte im Januar 2004. Bei Kenntniserlangung von der Aufnahme der Zahlung der Leasingraten durch die Beklagte bestand für W keine Veranlassung zu der Annahme, die Beklagte wolle eine über den Willen zur Erfüllung der ihr nach dem Leasingvertrag obliegenden Ratenzahlungspflicht hinausgehende rechtsgeschäftliche Erklärung, insbesondere eine Bestätigung des Zustandekommens des Leasingvertrages unter Anerkennung anderer als ihr bis dahin bekannt gewordener Geschäftsbedingungen abgeben. Bei W ging man in Unkenntnis der Manipulationen durch die Lieferantin vom Zugang des Angebots auf Abschluss eines Leasingvertrages vom 11.12.2003 an ununterbrochen von der Geltung ihrer eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus, ohne dass es aus ihrer Sicht noch einer Bestätigung der Beklagten bedurfte. 26

(1.1.1.4.2) Entsprechendes gilt in Ansehung der Einverständniserklärung der Beklagten vom 18.02.2004 gegenüber SJM (Anlage K 5 = Bl. 10 AnlH) mit dem Inhalt deren Schreibens vom 28.01.2004 (Anlage K 4 = Bl. 8 f. AnlH). Danach bestätigte die Beklagte, schriftliche oder mündliche Nebenabreden seien nicht getroffen und Änderungen des Miet-/Leasingvertrages seien ohne Zustimmung der SJM nicht mit W geschlossen worden. Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt sich nicht als Nebenabrede dar. Eine ausdrückliche Bestätigung der Geltung der von W (üblicherweise) bei Vertragsabschlüssen gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht das Schreiben der SJM vom 28.01.2004 nicht vor. 27

(1.1.1.5) Andererseits ist der Leasingvertrag auch nicht mit den der Beklagten bei Unterzeichnung des Leasingantrages vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch zustande gekommen, dass der Inhaber der Lieferantin den unterzeichneten Antrag entgegennahm und selbst mit seiner Firma unterzeichnete. Unstreitig sollte der Leasingvertrag nicht mit der Lieferantin zustande kommen, sondern mit W. W hätte daher durch die Lieferantin unter Einbeziehung der von letzterer gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. §§ 164 ff., 167 BGB nur wirksam verpflichtet werden können, wenn die Lieferantin für sie Vertretungsmacht gehabt hätte. Hiervon kann nicht ausgegangen werden. In aller Regel ist der Lieferant nicht zur Vertretung des Leasinggebers berechtigt (vgl. nur: OLG München, Urteil vom 12.04.2002 – 21 U 4262/00 – DB 2002, 2373 f.; Beckmann, *Finanzierungsleasing*, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 112). Für eine davon abweichende Regelung im Innenverhältnis zwischen W und der Lieferantin ist vorliegend nichts ersichtlich. 28

(1.1.1.6) Eine Aufrechterhaltung des zwischen W und der Beklagten Vereinbarten unter Beschränkung auf die im Leasingvertragsformular selbst aufgenommenen Regelungen und ohne Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wirksam scheidet aus, da nicht anzunehmen ist, der Leasingvertrag würde auch ohne Einigung über die Frage der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen worden sein. Das Leasingvertragsformular sah ausdrücklich die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, was gegen einen entsprechenden mutmaßlichen Willen der W spricht. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Erste Bürgermeisterin der Beklagten einen Leasingantrag über die Fun-Arena losgelöst von der mit der Lieferantin zu schließenden Vermarktungsvereinbarung und ohne eine Verknüpfung beider Verträge, wie sie in den von der Lieferantin gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen ist, nicht unterzeichnet haben würde. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Vertreterin der Beklagten gemeinderechtswidrig nicht an den ihr vorgegebenen Rahmen auf der Grundlage der Stadtratsvorlage vom 10.11.2003 (Anlage B 3 = Bl. 30 f. AnlH) und der hiermit korrespondierenden Beschlussfassung des Stadtrates der Beklagten vom 20.11.2003 (Anlage B 5 = Bl. 56 AnlH) halten wollte. 29

(1.1.2) Selbst dann, wenn man im Wege der Auslegung der anlässlich des Abschlusses des Leasingvertrages abgegebenen wechselseitigen Erklärungen zu dem Ergebnis gelänge, es sei ein Leasingvertrag unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der W zustande gekommen, stünde dessen Wirksamkeit jedenfalls das Anfechtungsschreiben der Beklagten entgegen. Werden im Rahmen von Vertragsverhandlungen über ein Leasinggeschäft vorformulierte Vertragsunterlagen der Leasinggeberin durch den Lieferanten vorgelegt, so ist dieser in Bezug auf die jeweils abgegebenen Erklärungen des Leasingnehmers als Bote der Leasinggeberin anzusehen. Wird eine Erklärung von dem eingesetzten Boten bewusst unrichtig an die Leasinggeberin übermittelt, sind die Regeln über die vollmachtlose Vertretung gem. den §§ 177 ff. BGB entsprechend heranzuziehen (*OLG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 26.04.2006 – 1 U 319/06 – in einem vergleichbaren Fun-Arena-Fall ergangen und anonymisiert zur Akte gereicht: Bl. 40 ff. GA; OLG Koblenz, Urteil vom 11.02.1993 – 5 U 459/92 – über Juris Datenbank zugänglich; OLG Oldenburg, Urteil vom 19.01.1978 – 1 U 88/77 – NJW 1978, 951 f.; Münchener Kommentar-Schramm, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 8; Staudinger-Schilken, BGB-Neubearbeitung, § 177 Rdnr. 22*). Die Lieferantin war von W in die Übermittlung von Leasinganträgen an sie eingeschaltet. Zu diesem Zweck überließ sie dieser vorformulierte Vertragssätze, die – wie hier – einen Kooperationsverbund zwischen der Lieferantin und ihr vorsehen. Die von der Lieferantin ohne die von ihr bei Vertragsschluss gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen an W übermittelten Leasinganträge konnten dementsprechend nur Wirksamkeit erlangen, wenn sie von W i. S. d. § 177 Abs. 1 BGB genehmigt worden wären, bevor dieser ein Widerruf der Beklagten i. S. d. § 178 S. 1 BGB zuring. Hiervon ist vorliegend nicht auszugehen. In dem Anfechtungsschreiben der Beklagten gegenüber W vom 28.01.2005 (Anlage B 1 = Bl. 26 f. AnlH) ist bei sachgerechter Auslegung zugleich die Erklärung eines Widerrufs gem. § 178 S. 1 BGB zu sehen. Denn die Beklagte hat mit ihrem Schreiben eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie nach Kenntniserlangung von der Unrichtigkeit der Erklärungsübermittlung durch die Lieferantin nicht an dem Vertrag festhalten wolle (*vgl.: OLG Nürnberg-Fürth, a. a. O.*). Bis dahin hatte die Klägerin den Vertrag zu anderen als ihren Bedingungen nicht genehmigt.

(1.2) Die Beklagte ist auch nicht schadensersatzpflichtig wegen Verletzung einer Verhaltenspflicht im Rahmen der Anbahnung des Leasingvertrages gem. § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 BGB. 31

(1.2.1) Richtig ist, dass eine unrichtige Übernahmebestätigung, die der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber abgibt, obgleich ihm das Leasingobjekt nicht übergeben worden ist, einen Schadensersatzanspruch des Leasinggebers auslösen kann, wenn dieser im Vertrauen auf die Richtigkeit der Bestätigung den Kaufpreis an den Lieferanten auszahlt und einen Anspruch gegenüber diesem wegen Zahlungsunfähigkeit nicht realisieren kann (*vgl.: BGH, Urteil vom 20.10.2004 – VIII ZR 36/03 – NJW 2005, 365 ff.*). Die Klägerin beanstandet zu Recht die Annahme des Landgerichts, eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss scheide schon deswegen aus, weil die Beklagte den Leasingvertrag mit anwaltlichem Schreiben gegenüber W vom 28.01.2005 (Anlage B 1 = Bl. 26 f. AnlH) und gegenüber SJM mit anwaltlichem Schreiben vom 07.02.2005 (Anlage B 2 = Bl. 28 f. AnlH) wirksam angefochten habe. Selbst wenn der Leasingvertrag infolge der Anfechtung gem. §§ 123, 142 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen wäre, bliebe die vorliegend zu prüfende Anspruchsgrundlage hiervon vom rechtlichen Ansatz her unberührt, weil sie schon und gerade dann eingreift, wenn es im vorvertraglichen Stadium zu einer Pflichtverletzung kommt, gleich ob später ein Vertrag zustande kommt oder nicht (*vgl. nur: Palandt-Grüneberg, BGB, 66. Auflage, § 311 Rdnr. 11*). Das verhilft der Berufung indes nicht zum Erfolg, da die den Anspruch begründenden Voraussetzungen nicht gegeben sind. 32

(1.2.2) Es kann schon eine objektive Pflichtverletzung der Beklagten nicht festgestellt werden. Mit der Übernahmebestätigung vom 11.12.2003 (Anlage K 7 = Bl. 12 AnlH) hat die Beklagte eine unwahre Erklärung, die für den Erwerb der Fun-Arena durch W von der Lieferantin und der Zahlung des Kaufpreises ursächlich geworden sein könnte, nicht abgegeben.

(1.2.2.1) Der Senat teilt die Sicht der Klägerin nicht, mit der Abgabe dieser Erklärung habe die Beklagte bestätigt, die Fun-Arena sei am angegebenen Standort beanstandungsfrei aufgebaut.. Die Erklärung beschränkt sich auf die ordnungsgemäße Lieferung. Die Übernahmebestätigung vom 11.12.2003, die als Adressaten die Lieferantin im Kooperationsverbund der W ausweist und insoweit auch die Klägerin eine Manipulation nicht sieht, differenziert selbst zwischen der ordnungsgemäßen Lieferung, dem vorgesehenen Standort und dem Aufbau der Fun-Arena. Der Standort ist mit "B E" angegeben. Tatsächlich beabsichtigte die Beklagte auch, die Fun-Arena dort aufstellen zu lassen, wie die Stadtratsvorlage vom 10.11.2003 für die Stadtratssitzung am 30.11.2003 belegt. Für den "Aufbau" an diesem Standort war lediglich eine verbindliche Absichtserklärung gefordert, dass dieser an der "vorgesehenen Stelle erfolgt". Nach allgemeinem Sprachverständnis sollte der Aufbau noch erfolgen. Als geschehen sollte die Beklagte als Leasingnehmerin bestätigen, dass das Leasingobjekt "geliefert" worden sei. Dafür, dass auch W bei der Übermittlung des Leasingantrages und der Übernahmebestätigung nicht von einem bereits erfolgten Aufbau der Arena ausging, spricht, dass die Übernahmebestätigung unter dem Datum des Angebots der Beklagten auf Abschluss des Leasingvertrages steht und dem auch die praktische Erfahrung bei typischen Vertragsabwicklungen, bei denen das Leasingobjekt nicht nur geliefert, sondern auch aufgebaut werden muss, entspricht. Letztlich wird dieses Verständnis auch durch den Inhalt des Schreibens der SJM an die Beklagte vom 16.02.2004 (Anlage K 6 = Bl. 11 AnlH) bestätigt. Mit diesem bat SJM der Ordnung halber um Bestätigung des "derzeitigen Einlagerungsorts der Anlage". Das spricht dafür, dass SJM wusste, dass der Aufbau der Arena und dementsprechend eine Abnahme der fertig gestellten Arena nicht erfolgt war, letztlich auch dafür, dass ihr eine entsprechende Kenntnis von W vermittelt worden war. Bezeichnenderweise hatte SJM an dem fehlenden Aufbau am vorgesehenen Standort und der Einlagerung auch nichts auszusetzen. Dies stellt auch die Kausalität der angeblichen Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden in Frage.

34

(1.2.2.2) Die Bestätigung, das Leasingobjekt sei durch die Lieferantin ordnungsgemäß geliefert, war ebenfalls nicht wahrheitswidrig. Denn die der Beklagten bei Abschluss des Leasingvertrages gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen in Ziffer 2 anstatt der Übergabe unmittelbar nach Lieferung alternativ bis zum Aufbau eine Zwischenlagerung bei der Lieferantin gegen schriftlichen Nachweis vor. Mit dieser Klausel korrespondiert der Lagernachweis der Lieferantin vom 27.11.2003, inhaltlich dessen der Beklagten eine sichere Lagerung auf ihrem Betriebsgelände bzw. bei der Spedition, die für den Transport des Leasinggegenstandes beauftragt wurde, versichert und der Abschluss einer Versicherung gegen eventuelle Gefahren oder Schäden des Leasinggegenstandes bestätigt wurde (Anlage B 8 = Bl. 60 AnlH). Mit der Zwischenlagerung war aus der berechtigten Sicht der Beklagten eine Übergabe durch Begründung eigenen mittelbaren Besitzes unter gleichzeitigem Abschluss eines Verwahrungsvertrages verbunden.

35

(1.2.2.3) Ist danach zwischen der Lieferung, dem Begriff Übergabe gleichkommend, also zwischen der Übertragung des Besitzes, nicht zwingend eines unmittelbaren, einerseits und dem Aufbau andererseits zu differenzieren, hätte die Erklärung der Beklagten zur Übernahme insoweit falsch sein können, als sie den ordnungsgemäßen, vertragsmäßigen Zustand der Lieferung bestätigte, ohne dies am Einlagerungsort selbst zu überprüfen. Hierzu fehlt es indes an jeglichem Vortrag dazu, dass die Bestandteile der später aufzubauenden Arena am

36

11.12.2003 entgegen dem Inhalt der Übernahmebestätigung und dem des Lagernachweises vom 27.11.2003 nicht gelagert waren und/oder sich nicht in vertragsgemäßigem Zustand befanden.

(1.2.3) Aber selbst dann, wenn man zugunsten der Klägerin einmal von einer objektiven Pflichtverletzung im Vertragsanbahnungsstadium ausgehen wollte, steht nach der Auffassung des Senats fest, dass die Beklagte diese nicht zu vertreten hat i. S. v. §§ 276, 280 Abs. 1 S. 2 BGB. 37

(1.2.3.1) Das in diesem Zusammenhang stehende Vorbringen der Klägerin, die Erste Bürgermeisterin der Beklagten habe mit dem Inhaber der Lieferantin gemeinsame Sache gemacht, ist substanzlos. Hierfür bestehen nicht nur keinerlei Anknüpfungspunkte. Für das Gegenteil spricht vielmehr, dass weitere Kommunen Opfer des systematisch betrügerischen Vorgehens des Inhabers der Lieferantin wurden und er deswegen zu einer erheblichen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Ihre ebenfalls in diesem Zusammenhang stehende Spekulation, die Vermarktungsvereinbarung sei nicht einmal zustande gekommen, ist mit der Vorlage einer entsprechenden schriftlichen und unterschriebenen Abrede vom 27.11.2003 (Bl. 178 – 179a) nebst Vereinbarungsbedingungen, deren Echtheit die Klägerin nicht bestritten hat, widerlegt. 38

(1.2.3.2) Der Beklagten kann selbst ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht gemacht werden. Denn sie hatte keine Veranlassung, an dem von der Lieferantin vorgestellten Vertragskonzept einschließlich der Einbeziehung der dabei gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu zweifeln. Konkrete Anhaltspunkte, die Anlass hätten geben können, an der Bonität der Lieferantin und Redlichkeit deren Geschäftsführers sowie der Realisierbarkeit des Vermarktungskonzeptes ohne finanzielle Belastung der Beklagten ernsthaft zu zweifeln, sind nicht ersichtlich. Gegen eine Erkennbarkeit spricht auch, dass auf Leasingnehmerseite nicht nur die Beklagte, sondern mehrere andere Kommunen das Opfer dieses raffiniert angelegten Betruges wurden. 39

(1.2.4) Die voran stehende Bewertung, insbesondere zu Ziffern 1.2.2.2 und 1.2.3, knüpft an eine Festlegung des Pflichtenkreises der Beklagten auf der Grundlage der ihr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Umstände an, insbesondere nach Maßgabe der ihr bereitgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies erscheint unter besonderer Berücksichtigung des Pflichtenkreises, im Rahmen dessen die Lieferantin tätig wurde, interessengerecht. Diese wurde vornehmlich nicht im Rahmen der der Beklagten gegenüber W obliegenden Pflichten tätig, sondern umgekehrt – auch wenn dies vorliegend keiner abschließenden Beurteilung bedarf – für W im Rahmen der Anbahnung des Leasingvertrages als deren Erfüllungsgehilfe i. S. v. § 278 BGB. Dieser Bewertung steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.10.2004 (a. a. O.) nicht entgegen. In dem dort entschiedenen Fall, in dem der Leasingnehmer die Abnahme eines Krans trotz bis dahin ausgebliebener Anlieferung wegen angeblicher Verzögerung bestätigte, hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Erklärungen des Lieferanten dem Leasinggeber nicht zugerechnet werden können, da er bei Entgegennahme einer Übernahmebestätigung des Leasingnehmers nicht als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers tätig werde. Hier geht es, wie bereits ausgeführt, nicht um die Bestätigung der Abnahme nach Aufbau des Leasinggegenstandes, sondern die der Lieferung, die nach den der Beklagten allein vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine Zwischenlagerung bei der Lieferantin ersetzt werden konnte. Ohnehin ergibt sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Tendenz, das betrügerische Verhalten des Lieferanten umgekehrt dem Leasingnehmer zuzurechnen. Vorliegend jedenfalls kann die Übernahmebestätigung der 40

Beklagten nicht isoliert von dem zeitgleich unterzeichneten Leasingvertrag einschließlich der hierzu zur Verfügung gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesehen werden. In dieser Vertragsanbahnungsphase wurde die Lieferantin im Verhältnis zu W nicht als "Dritte" tätig, sondern als ihr Erfüllungsgehilfe, da sie sich in dieser Vertragsanbahnungsphase deren Diensten unter Überlassung der Leasingvertragsunterlagen einschließlich der Übernahmebestätigungsformulars mit dem Hinweises auf den Kooperationsverbund - wie beim Abschluss von Leasingverträgen typisch - unter Ersparung eigenen Handels wissentlich bedient hat (vgl.: BGH, Urteil vom 28.09.1988

- VIII ZR 160/87 – NJW 1989, 287 ff., 288 f.; Beckmann, a. a. O., § 3 Rdnr. 102). Insoweit 41
geht es auch nicht um völlig atypische Sondervereinbarungen zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer, die den Leasingvertrag nicht berühren und bei der sich der Lieferant ersichtlich außerhalb des ihm eingeräumten Spielraums bewegt (vgl.: BGH, Urteil vom 20.10.2004, a. a. O., S. 366 zur Übernahmebestätigung; BGH, Urteil vom 01.06.2005 – VIII ZR 234/04 – NJW-RR 2005, 1421 ff., 1422 zur Wissenszurechnung gem. § 166 BGB bei Abrede über Kaufoption; OLG Hamm, Urteil vom 27.07.2004 – 4 U 63/04 – NJOZ 2004, 3884 ff., 3885 zur Empfangnahme von Geld durch hierzu nicht bevollmächtigten Versicherungsvertreter; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.1991 – 10 U 204/90 – OLG Report 1992, 154 f. zur Abrede regelmäßiger Berücksichtigung bei der Vergabe von Unfallbegutachtungen; OLG München, Urteil vom 12.04.2002 – 21 U 4262/00 – DB 2002, 2373 f. zur Abrede kostenloser einjähriger Nutzung und Rückkaufvereinbarung; Beckmann, a. a. O., § 3 Rdnr. 114). Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen zu schließenden Leasingvertrag gehört, wie auch der im konkreten Leasingvertrag über dem Unterschriftsfeld enthaltene Verweis auf "nachstehende Bedingungen" belegt und wie auch die Klägerin erkennt, zu den Aufgaben, die einem zur Vertragsanbahnung Eingeschalteten mit übertragen sind. Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Abschluss einer Vermarktungsvereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer für sich genommen nicht den einem Lieferanten typischer Weise übertragenen Pflichtenkreis des Leasinggebers betrifft. Hier liegt der Fall indes anders, weil die der Beklagten bei Unterzeichnung des Leasingvertrages vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst eine eindeutige Verknüpfung vorsehen und deswegen nicht bloß auf die Zurechnung der Vermarktungsvereinbarungen abzustellen ist.

(1.3) Auch aus dem von der Klägerin in erster Linie bemühten Gesichtspunkt der unerlaubten 42
Handlung lässt sich ein Schadensersatzanspruch nicht herleiten. Für eine vorsätzliche Täuschungshandlung der Ersten Bürgermeisterin der Beklagten (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB) oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) ist nichts ersichtlich.

(2) Eine Haftung der Beklagten aus in der Person der SJM entstandenem und abgetretenem 43
Recht aufgrund der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage zu Ziffer 1.3 besteht ebenfalls nicht. Indem die Beklagte ihr Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens der SJM vom 28.01.2004 uneingeschränkt erklärt hat, hat sie SJM nicht getäuscht. Die Beklagte ging zum Zeitpunkt ihrer Erklärung vom 18.02.2004 von der Wirksamkeit des Leasingvertrages unter Einbeziehung der ihr von der Lieferantin übergebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus. Für die Beklagte bestand aufgrund des Schreibens der SJM vom 28.01.2004 keine Veranlassung, auf die ihr vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen einschließlich der Verknüpfung mit der Vermarktungsvereinbarung hinzuweisen. Bei den ihr vorgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen wie auch bei der Vermarktungsvereinbarung handelte es sich nicht um das Leasingvertragsverhältnis betreffende "Nebenabreden". Entsprechendes gilt für die Mitteilung des Einlagerungsorts durch die Beklagte auf das Schreiben der SJM vom 16.02.2004 hin. Es kann dahinstehen, ob der Inhaber der Lieferantin

die von der Beklagten in die erste Zeile gesetzte handschriftliche Mitteilung des Einlagerungsorts mit "Fa. M gelagert" entsprechend ihrer Behauptung in der darunter folgenden Zeile um "städt. Bauhof/Feuerwehr I-Str. 28" eigenmächtig ergänzte. Jedenfalls sind die Aussagen in der ersten und zweiten Zeile miteinander nicht vereinbar. Dies i. V. m. dem Verhalten der Beklagten im Anschluss an die Erkenntnis der Machenschaften des Inhabers der Lieferantin, wie in ihrem anwaltlichen Schreiben an W vom 28.01.2005 (Anlage B 1 = Bl. 26 f. AnlH) dokumentiert, indem sie W den Lagernachweis vom 27.11.2003 (Anlage B 8 = Bl. 60 AnlH) zugänglich machte, spricht jedenfalls für die Richtigkeit des diesbezüglichen Vorbringens der Beklagten. Es steht fest, dass SJM am 16.02.2004 bekannt war, dass die Fun-Arena bisher nicht aufgebaut, sondern eingelagert war bzw. sein sollte. Der Einlagerungsort selbst war für sie ihr offensichtlich nicht von wesentlicher Bedeutung. Ansonsten hätte bei der hier gegebenen Mitteilung von zwei Einlagerungsorten Anlass für Misstrauen und eine klarstellende Nachfrage bestanden. Ohnehin ist eine Ursächlichkeit der zuvor behandelten Mitteilungen der Beklagten gegenüber SJM für den eventuell bei SJM entstandenen Schaden allein schon aus zeitlichen Gründen nicht ersichtlich.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1 und §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

Gegenstandswert und zugleich Beschwer der Klägerin: 155.704,48 €. 45

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision beruht auf § 543 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Vielmehr war über einen reinen Einzelfall zu befinden. 46