

Regulierung typischer Leasingtransaktionen im „neuen“ Schuldrecht
- unter besonderer Berücksichtigung der Gewährleistungsproblematik -

Zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Wirtschaftswissenschaften

(Dr. rer. pol.)

von der Fakultät für
Wirtschaftswissenschaften
der Universität Fridericiana zu Karlsruhe

genehmigte

DISSERTATION

von
Yvonne Matz

Tag der mündlichen Prüfung: 04.12.2002
Referent: Prof. Dr. iur. Peter Sester
Korreferent: Prof. Dr. Christof Weinhardt
2002, Karlsruhe

Inhaltsverzeichnis

Einführung	9
1. Gegenstand der Untersuchung	9
2. Vorgehensweise und Zielsetzung.....	11
3. Begriffliche Grundlagen.....	13
a) Definition und Kennzeichen des Leasing	13
b) Erscheinungsformen des Leasing	14
aa) Finanzierungsleasing	14
bb) Operatingleasing.....	16
cc) Hersteller-/Händlerleasing.....	17
(1) direktes Herstellerleasing	17
(2) indirektes Herstellerleasing	17
dd) Immobilienleasing.....	18
ee) „sale-and-lease-back“ - Verträge.....	19
ff) Sonderformen des Leasing	19
4. Entwicklung des Leasing	20

Kapitel 1:

Leasing-Vertragspraxis nach altem Schuldrecht

A. Strukturmerkmale	30
I. rechtliche Qualifizierung.....	30
1. Bundesgerichtshof.....	31
2. <i>Claus-Wilhelm Canaris</i>	33
3. andere Auffassungen	34
4. Stellungnahme	36
II. Verknüpfung von Leasing- und Kaufvertrag.....	38
1. Abtretungskonstruktion.....	38
2. Ratenzahlungspflicht des Leasingnehmers	40
3. Auswirkungen der Wandelung auf den Leasingvertrag.....	43
a) Theorie der Geschäftsgrundlage	44
b) „Unmöglichkeitstheorie“	45
c) Kündigungstheorie.....	46
d) Stellungnahme	46
4. Rückabwicklung nach Wandelungsvollzug	48
a) Kaufvertrag	48
b) Leasingvertrag	49

B. Betriebswirtschaftliche Aspekte	51
I. „Rein“ finanzierungstechnische Aspekte für den Leasingnehmer.....	52
1. Leasingvertrag versus reine Eigenkapitalfinanzierung	54
2. Leasingvertrag versus Fremdfinanzierung	55
a) besicherte Fremdfinanzierung.....	56
b) unbesicherte Fremdfinanzierung	57
II. „Rein“ finanzierungstechnische Aspekte für den Leasinggeber.....	58
1. Kalkulation der Leasingraten und Struktur der Zahlungsströme	58
a) Refinanzierung.....	58
aa) bei Vollamortisationsverträgen.....	58
bb) bei Teilamortisationsverträgen	58
b) Zusammensetzung der Leasingraten	59
aa) bei Vollamortisationsverträgen.....	59
bb) bei Teilamortisationsverträgen	60
2. Risiken des Leasinggebers und Sicherungsmechanismen	60
3. Finanzierung bzw. Refinanzierung der Leasingunternehmen.....	62
a) Forfaitierung.....	62
b) Darlehensaufnahme	63
c) Doppelstockmodell	64
d) Leasingfonds.....	64
4. Zulagen nach dem Investitionszulagengesetz 1999	65
III. Steuerliche Aspekte des Leasing	68
1. Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums	68
a) Steuerliche Zuordnung bei Vollamortisation nach den Leasingerlassen:	70
aa) Mobilien-Leasingerlass vom 19. April 1971	70
bb) Immobilien-Leasingerlass vom 21. März 1972.....	71
b) Steuerliche Zuordnung bei Teilamortisation nach den Leasingerlassen	71
aa) Teilamortisationserlass vom 22. Dezember 1975.....	72
bb) Teilamortisationserlass für Immobilien-Leasing vom 23. Dezember 1991	74
c) Spezial-Leasing.....	74
2. steuerliche Belastung.....	75
a) Einkommen- bzw. Körperschaftssteuer	75
b) Gewerbeertragsteuer	77
aa) Dauerschuldenproblematik.....	77
bb) Steuerbelastung	78
c) Umsatzsteuer.....	79
IV. Bilanzielle Aspekte des Leasing	80
1. Handels- und Steuerbilanz	80
a) Aktivierung bei Leasinggeber.....	80
b) Aktivierung bei Leasingnehmer	81
c) Vergleich der Zurechnungsalternativen.....	82

2. Bilanzierung nach IAS	83
C. Gewährleistungsklauseln und ihre normativen Bezugspunkte.....	85
I. Überblick.....	85
II. Einzelne Gewährleistungs-/ Garantieklauseln	87
1. Abtretung der kaufrechtlichen Mängelansprüche (Abtretungskonstruktion)	87
2. Nachbesserung	92
3. Minderung, Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB	94

Kapitel 2:

Verschiebung der normativen Eckpunkte durch die Schuldrechtsreform

Ausgangslage	97
A. Keine Änderung der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften	98
B. Fortbestand der Abtretungskonstruktion	98
I. Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB.....	99
II. Verstoß gegen § 309 BGB	102
III. Verstoß gegen § 307 BGB.....	103
1. Verbot der unangemessenen Benachteiligung	103
a) Genereller Prüfungsmaßstab.....	104
b) Generalisierende Betrachtung.....	105
2. Auswirkungen auf die Abtretungskonstruktion	105
C. Nacherfüllungsanspruch	107
I. gesetzliche Regelung/Grundsätze	107
II. Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuerungen.....	109
1. § 433 I, 2 BGB	109
2. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB	111
III. Die gesetzliche Regelung im Einzelnen	114
1. Wahlrecht des Käufers	114

2. Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung zu verweigern.....	114
a) Unmöglichkeit gem. §§ 275 ff., 311a BGB	115
aa) Mängel der bisherigen Unmöglichkeitsregelung.....	115
bb) Grundzüge der neuen Regelung	116
b) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung für den Verkäufer.....	116
aa) § 275 II, III BGB	116
bb) § 439 III BGB.....	117
c) Rechtsfolgen der Leistungsverweigerung.....	118
3. Sachmangel, § 434 BGB	119
a) Probleme des alten Rechts	119
aa) subjektiver/objektiver Fehlerbegriff	119
bb) Aliud-Lieferung.....	120
b) Europarechtliche Vorgaben	120
c) Neuregelung.....	121
aa) § 434 I, 1 BGB.....	121
bb) § 434 I, 2 BGB	121
cc) § 434 I, 3, II, III BGB	122
4. Nacherfüllungsanspruch auch beim Stückkauf?	123
a) Diskussionsstand.....	124
b) Stellungnahme	125
aa) „Qualitäts-Aliud“.....	126
bb) Vertretbare Sachen	126
cc) „Identitäts-Aliud“	127
dd) Beurteilung	127
5. Zwischenergebnis.....	129
6. Anspruch des Käufers auf Neulieferung	130
a) Diskussionsstand.....	130
b) Stellungnahme	131
7. Eigentum an der nachgelieferten Sache	134
8. Nutzungersatz im Rahmen der Nacherfüllung	134
a) gesetzliche Regelung	134
b) Kritik unter kaufrechtlichem Aspekt	135
c) Kritik unter leasingrechtlichem Aspekt	136
d) Ergebnis	137
9. Verjährung.....	137
a) Kritik an der alten Rechtslage.....	138
b) europarechtliche Vorgaben.....	138
c) die Neuregelung.....	139
d) Auswirkungen auf das Leasingrecht.....	140
IV. Konsequenzen für das wirtschaftliche Eigentum	141
1. Problemstellung.....	141
2. Diskussionsstand	142
3. Stellungnahme	143
V. Konsequenzen für die Anwendung des § 320 BGB	147
1. Kaufrechtliche Ebene	147
a) Diskussionsstand.....	148

b) Stellungnahme	149
2. Mietrechtliche Ebene.....	152
D. Normierung des Rechtsinstituts	
„Wegfall der Geschäftsgrundlage“	152
I. Begriffe	152
1. objektive /subjektive Geschäftsgrundlage.....	152
2. große/kleine Geschäftsgrundlage	153
II. Regelung des § 313 BGB.....	153
1. § 313 I BGB	154
2. § 313 II BGB	154
3. § 313 III BGB.....	155
4. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung	155
III. Auswirkungen auf den Leasingvertrag.....	155
1. Regelung des § 313 I und II BGB	155
2. § 313 III BGB.....	156
E. Einführung von Gestaltungsrechten: insbesondere Rücktritt statt Wandelung	157
I. Entstehungsgeschichte des Rücktrittsrechts.....	157
1. bisherige Rechtslage.....	157
2. Europarechtliche Vorgaben.....	158
II. Kaufrechtliche Grundsätze	160
III. Folgen für das Leasingrecht	161
1. Diskussionsstand	162
2. Stellungnahme	164
a) automatischer Wegfall der Geschäftsgrundlage?	164
b) Zahlungsklage des Leasinggebers	164
c) kritische Beurteilung der Auswirkung auf das Leasingrecht.....	165
d) Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten	167
IV. Die Regelung der §§ 346 ff. BGB	168
1. Entstehungsgeschichte der §§ 346 ff BGB	168
a) alte Rechtslage	168
b) Kritik an der alten Rechtslage	170
2. Sinn und Zweck der neuen Regelung.....	171
a) § 346 I BGB	171
b) § 346 II BGB	172
3. Nutzungsentschädigung	173
F. Schadensersatzansprüche.....	174

I. Sinn und Zweck der Neuregelung des Schadensersatzrechts	174
1. bisherige Rechtslage.....	174
2. Intentionen des Gesetzgebers	175
3. Struktur der Schadensersatzregelungen	177
II. Kaufrechtlichen Grundsätze	177
1. Reichweite der §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB.....	177
2. Haftungsumfang	178
3. Differenzierung nach Schadensarten.....	179
a) Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB	180
b) Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 BGB	181
c) Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung, §§ 280 II, 286 BGB.....	182
d) Nutzungsausfall wegen verzögerter Nacherfüllung, § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB.....	183
4. Sonderregeln für den Verbrauchsgüterkauf	184

Kapitel 3:

Einzelne Klauseln zur weitgehenden Beibehaltung des status quo und ihre rechtliche Zulässigkeit

Vorbemerkung.....	186
A. Methodik der AGB-Kontrolle.....	187
I. Klauseln im kaufmännischen und im nichtkaufmännischen Verkehr... 187	
II. Die Kontrollinstrumente	188
B. Klauseln betreffend den Leasingvertrag	191
I. Freizeichnung von §§ 535 ff. BGB	191
1. Gestaltungsvorschlag	192
2. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB.....	193
a) § 309 Nr. 8 b) aa) BGB.....	193
b) § 309 Nr. 7 a) und b) BGB	194
c) § 307 BGB	195
II. Modifikation des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB)	197
1. Modifikation hinsichtlich des Wahlrechts des Leasingnehmers	197
a) Modifikationsalternativen.....	197
b) Die beiden Ebenen der Gestaltungsmöglichkeit.....	198

c) Gestaltungsvorschlag	199
d) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB	199
aa) § 309 Nr. 8 b) bb)BGB	199
bb) § 307 II Nr. 1 BGB	200
2. Klarstellung hinsichtlich des Anspruchs auf Neulieferung	202
3. Klarstellung hinsichtlich des Eigentums an der nachgelieferten Sache	203
4. Klarstellung hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts des Leasingnehmers aus § 320 BGB	205
 III. Modifikationen bezüglich des Gestaltungsrechts Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB	205
1. Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts des Leasingnehmers bei Erklärung des Rücktritts	205
a) Gestaltungsbedarf	205
b) Gestaltungsvorschlag	206
c) Unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I BGB	209
2. Modifikation bezüglich der Nutzungsentschädigung	211
a) Gestaltungsvorschlag	212
b) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB	212
 IV. Modifikation hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, 281 BGB	213
1. Einschränkung des Schadensersatzanspruchs „Schadensersatz statt Leistung“ gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, 281 BGB	213
a) Gestaltungsbedarf	213
b) Gestaltungsvorschlag	214
c) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB	215
2. Modifikation zum Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB	216
a) Gestaltungsbedarf	216
b) Gestaltungsvorschlag	217
c) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB	217
 C. Klauseln betreffend den Kaufvertrag	218
I. Schutz des Leasingnehmers durch § 475 BGB?	218
II. Modifikation des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB)	220
1. Abdingbarkeit von § 439 BGB	220
a) Einfluss des Art. 3 III, 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	220
b) § 475 I BGB	221
c) Vergleich mit dem Werkvertragsrecht	222
d) Blick auf § 651 BGB	224
f) Ergebnis	226
2. Gestaltungsvorschlag	226
3. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB	226

III. Klarstellung hinsichtlich des Anspruchs des Lieferanten auf Nutzungsentschädigung	228
1. Gestaltungsvorschlag	229
2. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB.....	229
IV. Verjährung.....	230
1. Gestaltungsbedarf.....	230
2. Abdingbarkeit der Gewährleistungsfristen.....	230
2. Gestaltungsvorschlag	231
3. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB.....	232
D. Gesamtwürdigung	234
Ergebnis.....	235
Anhang 1 (betreffend den Leasingvertrag)	236
Anhang 2 (betreffend den Kaufvertrag).....	241
Literaturverzeichnis	242

Einführung

Leasing hat sich seit den siebziger Jahren als eine Alternative zu herkömmlichen Finanzierungsformen fest etabliert.¹ Der Leasingmarkt wächst nach wie vor, 1999 betrug die Wachstumsrate für das gesamte Neugeschäft der Leasinggesellschaften ca. 7 %.² Im Jahr 2001 stieg die Leasing-Quote in der Bundesrepublik von 15,5 auf 16,7 Prozent.³ Das Neugeschäft in der Branche wuchs im gleichen Jahr um rund 5 Prozent. Das Volumen der Mobilien-Leasing-Investitionen lag 2000 mit 71,7 Mrd. DM erstmals über der 70-Milliarden-Marke.⁴ Als von der Rechtsprechung anerkannte Struktur hat die Praxis das Finanzierungsleasing entwickelt, das sich seit Jahrzehnten bewährt hat. Angesichts der Schuldrechtsreform vom 26. 11. 2001, BGBl. I S. 3138, stellt sich die Frage, ob die Vertragsstrukturen, die bisher typischerweise für Leasingtransaktionen eingesetzt wurden, insbesondere die leasingtypische Abtretungskonstruktion, auch unter dem neuen Recht prinzipiell beibehalten werden können und wie sie gegebenenfalls anzupassen sind. Dabei ist nicht nur ein rechtsdogmatisches Problem zu lösen, sondern auch ein ökonomisches: das Festhalten an den bisherigen Konzepten ist nur dann sinnvoll, wenn dies ohne Erhöhung des wirtschaftlichen Risikos für den Leasinggeber möglich ist.

1. Gegenstand der Untersuchung

Ausgehend von der Einordnung des Leasingvertrages als atypischer Mietvertrag – an dieser gefestigten Position der Rechtsprechung hat sich die Vertragspraxis über Jahrzehnte hinweg orientiert – war es usus, dass der

¹ vgl. nur MüKo-*Habersack*, Leasing, Rz. 2 f.

² *Städler*, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing, S. 11.

³ *Städler*, FLF 2/2002, 75 f.

⁴ *Schulz*, Beil. Nr. 4 zu BB 2001, 1 ff.

Leasinggeber die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers ausschloss. Im Gegenzug trat er ihm seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche nach §§ 459 ff. BGB a.F. gegen den Hersteller bzw. Lieferanten ab. Die Verknüpfung von Kauf- und Leasingvertrag kam insbesondere dann zum Tragen, wenn der Lieferant ein mangelhaftes Leasinggut an den Leasingnehmer lieferte und dieser Schadensersatz und/oder Rückabwicklung des Leasingvertrages verlangte. Diese sog. Abtretungskonstruktion erfolgte regelmäßig in AGB und wurde hinsichtlich des bisherigen § 9 AGBG als unbedenklich eingestuft.⁵

Da durch die Schuldrechtsreform das Gewährleistungsrecht im Kaufrecht grundlegend geändert wurde, soll untersucht werden, inwieweit sich dies auf die Risikoverteilung der Leasingvertragsparteien auswirkt. Wenn nämlich die Rechtsposition des Leasingnehmers deutlich verstärkt würde und nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Stand vor der Schuldrechtsreform reduziert werden könnte, hätte sich mit Inkrafttreten der Reform das wirtschaftliche Risiko für den Leasinggeber einschneidend erhöht, was wiederum Konsequenzen hätte für die Refinanzierung seiner Investitionen.

Die typologische Zuordnung des Leasingvertrages wird nur am Rande gestreift: Die rechtliche Qualifizierung des Finanzierungsleasing ist zwar nach wie vor umstritten,⁶ jedoch ist der Streit angesichts der gefestigten BGH-Rechtsprechung und der darauf basierenden ebenso gefestigten Leasingpraxis eher akademischer Natur und für die hier interessierende praxisrelevante Fragestellung weitgehend unerheblich. Insofern wird auf ihn nur insoweit eingegangen, als er für das Verständnis der bearbeiteten Problemfelder unerlässlich ist. Dies liegt aber ausschließlich in der praxisbezogenen Fragestellung begründet und keineswegs in der (irrigen)

⁵ vgl. *BGH NJW* 1985, 129, 130.

⁶ vgl. den Überblick bei *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, § 4 IV bis IX.

Auffassung, dass sich aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des BGH eine weitere Auseinandersetzung mit der Frage nach der Rechtsnatur des Finanzierungsleasing erübrige;⁷ in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung ist es immer geboten, die Überzeugungskraft einer Rechtsprechung zu hinterfragen, und sei sie auch noch so gefestigt.⁸

Letztlich sind die Entscheidungen des BGH aber von seiner Streitposition abgekoppelt: immer dann, wenn er es für ökonomisch sinnvoll erachtete, ließ er die mietrechtlichen Regelungen beiseite mit dem Argument, dies sei angesichts der Besonderheiten des Leasinggeschäfts geboten. Dieses Konzept, das dogmatische Glasperlenspiele unbeachtet und sich nicht von typologischem Denken in ein Korsett zwängen lässt, hat sich bewährt und ist aus Sicht der Akteure zu begrüßen - war es doch ökonomisch außerordentlich erfolgreich.

Schon im Hinblick auf die Rechtssicherheit, aber auch im Hinblick darauf, dass es sich bei Leasingvertragsverhältnissen um Dauerschuldverhältnisse handelt und die Übergangsregelung für Alt-Verträge sehr kurz bemessen ist (gem. Art. 229 § 5 EGBGB gilt für alle Dauerschuldverhältnisse ab dem 1. 1. 2003 das neue Schuldrecht), erscheint es zur Vermeidung prohibitiver Transaktionskosten unerlässlich, die bisherigen Konzepte soweit wie möglich beizubehalten. Inwieweit das der Fall ist, untersucht die folgende Arbeit.

2. Vorgehensweise und Zielsetzung

Die Arbeit zielt nicht darauf, sämtliche Teilaspekte des Leasing ausführlich zu diskutieren. Es geht vielmehr darum, sich auf die für die Fragestellung bedeutsamen Aspekte zu konzentrieren und diese komprimiert abzuhandeln.

⁷ so aber z.B. *Basedow*, RIW 1988, 1.

⁸ so auch: *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 66; *Roth*, AcP 190 (1990), S. 292, 293.

Im ersten Kapitel wird zunächst die Ausgangssituation beschrieben: Die bisherige typische Leasingpraxis wird vorgestellt, beginnend mit der Grundstruktur und festen Strukturmerkmalen des Leasingvertrags. Daran anschließend werden ökonomische Grundlagen des Leasing skizziert. Der Leasingvertrag bringt dem Lieferanten wirtschaftliche Vorteile durch Umsatzsteigerung, dem Leasinggeber durch günstige Kapitalnutzung und dem Leasingnehmer durch erleichterte Finanzierung und indirekte Bilanz- und Steuervorteile.⁹ Die steuerlichen sowie die finanzierungstechnischen Grundlagen, auf denen diese wirtschaftlichen Vorteile basieren, werden dargestellt. Im nächsten Schritt wird das vertragliche Gewährleistungssystem mit der bislang typischerweise verwendeten Abtretungskonstruktion im Zentrum beleuchtet. Es werden Gewährleistungsklauseln vorgestellt, wie sie typischerweise in Leasing-AGB verwendet wurden, sowie ihre normativen Bezugspunkte dargelegt.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit den Fragen, inwieweit diese Bezugspunkte durch das neue Schuldrecht verändert werden, und wenn ja, ob diese Änderungen das Vertragskonzept im Ganzen oder lediglich einzelne Klauseln in Frage stellen.

In Kapitel 3 schließlich wird aufgezeigt, welche Klauseln sich nach neuem Recht insofern günstig erweisen könnten, als sie den bisherigen Rechtszustand auch und gerade mit Blick auf die Verteilung der wirtschaftlichen Risiken aufrechterhalten und überprüft, ob bzw. inwieweit dies AGB-rechtlich zulässig ist.

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, nachzuweisen, inwieweit die bisherigen Transaktionsstrukturen für Leasinggeschäfte aufrechterhalten werden können und darzulegen, welche Gestalt die Klauselwerke für eine optimale

⁹ Palandt-Weidenkaff, Einführung v. § 535 Rz. 38.

Lösung annehmen müssen. Am Ende der Arbeit sollen also Musterklauseln für die Abwicklung der Gewährleistungsproblematik stehen.

3. Begriffliche Grundlagen

Zunächst soll definiert werden, was genau unter dem Begriff „Leasing“ verstanden wird, sodann werden die typischen Kennzeichen des Leasing vorgestellt. Danach wird ein kurzer Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen gegeben.

a) Definition und Kennzeichen des Leasing

Unter Leasing wird die Vermietung von Anlagegegenständen durch Finanzierungsinstitute und andere Unternehmen verstanden, die das Vermietungsgeschäft gewerbsmäßig betreiben.¹⁰ Grundlage des Leasing ist ein langfristiger Vertrag zwischen einem Investor (dem Leasingnehmer) und einer Leasinggesellschaft (dem Leasinggeber). Als Leasinggesellschaft wird ein Unternehmen bezeichnet, das sich mit der langfristigen Vermietung von Wirtschaftsgütern befasst und die Investitionskosten nahezu zu 100 % fremdfinanziert. Der Leasinggeber stellt dem Leasingnehmer für einen bestimmten Zeitraum (die Grundmietzeit) einen Leasinggegenstand zur Verfügung; nach Ablauf dieser Grundmietzeit steht es dem Leasingnehmer frei, das Leasingobjekt entweder zurückzugeben oder aber bestimmte Optionsrechte (Mietverlängerungsoption, Kaufoption) auszuüben, sofern sie ihm bei Vertragsbeginn eingeräumt wurden. Der Leasingnehmer zahlt für die Nutzungsüberlassung Leasingraten an den Leasinggeber.

¹⁰ Gabele/Kroll, S. 2.

b) Erscheinungsformen des Leasing

Es gibt mehrere Erscheinungsformen des Leasing.¹¹ Die wichtigsten sind das Finanzierungsleasing, das Operatingleasing, das Hersteller- oder Händlerleasing sowie als Sonderform das Immobilienleasing. Der Bundesfinanzhof hat das Finanzierungsleasing als das „eigentliche“ Leasing bezeichnet, da insbesondere hier die Finanzierungskomponente des Leasing zum Tragen komme,¹² und auch in der Literatur ist es unstreitig, dass dieser Typ die wesentliche Ausprägung des Leasing darstellt.¹³ Deshalb geht auch diese Arbeit vom Begriff des Finanzierungsleasing aus, wenn passim von „Leasing“ gesprochen wird. Zur genaueren Bestimmung des Gegenstandes dieser Arbeit ist dennoch eine kurze Darstellung der verschiedenen Erscheinungsformen und ihrer Abgrenzung zueinander erforderlich.

aa) Finanzierungsleasing

Leasingverträge waren bislang im besonderen Schuldrecht des BGB nicht geregelt. Der Begriff des Finanzierungsleasingvertrags wurde erstmals in § 3 II Nr. 1 VerbrKrG erwähnt und in den Gesetzesmaterialien aufgeführt. Die Praxis hat aber mit Hilfe der Rechtsprechung bestimmte Kriterien entwickelt, die kennzeichnend für das Finanzierungsleasing sind: dies ist zum einen das Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferant.¹⁴ Der Leasingnehmer wählt das Leasingobjekt bei einem von ihm selbst ausgesuchten Lieferanten nach seinen Bedürfnissen aus und vereinbart die wesentlichen Konditionen des Kaufvertrages, insbesondere Qualität und Eigenschaften des von ihm ausgesuchten Leasingobjektes. Der

¹¹ vgl. die Übersicht bei MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 4 ff.

¹² BFH Urt. V. 26. 1. 1970, BStBL II 1970, 264.

¹³ vgl. nur Gebler/Müller, ZBB 2/02, 107; Seifert, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing, S. 34; schon Werner Flume hat konstatiert: „Wenn in Deutschland von Leasing die Rede ist, so meint man das sogenannte Finanzierungsleasing.“, DB 1972, 1 ff.

¹⁴ Sonnenberger, NJW 1983, 2217; Canaris, Bankvertragsrecht, Rz. 1711, 1713.

Leasinggeber erwirbt das Leasingobjekt entsprechend den vom Leasingnehmer geführten Verhandlungen und überlässt es gegen Zahlung der Leasingraten dem Leasingnehmer zum Gebrauch.

Ebenfalls charakteristisch für den Finanzierungsleasingvertrag ist, dass der Leasinggeber umfangreiche Geschäftsbedingungen verwendet. Auch wenn sich diese natürlich im einzelnen voneinander unterscheiden, lassen sich dennoch grundlegende Gemeinsamkeiten feststellen. So wird in aller Regel vereinbart, dass der Leasingnehmer die Gegenleistungsgefahr trägt, er also zur Fortzahlung der Leasingraten verpflichtet bleibt, auch wenn die Leasingsache zufällig untergeht oder sich verschlechtert. Weiter wird regelmäßig vereinbart, dass der Leasingnehmer die Instandsetzung, Instandhaltung und Versicherung des Leasingobjekts trägt. Auch die aus dem Dreiecksverhältnis resultierende Abwälzung der Haftung des Leasinggebers auf den Leasingnehmer (Abtretungskonstruktion¹⁵) wird typischerweise in Leasing-AGB vereinbart.

Durch zahlreiche Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof im Laufe der Jahre feste Grundsätze zu Rechtsnatur und Abwicklung des Finanzierungsleasing entwickelt, die den Vertragsparteien die für den wirtschaftlichen Verkehr nötige Rechtssicherheit schaffen. Unter dem Begriff „Finanzierungsleasing“ wird im allgemeinen das erlasskonforme Leasing verstanden, wie es in den Erlassen der Finanzverwaltung zum Mobilien- und Immobilienleasing beschrieben wird.¹⁶ Nach dem Leasingerlass über die ertragssteuerliche Behandlung von Leasingverträgen über bewegliche Wirtschaftsgüter v. 19. 4. 1971¹⁷ ist Finanzierungsleasing nur dann anzunehmen, wenn „der Leasinggeber mit den in der Grundmietzeit zu entrichtenden Raten mindestens die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasinggebers deckt und

¹⁵ Dazu ausführlich unten Kap. 1 A II und C II 1.

¹⁶ Dazu unten Kap. 1 B III 1.

der Vertrag über eine bestimmte Grundmietzeit von keiner Partei gekündigt werden kann“.¹⁷ Diese steuerrechtliche Auslegung des Finanzierungsleasingbegriffs ist somit deutlich enger angelegt als die oben genannte finanzwirtschaftliche Definition und liegt der vorliegenden Arbeit zugrunde.

Das Investitionsrisiko wird beim Finanzierungsleasing vom Leasingnehmer getragen, da er das Leasingobjekt nicht beliebig zurückgeben kann. Die Wartung und Instandhaltung des Leasingobjekts obliegt typischerweise dem Leasingnehmer.

bb) Operatingleasing

Auch das Operatingleasing ist auf die entgeltliche Überlassung von Investitionsgütern zum Gebrauch durch den Leasingnehmer gerichtet. Im Unterschied zum Finanzierungsleasing, bei dem aufgrund der Finanzierungsfunktion des Vertrages der Leasingnehmer das Investitionsrisiko übernimmt, trägt dieses jedoch beim Operatingleasing der Leasinggeber. Im Vordergrund steht hier nicht das Finanzierungsinteresse, sondern die zeitweilige Gebrauchsüberlassung und damit letztlich das Absatzinteresse des Leasinggebers. Typischerweise wird beim Operatingleasing der Vertrag nur auf kurze Zeit geschlossen; wenn er auf unbestimmte Zeit geschlossen wird, dann nur mit der Vereinbarung, dass der Leasingnehmer jederzeit zur Kündigung berechtigt ist.¹⁹ Dieser Vertrag wird allgemein als gewöhnlicher Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB qualifiziert.

Das Investitionsrisiko trägt beim Operatingleasing der Leasinggeber, da er für die vollständige Amortisation des Leasingobjekts dieses mehrmals verlesen muss.

¹⁷ BMF-Schreiben v. 19. 04. 1971 – IV B 2 – S 2170-31 / 71, BStBl I 1971, 264 ff.

¹⁸ ausführlich dazu: Kap. 1 B III 1 a aa).

Gegenstand von Operatingleasingverträgen sind in der Regel Wirtschaftsgüter mit hoher Fungibilität und Austauschbarkeit.²⁰ Die gesamte Vertragsgestaltung ist von vornherein auf die mehrfache Überlassung der Sache an verschiedene Leasingnehmer ausgerichtet.

cc) Hersteller-/Händlerleasing

Hersteller- oder Händlerleasing liegt immer dann vor, wenn die Leasingfinanzierung vom Hersteller oder Lieferanten selbst oder von einem mit ihm konzernrechtlich verbundenen Finanzierungsunternehmen übernommen wird. Diese Leasingart wird häufig in der Automobilbranche sowie bei Computerherstellern gewählt. Es ist zwischen „direktem“ und „indirektem“ Herstellerleasing zu unterscheiden.

(1) direktes Herstellerleasing

Beim direkten Herstellerleasing übernimmt der Hersteller oder der Lieferant selbst die Finanzierung des Absatzes seiner Produkte durch den Abschluss von Verträgen. Hier reduziert sich das für den Finanzierungsleasingvertrag typische Dreiecksverhältnis auf die Zwei-Personen-Beziehung Hersteller/Lieferant und Leasingnehmer. Das direkte Herstellerleasing wird als schlichte Miete behandelt.²¹

(2) indirektes Herstellerleasing

Dieses ist dann anzunehmen, wenn durch die Einschaltung eines formal unabhängigen Dritten die leasingtypische Dreieckskonstellation hergestellt ist, der Leasinggeber jedoch mit dem Hersteller oder Lieferanten in einer Art

¹⁹ MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 4.

²⁰ Leible, Finanzierungsleasing, S. 39.

²¹ Emmerich, JuS 1990, 3; v. Westphalen, Leasingvertrag, Rz. 4, 119; OLG Frankfurt WM 1982, 723.

verflochten ist, dass das Leasing als Instrument zur Förderung des Produktabsatzes eingesetzt wird. Der Leasinggeber betreibt damit quasi ein Geschäft des Herstellers bzw. Lieferanten.²² Die Unterschiede zum Finanzierungsleasing liegen hauptsächlich in den unterschiedlichen Zielen, die mit dem Leasinggeschäft verfolgt werden: Beim Finanzierungsleasing steht die Finanzierungsfunktion des Vertrages im Vordergrund, beim Herstellerleasing die Absatzförderung.²³

dd) Immobilienleasing

Je nach Gegenstand des Leasingvertrages ist zwischen Mobilien- und Immobilienleasing zu differenzieren. Gegenstand des Mobilienleasing sind mobile Anlagegüter, beim Immobilienleasing sind es Grundstücke, Gebäude und Betriebsanlagen, die an einen festen Standort gebunden sind. Es wird zwischen Brutto- und Netto-Leasingverträgen unterschieden, je nachdem, ob der Leasinggeber auch die Rolle des Bauherrn übernimmt oder sich auf die reine Finanzierung des Gebäudes beschränkt.²⁴ Die Grundmietzeit eines Immobilienleasingvertrages ist wesentlich länger als beim Mobilienleasingvertrag, sie beträgt bis zu 30 Jahren. Immobilienleasingverträge stehen in ihrer zivilrechtlichen Behandlung weitgehend den sonstigen Finanzierungsverträgen gleich.²⁵ Der Hauptunterschied besteht in der wesentlich schlechteren Fungibilität immobilier Wirtschaftsgüter und der daraus resultierenden verschärften Bonitätsanalyse betreffend den Leasingnehmer.²⁶ Immobilienleasingverträge werden im weiteren nicht behandelt.²⁷

²² hierzu MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 7-9; Ulmer/Schmidt, DB 1983, 2559.

²³ dazu Gerhardt, JZ 1986, 736, 743.

²⁴ hierzu ausführlich: Gabele/Kroll, DB 1991, 241 ff.; MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 10 f.

²⁵ BGH NJW 1989, 1279; MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 11.; Emmerich, JuS 1990, 3.

²⁶ Gabele/Kroll, S. 12.

ee) „sale-and-lease-back“ – Verträge

Als „Sale-and-lease-back“-Verträge werden solche Verträge bezeichnet, bei denen der Leasingnehmer das Leasingobjekt zunächst erwirbt, es dann aber an den Leasinggeber weiterveräußert. Wie im Fall des Herstellerleasing fehlt es auch hier an dem leasingtypischen Dreiecksverhältnis. Seiner Qualifizierung als Finanzierungsleasing steht dies nicht entgegen.²⁸ Der Leasinggeber schuldet auch im Sale-and-lease-back-Leasing die Gebrauchsüberlassung der Leasingsache an den Leasingnehmer, es ergeben sich aber dadurch, dass der Leasinggeber auch die Lieferantenfunktion übernommen hat, Abweichungen hinsichtlich der Gewährleistungshaftung des Leasinggebers.²⁹ Sale-and-lease-back-Verträge werden beim Immobilienleasing häufig verwendet.

ff) Sonderformen des Leasing

Es haben sich im Laufe der Zeit die unterschiedlichsten Unterarten der beiden Varianten Finanzierungsleasing und Operatingleasing herausgebildet, die hier nur genannt, nicht erläutert werden sollen:

- das Null-Zins-Leasing, das insbesondere beim indirekten Herstellerleasing in der KFZ-Branche Bedeutung erlangt hat.³⁰
- das Kilometer-Leasing, die wohl häufigste Variante eines nicht erlasskonformen Leasingvertrags.³¹

²⁷ ausführlich zu Immobilienleasingverträgen: *Gabele*, Immobilienleasing, 2001

²⁸ *BGH NJW* 1990, 829.

²⁹ *MüKo-Habersack*, Leasing, Rz. 12; siehe ausführlich v. *Westphalen*, Leasingvertrag, Rz. 1055 ff.

³⁰ zur Vertragskonstruktion instruktiv *Paschke*, *BB* 1987, 1193 ff.; *Michalski/Schmitt*, Der Kfz-Leasingvertrag, Rz. 56.

³¹ dazu v. *Westphalen*, Leasingvertrag, Rz. 990.

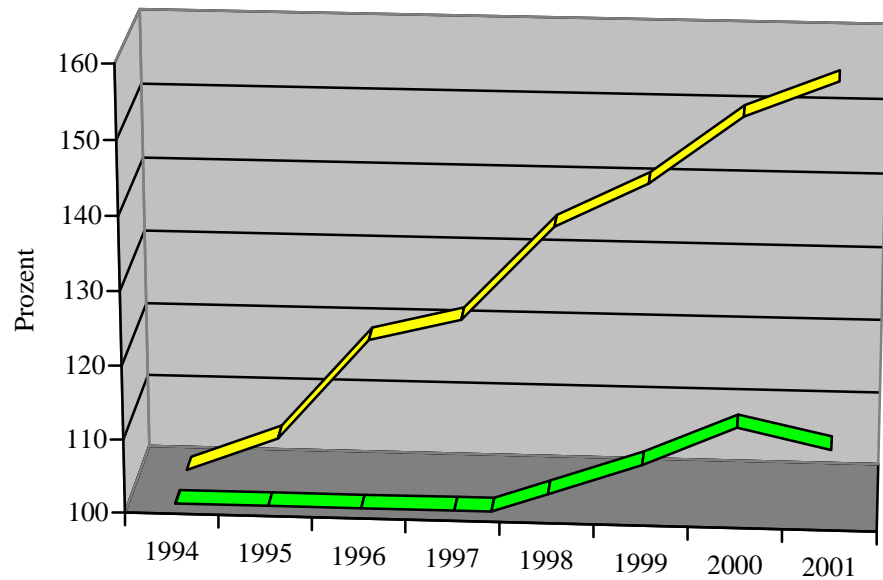
- das Crossborder-Leasing, bei dem die Besonderheit darin besteht, dass nicht alle Komponenten aus dem Leistungsbündel Leasing aus dem Land des Leasingnehmers stammen.³²
- das Konzern-Leasing, das eine konzernmäßige Verbindung zwischen dem Leasinggeber und dem Hersteller voraussetzt.
- das Kommunal-Leasing, bei dem der Investor aus dem Bereich der öffentlichen Hand kommt.
- das Plant-Leasing, das die Vermietung kompletter Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen zum Gegenstand hat.

4. Entwicklung des Leasing

Leasing in Deutschland ist seit Jahren im Aufwind. Das Leasingvolumen in Deutschland entwickelt sich seit Jahren außerordentlich positiv. Dies wird eindrucksvoll verdeutlicht durch jährlich konstante Zuwachsraten. Hier zeigt sich die aktuelle wirtschaftliche Brisanz der vorliegenden Arbeit. Denn wenn Leasingverträge durch das veränderte Kaufrecht für den Leasinggeber wirklich unrentabel würden, dann würde das nicht nur für einen kleinen Randbereich wirtschaftliche Konsequenzen haben, sondern es würde eine bedeutende Branche in ihrem Wachstum gehemmt.

³² dazu ausführlich *Biagosch*, KStZ 2002, 85 ff.

Wachstumsdynamik (1994 = 100%)



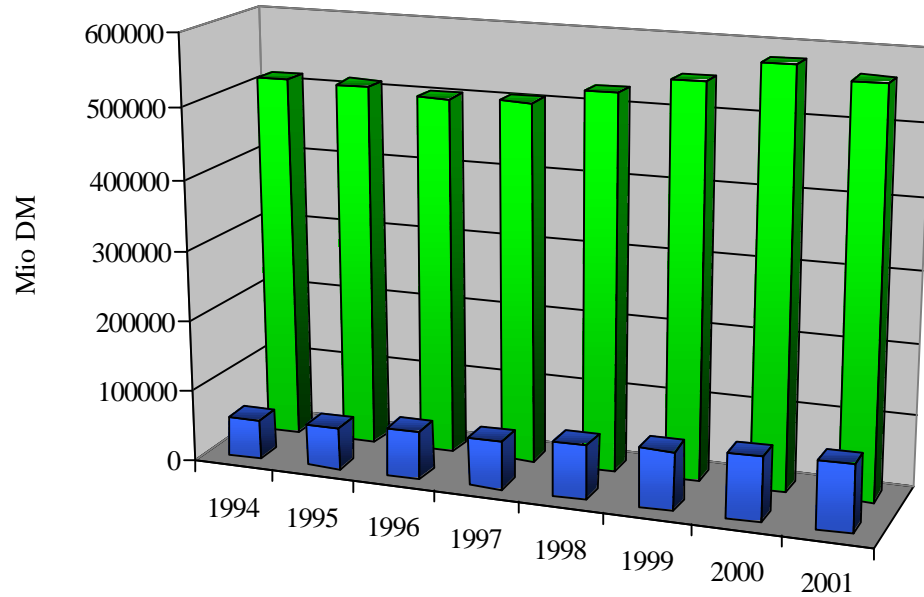
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
■ gesamtes Wirtschaftswachstum (1994=100)	100	99,6	97,7	98,3	102,6	106,9	112,3	109,6
■ Leasing Wachstum (1994=100)	100	104,7	118,6	121,7	134,6	140,7	149,9	154,8

Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 1

Im Verhältnis zur Gesamtwirtschaft hat die Leasingbranche in der Bundesrepublik Deutschland hohe Wachstumsraten zu verzeichnen.. Während die Wirtschaftswachstumsrate insgesamt in den letzten Jahren eher vorsichtig anstieg, wuchs die Leasingwachstumsrate dynamisch und schnell um ein vielfaches.

Gesamtwirtschaftliche Investitionen 1994 - 2001



	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
■ Leasing Invest. insgesamt	56120	58750	66920	69000	77910	82640	90220	94600
■ Gesamtwirt. Investitionen	514810	512890	503350	506550	528450	550940	580680	564910

Quelle: „ifo Investitionstest“

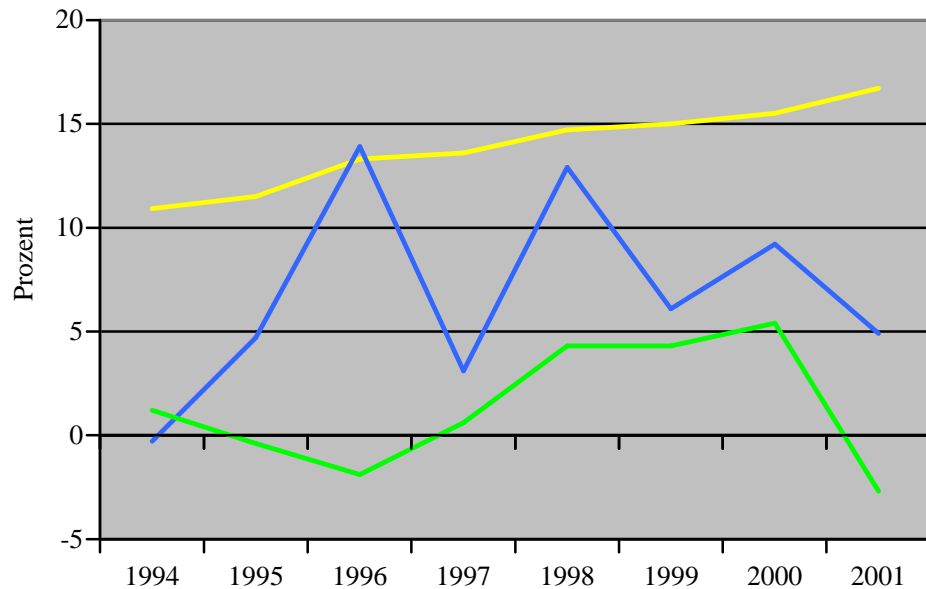
Abb. 2

In den Jahren 1996 bis 2000 stiegen sowohl die gesamtwirtschaftlichen Investitionen von 503 Milliarden DM auf ca. 581 Milliarden DM jährlich ebenso wie die Leasinginvestitionen von 67 Milliarden DM 1996 auf 90 Milliarden DM im Jahr 2000 jährlich an.

Im Jahr 2001 ist gesamtwirtschaftlich gesehen ein leichter Rückgang der Investitionen gegenüber dem Vorjahr zu verzeichnen, auch wenn immer noch deutlich mehr Geld investiert wurde, als im Jahr 1999. Die Leasing-

Investitionen hingegen stiegen auch im Jahr 2001 weiter, wenn auch nicht in dem Maße wie die Vorjahre.

Gesamtwirtschaftliche Investitionen: Veränderungen zum Vorjahr (in Prozent)



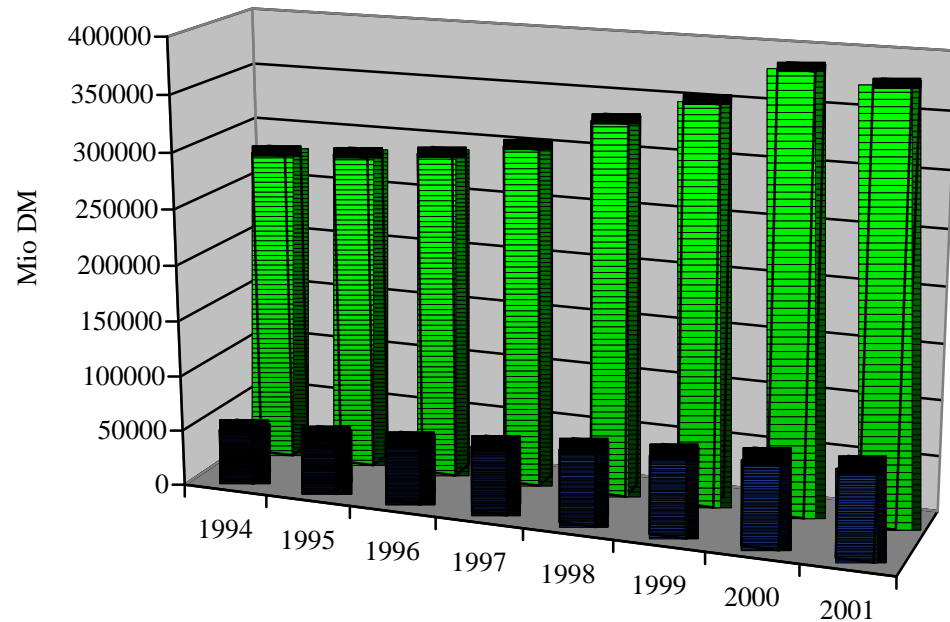
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
■ Gesamtwirtschaftl. Investitionen	1,2	-0,4	-1,9	0,6	4,3	4,3	5,4	-2,7
■ Leasing Investitionen insgesamt	-0,3	4,7	13,9	3,1	12,9	6,1	9,2	4,9
■ Leasing Quote	10,9	11,5	13,3	13,6	14,7	15	15,5	16,7

Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 3

Dies entspricht einer prozentualen Wachstumsrate der Leasinginvestitionen von fast 5 % für das Jahr 2001, während für die gesamtwirtschaftlichen Investitionen ein prozentuales Minus von 2,7 % verzeichnet werden muss. Die Leasing-Quote stieg damit in der Bundesrepublik von 15,5 auf 16,7 % gegenüber dem Vorjahr.

Gesamtwirtschaftliche Ausrüstungsinvestitionen
1994 - 2001



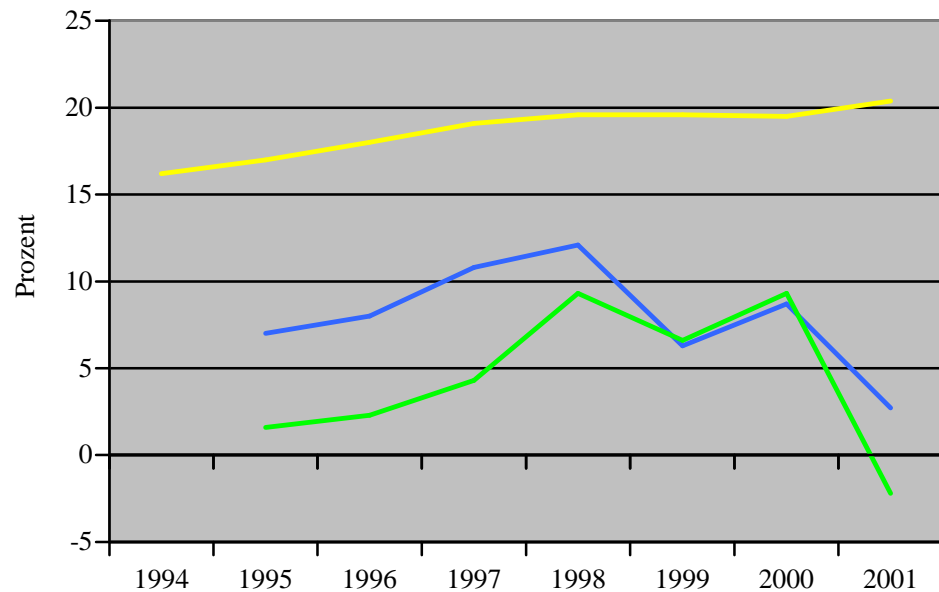
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
■ Anteiliges Mobiliens Leasing	45340	48500	52380	58040	65070	69160	75160	77200
■ Gesamtwirt. Ausrüstungsinvest.	280150	284550	290980	303440	331620	353510	386230	377810

Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 4

Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man speziell die Entwicklung der Ausrüstungsinvestitionen betrachtet: Insgesamt beschafften die Leasinggesellschaften im Auftrag ihrer Kunden im Jahr 2001 Ausrüstungsgüter im Wert von ca. 77 Milliarden DM. Damit stiegen die Leasing-Investitionen bei Ausrüstungsgütern weiter an, obwohl die gesamtwirtschaftlichen Ausrüstungsinvestitionen im Jahr 2001 zurückgingen. Dies zeigt auch ein Blick auf die Leasingquote:

Gesamtwirtschaftliche Ausrüstungsinvestitionen:
Veränderungen zum Vorjahr (in Prozent)



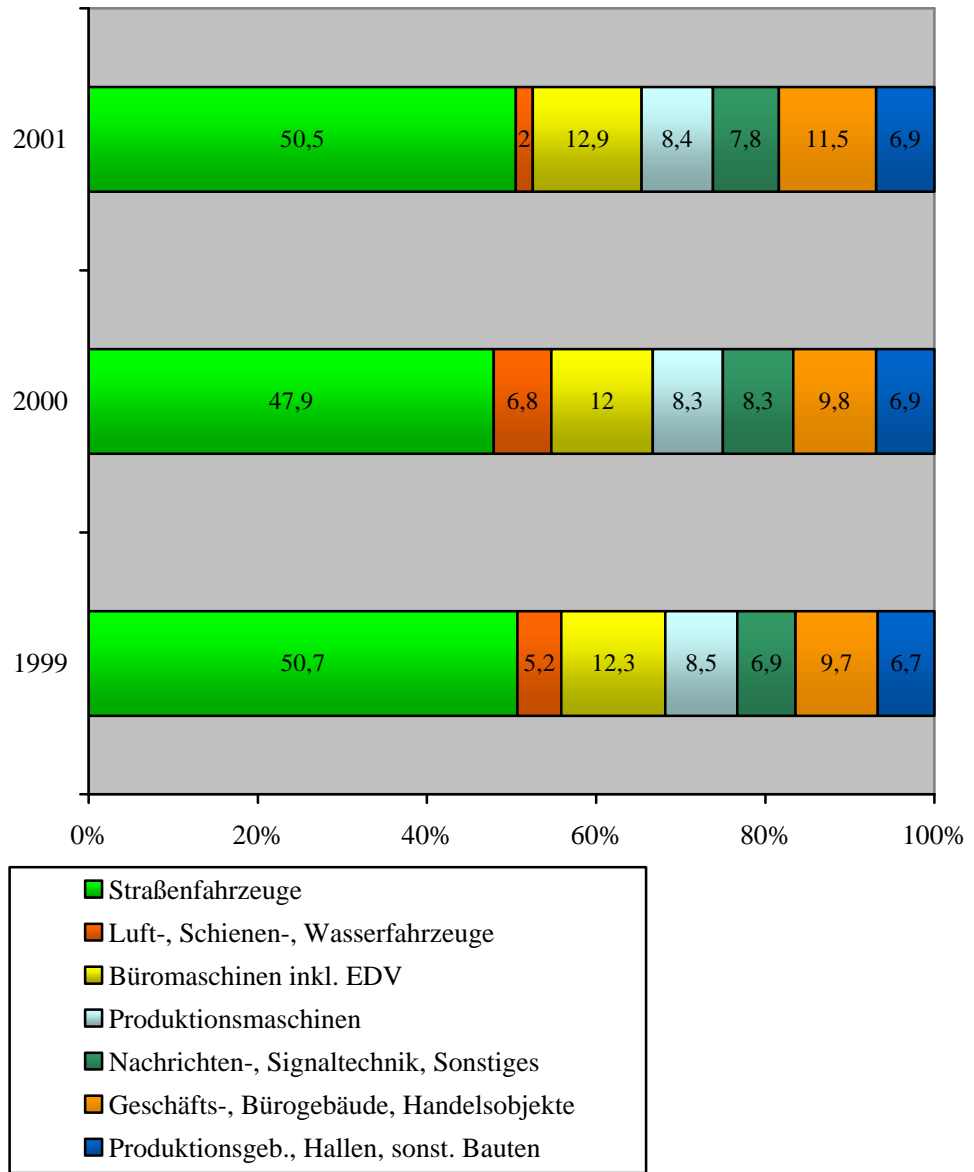
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
■ Gesamtwirt. Ausrüstungsinvest.		1,6	2,3	4,3	9,3	6,6	9,3	-2,2
■ Anteiliges Mobilien Leasing		7	8	10,8	12,1	6,3	8,7	2,7
■ Mobilien Leasing Quote	16,2	17	18	19,1	19,6	19,6	19,5	20,4

Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 5

Die gesamtwirtschaftlichen Ausrüstungsinvestitionen nahmen im Jahr 2001 deutlich mehr ab, als der Anteil des Mobilienleasing an den Ausrüstungskäufen. Die Leasingquote steigt damit jährlich, im Jahr 2001 immerhin von 19,5 auf 20,4 %.

Leasing Güterarten (in Prozent) 1999 - 2001

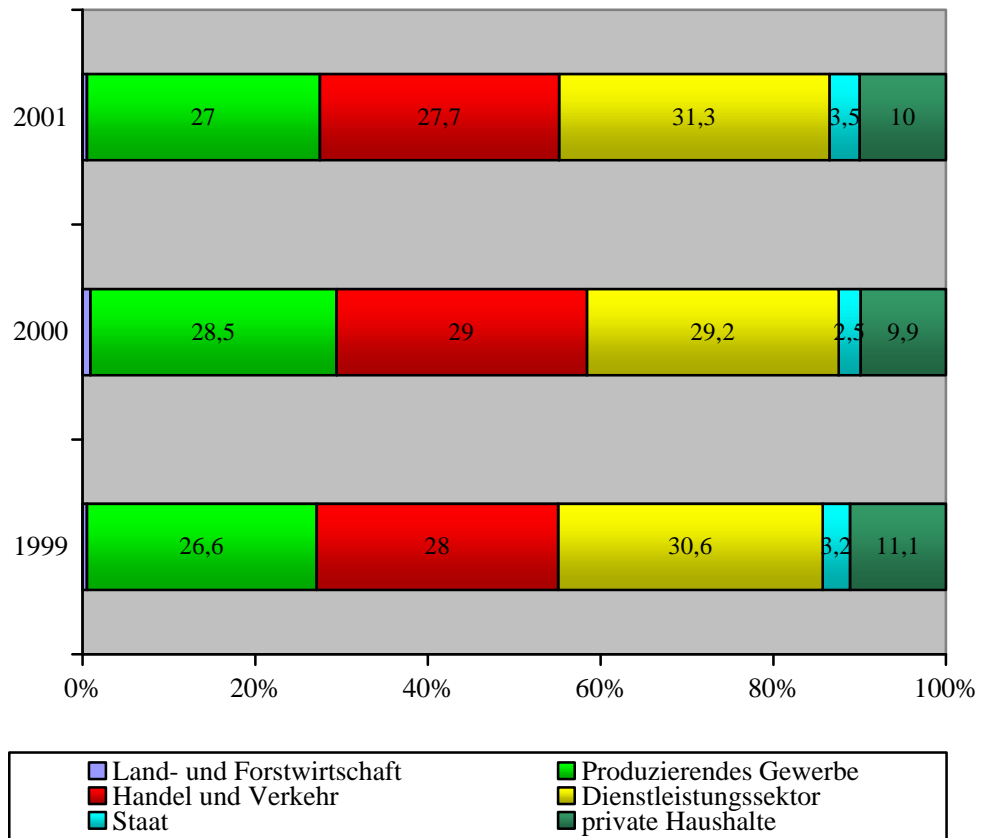


Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 6

Der weitaus größte Anteil der Leasing-Investitionen der Jahre 1999 bis 2001 betrifft den Bereich der Straßenfahrzeuge, gefolgt von Büromaschinen inklusive EDV-Anlagen. Auffallend ist der deutliche Rückgang des Leasing von Luft-, Schienen- und Wasserfahrzeugen im Jahr 2001.

Leasing Kundensegmente (in Prozent) 1999 - 2001



Quelle: „ifo Investitionstest“

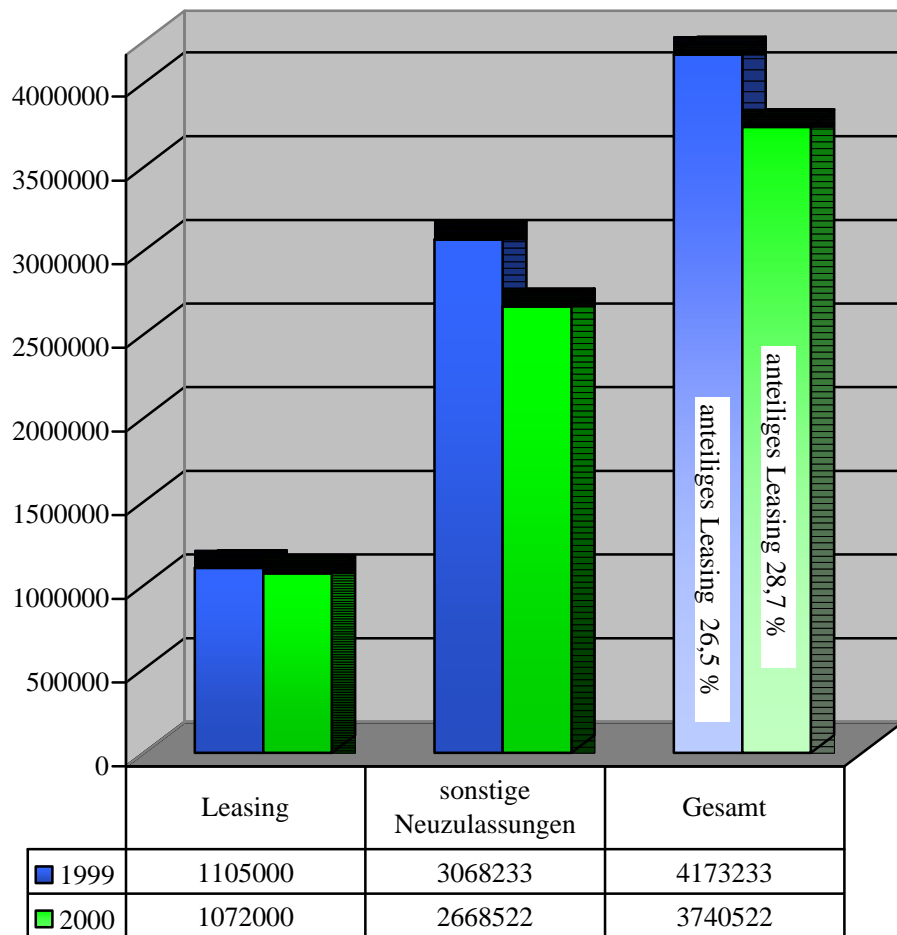
Abb. 7

Der Dienstleistungssektor³³ und die Sektoren Produzierendes Gewerbe und Handel und Verkehr sind die bedeutendsten Leasingkunden. Der leichte Rückgang im Sektor Handel und Verkehr im Jahr 2001 resultiert aus den Auswirkungen der neuen Steuervorschriften, die sich negativ auf das Fondsgeschäft mit Flugzeugen, Schiffen und Eisenbahnen ausgewirkt

³³ Der Dienstleistungssektor erstreckt sich vom Hotel- und Gaststättengewerbe über Rundfunkanstalten, Filmgesellschaften, Internet-Provider, Autovermieter, EDV-Dienstleister, Multimedia-Dienstleister, Reinigungsunternehmen bis hin zu mittelständischen Selbstständigen wie Ärzten, Rechtsanwälten, Maklern und Steuerberatern, vgl. Städtler, FLF 2/2002, 75, 79

haben.³⁴ Der Anteil der privaten Haushalte hat sich in den letzten 3 Jahren relativ konstant gehalten. Er lag 2001 bei einem Anteil von 10 %.

Kraftfahrzeug Leasing 1999 - 2000:
Anzahl Neuzulassungen



Quelle: „ifo Investitionstest“

Abb. 8

Das am meisten geleaste Objekt im privaten Sektor ist eindeutig der PKW. Das Neugeschäft im Kraftfahrzeugleasing litt im Jahr 2000 aber unter dem starken Rückgang der Neuzulassungen: Im Vergleich zu 1999 wurden rund 11% weniger Autos neuzugelassen. Trotzdem bleibt die Anzahl der

³⁴ Schulz, Beil. 4 zu BB 2001, 1, 4

gelesten Neuzulassungen annähernd konstant, sodass sich der Leasinganteil an den Gesamtneuzulassungen um ca. 2 % auf 28,7 % erhöht.

Zur Situation in den neuen Bundesländern

Die Situation in den neuen Bundesländern hinsichtlich des Leasing stellt sich nach einem dynamischen Start nach der Wende wesentlich schlechter dar als in Westdeutschland, und zwar in einem Maße, das überraschend ist. So sind die Leasinginvestitionen im Jahr 2000 um nahezu 20 % zurückgegangen.³⁵ Woran das liegt, ist noch nicht evaluiert. Zum einen liegt es sicherlich daran, dass bei ostdeutschen Unternehmen das Insolvenzrisiko größer ist als bei westdeutschen Firmen. Andererseits wurde nach der Wende in Ostdeutschland zunächst sehr wohl vom Leasing Gebrauch gemacht. Zum anderen sind dafür sicher die staatlichen Förderprogramme verantwortlich, wie z.B. die Investitionszulagenregelung, die Investitionen in Ostdeutschland fördern und massiv in den Wettbewerb auf dem Finanz- Und Dienstleistungsmarkt eingreifen.³⁶ So sind z.B. PKW-Investitionen nicht in staatliche Förderprogramme einbezogen und das PKW-Leasing stößt in Ostdeutschen auf eine rege Nachfrage. Die Leasing-Quote betrug im Jahr 2000 in Ostdeutschland 5 – 6 %, in Westdeutschland 20 %.

³⁵ Städtler, FLF 2/2002, 75, 80

³⁶ Städtler, FLF 2/2002, 75, 80

Kapitel 1: Leasing-Vertragspraxis nach altem Schuldrecht

Um die rechtliche und die daraus resultierende ökonomische Situation, wie sie sich unter dem neuen Schuldrecht darstellt, richtig beurteilen zu können, ist ein Rekurs auf die bisherige Leasingpraxis unerlässlich; sowohl die Strukturmerkmale, wie sie sich unter dem alten Schuldrecht etabliert haben, als auch die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze müssen in groben Zügen dargestellt werden, um sie dann auf die neue Situation übertragen zu können.

A. Strukturmerkmale

I. rechtliche Qualifizierung

Über die rechtliche Qualifizierung des Leasingvertrages ist viel geschrieben und gestritten worden. Die Ansichten gehen weit auseinander und ihre ausführliche Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im hier zu untersuchenden Zusammenhang ist ein Eingehen auf sie auch nur insofern erforderlich, als sie der Bestimmung des AGB-rechtlichen Kontrollmaßstabs zugrunde liegt. Denn typischerweise handelt es sich in Finanzierungsleasingverträgen um vorformulierte Klauseln i.S.v. § 305 I BGB. In der Praxis erfolgt die Ausgestaltung des Leasingvertrages hauptsächlich durch den Leasinggeber; schon das Anbieten eines Leasingvertrages wird als „Dienstleistung“ verstanden. Durch die Standardisierung und Typisierung der Verträge entsteht eine deutliche Ersparnis an Transaktionskosten, was ebenfalls dem Leasingnehmer zugute kommt.

Sollen als Ergebnis dieser Arbeit Klauseln gefunden werden, die eine Risikoverteilung, wie sie das neue Schuldrecht vorschreibt, in Formularverträgen abdingen, so müssen die entwickelten Klauseln den §§ 307 ff. BGB, also dem bisherigen AGB-Gesetz, entsprechen. Den Prüfungsmaßstab für die Inhaltskontrolle von AGB eines Leasingvertrages legt § 307 BGB (früher § 9 AGBG) fest. Danach ist eine Klausel dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (Abs. 1). Wann eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, wird durch Abs. 2 konkretisiert: nämlich dann, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der durch sie verdrängten gesetzlichen dispositiven Regelung unvereinbar ist (Nr. 1), oder wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2). Es ist einleuchtend, dass man also zunächst den Vertragstyp des betreffenden Vertrages bestimmen muss, um die gesetzlichen Regelungen, denen man wesentliche Grundgedanken entnehmen kann, überhaupt erst einmal benennen zu können. Wird ein Vertrag, der keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus entspricht, sondern eine „Mischform“ darstellt, dem Leitbild des Kaufvertrags zugeordnet, ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB andere Wertungen, denen die AGB-Klauseln nicht widersprechen dürfen, als wenn man denselben Vertrag dem Mietrecht zuordnet.

1. Bundesgerichtshof

Seit seiner ersten Entscheidung zum Leasingvertragsrecht im Jahr 1975³⁷ ordnete der BGH den Leasingvertrag in ständiger Rechtsprechung als „atypischen Mietvertrag“ ein mit der Folge, dass für die Rechtsbeziehungen

³⁷ *BGH WM* 1975, 1203 = *NJW* 77, 195 ff.

der Parteien „in erster Linie“ die §§ 535 ff. BGB maßgebend waren. Indem der Leasinggeber vertraglich verpflichtet werde, dem Leasingnehmer den Mietgegenstand zeitlich begrenzt ohne Eigentumserwerbsanwartschaft zur Verfügung zu stellen, hätten die Vertragsparteien selbst eindeutig zu verstehen gegeben, dass sie den Vertrag als Mietvertrag i.S.d. BGB ansehen.³⁸ Da der Unterschied zwischen Kauf und Miete im wesentlichen in der Eigentumsverschaffungspflicht bestehe, die den Verkäufer – anders als den Vermieter – treffe, und da durch den Leasingvertrag dem Leasingnehmer kein Eigentum übertragen wird, werde der Rechtszustand im wesentlichen durch die Gebrauchsüberlassung gekennzeichnet. Dem entspreche, dass der Leasingnehmer nicht eigenständig über die Sache verfügen könne. Entsprechend der Grundstruktur des Mietvertrages zahle der Leasingnehmer die Raten nicht „pro re“, sondern „pro usu rei“.³⁹ Auch wenn anfangs das „Finanzierungsinteresse des Leasinggebers“ als dominant empfunden wurde, ist seit *BGH NJW* 82, 105 ständige Rechtsprechung, dass die Hauptpflicht des Leasinggebers darin bestehe, dem Leasingnehmer für die Dauer des Leasingvertrages den Gebrauch eines mangelfreien Leasinggegenstandes zu verschaffen und auf Zeit zu belassen.⁴⁰ Von dieser Pflicht kann sich der Leasinggeber auch nicht durch AGB freizeichnen.⁴¹ Damit handelt es sich nach Auffassung des BGH⁴² bei dem Finanzierungsleasing um einen atypischen Mietvertrag. Atypisch insoweit, als der Leasinggeber sich von der ihn treffenden mietrechtlichen Gewährleistungspflicht freizeichnet und zum Ausgleich dafür dem Leasingnehmer seine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte einschließlich der Wandelungsbefugnis abtritt; atypisch auch insoweit, als der Leasingnehmer die Leasingsache besser kennt als der Leasinggeber; dies ist beim typischen Mietvertrag anders.

³⁸ *BGH* WM 1975, 1203; WM 1977, 473, 474; WM 1978, 570, 572.

³⁹ *Coester-Waltjen*, Jura 1980, 126.

⁴⁰ z.B. *BGH* WM 1986, 591, 592; ZIP 1987, 1187, 1189.

⁴¹ *BGH* NJW 1982, 105, 106.

⁴² st. Rspr. seit *BGH* NJW 1977, 195, 196; vgl. *BGH* NJW 1990, 1785; NJW 1989, 460, 461, siehe auch *Brunotte*, DRiZ 1990, 398; *Treier*, Beilage 4 zu WM 1992, S. 16 ff.

Der BGH spricht zwar in einem Urteil vom 28. 10. 1981⁴³ vom „Leitbild des Mietvertrages in der Sonderform des Leasingvertrages“ und in einem Urteil vom 31. 3. 1982⁴⁴ vom „Leitbild des Leasingvertrages“, jedoch hat er es vermieden, einen eigenen Vertragstyp zu entwickeln. Auch seine neueren Entscheidungen fußen auf dem Grundsatz, dass auf Finanzierungsleasingverträge „in erster Linie“ Mietrecht anzuwenden sei.⁴⁵ Er widerspricht dezidiert einer Einordnung als Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag, wie sie von Teilen der Literatur empfohlen wird, mit dem Argument, dass der Leasinggegenstand auf Dauer, nicht nur formal und vorübergehend dem Vermögen des Leasinggebers zugeordnet sei.⁴⁶ Dieses vom BGH stereotyp wiederholte „in erster Linie“ impliziert, dass, soweit es den Besonderheiten des Leasingvertragsrechts Rechnung zu tragen gilt, der BGH unbedenklich immer wieder von den Regelungen des Mietrechts abweicht. „In erster Linie“ heißt eben gerade nicht „immer“ oder „unbedingt“. Der Auffassung des BGH folgt ein beträchtlicher Teil der Autoren in der Literatur.⁴⁷

Für den Prüfungsmaßstab der AGB-Kontrolle folgt daraus, dass nach Auffassung des BGH die durch AGB getroffenen Leasingvereinbarungen gem. § 307 II Nr. 1 BGB (§ 9 II Nr. 1 AGBG) an den wesentlichen Grundgedanken der §§ 535 ff. BGB gemessen werden.

2. *Claus-Wilhelm Canaris*

Allerdings findet die Auffassung des BGH im Schrifttum nicht nur Zustimmung. Namentlich *Claus-Wilhelm Canaris* lehnt diese Einordnung

⁴³ *BGH NJW* 82, 870.

⁴⁴ *BGH NJW* 82, 1747.

⁴⁵ *BGH NJW* 84, 2687; *BGH NJW* 86, 179; *BGH NJW* 86, 1744.

⁴⁶ *BGH NJW* 86, 179; *BGH NJW* 85, 1536.

⁴⁷ v. *Westphalen*, Leasingvertrag, Rz. 63 ff.; wohl auch *Palandt-Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rz. 38; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch, Rz. 1791 ff.; *Schmalenbach*, in: *Eberoth/Boujong*

des Leasingvertrags ab und sieht ihn vielmehr als gemischttypischen Vertrag, der sich aus Elementen des Kommissions-, des Darlehens- und des Geschäftsbesorgungsrechts zusammensetzt.⁴⁸ Der Leasinggeber erwerbe den Leasinggegenstand für fremde Rechnung ähnlich wie ein Einkaufskommissionär, da er typischerweise kein eigenes Interesse an dem Leasinggut habe. Aus der Geschäftsbesorgung ergebe sich der Anspruch des Leasinggebers auf Ersatz seiner Aufwendungen nach §§ 675, 670 BGB.⁴⁹ Diese Geldschuld werde in eine Darlehensschuld i.S.d. § 607 II BGB umgewandelt. Das entspricht insofern der Regelung des neuen Schuldrechts, als das Institut des Gelddarlehens durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 488 BGB auch gesetzlich als Regelfall eines Darlehensvertrages normiert wird. Aus Sicherheitsgründen verbleibe das treuhänderische oder treuhänderisch gebundene Eigentum am Leasingobjekt beim Leasinggeber, der - anders als beim Kommissionsvertrag - nur den Besitz, nicht das Eigentum weiterleiten müsse. Der Leasingnehmer handele wie ein Verwahrer des Leasinggegenstandes.

Nach dieser Ansicht ist Prüfungsmaßstab für die AGB-Kontrolle § 307 II Nr. 2 BGB (§ 9 II Nr. 2 AGBG).

3. andere Auffassungen

Es gibt nahezu keinen Vertragstyp, mit dem der Leasingvertrag auch nur von ferne zu tun hat, dessen Vorschriften nicht von irgendjemandem in der Literatur zur Anwendung empfohlen würden.

Joost (Hrsg.), BankR V66; *Sannwald*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 87; *Hiddemann*, WM 78, 834 ff.

⁴⁸ *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 446 ff; *ders.*, Bankvertragsrecht, Rz. 1719; *ders.* ZIP 1993, 402 ff.; ähnlich auch *Roth*, AcP 190 (1990), 292, 301 ff.; *Ulmer-H. Schmidt*, DB 1983, 2558 f.; *Ulmer*, ZIP 1984, 1173.

⁴⁹ *Canaris*, NJW 1982, 305.

So wird z.B. die Anwendung von Kaufvertragsrecht befürwortet,⁵⁰ sei es als Sach-⁵¹, als Rechts-⁵² oder als Ratenkaufvertrag⁵³. Begründet wird dies zum einen mit der leasingtypischen Gewährleistungsregelung, die vom Mietrecht abweicht, als auch damit, dass die Höhe der Leasingraten in aller Regel den Anschaffungswert des Leasinggegenstandes erreicht, sodass man nicht von einem Gebrauchsüberlassungsvertrag, sondern von einem Veräußerungsvertrag ausgehen müsse.⁵⁴ Prüfungsmaßstab für die Kontrolle von leasingvertraglichen AGB sind in diesem Fall die kaufvertraglichen Regelungen der §§ 433 ff. BGB. Die Einordnung als Kaufvertrag wurde früher häufig vertreten, die Tendenz ist aber deutlich abnehmend.⁵⁵

Peter Koch und *Joachim Haag*⁵⁶ vertreten die Auffassung, der Leasingvertrag sei ein Dienstvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist. Demnach dürften die Leasing-AGB keinem wesentlichen Grundgedanken der §§ 611 ff. BGB widersprechen.

Nach *Joachim Borggräfe*⁵⁷ fällt der Leasingvertrag aufgrund des als entscheidend anzusehenden Finanzierungsaspekts unter die kreditvertraglichen Regelungen.

Von einigen Autoren⁵⁸ wird der Leasingvertrag als reines Mietvertragsverhältnis gewertet, da die Leasingraten nicht wie beim Kauf pro re, sondern pro usu rei gezahlt werden und es unerheblich sei, wenn das Leasingobjekt nach Ablauf des Leasingvertrages keinen Wert mehr habe.

⁵⁰ *Ebenroth*, JuS 78, 588, 591 f.; *Papapostolou*, Finanzierungsleasingvertrag S. 52; *Plathe*, Leasing-Geschäft, S. 157; *Lwowski*, Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge – eine Studie zum Leasing, S. 90 ff.; *Littmann*, DStR 1970, 261, 263.

⁵¹ *Littmann*, DStR 1970, 261, 263.

⁵² *Plathe*, BB 1970, 601, 605.

⁵³ *Ebenroth*, JuS 1978, 588, 592; *Fikentscher*, Schuldrecht, S. 485, 488.

⁵⁴ *Ebenroth*, JuS 1978, 588, 593.

⁵⁵ vgl. *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 74.

⁵⁶ *Koch/Haag*, BB 68, 95, 96.

⁵⁷ *Borggräfe*, Zwangsvollstreckung, S. 71 f.

⁵⁸ *Flume*, DB 91, 265; DB 72 4 ff.; *Döllerer*, BB 71, 535, 539; *Blomeyer*, NJW 78, 973 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, BB 82 1142, 1147.

Schließlich wird der Leasingvertrag noch – allerdings in unterschiedlichen Ausgestaltungen - als Vertrag „sui generis“ bezeichnet.⁵⁹ In diesem Fall muss die Inhaltskontrolle der AGB-Klauseln nach § 307 II Nr. 2 BGB (früher § 9 II Nr. 2 AGBG) erfolgen: da es hier keine verdrängten gesetzlichen Bestimmungen gibt, denen ein Grundgedanke entnommen werden kann, muss die Vereinbarkeit der Klauseln mit dem Vertragszweck sowie den wesentlichen Rechten und Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben, geprüft werden.

4. Stellungnahme

Die rechtliche Qualifizierung als gemischt-typischer Darlehens- und Geschäftsbesorgungsvertrag erscheint zweifelhaft. Wenn es zuträfe, dass der Leasinggeber mit der Beschaffung des Leasinggutes ein fremdes Geschäft führt, müsste er dem Leasingnehmer das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herausgeben, §§ 667 BGB, 384 HGB. Das wären dann aber nicht nur Besitz und Gewährleistungsrechte, sondern auch das Eigentum.⁶⁰ Das aber soll nach der leasingtypischen Transaktionsstruktur gerade beim Leasinggeber verbleiben. Die Einordnung als Geschäftsbesorgung entspräche auch nicht den steuerlichen Interessen der Beteiligten,⁶¹ denn der Leasinggeber will den Leasinggegenstand ja in seiner Bilanz aktivieren und Absetzungen für Abnutzung gem. § 5 EStG in Anspruch nehmen, der Leasingnehmer die Leasingraten als Betriebsausgaben gem. § 4 IV EStG absetzen.⁶²

⁵⁹ *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 91 ff.; *Autenrieth*, JA 1980, 409; *Demberg*, Finanzierungsleasing, S. 226; *Klamroth*, BB 1982, 1953 f.; *Ziganke*, BB 1982, 710; *Bernstein*, Mobilien-Finanzierungsleasingvertrag, S. 150; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT, Rz. 255.

⁶⁰ *Wolf*, JuS 2002, 335, 336; *Koch*, Störungen beim Finanzierungs-Leasing, 1981, S. 92 f.

⁶¹ dazu im einzelnen unten Kap. 1 B III und IV.

⁶² *BGHZ* 96, 103, 107; *Lindacher*, JR 1986, 193; *Wolf*, JuS 2002, 335, 336.

Auch der rechtlichen Einordnung als Kaufvertrag kann nicht gefolgt werden. Durch einen Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache zur bedingten oder unbedingten Übertragung des Eigentums an der Kaufsache verpflichtet. Dies widerspricht beim Leasingvertrag aber den Interessen der Beteiligten, denn der Leasinggeber will das Eigentum an der Leasing Sache als Sicherheit behalten und auch der Leasingnehmer will wegen § 39 II Nr. 1 AO gerade nicht Eigentümer der Sache werden.⁶³

In der vorliegenden Arbeit wird davon ausgegangen, dass sich der Finanzierungsleasingvertrag am Leitbild des Mietvertrages orientiert. Ohne in den Streit allzu tief einsteigen zu wollen, seien nur zwei Gründe angeführt: Zum einen hat diese Arbeit einen deutlichen praxisrelevanten Bezug, und diese Praxis orientiert sich nun einmal einhellig an dieser Auffassung des BGH. Zum anderen ist folgendes zu sagen: Wesentlicher Inhalt eines Finanzierungsleasingvertrages ist ebenso wie bei einem Mietvertrag die entgeltliche Gebrauchsüberlassung. Allein dies ist maßgebend für den Typus Mietvertrag. Denn bei dem „Mietvertrag“ i.S.d. § 535 BGB handelt es sich um einen Typus, nicht etwa um einen Begriff, der durch gesetzlich festgelegte Merkmale abschließend definiert ist.⁶⁴ Das Atypische des Mietvertrages liegt in der Finanzierungsfunktion des Leasinggebers sowie in der unbedingten Verpflichtung des Leasingnehmers, dem Leasinggeber für die volle Amortisation einzustehen, sei es durch Zahlung der Leasingraten beim Vollamortisationsvertrag, sei es durch Zahlung einer Abschlusszahlung beim Teilamortisationsvertrag.⁶⁵ Insofern ist es berechtigt, den Finanzierungsleasingvertrag als atypischen Mietvertrag einzustufen, zumal dadurch den am Leasinggeschäft Beteiligten wegen der Orientierung an

⁶³ vgl. dazu *v. Westphalen*, BB 1988, 1829ff.

⁶⁴ Zur Abgrenzung von „Begriff“ und „Typus“: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 461, 467; *Wolf*, JuS 2002, 335, 336.

⁶⁵ *BGH* NJW 1990, 2016, *MüKo-Habersack*, Leasing, Rz. 21; *Seifert*, in: *Eckstein u.a.* (Hrsg.), Leasing, S. 40.

einem gesetzlichen Leitbild ein hohes Maß an Rechtssicherheit vermittelt wird.⁶⁶

II. Verknüpfung von Leasing- und Kaufvertrag

Die Verknüpfung von Leasing- und Kaufvertrag tritt insbesondere dann zu Tage, wenn das dem Leasingnehmer gelieferte Leasingobjekt mangelhaft ist.

1. Abtretungskonstruktion

Bisher hat sich die Situation für den Leasingnehmer bei Vorliegen eines Mangels am Leasingobjekt typischerweise folgendermaßen dargestellt: Von den mietrechtlichen Gewährleistungsansprüchen, die er eigentlich gem. § 537 BGB gegen den Leasinggeber gehabt hätte, da die Mangelfreiheit einer vermieteten Sache grundsätzlich zu den Erfüllungspflichten des Vermieters gehört,⁶⁷ hatte sich der Leasinggeber durch AGB freigezeichnet. Dafür hatte der Leasinggeber ihm die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche, die ihm gegen den Lieferanten zustanden, abgetreten (sog. „Abtretungskonstruktion“). Dies musste vorbehaltlos, unmittelbar und unbedingt geschehen, insbesondere im Wege der Zession. Andernfalls scheiterte die Freizeichnung nach Ansicht des BGH am bisherigen § 9 I AGBG.⁶⁸ Wörtlich führte der BGH dazu aus:⁶⁹

„Der Leasinggeber, der ohne eine abweichende vertragliche Regelung für die Gebrauchsfähigkeit der Leasingsache einzustehen hätte, kann sich [...] von dieser Haftung auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen freizeichnen. Voraussetzung für die Angemessenheit und damit Wirksamkeit

⁶⁶ so auch *Wolf*, JuS 2002, 335, 336.

⁶⁷ *Palandt-Weidenkaff*, § 536 Rz. 6.

⁶⁸ Denn dann wäre der Leasingnehmer in Relation zu seinen Rechten aus §§ 535 ff. BGB unangemessen benachteiligt worden.

⁶⁹ *BGH NJW* 1987, 1072, 1073.

(§ 9 I AGBG) einer solchen, der typischen Interessenlage beim Leasingvertrag entsprechenden Vertragsgestaltung ist aber, dass der Leasingnehmer nicht rechtlos gestellt wird, sondern Sachmängelansprüche nach kaufrechtlichem Vorbild unmittelbar gegenüber dem Lieferanten der Leasingsache geltend machen kann.“

In der Abtretung enthalten war regelmäßig zugleich die Ermächtigung⁷⁰ des Leasingnehmers, den Lieferanten auf Rückzahlung des Kaufpreises an den Leasinggeber in Anspruch zu nehmen.⁷¹ Mit dieser sog. Drittverweisungsklausel erklärte der Leasinggeber zugleich, dass er das Ergebnis dieser Auseinandersetzung zwischen Leasingnehmer und Lieferanten gegen sich gelten lasse.⁷² Andernfalls würde die Gewährleistungsregelung leer laufen und der Leasingnehmer im Ergebnis rechtlos gestellt,⁷³ da ihm unmittelbare eigene Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten ja nicht zustanden. Wörtlich führte der Bundesgerichtshof dazu aus:⁷⁴

„Wer sich als Leasinggeber von der eigenen Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff. BGB) umfassend freizeichnet und dem Leasingnehmer als Ausgleich dafür die ihm als Käufer aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrag zustehenden kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche abtritt bzw. ihn zur ausschließlichen Geltendmachung dieser Ansprüche im eigenen Namen ermächtigt, erklärt damit zugleich, dass er die rechtlichen Folgen, die sich aus der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte durch den Leasingnehmer ergeben, als für sich verbindlich hinnimmt. [...] Wäre die Klausel nicht so auszulegen, so würde der Leasingnehmer in unangemessener Weise

⁷⁰ Der Leasinggeber konnte den Leasingnehmer auch zur Geltendmachung dieses Anspruchs verpflichten mit der Folge, dass sich der Leasingnehmer nicht auf die Mangelhaftigkeit berufen konnte, wenn er seiner Verpflichtung nicht nachkam, MüKo-Habersack, Leasing Rz. 70.

⁷¹ MüKo- Habersack, Fn. 257 nachgucken.

⁷² st. Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1982, 105; NJW 1991, 1746; NJW 1994, 577, anders nur bei kollusivem Zusammenwirken von Leasingnehmer und Lieferant, BGH DB 1986, 1168 f.

⁷³ Wolf/Eckert/Ball, Handbuch, Rz. 1933.

rechtlos gestellt, mit der Folge, dass damit die eigene Freizeichnung des Leasinggebers von der ihn treffenden Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff.) unwirksam wäre.“

2. Ratenzahlungspflicht des Leasingnehmers

Der Leasingnehmer war durch die Freizeichnung des Leasinggebers im Rahmen der leasingtypischen Abtretungskonstruktion verpflichtet, zunächst Ansprüche aus dem Liefervertrag gegen den Lieferanten geltend zu machen und Wandelung bzw. Minderung des Kaufvertrages und Zahlung an den Leasinggeber zu verlangen.⁷⁵ Der Leasingnehmer konnte nicht sofort bei Vorliegen eines Mangels unter Berufung auf § 320 BGB oder die allgemeine Mängelrüge die Zahlung der Leasingraten an den Leasinggeber einstellen. Der BGH führte wörtlich dazu aus:⁷⁶

„Bei dieser Vertragslage [Freizeichnung des Leasinggebers von der mietrechtlichen Sachmängelhaftung und Abtretung seiner kaufrechtlichen Ansprüche gegen den Lieferanten, d.V.] konnten die Beklagten die von ihnen behauptete Unbrauchbarkeit [der Leasingssache, d.V.] nicht unmittelbar dem Leasingratenanspruch der Klägerin entgegenhalten. Sie waren darauf angewiesen, entsprechend der Regelung im Kaufvertrag zunächst von der Lieferantin Nachbesserung und bei deren Erfolglosigkeit die Zustimmung zur Wandelung zu fordern und einzuklagen.

Beim gegenseitigen Vertrag ergibt sich ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB. Beim Finanzierungsleasing sind Leasinggeber und Lieferant grundsätzlich vorleistungspflichtig, d.h., der Leasingnehmer muss die Leasingraten erst zahlen, wenn der Lieferant die Waren vollständig und ord-

⁷⁴ BGH NJW 1982, 105, 106.

⁷⁵ v. Westphalen, Leasingvertrag, Rz. 510; Beckmann, in: Büschgen, Leasing, § 10 Rz. 7.

⁷⁶ BGHZ 97, 135, 140.

nungsgemäß an den Leasingnehmer ausgeliefert hat und der Leasingnehmer ihm dies auf der Übernahmebestätigung des Leasinggebers bescheinigt hat. Vor diesem Zeitpunkt besteht kein Anspruch des Leasinggebers auf Zahlung. Auch der Anspruch des Lieferanten gegen den Leasinggeber auf Zahlung des Kaufpreises wird erst fällig mit Vorlage dieser Abnahmebestätigung. Erst wenn der Leasingnehmer vorbehaltlos die vollständige und ordnungsgemäße Lieferung bestätigt, wird der Leasingvertrag in Vollzug gesetzt, und die Leasingraten sind zu zahlen.⁷⁷

Bei Vorliegen eines Mangels der Leasingsache kommt für den Leasingnehmer die Einrede des § 320 BGB in zweifacher Hinsicht in Betracht: Zum einen im Rahmen des atypischen Mietvertrages, da die Mangelfreiheit der vermieteten Sache zu den Hauptpflichten des Vermieters gehört.⁷⁸ Liegt ein Mangel vor, hat der Mieter einen klagbaren Anspruch aus § 535 I, 2 BGB, und ihm steht grundsätzlich die Einrede aus § 320 BGB zu.⁷⁹ Da sich der Leasinggeber jedoch im Rahmen der leasingtypischen Abtretungskonstruktion gerade von seinen mietvertraglichen Pflichten freigezeichnet hat, ist insoweit logischerweise auch für die Anwendung des § 320 BGB kein Raum.⁸⁰

Etwas komplizierter sieht die Lage im Rahmen des Kaufvertrages aus. Da die Leasingvertragsstruktur auf zwei nebeneinander bestehenden synallagmatischen Verträgen basiert, kann nämlich auch hier ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB entstehen.⁸¹ Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist, dass der primäre Erfüllungsanspruch auch in der Gewährleistungssituation fortbesteht.⁸² Dies konnte bislang zum einen vorkommen bei

⁷⁷ MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 39, 55.

⁷⁸ s.o. Fn. 39.

⁷⁹ Palandt-Weidenkaff, § 535 Rz. 31.

⁸⁰ MüKo-Emmerich, BGB, 4. Aufl., 2001, § 320 Rz. 11; MüKo-Habersack, Leasing Rz. 74; Gebler/Müller, ZBB 2/02, 107, 110.

⁸¹ Dies übersieht v. Westphalen, ZIP 2001, 2258 ff.

⁸² Palandt-Heinrichs, Einf. V. § 320 Rz. 14 f.

Vereinbarung eines vertraglichen Nachbesserungsrechts, zum anderen im Fall des § 480 BGB a.F. In beiden Fällen ordnete man den Nachbesserungsanspruch dogmatisch als modifizierten Erfüllungsanspruch ein.⁸³

Dieses kaufrechtliche Zurückbehaltungsrecht steht dem Leasinggeber als Vertragspartei des Kaufvertrages zu und ist von der Abtretungskonstruktion nicht tangiert. Denn bei § 320 BGB handelt es sich dogmatisch um eine unselbständige Einwendung, das heißt, sie ist nur eine Verteidigungsposition, um Ansprüche abzuwehren. Abtretbar nach § 398 BGB sind aber nur Ansprüche und Forderungen.⁸⁴ Unselbständige Einwendungen können also von der Abtretungskonstruktion gerade nicht erfasst werden.

Damit steht fest, dass dem Leasingnehmer kein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zustand. Dies war für den Leasingnehmer untragbar. Der Bundesgerichtshof führte dazu folgendes aus:⁸⁵

„ ... bliebe der Leasingnehmer für die Dauer des Gewährleistungsprozesses, auf dessen Beschleunigung er nur bedingt Einfluss hat, zur Zahlung der Leasingraten ohne entsprechende Gegenleistung verpflichtet; eine dermaßen unangemessene Benachteiligung würde aber notwendig – das folgt aus § 9 AGB-Gesetz – dazu führen, dass die formularmäßige Freizeichnung des Leasinggebers von seiner eigenen Gewährleistungspflicht (§§ 537 ff. BGB) unwirksam wäre.“

Deshalb wurde dem Leasingnehmer vertraglich ein modifiziertes mietrechtliches Gewährleistungsrecht zugebilligt: Ihm wurde vertraglich ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Leasingraten gegeben, allerdings nicht bereits bei Vorliegen eines Mangels der Leasingsache, wie dies bei der

⁸³ BGH NJW 1999, 2884, 2885; NJW 1995, 187, 188; Palandt-Heinrichs, § 480 Rn.2, 4; MüKo-Westermann, BGB, § 480 Rn. 1.

⁸⁴ MüKo-Emmerich, BGB, § 320 Rn. 30; zu den Gestaltungsrechten siehe unten Kap. 2 E III 2. e).

⁸⁵ BGH NJW 1982, 105, 107.

gesetzlichen mietrechtlichen Gewährleistung der Fall gewesen wäre, sondern typischerweise erst mit Erhebung der Wandelungsklage.

Zu beachten ist, dass auch nicht die Wandelungserklärung gegenüber dem Lieferanten den Leasingnehmer von seiner Ratenzahlungsverpflichtung gegenüber dem Leasinggeber befreite. Dies war erst dann der Fall, wenn der Lieferant sich mit der Wandelung einverstanden erklärte und sie damit vollzogen war, oder der Leasingnehmer sein Recht auf Wandelung gerichtlich geltend machte. Dazu der BGH:⁸⁶

„Die Befreiung von ihren Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag konnten sie nur erreichen, wenn die Wandelung vollzogen und dem Leasingvertrag dadurch die Grundlage entzogen wurde [...].“

Wurde die Wandelungsklage nicht erhoben, war der Einwand des Leasingnehmers nicht schlüssig und der Leasinggeber konnte seinen Zahlungsanspruch in einem Prozess durchsetzen.⁸⁷

3. Auswirkungen der Wandelung auf den Leasingvertrag

Kauf- und Leasingvertrag sind aufgrund der Dreiecksbeziehung beim Finanzierungs-Leasinggeschäft wirtschaftlich eng miteinander verzahnt. Dies wirkt sich insbesondere dann aus, wenn Leistungsstörungen des Kaufvertrages vorliegen. Art und Umfang dieser Auswirkungen sind, ausgehend von der unterschiedlichen Bestimmung der Rechtsnatur des Leasingvertrages, sehr umstritten.⁸⁸

⁸⁶ BGHZ 97, 135, 140.

⁸⁷ BGH NJW 1985, 796.

a) Theorie der Geschäftsgrundlage

Der BGH⁸⁹ und der überwiegende Teil des Schrifttums⁹⁰ sehen in dem Bestehen des Kaufvertrages die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages.⁹¹ Ist die Leasingsache mangelhaft, gleichgültig, ob der Mangel schon bei Vertragsschluss vorlag oder erst später eintrat, kann der Leasingnehmer mit ihr nicht arbeiten und keinen Gewinn zur Bezahlung der Leasingraten erwirtschaften. Genau dies aber sei Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages, sodass die Wandlung des Kaufvertrages mit dem Lieferanten zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages führen müsse. Da das Fehlen oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nicht zur Auflösung des Vertrages führt,⁹² musste nach § 242 BGB eine Anpassung des Leasingvertrages vorgenommen werden. Dieser wurde dadurch Rechnung getragen, dass die Verpflichtung des Leasingnehmers zur Ratenzahlung von Anfang an entfiel.⁹³

Nach bisheriger Rechtslage war die Wandelungsklage so ausgestaltet, dass der Käufer nach § 465 BGB a.F. zunächst in einem ersten Schritt das Einverständnis des Verkäufers mit der Rückabwicklung des Vertrages prozessual erwirken musste, welches nach § 894 ZPO erst mit der Rechtskraft des Urteils vollstreckt war. Erst in einem zweiten Schritt konnte er dann auf Rückabwicklung des Vertrages klagen. Da dies umständlich war und die Wahrnehmung seiner Rechte unnötig erschwerte, ermöglichte die

⁸⁸ vgl. nur den Überblick bei *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch, Rz. 1933 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. I, S. 166 ff.; dogmatisch instruktiv: *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 163 ff.

⁸⁹ *BGH NJW* 94, 516; 90, 314; 86, 1744; 85, 129.

⁹⁰ *Büschgen*, in: *Büschgen* (Hrsg.), *Praxishandbuch Leasing*, § 11 Rz.1; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch, Rz. 1937 ff., v. *Westphalen*, *Leasingvertrag*, Rz. 508; *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I, S. 172 ff.

⁹¹ a.A. z.B. *Lieb*, DB 1988, 2496; *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 416 ff.

⁹² *BGHZ* 89, 238; *BGH NJW* 84, 1747.

⁹³ *BGH WM* 1985, S. 227.

Rechtsprechung dem Käufer, die Durchsetzung seiner Rechte aus §§ 459, 462 und 467 BGB a.F. in einem Prozess zu verbinden.⁹⁴

Hatte der Leasinggeber den Leasingnehmer bei Erhebung der Wandelungsklage bereits auf Zahlung verklagt, so wurde der Zahlungsprozess gem. § 148 ZPO bis zur Entscheidung im Wandelungsverfahren ausgesetzt.⁹⁵ Unterlag der Leasingnehmer mit seinem Wandelungsbegehren, waren die Verzugsvoraussetzungen gegeben und dem Leasinggeber standen die Rechte aus § 326 BGB zu.⁹⁶ Insofern barg die Wandelungsklage für den Leasingnehmer das Risiko, im Fall seines Unterliegens dem Leasinggeber dessen Verzugschaden ersetzen zu müssen; dies schützte den Leasinggeber vor allzu leichtfertigen Wandelungserklärungen des Leasingnehmers.

b) „Unmöglichkeitstheorie“

Nach anderer Ansicht⁹⁷ führte der Vollzug der Wandelung zur nachträglichen Unmöglichkeit der Hauptpflicht des Leasinggebers und damit zur Anwendung der §§ 275 ff. und 323 ff. BGB. Der Leasinggeber werde von seiner Gebrauchsüberlassungspflicht gem. § 275 BGB frei, da die Leasingsache aufgrund der vollzogenen Wandelung dem Lieferanten herauszugeben ist. Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung verliere der Leasinggeber dadurch aber seinen Anspruch auf die Zahlung der Leasingraten. Hat der Leasinggeber die Unmöglichkeit verschuldet, stünden dem Leasingnehmer die Rechte aus §

⁹⁴ Palandt-*Putzo*, § 465 Rz. 3 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

⁹⁵ *BGH* WM 1985, S. 228.

⁹⁶ Nach *BGH* NJW-RR 1990, 1426 ff. bezieht sich die Abtretung aller Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche nicht auf die Ansprüche gem. § 326 BGB, diese verbleiben beim Leasinggeber.

⁹⁷ vgl. *Emmerich*, JuS 1990, S. 7; *Hager*, AcP 190 (1990), 324, 340; *Fehl*, Finanzierungsleasing und Bauherrenmodell, S. 101; *Staudinger-Emmerich*, vor §§ 535, 536, Rz. 117; *Demberg*, Finanzierungsleasing, S. 240.

325 BGB zu: er könne vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

c) Kündigungstheorie

Nach einem wiederum anderen Ansatz⁹⁸ bleibt der Leasingvertrag in seinem Bestand von einer Durchführung der Wandelung völlig unberührt, dem Leasingnehmer stünde allerdings mit Vollzug der Wandelung ein Recht zur fristlosen Kündigung (mit Wirkung ex nunc) zu.⁹⁹

d) Stellungnahme

Da der Leasingvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt,¹⁰⁰ hätte es nahe gelegen, dem Leasingnehmer das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 542 BGB a.F. einzuräumen, da doch die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen im Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung subsidiär ist.¹⁰¹ Die Rechtsprechung hat aus §§ 554a, 646, 723 BGB a.F. den allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt werden können.¹⁰² Ein solch wichtiger Grund soll z.B. dann vorliegen, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben,¹⁰³ und insbesondere dann, wenn die Durchführung des Vertrages erheblich gefährdet und das Festhalten am

⁹⁸ Vgl. *Bernstein*, Mobilien-Finanzierungsleasingvertrag, S. 222, *Lieb*, JZ 1982, 562; in sich etwas widersprüchlich *Canaris* NJW 1982, 305 f.; *ders.* Bankvertragsrecht, Rz. 1744.

⁹⁹ *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 167 ff.; *Bernstein*, Mobilien-Finanzierungsleasingvertrag, S. 218; *Sannwald*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 182; *Papapostolou*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 92.

¹⁰⁰ *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 446.

¹⁰¹ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 393; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 422; *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 128 ff.; *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 173.

¹⁰² *MüKo-Kramer*, vor § 241 Rz. 88, *MüKo-Roth*, § 243, Rz. 583.

¹⁰³ *Palandt-Weidenkaff*, Einleitung vor § 241 Rz. 19.

Vertrag den Parteien nicht mehr zumutbar ist.¹⁰⁴ Damit sind die Voraussetzungen des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der außerordentlichen Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen größtenteils identisch. Dies findet seine Entsprechung im neuen Schuldrecht, da beide Rechtsinstitute in aufeinanderfolgenden Vorschriften (§§ 313, 314 BGB) behandelt werden. An die Unzumutbarkeitsgrenze bei Dauerschuldverhältnissen sind allerdings geringere Anforderungen zu stellen als bei vorübergehenden Verträgen.¹⁰⁵

Spätestens mit dem Vollzug der Wandelung wird dem Leasingnehmer die Nutzungsmöglichkeit des Leasingobjekts entzogen, der Leasinggeber verliert sein Eigentum an dem Leasinggegenstand, das auf den Lieferanten zurückzuübertragen ist, und geht seiner Kreditsicherheit verlustig. Damit steht für beide Parteien fest, dass der jeweilige Vertragszweck, den sie mit dem Vertrag angestrebt haben, nicht mehr erreicht werden kann: Der Leasingnehmer kann den mit dem Leasingvertrag angestrebten „pay-as-you-earn“-Effekt nicht mehr erreichen, der Leasinggeber seine Finanzierungsfunktion nicht mehr ausüben. Somit wäre für beide Vertragsparteien ein Festhalten am Vertrag unzumutbar, jedem von ihnen stünde ein außerordentliches Kündigungsrecht zu, seine Ausübung führte zu einer Vertragsbeendigung mit Wirkung ex nunc.¹⁰⁶

Insofern ist es bemerkenswert,¹⁰⁷ dass der BGH in ständiger Rechtsprechung erklärt, im speziellen Fall des Leasingvertrags fehle bei vollzogener Wandelung dem Leasingvertrag von Anfang an die Geschäftsgrundlage, der

¹⁰⁴ BGH, NJW 1951, 836.

¹⁰⁵ Leible, Finanzierungsleasing, S. 173; Haarmann, Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 129.

¹⁰⁶ diese Ansicht vertritt z.B. Leible, Finanzierungsleasing, S. 173 ff.

¹⁰⁷ und heftig kritisiert, vgl. Leible, Finanzierungsleasing, S. 167 ff.; zweifelnd auch Brunotte, DRiZ 1990, 400; v. Westphalen, Leasingvertrag, Rz. 504.

Leasingvertrag sei deshalb rückabzuwickeln. Der Bundesgerichtshof führt dazu wörtlich aus:¹⁰⁸

„Setzt er [d.i. der Leasingnehmer, d.V.] sich mit seinem Wandlungsbegehren durch, so erweist sich angesichts der nunmehr erforderlich werdenden Rückabwicklung des Kaufvertrages (§§ 467, 346 BGB), dass dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage fehlte.“

Damit erklärt der BGH das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für einschlägig statt das der außerordentlichen Kündigung. Er sieht es als Konsequenz der Ersetzung der mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche durch die kaufrechtlichen, dass der Leasingnehmer mit dem Kündigungsrecht aus § 542 BGB a.F. ausgeschlossen sei.¹⁰⁹

4. Rückabwicklung nach Wandelungsvollzug

a) Kaufvertrag

Die Rückabwicklung des Kaufvertrages hat zwischen Leasinggeber und Lieferant zu erfolgen.¹¹⁰ Der Leasinggeber muss den Leasinggegenstand rückübereignen. In der Regel geschieht das mit Hilfe des Leasingnehmers als Erfüllungsgehilfen. Der Lieferant hat den Kaufpreis zurückzuzahlen. Beide Verpflichtungen sind gem. §§ 467, 348 BGB a.F. Zug um Zug zu erfüllen.

¹⁰⁸ vgl. BGHZ 68, 115, 126 = NJW 1977, 848.

¹⁰⁹ BGH ZIP 1993, 130; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch, Rz. 1939.

b) Leasingvertrag

Obwohl grundsätzlich auch bei Wegfall der Geschäftsgrundlage die Rechtsfolgen nur ex nunc eintreten,¹¹¹ sollten sie dies nach Auffassung des BGH im Leasingvertragsrecht ex tunc tun.¹¹² So entschied der BGH 1982, wenn die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages wegen eines bereits bei Übergabe des Leasingobjekts vorhandenen Mangels nicht erst nachträglich für die Zukunft weggefallen sei, sondern sich als von vornherein nicht vorhanden erwiesen habe, dann sei der Leasingvertrag an das Fehlen der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB dergestalt anzupassen, dass bereits „von Vertragsschluss an“ eine Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten weg falle. Wörtlich führt der BGH dazu aus:¹¹³

„Daraus folgt jedoch nicht, dass die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages erst mit Vollzug der Wandelung des Kaufvertrages wegfällt und erst von diesem Zeitpunkt an der Leasingnehmer von seiner Zahlungspflicht frei wird. Entscheidend ist vielmehr, dass im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses die Parteien einander so zu stellen haben, als sei der Kaufvertrag von vornherein nicht zustande gekommen (§§ 467, 346 BGB). Die Geschäftsgrundlage, auf die der Leasingvertrag nach den bei Vertragsabschluss zutage getretenen Vorstellungen beider Parteien aufbaut, [...], ist mithin nicht nachträglich für die Zukunft weggefallen, sondern hat sich mit der Wandelung des Kaufvertrages als von vornherein nicht vorhanden erwiesen. Dem hat die dadurch notwendig werdende, an dem Gebot von Treu und Glauben auszurichtende Anpassung des Leasingvertrages mit der Maßgabe Rechnung zu tragen, dass bereits von Vertrags-

¹¹⁰ MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 83.

¹¹¹ Grundsätzlich führt der Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zur Auflösung des Vertrages, sondern zur Anpassung seines Inhalts an die veränderten Verhältnisse, vgl. Palandt-Heinrichs, § 242 Rz. 130; logischerweise ist dies nur ex nunc möglich.

¹¹² BGHZ 68, 118, 126; 81, 299, 306 f.; 109, 139, 142 ff., kritisch hierzu: Canaris, AcP 190 (1990), 410, 424 ff.

¹¹³ BGH NJW 1982, 105, 107.

schluss an eine Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten – Äquivalent für die Bereitstellung einer mangelfreien Leasingsache – wegfiel.“

Während der Bundesgerichtshof noch in BGHZ 81, 298 die Ansicht vertrat, dass der Leasingnehmer, wenn er das Leasingobjekt zunächst in Gebrauch genommen und tatsächlich genutzt habe, „zunächst zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet“ bliebe, distanzierte er sich später ausdrücklich von dieser Auffassung und entschied 1984¹¹⁴, dass nach Vollzug der Wandelung

„der Anspruch des Leasinggebers auf Zahlung der Leasingraten wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage von Anfang an auch dann (entfällt), wenn die Leasingsache zeitweilig oder teilweise benutzt werden konnte (Abweichung von BGHZ 81, 298).“

Wurde die Wandelung des Liefervertrages vollzogen, so entfiel also zugleich von Anfang an die Geschäftsgrundlage des Finanzierungsleasingvertrags; die bereits gezahlten Leasingraten waren nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln.¹¹⁵ Der Leasinggeber konnte nur versuchen, sich beim Lieferanten schadlos zu halten und Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Diese Grundsätze galten entsprechend, wenn der Leasingnehmer nicht Wandelung, sondern Minderung verlangte,¹¹⁶ nicht hingegen, wenn der Leasingnehmer statt der Wandelung Nachbesserung der Leasingsache forderte.¹¹⁷ In diesem Fall blieb der Leasingvertrag unberührt, sodass der Leasingnehmer zur Zahlung der Leasingraten weiter verpflichtet blieb. Ein kaufrechtlicher Nachbesserungsanspruch war im alten Recht gesetzlich allerdings nicht vorgesehen. Der Leasingnehmer konnte nur dann einen Anspruch auf Nachbesserung

¹¹⁴ BGH NJW 1985, 796.

¹¹⁵ BGH ZIP 1990, 175, 177; kritisch zu diesem dogmatischen Ansatz Wolf/Eckert/Ball, Handbuch, S. 526 Fn. 182.

¹¹⁶ Beckmann, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, 1998, § 10 Rz. 127.

¹¹⁷ Gebler/Müller, ZBB 2/02, 107, 109; Martinek, Moderne Vertragstypen Bd. I, S. 185 f.

geltend machen, wenn dies in dem Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant vertraglich vereinbart worden war.

B. Betriebswirtschaftliche Aspekte

Für Leasinggeber und Leasingnehmer hat das Leasing entscheidende Vorteile: Leasing bindet beim Leasingnehmer kein Kapital, und er kann das Leasingobjekt genauso nutzen, als hätte er es gekauft und bar bezahlt. Dadurch schont er sein Eigenkapital, was ihm Liquiditätsvorteile verschafft. Allerdings trägt er auch das Risiko der Leasingratenzahlung, selbst wenn sich das Leasingobjekt wider Erwarten als für ihn unbrauchbar erweist,¹¹⁸ während er als Käufer und damit Eigentümer das Leasingobjekt – ggf. mit einem gewissen Verlust - verkaufen und den Erlös reinvestieren könnte. Wird aber im Gegenteil das Leasinggeschäft für den Leasingnehmer unerwartet erfolgreich, kann er also mit Hilfe des Leasinggutes größere Gewinne erzielen als angenommen, darf er auch den Profit nach Hause tragen, da die Leasingraten immer gleich hoch bleiben.

Durch die Standardisierung der Leasingverträge und seine Eigentümerposition ist es dem Leasinggeber möglich, auch ohne groß angelegte aufwendige Untersuchungen der Bonität der einzelnen Leasingnehmer mit einer großen Zahl von Leasingnehmern Verträge zu schließen und dadurch eine Risikodiversifikation herbeizuführen (Portfoliobildung). Denn selbst wenn sich die Verträge in Größenumfang und Risiko voneinander unterscheiden, verringert sich das Risiko für den Leasinggeber, sofern er durch einen Pool an weitgehend standardisierten Leasingverträgen mehr Geld spart, als er verliert. Außerdem kann er seine Forderungen gebündelt leichter zur Refinanzierung an eine Bank verkaufen, da das Risiko des

¹¹⁸ In aller Regel ist ein Finanzierungsleasingvertrag nicht kündbar.

Zahlungsausfalls eines einzelnen Leasingnehmers nicht mehr so schwer wiegt.

I. „Rein“ finanzierungstechnische Aspekte für den Leasingnehmer

In finanzierungstechnischer Hinsicht ist für das Leasing zunächst kennzeichnend, dass für die Nutzung eines Wirtschaftsgutes ein Zahlungsstrom über mehrere Perioden hinweg zu leisten ist und nicht wie beim typischen Kaufvertrag eine einmalige Zahlung für den Eigentumserwerb. Darüber hinaus ist die bilanz- bzw. steuerrechtliche Zuordnung des Eigentums beim Leasing für die Finanzierungspolitik eines Unternehmens bedeutsam.

Formal betrachtet sind die Leasingraten Entgelt für die Nutzungsüberlassung und nicht wie der Kaufpreis Entgelt für die Eigentumsverschaffung. Wie sehr sich jedoch diese scheinbar klare Grenze letztlich verwischt, zeigt das Vollamortisationsleasing im Vergleich mit einer Kaufpreisfinanzierung via Bankkredit. Beim Typus Vollamortisationsleasing¹¹⁹ bemessen sich die Leasingraten dergestalt, dass der Leasingnehmer während der Grundmietzeit dem Leasinggeber den gesamten Anschaffungspreis vergütet sowie einen Aufschlag, der die laufenden Kosten des Leasinggebers (Zinsen, Steuern, Verwaltungskosten) und den Gewinn umfasst. Die Höhe der Leasingraten ist damit logischerweise abhängig von der Laufzeit des Vertrages und vom Objektwert: Bei längerer Laufzeit wird das höhere Delkredererisiko und der höhere Zinsaufwand und bei großen Leasingobjekten der vergleichsweise geringere Verwaltungsaufwand berücksichtigt.¹²⁰ In der Praxis ist es üblich, eine Anzahlung in Höhe von bis zu 10 % des Anschaffungswertes zu verlangen.

¹¹⁹ unten B III 1. a).

¹²⁰ *Korndörfer*, S. 343.

Für den Leasingnehmer besteht die Alternative zum Leasing regelmäßig im Kauf des Investitionsgutes aus vorhandenen liquiden Mitteln oder durch eine Kreditfinanzierung. Es stellt sich die Frage, welche Motive die Beteiligten für oder gegen die Wahl der Finanzierungsform Leasing haben, wobei festzuhalten ist, dass der Finanzmanager eines Unternehmens seine Entscheidung für oder gegen die Finanzierungsform Leasing nicht abstrakt, sondern nur objekt- und situationsbezogen treffen kann. Eine allgemeine Aussage, dass Leasing kostengünstiger sei als Kauf oder umgekehrt, lässt sich nicht treffen.¹²¹ Bei der Entscheidung sind im Rahmen einer Planrechnung die Zahlungsströme der unterschiedlichen Finanzierungsvarianten zu bewerten (insbesondere Barwert der Zahlungsströme mit und ohne Steuern) und daneben auch die nicht quantitativ erfassbaren Umstände des Unternehmens zu berücksichtigen (wie z.B. strategische Unternehmensziele, Entwicklung des Liquiditätsbedarf); bedeutsam sind insbesondere Überlegungen zu Kosten und künftigen Finanzierungsoptionen und Liquiditätsanalysen.

Die entscheidende Frage lautet also: Welche betriebswirtschaftlichen Gründe motivieren den Leasingnehmer, einen Leasingvertrag abzuschließen, und sich nicht etwa das Investitionsgut durch Eigenkapital oder durch besicherte oder unbesicherte Fremdfinanzierung zu verschaffen. Es versteht sich von selbst, dass eine umfassende Analyse der für eine unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten optimale Entscheidungsfindung erforderlichen Kostenparameter im Rahmen dieser Arbeit nicht zu leisten ist. Zu vielfältig sind die Faktoren, die die Vorteilhaftigkeit beeinflussen. Dennoch seien die Eckpunkte der betriebswirtschaftlichen Überlegungen kurz dargestellt.¹²²

¹²¹ so auch *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 62.

¹²² Ein umfassender Wirtschaftlichkeitsvergleich im Bereich des Mobilien-Leasing findet sich bei: *Mudersbach*, in: Eckstein/ Feinen (Hrsg.), Leasing, S. 209 ff.; für das Immobilien-Leasing bei *Weinhardt*, S. 67 ff.

1. Leasingvertrag versus reine Eigenkapitalfinanzierung

Im Verhältnis zur reinen Eigenkapitalfinanzierung hat das Leasing den Vorteil, dass im Investitionszeitpunkt für den Leasingnehmer keine hohe Liquiditätsbelastung entsteht. Eigenkapital ist knapp und teuer. Leasing bedeutet im Ergebnis nichts anderes als eine nahezu vollständige Fremdfinanzierung - nur die Anzahlung (ca. 10% des Kaufpreises) leistet der Leasingnehmer in der Regel aus seinen Mitteln. Dadurch schont der Leasingnehmer den unmittelbaren Einsatz von liquidem Eigenkapital und hält darüber hinaus besicherbare Wirtschaftsgüter frei für die Finanzierung anderer Investitionen oder Aktivitäten.

Beim Kauf eines Investitionsgutes entstehen einmalig hohe Anschaffungskosten, beim Leasing sind hingegen laufende Leasingraten fällig. Diese mögen in absoluten Zahlen betrachtet insgesamt zwar höher sein als der Kaufpreis, die Ausgaben beim Kauf liegen aber am Anfang der Nutzungsperiode, in der der Leasingnehmer mit dem Leasingobjekt noch keinerlei Gewinn erwirtschaften kann, während sich die Leasingraten i.d.R. gleichmäßig über die gesamte Leasingzeit verteilen. Bei planmäßiger Geschäftsentwicklung werden die Leasingraten in voller Höhe durch die Umsatzerlöse, die mit dem Leasingobjekt erwirtschaftet wurden, abgedeckt (pay-as-you-earn-Effekt); daraus können sich Barwertvorteile ergeben. Durch die zusätzlich erwirtschafteten Einnahmen kann der Leasingnehmer sogar neue Liquidität schöpfen. Dies ermöglicht insbesondere mittelständischen Unternehmen, Kapazitätserweiterungen ohne Beeinträchtigung des finanziellen Spielraumes durchzuführen. Da die Grundmietzeit i.d.R. geringer ist als die gewöhnliche Nutzungsdauer, entsteht allerdings dann ein Zahlungsdefizit, wenn die Leasingraten die Kapitalfreisetzungen übersteigen.¹²³

¹²³ *Büschgen*, Grundlagen betrieblicher Finanzwirtschaft, S. 186.

Dass der Leasingnehmer für die gesamte Laufzeit mit festen monatlichen Leasingkosten für die Gebrauchsüberlassung des Leasingobjektes einfach und übersichtlich kalkulieren und seine Finanzplanung hierauf einstellen kann, spricht sicherlich für das Leasing, allerdings darf die Schwierigkeit nicht übersehen werden, die spätere Belastungen durch laufende Mietzinsen (und sonstige Kosten des Leasingobjektes) in Relation zu den tatsächlich erwirtschafteten „Deckungsbeiträgen“ des Leasingobjektes richtig vorauszu- sehen. Hier können Sensitivitätsanalysen im Rahmen des Cash-Flow- Modells, das der Investitions- und Finanzierungsentscheidung zugrunde liegt, weiterhelfen.

Die Tatsache, dass Leasingverträge als zweiseitig unerfüllte Verträge nicht bilanzierungsfähig sind,¹²⁴ kann zu im Vergleich zum Kauf günstigeren Kapitalstrukturrelationen führen, sodass eine Ausdehnung der Verschul- densgrenze des Leasingnehmers erreicht werden kann. Dass dies trotzdem nur im Einzelfall möglich ist, liegt daran, dass die Banken versuchen, bei der Kreditwürdigkeitsprüfung gerade die Zahlungsverpflichtungen aus Leasingverträgen zu erfassen und der Leasingnehmer, wenn er den Kredit- analysten seine Verbindlichkeiten aus einem Leasingvertrag verschweigt, sich in der Nähe des Kreditbetrugs bewegt.¹²⁵

2. Leasingvertrag versus Fremdfinanzierung

Ein Vorteil des Leasing gegenüber dem fremdfinanzierten Kauf ist die Steuerersparnis: Diese entsteht dadurch, dass die Leasingraten die Steuer- bemessungsgrundlage kürzen und zugleich die Abschreibungen und Zinsen beim Kauf übersteigen. Dennoch kann es sein, dass der Leasingnehmer nach

¹²⁴ *Glasel*, in: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, B 710 Rz. 34; Dies gilt allerdings nur für Leasingverträge, die in Deutschland abgeschlossen werden.

¹²⁵ *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 453.

Steuerabzug bei Abschluss eines Leasingvertrags weniger Einkommen zur Verfügung hat, als wenn er einen Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Zwar kann bei Abschluss eines Leasingvertrages im Vergleich zur Kauf-Alternative die höhere Steuerersparnis erzielt werden, die entscheidungsrelevante Größe für den Investor ist aber nur das disponible, frei verwendbare Einkommen, und dies kann *nach* Steuern beim Leasing durchaus niedriger sein.¹²⁶ Es ist sorgfältig in jedem Einzelfall zu prüfen, ob Kauf oder Leasing nach dem Kriterium „verfügbares Einkommen“ – und allein dieses Kriterium kann relevant sein – Kauf mit Fremdfinanzierung oder Leasing die vorteilhaftere Maßnahme ist.

a) besicherte Fremdfinanzierung

Gegenüber einer gewöhnlichen Fremdkapitalfinanzierung via Bankkredit hat das Leasing den Vorteil, dass herkömmliche Kreditgeber meist bestimmte bankmäßige Sicherheiten¹²⁷ wie z.B. die Sicherungsübereignung¹²⁸ oder die Sicherungszession¹²⁹ fordern und i.d.R. Beleihungsgrenzen von 30 bis 50 % nicht überschreiten.¹³⁰ Beim Erwerb via Bankkredit i.V.m. Sicherungsübereignung liegt der „ungesicherte Teil“ bei 50 bis 70%. Dieses Risiko lässt sich die Bank durch einen Zinsaufschlag bezahlen, sofern der Leasingnehmer keine zusätzliche Sicherheit erbringt. Werden zusätzliche Sicherheiten gestellt (z.B. Sicherungszession von Forderungen gegen Abnehmer), so reduziert sich die Möglichkeit des Leasinggebers, künftige Investitionen mit einem besicherten Kredit zu finanzieren.

¹²⁶Vgl. das Beispiel bei: *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 453 f.

¹²⁷ dazu: *Thessinga*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.), BankR IV 95.

¹²⁸ ausführlich zur Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsmittel: *Cartano*, Sicherungsübereignung, in: Hellner/Steuer (Hrsg.) BuB, Rz. 4/300 ff.

¹²⁹ ausführlich zur Sicherungszession als Kreditsicherungsmittel: *Herget*, Sicherungsabtretung, in: Hellner/Steuer (Hrsg.), BuB, Rz. 4/550 ff.

¹³⁰ *Korndörfer*, S. 344.

Beim Leasing ist die Situation anderes: Der Leasinggeber finanziert das Anlagengut im Prinzip (abgesehen von der Anzahlung) ohne Beleihungsgrenze. Er begnügt sich in aller Regel als Sicherheit damit, Eigentümer der Leasing Sache zu sein und in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zu haben.¹³¹ Da der Leasinggeber nach der Transaktionsstruktur zivilrechtlicher Eigentümer des Leasingobjekts ist und bleibt, sparen die Parteien insbesondere Transaktionskosten für die Errichtung eines Sicherungsvertrages bzw. die Bestellung der Sicherheit. Allerdings sind jene Klauseln im Leasingvertrag, die den Umgang mit dem Leasingobjekt regeln, eng verwandt mit denjenigen Klauseln, die man in einem Sicherungsvertrag zur Sicherungsübereignung liest, insbesondere hinsichtlich der Versicherungs- und Informationspflichten.¹³²

b) unbesicherte Fremdfinanzierung

Gegenüber einer Investitionsfinanzierung durch einen unbesicherten Kredit, etwa einen allgemeinen Betriebsmittelkredit, hat die Leasingfinanzierung den Vorteil, dass sie wegen der spezifischeren Risikoabsicherung (Leasingobjekt als Sicherungsgut ergänzt um eine Sachversicherung) wesentlich kostengünstiger für den Leasingnehmer ist. Außerdem schränkt das Leasing den Spielraum für die künftige Kreditaufnahme nicht ein.

¹³¹ *Franke/Hax*, S. 513.

¹³² vgl. die Formularbeispiele für eine Sicherungsübereignung bei *Cartano*, BuB 4 Rz. 494 und für Leasingverträge bei *Peters*, BuB 13 Rz. 13/82.

II. „Rein“ finanzierungstechnische Aspekte für den Leasinggeber

1. Kalkulation der Leasingraten und Struktur der Zahlungsströme

Die Leasinggesellschaften berechnen die Leasingraten typischerweise auf der Basis der Kosten für die Anschaffung des Leasingobjekts, die Grundmietzeit und ihre Refinanzierungskosten.

a) Refinanzierung

Typischerweise werden Mobilien-Leasingverträge innerhalb bestimmter Kreditkontingente finanziert, obwohl gedanklich bei der Kalkulation der Leasinggesellschaft eine objektbezogene Finanzierung simuliert wird.¹³³ Realiter ist diese jedoch nur bei Großobjekten anzutreffen.

aa) bei Vollamortisationsverträgen

Da bei Vollamortisationsverträgen die Investitionskosten der Leasinggesellschaft in voller Höhe amortisiert werden, kann die Leasinggesellschaft daraus den vollen Kapitaldienst (Zins und Tilgung) für das Refinanzierungsdarlehen leisten. Weil der kalkulatorische Refinanzierungszeitraum mit der Grundmietzeit identisch ist und das Darlehen mit Hilfe der Leasingraten vollständig getilgt wird, entsprechen Amortisations- und Zinsanteil gedanklich gesehen dem Kapitaldienst der Leasinggesellschaft für ein Refinanzierungsdarlehen in Form eines Annuitätendarlehens.¹³⁴

bb) bei Teilamortisationsverträgen

Die Refinanzierung bei Teilamortisationsverträgen ist teilweise problematisch, vor allem bei längeren Vertragslaufzeiten und hohen Restwerten.

¹³³ Gabele/Kroll, S. 31.

¹³⁴ Gabele/Kroll, S. 31.

Da das Refinanzierungsdarlehen während der Grundmietzeit nur in Höhe des Amortisationsanteils der Leasingraten getilgt wird, der in der Summe nur dem kalkulierten Restwert entspricht, muss diese Restschuld nach Vertragsbeendigung als Einzeltilgung zurückgeführt werden. Dies erklärt die große Bedeutung der Bonität des Leasingnehmers sowie der Fungibilität des Leasingobjekt bei Teilamortisationsverträgen. Der Refinanzierungszinssatz liegt hier leicht über dem Zinssatz bei Vollamortisationsverträgen. Dies ist zum einen in dem erhöhten Bonitätsrisiko begründet, zum anderen an der Längerfristigkeit der Refinanzierung bezüglich des Darlehensanteils für den während der Grundmietzeit nicht amortisierten Restwerts.¹³⁵

b) Zusammensetzung der Leasingraten

aa) bei Vollamortisationsverträgen

Die Leasinggesellschaften kalkulieren neben der Rückführung des von ihnen eingesetzten bzw. finanzierten Kapitals die Zinsaufwendungen sowie eine „Marge“, aus der Vertriebs- und Verwaltungskosten zu bestreiten sind. Des weiteren ist eine angemessene Risikoprämie und der Gewinnanteil in die Kalkulation einzubeziehen. Aus diesen Faktoren berechnet der Leasinggeber das zu vereinbarende Leasingentgelt: Leasingsatz (in % vom Investitionswert) bzw. eine Leasingrate (in EURO vom Investitionswert). Die Zahlungsweise wird üblicherweise vorschüssig berechnet. Was die Struktur des Zahlungsstromes anbelangt, so werden neben den gängigen linearen über die gesamte Laufzeit gleichbleibenden Leasingraten auch degressive (hohe Anfangszahlungen - oft eingesetzt zur Risikominderung bei Bonitätsmängeln) - sowie progressive (niedrige und in gewissen Zeitabständen steigende Zahlungsreihen) Leasing-Pläne angeboten.

¹³⁵Gabele/Kroll, S. 43.

bb) bei Teilamortisationsverträgen

Bei Teilamortisationsverträgen berechnet sich die Leasingraten aus den Gesamtinvestitionskosten sowie der verbleibenden Restschuld zum Ende der Grundmietzeit, die dem kalkulierten Restwert entspricht.¹³⁶ Auch hier sind Vertragsgestaltungen mit linearen und degressiven Leasingraten möglich. Der Tilgungsanteil der Leasingrate pro Periode entspricht der linearen Wertminderung¹³⁷, allerdings nur in dem Sinn, dass sich nur die Summe der gesamten AfA-Beträge sowie die Summe der Tilgungsanteile der Leasingraten während der Grundmietzeit entsprechen. Wegen des progressiven Tilgungsanteils bei Annuitätendarlehen kann dies nicht für jede einzelne Periode zutreffen.

2. Risiken des Leasinggebers und Sicherungsmechanismen

Der Leasinggeber muss vielfältige Risiken tragen, die er allerdings weitergeben bzw. hinreichend absichern kann: Zunächst trägt er das Risiko der Kundenbonität. Dieses Risiko kann er unter Inkaufnahme einer Schmälerung seines Gewinns auf eine forfaitierende Bank oder ggf. teilweise auf eine Kreditversicherung übertragen. Weiter trägt er das Risiko der Objektqualität und das Restwertrisiko, wobei er diese Risiken auf den Leasingnehmer abwälzen kann.¹³⁸ Das Risiko der Lieferantenbonität (Wartungs-, Reparatur- und Ersatzteil-Risiko) kann er hingegen nur bedingt auf den Kunden abwälzen. Um den aus Kunden-, Objekt- und/oder Lieferantenbonität herrührenden Risiken entgegenzuwirken, kann die Leasinggesellschaft degressive Zahlungsverläufe einsetzen. Diese berücksichtigen, dass in der ersten Phase des Leasingvertrags meist ein

¹³⁶ Gabele/Kroll, S. 44 – 51.

¹³⁷ häufig lineare AfA.

¹³⁸ Wolf/Eckert/Ball, Handbuch, Rz. 1826 ff.

höherer Wertverzehr stattfindet als im weiteren Verlauf. Außerdem sind die Gesamtkosten degressiv gestalteter Leasingverträge optisch niedriger. Solange die Amortisationsanteile der Leasingraten in den einzelnen Jahren die zulässige degressive AfA des Jahres nicht übersteigen, werden degressive Leasingraten von den meisten Finanzbehörden als sofortiger Aufwand des Leasingnehmers in vollem Umfang anerkannt.¹³⁹

Darüber hinaus ist der Leasinggeber mit dem Zinsänderungsrisiko belastet. Dieses Risiko kann er jedoch durch entsprechende Anpassungsklauseln auf den Leasingnehmer abwälzen oder (gegen Gewinnschmälerung) auf eine finanzierende/forfaitierende Bank übertragen. Steuerliche Risiken kann der Leasinggeber über entsprechende Ausgleichsklauseln auf den Leasingnehmer abwälzen.

Das Objektisiko kann der Leasinggeber auf den Leasingnehmer übertragen, indem dieser formularmäßig¹⁴⁰ verpflichtet wird, eine Sachversicherung auf eigene Kosten abzuschließen.

Eine zusätzliche Risikoabsicherung erreichen die Leasinggesellschaften, indem sie stille Reserven bilden; dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die von ihnen kalkulierten Restwerte niedriger sind, als der Verkaufs- bzw. Marktwert der Objekte nach Ablauf der Leasinglaufzeit. Diese Situation kann vor allem bei Teilamortisationsverträgen eintreten, bei denen die Wertsteigerung grundsätzlich dem Leasinggeber zusteht. Allerdings wird das Leasingobjekt in vielen Fällen zum garantierten Restwert an die Leasingnehmer verkauft.

¹³⁹ Gabele/Kroll, S. 193.

¹⁴⁰ vgl. Peters, BuB 13 Rz 13/82, Anm. 7.1.

3. Finanzierung bzw. Refinanzierung der Leasingunternehmen

Die Finanzierung der Leasingunternehmen, oft auch Refinanzierung genannt, erfolgt durch Eigenkapital¹⁴¹, durch Darlehensaufnahme bei Banken, durch Lieferantenkredite oder durch regresslose Forfaitierung, (d.h. durch regresslosen Verkauf der Leasingforderungen an Banken und Sparkassen).

a) Forfaitierung

Bei der Forfaitierung schließt die Leasinggesellschaft (Forfaitist) mit der Bank (Forfaiteur) einen Rahmenvertrag über den Ankauf von Forderungen aus Leasingverträgen ab. In Einzelforderungskaufverträgen legen die Parteien den Kaufpreis des konkreten Forderungskaufs fest, der dem Barwert der angekauften Leasingraten mit Ausnahme von Verwaltungsgebühr und Mehrwertsteuer entspricht. Aus dem Forderungskaufpreis bezahlt die Leasinggesellschaft das Leasingobjekt.

Der Forfaiteur übernimmt das Bonitätsrisiko für die Zahlungsfähigkeit des Leasingnehmers, den er vorher entsprechend den Bestimmungen des Kreditwesengesetzes prüft. Die Leasinggesellschaft als Forfaitist bleibt weiterhin für die Verität, also für den rechtlichen Bestand der verkauften Leasingforderungen, verantwortlich. Die Forfaitierung reduziert nicht nur das Kreditobligo des Leasinggebers, sondern ermöglicht auch eine von Gewerbesteuer befreite Finanzierung.¹⁴² Da die Hinzurechnung einer Dauerschuld aus der Fremdfinanzierung gem. § 8 Nr. 1 GewStG zu einer Erhöhung der gewerbesteuerlichen Belastung führen würde, erfolgt der

¹⁴¹ entweder durch Beteiligungsfinanzierung oder Finanzierung aus Liquiditätsüberschüssen. Vgl zu den unterschiedlichen Möglichkeiten: *Knöpfle*, in: Eckstein/Feinen (Hrsg.), *Leasing*, S. 156 f.

¹⁴² *Schmalenbach*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.), *BankR V 60*.

Verkauf typischerweise unter Ausschluss der Haftung für die Einbringlichkeit der verkauften Forderungen. Die Forfaitierung ist neben der Kreditaufnahme die geläufigste Finanzierungsmethode.¹⁴³ Verpflichtet sich jedoch der Leasinggeber zur Haftung bei Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers oder zum Rücklauf der Forderung im Falle der Uneinbringlichkeit, so handelt es sich um eine Darlehensgewährung der Bank an den Leasinggeber mit den gleichen bilanziellen und gewerbesteuerrechtlichen Folgen, die sich aus einer Kreditaufnahme ergeben.¹⁴⁴ Bei der Forfaitierung darf nach Auffassung des BFH wegen des gewerbesteuerlichen Gebots, keine Haftung für die Bonität des Leasingnehmers zu übernehmen, keine dingliche Sicherung am Leasinggegenstand bestellt werden.¹⁴⁵

b) Darlehensaufnahme

Erfolgt die Refinanzierung durch Darlehensaufnahme, wird das Darlehen regelmäßig regresslos gestellt, wenn der Leasinggeber – ebenso wie bei der Forfaitierung – nicht für den Eingang der Leasingraten eintreten will.¹⁴⁶ Der Leasinggeber hat dann für Zins und Tilgung nur insoweit einzustehen, als der Leasingnehmer die geschuldeten Leasingraten erbringt. In diesem Fall tritt er seine Ansprüche gegen den Leasingnehmer zur Sicherheit an die finanzierende Bank ab.¹⁴⁷

¹⁴³ Allgemein zum Forfaitierungsgeschäft instruktiv: *Hakenberg*, in: Ebenroth/Boujong/Joost Rz. V 35 ff.

¹⁴⁴ Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer, HFA 1/1989, Wpg 1989, 626; Forfaitierungserlass FinSen. Hamburg v. 13.02.1980, sowie Schr. BMF IV B2 – S 2170 – 135/95 v. 9.1.1996.

¹⁴⁵ *BFH* WM 1999, 1763, 1765.

¹⁴⁶ *Schmalenbach*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.), BankR V 60.

¹⁴⁷ zu den unterschiedlichen Arten der Kreditfinanzierung: *Knöpfle*, in: Eckstein/Feinen (Hrsg.), Leasing, S. 157 ff.

c) Doppelstockmodell

Die Refinanzierung der Leasinggesellschaft hängt in gewissem Umfang von ihrer Gesellschafterstruktur ab. Speziell Leasinggesellschaften mit privatem Gesellschafterhintergrund nutzen soweit wie möglich die Forfaitierung i.V.m. dem sogenannten Doppelstockmodell. Das Prinzip des Doppelstockmodells ist die Aufspaltung des Leasingunternehmens in zwei selbständige Gesellschaften, d.h. in eine Betriebs- und eine Besitzgesellschaft. Die Leasinggesellschaft verkauft die Leasingobjekte aus einer Vielzahl von Leasinggeschäften an einen mit ihm verbundenen Hauptleasinggeber und least sie zurück.¹⁴⁸ Zusätzlich zediert sie zur Sicherheit die Ansprüche aus den Einzelleasingverträgen. Der Hauptleasinggeber überträgt seinen Leasinganspruch gegen die Leasinggesellschaft sowie die ihm eingeräumten Sicherheiten aus den Einzelleasingverträgen auf eine forfaitierende Bank, die nunmehr auf die Bonität der Leasinggesellschaft abstellen kann.¹⁴⁹ Die Vorteile des Doppelstockmodells liegen u.a. darin, wertmäßig kleinere Leasingverträge („small ticket Verträge“), bei denen eine Bonitätsprüfung zu aufwendig wäre, bei der Besitzgesellschaft zu einem größeren Vertragspaket zu bündeln (Portfolio-Bildung) und dann zu besseren Bedingungen in eine Forfaitierungstransaktion einzubringen.

d) Leasingfonds

Soll die Leasingfinanzierung gegenüber einer Finanzierung durch Bankkredit einen Barwertvorteil für den Leasingnehmer generieren, dann wird häufig eine Finanzierung durch Leasingfonds eingesetzt. Ein Barwertvorteil ergibt sich, wenn die vom Leasingnehmer zu leistenden

¹⁴⁸ *Knöpfle*, in: Eckstein/Feinen (Hrsg.), Leasing, S. 161 f.

¹⁴⁹ *Ebenroth*, in Büschgen (Hrsg.) Praxishandbuch Leasing, § 31 Rz. 1 ff.

Leasingraten mit dem vergleichbaren Darlehenszins diskontiert werden und sich dabei ein Betrag errechnet, der unter den Anschaffungskosten des Leasinggebers liegt.¹⁵⁰ Der Barwertvorteil kommt dadurch zustande, dass der Leasinggeber sein Kapital zu günstigeren Konditionen als eine Bank zur Verfügung stellt. Dies gelingt ihm dann, wenn er seine steuerliche Abschreibungsmöglichkeiten, die er als wirtschaftlicher Eigentümer hat, zur Minderung seiner sonstigen Steuerlast zeitweilig oder dauerhaft einsetzen kann.¹⁵¹

Bei sogenannten „Leasingfonds“ finanziert meist eine KG, jedenfalls eine gewerblich geprägte Personengesellschaft, den Erwerb des Leasingobjekts durch Eigenkapital, welches überwiegend von privaten Investoren zur Verfügung gestellt wurde. Der restliche Teil des Kaufpreises wird durch Darlehensaufnahme oder Forfaitierung abgedeckt. Erscheint die Bonität des Leasingnehmers den Investoren ungenügend, kann die Leasingfondsgesellschaft zusätzliche Sicherheiten verlangen, etwa eine Schuldübernahmeerklärung durch eine Bank. Dadurch verringert sich allerdings der Barwertvorteil.

4. Zulagen nach dem Investitionszulagengesetz 1999

Nachdem die EU-Kommission am 28. 2. 2001 die erforderliche Zustimmung erteilt hat, ist das am 11. 6. 2001 neu bekannt gemachte InvZulG 1999 vollständig in Kraft getreten. Das Bundesministerium für Finanzen hat mit Schreiben vom 28. 6. 2001¹⁵² umfangreich zu zahlreichen Fragen betreffend die Anwendung des Gesetzes Stellung genommen. Das Finanzierungsleasing fällt unter den im Zulagenrecht gebräuchlichen Begriff der Nutzungsüberlassung.

¹⁵⁰ *Schmalenbach*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.), BankR V 62.

¹⁵¹ *Schmalenbach*, Fn. 150.

¹⁵² BMF v. 28. 6. 2001, IV A 5 – InvZ 1271 – 21/01, BStBl. I, 379.

Durch das InvZulG 1999 werden Leasinginvestitionen in vollem Umfang in die Förderung nach § 2 InvZulG einbezogen und gelangen insbesondere in den Genuss der erhöhten Zugsätze nach § 2 VII InvZulG. Dadurch erhöhen sich ihre wirtschaftlichen Vorteile.

Anspruchsberechtigt ist gem. § 1 I InvZulG regelmäßig der Investor, der bürgerlich-rechtlicher Eigentümer des zu fördernden Wirtschaftsguts. Nur, wenn zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum auseinanderfallen, soll der wirtschaftliche Eigentümer i.S.v. § 39 AO anspruchsberechtigt sein.¹⁵³ Damit liegt bei Leasingverhältnissen die Anspruchsberechtigung i.d.R. beim Leasinggeber.¹⁵⁴

Nach § 2 InvZulG wird die Anschaffung oder Herstellung neuer, abnutzbarer beweglicher Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens des Leasinggebers begünstigt, sofern diese keine geringwertigen Wirtschaftsgüter, Personenkraftwagen oder Luftfahrzeuge darstellen und über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren nach ihrer Anschaffung oder Herstellung bestimmte Zugehörigkeits-, Nutzungs- und Verbleibensvoraussetzungen erfüllen und innerhalb bestimmter Investitionszeiträume angeschafft oder hergestellt worden sind.¹⁵⁵

Ein Leasinggut gilt zulagenrechtlich dann als neu, wenn es vor dem Erwerb durch den Anspruchsberechtigten nicht zum Anlagevermögen eines anderen Betriebs gehört hat und von diesem angeschafft oder hergestellt worden ist.¹⁵⁶ Der Leasingnehmer darf also nicht bereits wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Leasingobjekt erlangt haben, sonst ist ein Erwerb eines im

¹⁵³ Ist ausnahmsweise der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer i.S.v. § 39 AO, so ist dieser als anspruchsberechtigter Investor anzusehen.

¹⁵⁴ vgl. sogleich unter III.

¹⁵⁵ Zu den Anspruchsvoraussetzungen siehe im einzelnen *Vosseler*, DStR 2002, 291, 292 ff.

¹⁵⁶ vgl. BMF v. 28.6.2001, BStBl I, 379 Rz. 24.

zulagenrechtlichen neuen Wirtschaftsgutes durch den Leasinggeber nicht möglich.¹⁵⁷

Der Leasinggeber muss allerdings selbst seinen Betrieb im Fördergebiet, haben und das Leasingobjekt während eines Zeitraumes von 5 Jahren in einer Betriebsstätte eines begünstigten Wirtschaftszweiges im Fördergebiet verbleiben. Gem. § 1 II InvZulG 1999 umfasst das Fördergebiet die Länder Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Dieser Zeitraum ist von einer eventuell kürzer währenden Laufzeit der Leasingverträge generell unberührt.¹⁵⁸ Bei einem Leasingvertrag mit einer vereinbarten Gebrauchsüberlassungsdauer von weniger als 3 Monaten ist das Leasingobjekt dem Betrieb des Leasinggebers zuzuordnen, bei längerfristiger Gebrauchsüberlassung erfolgt die Zuordnung zur Betriebsstätte des Leasingnehmers.¹⁵⁹ Zu den begünstigten Wirtschaftszweigen zählen Betriebe des verarbeitenden Gewerbes und bestimmter produktionsnaher Dienstleistungen (§ 2 II Ziff. 1 InvZulG), kleine und mittlere Betriebe des Handwerks (Ziff. 2) sowie kleine und mittlere Betriebe des innerstädtischen Groß und Einzelhandels (Ziff. 3).

Die Höhe des Zulagenanspruches richtet sich in Fällen der langfristigen Nutzungsüberlassung danach, ob es sich um Erst- oder Ersatzinvestitionen handelt und danach ob und in welcher Höhe der Nutzende Investitionszulage erhalten würde, wenn er an Stelle des Anspruchsberechtigten die Investition vorgenommen hätte.¹⁶⁰

Der Leasinggeber ist verpflichtet, die Investitionszulagen stets und in voller Höhe an den Leasingnehmer weiterzuleiten. Dies erfolgt prinzipiell durch

¹⁵⁷ einschränkend *Grundmann*, DStR 1995, 1178 für das InvZulG 1993.

¹⁵⁸ *Vosseler*, DStR 2002, 291, 294.

¹⁵⁹ s. a. *Vosseler*, DStR 2002, 291, 294.

¹⁶⁰ vgl. BMF v. 28. 6. 2001, BStBl I 379 Rz. 60.

eine Verrechnung mit Leasingraten, oder mit Voraus-, Sonder- und Abschlusszahlungen.¹⁶¹

III. Steuerliche Aspekte des Leasing

1. Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums

Dass das Finanzierungsleasing einen so ungeheuren Aufschwung erlebt hat, resultiert aus den für die Vertragsparteien ertrag- und gewerbesteuerlichen Vorteilen, die mit ihm verbunden sind. Diese setzen voraus, dass das für die steuerrechtliche Zuordnung gem. § 39 II Nr. 1 AO maßgebende „wirtschaftliche Eigentum“ dem Leasinggeber zusteht, da sich hieraus spezifische Rentabilitätsvorteile ergeben.¹⁶² Der Leasinggeber aktiviert das Leasingobjekt in seiner Bilanz und nimmt Absetzungen für Abnutzung nach § 7 EStG vor; der Leasingnehmer kann die Leasingraten in voller Höhe als Betriebsausgaben i.S.d. § 4 EStG geltend machen.

Dass der Leasinggeber zivilrechtlicher Eigentümer des Leasingobjekts i.S.d. § 903 BGB ist, bedeutet keineswegs, dass das Leasingobjekt ihm zwingend auch steuerlich zugerechnet wird. Der hierfür maßgebliche § 39 II AO stellt nämlich nicht auf das zivilrechtliche Eigentum ab, sondern eben auf das wirtschaftliche. Beide Arten des Eigentums fallen nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁶³ dann auseinander, wenn der zivilrechtliche Eigentümer während der Nutzungsdauer des Wirtschaftsgutes von dessen tatsächlicher Nutzung ausgeschlossen ist oder der Ausschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die entscheidenden Passagen des § 39 AO lauten:

¹⁶¹ *Mainzer*, in: Büschgen (Hrsg.) Praxishandbuch Leasing, 1998, § 35 Rz. 18.

¹⁶² *Büschgen*, in: Büschgen (Hrsg.) Praxishandbuch Leasing, 1998, § 3 Rz. 8.

(1) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

(2) Abweichend von Absatz 1 gelten die folgenden Vorschriften:

Nr. 1: Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen. [...]

Genau in dieser Formulierung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO liegt nun beim Leasingvertrag das Problem: da es zu den Wesensmerkmalen von Leasingverträgen gehört, dass die Inhalte des wirtschaftlichen Eigentums wie Besitz, Gefahr, Nutzen und Lasten der Sache¹⁶⁴ nicht vollständig bei dem einen oder anderen Vertragspartner liegen, sondern zwischen den Leasingvertragsparteien aufgeteilt werden,¹⁶⁵ kommt als wirtschaftlicher Eigentümer hier ebenso, wenn nicht sogar auf den ersten Blick vorrangig, der Leasingnehmer in Betracht.

Die Praxis stand also vor dem Problem, die Leasingverträge so auszugestalten, dass die Zuordnung zum Leasinggeber sichergestellt war, damit die gewünschten steuerlichen bilanziellen und betriebswirtschaftlichen Effekte zum tragen kommen. Dies wurde ihr durch mehrere Leasing-Erlasse erleichtert, in denen der Bundesminister für Finanzen die Zurechensgrundsätze für besonders häufige Leasingvertragsgestaltungen konkretisiert hat.¹⁶⁶

¹⁶³ § 39 II Nr.1 Satz 1 AO, einer vom BFH in der Leasingentscheidung, BFH IV R 144/66. v. 26. 1. 1970, BStBl 1970 II 264 ff., entwickelten Auffassung folgend.

¹⁶⁴ Wiedmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.), § 246 Rz. 6.

¹⁶⁵ Christen, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing, S. 101.

a) Steuerliche Zuordnung bei Vollamortisation nach den Leasingerlassen:

aa) Mobilien-Leasingerlass vom 19. April 1971¹⁶⁷

Ein Vollamortisationsvertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass bereits während der für beide Vertragspartner unkündbaren Grundmietzeit durch die geleisteten Leasingraten einschließlich eventueller Mietsonderzahlungen eine vollständige Amortisation der Kostenelemente realisiert wird, und zwar nicht nur der Anschaffungs- oder Herstellungskosten, sondern auch aller sonstigen Nebenkosten sowie der Gewinnspanne des Leasinggebers.¹⁶⁸ Da die Leasinggesellschaft ihre investierten Kosten zum Vertragsende amortisiert hat, liegt bei Vollamortisationsverträgen das Wertminderungsrisiko immer beim Leasingnehmer.

Nach dem Erlass vom 19. 04. 1971 ist für die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums entscheidend das Verhältnis von Grundmietzeit zu betriebsgewöhnlicher Nutzungsdauer: Der Leasinggegenstand ist dem Leasinggeber dann zuzurechnen, wenn die unkündbare Grundlaufzeit des Leasingvertrages mindestens 40 % und höchstens 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasinggegenstands beträgt. Beträgt die Grundmietzeit weniger als 40 % oder mehr als 90 % der betriebs-gewöhnlichen Nutzungsdauer, so wird das Leasingobjekt dem Leasingnehmer zugerechnet.

Wurde ein Leasingvertrag mit Kaufoption vereinbart, so muss nach den i.S.d. Leasingerlasses anzuwendenden Zurechnungskriterien der Finanzbehörden für die wirtschaftliche Zurechnung zum Leasinggeber hinzukommen, dass sich der Kaufpreis mindestens auf den linear ermittelten Restbuchwert oder den niedrigeren gemeinen Wert beläuft.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Da die Praxis sich daran zielsicher orientiert hat, führte dies zur Ausformung des „erlasskonformen“ Leasing, vgl. MüKo-*Habersack*, Fn 64.

¹⁶⁷ BStBl I 1971, 264 ff.

¹⁶⁸ *Büschgen* in: *Büschgen* (Hrsg.) *Praxishandbuch Leasing*, § 3 Rz. 5 ff.

¹⁶⁹ *Gabele/Kroll*, S. 27.

Bei Vereinbarung einer Mietverlängerungsoption muss die Anschlussmiete mindestens den Wertverzehr des Leasingobjekts auf der Grundlage der linearen Abschreibung oder des niedrigeren gemeinen Wertes decken.¹⁷⁰

bb) Immobilien-Leasingerlass vom 21. März 1972¹⁷¹

Dieser Erlass ist in der Praxis nahezu bedeutungslos geblieben, da die dort geregelten Vertragstypen sich nicht durchsetzen konnten: das Immobilien-Leasing wird fast ausnahmslos durch Teilamortisationsverträge geregelt.¹⁷² Von einer Darstellung wird daher abgesehen.

b) Steuerliche Zuordnung bei Teilamortisation nach den Leasingerlassen

In Folge des Mobilien-Leasing-Erlasses vom 19. 4. 1971 haben sich in der Praxis neue Vertragsformen etabliert, die sog. Teilamortisationsverträge, deren steuerliche Behandlung die Finanzverwaltung wiederum mit zwei Erlassen¹⁷³ regelte. Auch bei Teilamortisationsverträgen schuldet der Leasingnehmer volle Amortisation des vom Leasinggeber eingesetzten Kapitals¹⁷⁴, allerdings nicht allein durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten während der Grundmietzeit, sondern darüber hinaus im Anschluss daran mittels Vereinbarung eines schon bei Vertragsschluss festgelegten Kaufpreises oder mittels einer Abschlusszahlung.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Vgl. Fn. 169.

¹⁷¹ BStBl. I 1972, 188 ff.

¹⁷² *Christen*, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing, Kap. 1 S. 104.

¹⁷³ dem sog. „Teilamortisationserlass“ vom 22. 12. 1975; abgedruckt in BB, 1976, 72.

¹⁷⁴ und zwar auch hier zur Amortisation aller Kosten: der Anschaffungs- oder Herstellungskosten sowie aller Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasinggebers.

¹⁷⁵ *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch, Rz. 2038.

aa) Teilamortisationserlass vom 22. Dezember 1975

Nach diesem Erlass handelt es sich dann um einen Teilamortisationsvertrag, wenn kein Spezial-Leasing vorliegt und der Vertrag während der Grundmietzeit, die ebenso wie beim Vollamortisationsvertrag mindestens 40% und höchstens 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer beträgt, bei vertragsgemäßer Erfüllung für beide Vertragsparteien unkündbar ist; zudem muss ein Vertragsmodell vorliegen, das zum Ende der Grundmietzeit entweder a) ein Andienungsrecht des Leasinggebers oder b) eine Aufteilung des ggf. aus der Verwertung des Leasingobjekts nach Ablauf der Grundmietzeit erzielten Mehrerlöses oder c) ein Kündigungsrecht des Leasingnehmers für die Zeit nach Ablauf der Grundmietzeit bei Leistung einer Abschlusszahlung vorsieht.

Bei diesem Vertragsmodell hat der Leasinggeber das Recht, dem Leasingnehmer zu einem bereits bei Vertragsabschluss festgelegten Andienungspreis nach Ablauf der Grundmietzeit das Leasingobjekt zum Kauf anzudienen.¹⁷⁶ Zu diesem Preis muss der Leasingnehmer das Leasingobjekt auch dann kaufen, wenn der Marktwert darunter liegt. Der Leasinggeber ist aber keineswegs verpflichtet, sein Andienungsrecht auszuüben. Liegt der Marktwert über dem vereinbarten Preis, kann er durch anderweitigen Verkauf auf dem Markt einen höheren Preis erzielen.¹⁷⁷ Der Leasingnehmer trägt somit das volle Risiko einer Wertminderung des Leasingobjektes, der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung. Nach der in § 39 AO verkörperten allgemeinen Zurechnungsregel wäre das wirtschaftliche Eigentum dem Leasingnehmer nur dann zuzurechnen, wenn er auch die Chance einer Wertsteigerung des Leasingobjekts hätte.¹⁷⁸ Dies ist aber bei dem Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers nicht der Fall,

¹⁷⁶ Ziff. 2 a) des Teilamortisationserlasses.

¹⁷⁷ Erlass vom 22.12.1975, Ziff. 2a und 2b.

¹⁷⁸ so auch Ziff. 2 a) des Teilamortisationserlasses.

deshalb ist hier in der Regel¹⁷⁹ letzterer als wirtschaftlicher Eigentümer zu betrachten.

Bei einem Teilamortisationsvertrag mit Mehrerlösbeteiligung des Leasingnehmers wird der Leasing-Gegenstand zum Abschluss der Grundmietzeit durch den Leasinggeber veräußert und der Leasingnehmer an einem Mehrerlös aus dieser Verwertung beteiligt.¹⁸⁰ Soll auch hier der Leasinggeber als wirtschaftlicher Eigentümer fungieren, so muss er, um den Regelungen des Erlasses zu genügen, mit mindestens 25 % am Mehrerlös beteiligt sein. Liegt sein Anteil darunter, fällt sein Umfang an einer etwaigen Wertsteigerung nur so gering ins Gewicht, dass der Leasingnehmer als wirtschaftlicher Eigentümer zu betrachten wäre.

Ein Teilamortisationsvertrag mit Kündigungsrecht des Leasingnehmers¹⁸¹ wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann regulär nur vom Leasingnehmer nach einer unkündbaren Grundmietzeit¹⁸² gekündigt werden. Bei Kündigung muss der Leasingnehmer eine Abschlusszahlung an den Leasinggeber leisten, die den Restbuchwert des Leasingobjekts übersteigt. Verkauft der Leasinggeber den Leasinggegenstand nach der Kündigung des Leasingnehmers, so wird der dabei erzielte Nettoerlös dem Leasingnehmer i.d.R. bis zu 90 % auf seine Abschlusszahlung angerechnet. Der Erlass ordnet bei diesem Vertragsmodell eine während der Mietzeit eingetretene Wertsteigerung in vollem Umfang dem Leasinggeber zu, der daher als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstandes zu betrachten ist.

¹⁷⁹ einschränkend *Fahrholz*, Neue Formen der Unternehmensfinanzierung, S. 164; er rechnet das Leasinggut dann dem Leasingnehmer zu, wenn der Andienungs-Kaufpreis eine Größenordnung erreicht, bei der „bei wirtschaftlicher Betrachtung ein unabweisbarer Zwang auf den Leasinggeber zur Ausübung des Andienungsrechtes entstehen wird, weil am Markt ein Drittkäufer zu dem Kaufpreis voraussichtlich nicht abschlussbereit wäre“. Dies dürfte aber als Fall des Spezial-Leasing zu werten sein, bei dem das wirtschaftliche Eigentum sowieso beim Leasingnehmer liegt.

¹⁸⁰ Ziff. 2 b) des Teilamortisationserlasses.

¹⁸¹ Ziff. 2 c) des Teilamortisationserlasses.

¹⁸² Diese muss allerdings mindestens 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingobjekts nach den amtlichen AfA-Tabellen betragen.

bb) Teilamortisationserlass für Immobilien-Leasing vom 23. Dezember
1991¹⁸³

Dieser Erlass bestimmt, dass bei Teilamortisationsverträgen im Immobilien-Leasing der Leasing-Gegenstand grundsätzlich dem Leasinggeber zuzurechnen ist. Von diesem Grundsatz soll nur abgewichen werden, wenn entweder ein Fall des Spezial-Leasing vorliegt oder wenn vereinbart wurde, dass dem Leasingnehmer nach Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit eine Kaufoption zusteht, und zwar zu einem von vornherein fest vereinbarten Preis in Höhe des dann gegebenen linearen Restbuchwerts; oder dann, wenn ein Vertrag mit Mietverlängerungsoption geschlossen wurde.¹⁸⁴ Da in diesen Fällen die Chance der Wertsteigerung beim Leasingnehmer liegt, rechnet der Erlass folgerichtig ihm das wirtschaftliche Eigentum zu.

c) Spezial-Leasing

Spezial-Leasing ist nach Ziff. II 2. d) des Mobilien-Leasingerlasses vom 19. April 1971 dann anzunehmen, wenn die Leasingsache in einem Maße auf die Bedürfnisse des Leasingnehmers zugeschnitten ist, dass außer ihm niemand Verwendung für den Gegenstand haben kann. Der Erlass rechnet beim Spezial-Leasing das Leasingobjekt dem Leasingnehmer zu und hat damit den Grundsatz, den der Bundesfinanzhof in seinem Leasingurteil vom 26. 1. 1970 aufgestellt hat, übernommen. Der Grund für die Zuordnung liegt auf der Hand: Dem Herausgabeanspruch des Leasinggebers kommt nach Ablauf der Grundvertragszeit im Hinblick auf die Vertragsdauer und das Schicksal des Leasinggegenstandes keinerlei wirtschaftliche Bedeutung

¹⁸³ BStBl 1992, 13 ff.

¹⁸⁴ Ziff. II 2 b).

zu,¹⁸⁵ da der Leasinggeber das Leasingobjekt auf sein Herausgabeverlangen nach der Grundmietzeit zwar zurückerhält, es aber nicht verwenden kann.

2. steuerliche Belastung

Die Attraktivität des Leasing fußt neben der Finanzierungsfunktion auf den Steuerlichen und bilanziellen Vorteilen für den Leasingnehmer. Die steuerliche Belastung spielt für die Bewertung des Leasing und die Entscheidung des Leasingnehmers, seine Investitionen durch Leasing zu finanzieren, eine große Rolle. Nachfolgend werden die steuerlichen Auswirkungen des Leasing beim Leasingnehmer erörtert, wobei der Fall zugrunde gelegt wird, dass das Leasingobjekt dem Leasinggeber wirtschaftlich zugerechnet wird. Die Zurechnung beim Leasingnehmer spielt in der Praxis eine so geringe Rolle, dass sie hier vernachlässigt werden kann.

a) Einkommen- bzw. Körperschaftssteuer

Der Gewinn, den der Leasingnehmer erwirtschaftet hat, wird nach Korrektur um die Gewerbeertragssteuereffekte mit der Körperschaft- bzw. Einkommensteuer belastet. Das Finanzierungsleasing ist auf Seiten des Leasingnehmers bilanzneutral, sodass er die Leasingraten und die Mietsonderzahlungen als in voller Höhe in dem Jahr, in dem sie anfallen, als Betriebsausgaben gem. § 4 IV EStG geltend machen kann.

Nach § 9 InvZulG rechnen gewährte Investitionszulagen nicht zu den Einkünften i.S.d. EStG. Da sich auch nicht die Anschaffungs- und Herstellungskosten der begünstigten Wirtschaftsgüter mindern, bleibt die

¹⁸⁵ genau hierauf kommt es aber für das wirtschaftliche Eigentum an, siehe hierzu auch *Döllerer*, DB 1971, 536.

Bemessungsgrundlage der AfA unberührt. Die mit der Investitionszulage in Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben und Werbungskosten können vom Leasinggeber gem. § 4 EStG abgezogen werden, da die Zulage zwar nicht der Einkommenssteuer unterliegt, aber dennoch nicht zu den steuerbefreiten Einkünften zählt.¹⁸⁶

Der Leasinggeber muss das Leasinggut nach § 6 I Nr. 1 EStG mit den Anschaffungskosten in seiner Bilanz aktivieren und hat die Befugnis, Absetzungen für Abnutzungen nach § 7 EStG während der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer gewinnmindernd geltend zu machen. Nebenkosten, wie z.B. Transportkosten des Leasingguts, zählen nicht zu den Anschaffungskosten, sondern sind vom Leasinggeber als Betriebsausgaben abzusetzen.¹⁸⁷ Die Leasingraten, die er vom Leasingnehmer erhält, sind für ihn Betriebseinnahmen i.S.v. § 4 EStG.¹⁸⁸

Erhält der Leasinggeber eine Investitionszulage nach dem InvZulG, kommt ihm zugute, dass nach § 9 InvZulG gewährte Investitionszulagen weder zu Einkünften i.S.d. EStG rechnen noch die Anschaffungs- und Herstellungskosten der betroffenen Leasingobjekte mindern, sodass die Bemessungsgrundlage der AfA unberührt bleibt. § 3c EStG steht dem Abzug von damit im Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben und Werbungskosten nicht entgegen, da die Investitionszulage nicht zu den steuerbefreiten Einkünften zählt.¹⁸⁹ Der Leasinggeber gibt er Zulage (sofort oder erst später)¹⁹⁰ an den Leasingnehmer weiter, da dies eine Grundbedingung der Gewährung des Zuschusses ist. Die Nichtsteuerbarkeit der Investitionszulage kommt im Leasingrecht unmittelbar nur dem Leasinggeber zugute, da die Weiterleitung

¹⁸⁶ BMF v. 28. 6. 2001, BStBl I 379, Rz. 193.

¹⁸⁷ Peters, BuB, Rz. 13/136.

¹⁸⁸ MüKo-Habersack, Leasing, Rz. 15.

¹⁸⁹ BMF v. 28.8.2001, BStBl I, 379, Rz. 193.

¹⁹⁰ dazu Gabele/Kroll, S. 99.

zu einer Ertragsteuerbelastung seitens des Leasingnehmers führt, die Steuerfreiheit der ursprünglichen Gewährung geht verloren.¹⁹¹

b) Gewerbeertragsteuer

Bevor auf Einzelheiten zur Gewerbeertragsteuer näher eingegangen wird, erfolgen zunächst einige allgemeine Anmerkungen zur sog. Dauerschuldenproblematik, die in diesem Zusammenhang von Interesse ist.

aa) Dauerschuldenproblematik

Zinsen werden bei der Gewinnermittlung als Aufwand abgezogen. Sofern sie aber Dauerschuldzinsen sind, müssen sie gem. § 8 Nr. 1 GewStG zu 50 % dem Gewinn wieder hinzugerechnet werden. Von Dauerschuldzinsen spricht man, wenn es sich um Zinsen für Schulden handelt, die entweder mit der Gründung oder dem Erwerb des Betriebes, eines Teilbetriebes oder eines Betriebsanteils wirtschaftlich zusammenhängen oder wenn Zinsen für Schulden gezahlt werden, die für Erweiterungen und Verbesserungen des Betriebs aufgenommen wurde, sofern diese Maßnahmen zu einer nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals führen.¹⁹² Der Leasingnehmer kann also Dauerschuldzinsen nur zu 50 % als Aufwand bei der Gewinnermittlung zum Ansatz bringen.

Auch bei den Darlehen, die eine Leasinggesellschaft zur Refinanzierung des Leasinggegenstandes aufnimmt, handelt es sich um Dauerschulden, sofern sie eine Laufzeit von erheblich mehr als 12 Monaten haben, die Leasingge-

¹⁹¹ *Mainzer*, in: Büschgen, (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 35 Rz. 73; *Vosseler*, DStR 8/2002, 291, 297.

¹⁹² *Gabele/Kroll*, S. 114.

sellschaft wirtschaftlicher Eigentümer ist und das Objekt langfristig vermietet.¹⁹³

Da die Leasinggesellschaften objektbezogene Steuerbelastungen in ihre Verwaltungskostenmarge einkalkulieren, was wiederum die Leasingraten in die Höhe treibt, wäre es für den Leasingnehmer von Vorteil, wenn Dauerschulden der Leasinggesellschaft vermieden würden. Dies kann auf zweierlei Arten geschehen: Die wohl gebräuchlichste ist die Forfaitierung, da der für die Nutzungsüberlassungsverpflichtung zu bildende passive Rechnungsabgrenzungsposten keine Dauerschuld nach § 8 Nr. 1 GewStG darstellt, wenn das Delkredererisiko bei der Forfaitierung auf das forfaitierende Institut übergeht.¹⁹⁴

Die andere Möglichkeit, Dauerschulden durch Gründung einer Objektgesellschaft ohne Beteiligung des Leasingnehmers zu vermeiden, spielt vor allem im Immobilienleasing eine Rolle und soll hier nicht näher untersucht werden.

bb) Steuerbelastung

Die Leasingraten sind bei Leasinggeber gem. § 8 Nr. 1, Nr. 7 Satz 2 GewStG der Gewerbesteuer unterworfen. Bemessungsgrundlage bei der Gewerbeertragsteuer ist der einkommen- bzw. körperschaftssteuerliche Gewinn, der um bestimmte Erweiterungen, wie die 50 %ige Hinzurechnungspflicht für Dauerschuldzinsen, und Kürzungen korrigiert wird. Hier ist das Leasing für den Leasingnehmer im Vergleich zur Darlehensaufnahme insofern von Vorteil, als der in der Leasingrate enthaltene Zinsanteil in voller Höhe abzugsfähig ist, während dies bei der Zinsbelastung für ein Darlehen nur zur Hälfte möglich ist. Dieser Vorteil wird allerdings dadurch gemindert, dass die Zinsen bei der Bestimmung des

¹⁹³ BFH BStBl. 1981 II, 481.

¹⁹⁴ Gabele/Kroll, S. 116.

Gewinns bereits zu 100 % als Aufwand abgezogen wurden und nun wieder zu 50 % hinzugerechnet werden müssen.

Der Gewerbeertragsteuereffekt basiert auf der Veränderung des körperschaft- bzw. einkommensteuerpflichtigen Gewinns, der nach § 7 GewStG um bestimmte Korrekturgrößen modifiziert wird. Die Veränderung des Gewerbeertrages ergibt sich beim Leasing aus der Veränderung des Gewinns. Bei der traditionellen Finanzierung wird die Veränderung des Gewerbeertrages errechnet aus der Veränderung des Gewinns zuzüglich der 50 % Dauerschuldzinsen, von denen die Investitionszulage wieder abgezogen wird. Der Gewerbeertragssteuereffekt ergibt sich aus der Multiplikation der Veränderung des Gewerbeertrages mit dem effektiven Gewerbeertragsteuersatz, der sich aus dem gemeindeabhängigen Hebesatz multipliziert mit dem Gewerbeertragsteuersatz von 5 % errechnet.¹⁹⁵

c) Umsatzsteuer

Die Gebrauchsüberlassung im Rahmen eines Leasingvertrages stellt eine sonstige Leistung des Leasinggebers an den Leasingnehmer i.S.v. §§ 1 I Nr. 1, 3 IX UStG dar. Da Gegenstand der Leistung des Leasinggebers bei einem Finanzierungsleasingvertrag in erster Linie die Gebrauchsüberlassung und nicht eine Kreditgewährung ist,¹⁹⁶ sind die Leasingraten nicht gem. § 4 Nr. 8 a UStG steuerbefreit und unterliegen der Umsatzbesteuerung.¹⁹⁷ Zu besteuern sind weiter die Mietsonderzahlungen oder einmalige Sonderzahlungen, Vormieten oder Optionspreise des Leasingnehmers sowie für Ausgleichszahlungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Gabele/Kroll*, S. 118.

¹⁹⁶ oben Kap. 1 A I; dazu auch *Bordewin*, Leasing im Steuerrecht, S. 118.

¹⁹⁷ *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 59; *Gabele/Kroll*, S. 118.

¹⁹⁸ *Bordewin*, Leasing im Steuerrecht, S. 119.

Der Leasingnehmer hat auf die von ihm zu zahlenden Leasingraten Umsatzsteuer in der jeweils gültigen Höhe zu zahlen. Auf Leasingvorauszahlungen sind zukünftige MwSt-Erhöhungen zu berücksichtigen. In der Regel kann die so bezahlte Umsatzsteuer beim Leasingnehmer als Vorsteuer nach § 15 UStG mit der eingenommenen Mehrwertsteuer verrechnet werden.¹⁹⁹

IV. Bilanzielle Aspekte des Leasing²⁰⁰

1. Handels- und Steuerbilanz

Die Bilanzierung eines Leasingobjekts erfolgt bei dem wirtschaftlichen Eigentümer. Wird in einem Leasingvertrag die Leasingdauer größer als 40 % und kleiner als 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer festgelegt, so erfolgt die Aktivierung des Leasinggegenstandes beim Leasinggeber, außerhalb dieser Spannbreite beim Leasingnehmer.²⁰¹

a) Aktivierung bei Leasinggeber

Das Leasingunternehmen aktiviert den Leasinggegenstand in der Bilanz zu den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten und schreibt diese entsprechend den steuerlichen Vorschriften ab. Die Buchwerte des Leasingobjekts, die nach Maßgabe der gewählten Abschreibungsmethode berechnet werden, durchlaufen typischerweise folgenden Zyklus: In der Anfangsphase der Leasingdauer übersteigen i.d.R. die buchmäßigen linearen bzw. degressiven Abschreibungen zusammen mit den Zinsausgaben des Leasinggebers seine Leasingeinnahmen,²⁰² die sich aus annuitätischen Zinsen und Tilgungen

¹⁹⁹ Peters, BuB, Rz. 13/138.

²⁰⁰ sehr instruktiv: Bender/Wiljes, Beil. 4 zu BB 2001, 17 ff.

²⁰¹ dazu ausführlich oben III.

²⁰² Eine Ausnahme bildet insofern der kündbare Leasingvertrag.

zusammensetzen. Dadurch ergeben sich jedoch nur Buchverluste, welche die Liquidität des Leasinggebers nicht beeinträchtigt. In der Endphase des Leasingvertrages übersteigt der annuitätische Tilgungsanteil der Leasingraten die Abschreibung. Die sich dann ergebenden Buchgewinne gleichen die anfänglichen Buchverluste wieder aus.

Soweit der Leasinggeber wirtschaftlicher Eigentümer ist, wirkt sich Leasing für den Leasingnehmer bilanzneutral aus. Über die Periode hinweg gleichen sich Leistung und Gegenleistung aus, deshalb braucht die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten in der Handels- und Steuerbilanz des Leasingnehmers nicht passiviert zu werden.²⁰³ Insofern wird auf den ersten Blick die Verschlechterung der Kapitalstruktur des Leasingnehmers durch Leasing im Gegensatz zum kreditfinanzierten Kauf nach außen nicht ersichtlich. Nach § 285 Nr. 3 HGB haben aber mittlere und große Kapitalgesellschaften den Gesamtbetrag der sonstigen Verpflichtungen, die nicht in der Bilanz erscheinen, für die Beurteilung der Finanzlage von Bedeutung sind, im Anhang²⁰⁴ anzugeben. Zu diesen angabepflichtigen Verpflichtungen zählt auch das Leasing.²⁰⁵

b) Aktivierung bei Leasingnehmer

Bei einer Zurechnung zum Leasingnehmer hat dieser die Zinsen und die Abschreibung als Aufwand zu verbuchen. Er bilanziert das Leasingobjekt und schreibt es ab. Darüber hinaus erscheint in der Bilanz des Leasingnehmers eine Verbindlichkeit, die die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten dokumentiert.

²⁰³ *Kalt*, Beil. 11 zu BB 91, 21.

²⁰⁴ der Bestandteil des Jahresabschlusses ist.

²⁰⁵ *Tacke*, Leasing, S. 125 f.

Beim Leasinggeber wird nun statt der Aktivierung des Leasingobjekts eine Forderung gegenüber dem Leasingnehmer aktiviert. Diese entspricht in ihrer Höhe exakt der Verbindlichkeit beim Leasingnehmer. Als Passiva werden die Refinanzierungskosten des Leasingobjekts aufgeführt. Als Aufwand werden keinerlei Abschreibungen berücksichtigt, sondern nur die Gewerbesteuer. Als Ertrag ist, ebenso wie wenn dem Leasinggeber selbst das Leasingobjekt zugerechnet wird, die Leasingrate zu verbuchen.

Bei der Zurechnung zum Leasingnehmer verrechnet dieser die Abschreibungen und die Zinsen. Der Leasinggeber versteuert also einen deutlich höheren Gewinn, da ihm diese Abschreibungen fehlen. Der Zinsanteil in den Leasingraten stellt für den Leasingnehmer einen sofort verrechenbaren Aufwand dar; infolge der laufenden Tilgung verringert sich der Zinsanteil der Leasingrate, der Tilgungsanteil steigt entsprechend.

c) Vergleich der Zurechnungsalternativen

Obwohl Aufwendungen und Erträge in der Summe damit gleich hoch sind, ergeben sich für Leasingnehmer und Leasinggeber unterschiedliche steuerliche Konsequenzen:

Die Zurechnung des Leasingobjekts hat lediglich Gewinnverlagerungen zur Folge: Wird der Leasinggegenstand dem Leasingnehmer zugerechnet, hat dieser einen geringeren Periodengewinn auszuweisen und der Leasinggeber einen entsprechend höheren. Die Steuern, die der eine Vertragspartner mehr zahlt, zahlt der andere weniger, und umgekehrt. Differenzen können sich nur aufgrund unterschiedlicher Steuersätze ergeben. Im Falle der Zurechnung des Objekts zum Leasingnehmer treten für den Leasinggeber allerdings zusätzliche Belastungen bei der Gewerbesteuer auf, da Zinsen auf

Dauerschulden die Gewerbesteuerlast erhöhen.²⁰⁶ In der Höhe entspricht die zusätzliche Steuerbelastung des Leasinggebers der Steuerersparnis beim Leasingnehmer, wenn der Leasinggeber abschreiben darf.

Die Zurechnung des Leasinggegenstandes zum Leasingnehmer bedeutet demnach für den Leasinggeber einen erheblichen steuerlichen Nachteil, der auch nicht mit den Leasingraten verrechnet werden kann: Für den Leasingnehmer stünde dies in keinem angemessenen Verhältnis zu den Anschaffungskosten. Da es für den Leasingnehmer wirtschaftlich keinen großen Unterschied macht, wem das Objekt zugerechnet wird, empfiehlt es sich, die Leasingdauer innerhalb der Range 40 % bis 90 % zu vereinbaren, um eine Zurechnung des Leasingobjektes zum Leasinggeber sicherzustellen.

2. Bilanzierung nach IAS

Immer bedeutsamer werden auch für deutsche Unternehmen, die Leasingverträge regelmäßig abschließen, ausländische Bilanzierungsregeln. Zu nennen sind hier insbesondere die US-Generally Accepted Accounting Principles (GAAP)²⁰⁷ Internationale Bilanzierungsstandards (IAS)²⁰⁸. Für die Bilanzierung von Leasingverhältnissen ist insbesondere IAS 17 zu beachten: Nach IAS 17.8 wird das wirtschaftliche Eigentum an folgende Kriterien geknüpft:²⁰⁹

- am Ende der Vertragslaufzeit wird das Eigentum auf den Leasingnehmer übertragen.

²⁰⁶ vgl. dazu oben III. 2.

²⁰⁷ dazu ausführlich *Alvarez, Manuel, u.a.*, Bilanzierung von Leasinggeschäften nach US-Generally Accepted Accounting Principles, in: IStR 2002, 65 ff.

²⁰⁸ Zu beachten ist, dass die IAS in den USA nicht anerkannt sind. Dort gelten die US-amerikanischen Rechnungslegungsvorschriften US-GAAP.

²⁰⁹ zitiert nach: Beck'scher Bilanz-Kommentar-*Förschle/Kroner*, § 246 Rz.230.

- Bei Leasingbeginn ist von einer Optionsausübung auszugehen dergestalt, dass der Leasingnehmer die Option erhält, den Leasinggegenstand am Ende der Vertragslaufzeit zu einem voraussichtlich unter dem dann vorherrschenden Marktpreis zu erwerben.
- Die Vertragslaufzeit entspricht im Wesentlichen der gewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingobjekts.
- Der Barwert der Mindestleasingverpflichtung ist zu Beginn des Vertrages annähernd so hoch wie der Verkehrswert des Leasingobjekts.

IAS 17.9 nennt zusätzlich drei Sachverhalten, die ebenfalls für das Vorliegen eines finance lease sprechen:

- im Falle einer vorzeitigen Kündigung des Leasingvertrags durch den Leasingnehmer hat dieser die Verluste zu tragen, die dem Leasinggeber daraus erwachsen.
- Der Leasingnehmer übernimmt die Risiken und Chancen aus der Liquidation des Leasingobjekts bei Vertragsende.
- Der Leasingnehmer hat eine Mietverlängerungsoption, wobei die Leasingraten unter denen eines vergleichbaren Leasing liegen.

Es werden also alle mit dem Eigentum des Leasinggegenstandes verbundenen Risiken und Chancen auf den Leasingnehmer übertragen, mit der Folge, dass der Leasinggegenstand bei diesem zu bilanzieren ist. Dies läuft der Zielsetzung der deutschen Regelung, eine Bilanzierung des Leasingobjekts beim Leasinggeber zu erreichen, entgegen.

C. Gewährleistungsklauseln und ihre normativen Bezugspunkte

I. Überblick

Aufgrund der Dreiecksbeziehung der Vertragsparteien ist die Gewährleistungssituation im Leasingvertragsrecht problematischer als bei anderen gegenseitigen Vertragsbeziehungen. Typischerweise verschafft der Lieferant dem Leasingnehmer auf Anordnung des Leasinggebers den Gebrauch des Leasingobjekts. Die Rechnung sendet er an den Leasinggeber als seinen Vertragspartner. Dieser wird die Rechnung erst nach Erhalt der vom Leasingnehmer ausgestellten Abnahmebestätigung²¹⁰ begleichen. Liefert der Lieferant entweder überhaupt nicht oder verspätet, wird dies vom Recht der Leistungsstörungen erfasst.²¹¹ Diese Fallkonstellation wird vorliegend nicht behandelt. Von den Leistungsstörungen zu unterscheiden sind solche Fälle, in denen der Lieferant die Leasingsache zwar liefert, nicht aber in dem vertraglich vereinbarten, mangelfreien Zustand. Dies unterfällt dem hier zu untersuchenden Gewährleistungsrecht.

Die leasingtypischen gewährleistungsrechtlichen Probleme wurzeln darin, dass der Leasinggeber regelmäßig seine mietrechtliche Gewährleistung (§§ 537 ff. BGB) vertraglich ausschließt, obwohl seine Hauptpflicht gerade in der mietrechtlichen Gebrauchsüberlassung besteht. Dies ist unproblematisch, wenn der Ausschluss individualrechtlich vereinbart wird.²¹² Anders sieht es hingegen aus, wenn es sich – wie im Leasinggeschäft üblich – um Formularverträge handelt. Gleichförmige AGB rationalisieren die Geschäftsabwicklung, erleichtern die Kalkulation und ersparen dem Unternehmen und den Kunden jene Kosten und Mühe, die durch das

²¹⁰ diese stellt lediglich eine Quittung für empfangene Leistung dar, sie begründet kein Schuldanerkenntnis des Leasingnehmers. Vgl. *BGH NJW* 88, 204; *Tacke*, Leasing, S. 80.

²¹¹ *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, S. 126; *Apel*, in *Büschgen* (Hrsg.), *Praxis-handbuch Leasing*, S. 193.

²¹² *Wolf/Eckert/Ball*, *Handbuch*, Rz. 1918

Aushandeln individueller Verträge entstehen.²¹³ Insofern stehen sie durchaus im Nutzen beider Parteien. Da die Unternehmen als AGB-Verwender aber sicher in erster Linie ihren eigenen Vorteil im Blick haben, ist es im Interesse beider Vertragsparteien erforderlich, zu einem sinnvollen Interessenausgleich zu verhelfen, um Leasing als Vertragsinstitut für beide Seiten attraktiv zu erhalten.

Auf den folgenden Seiten werden exemplarisch einzelne typische Gewährleistungsklauseln vorgestellt, wie sie bisher verwendet wurden, und ihre normativen Bezugspunkte aufgezeigt; es wird also im Hinblick auf jede einzelne Gewährleistungsklausel zunächst dargelegt, welche gesetzliche Ausgangslage die Parteien vor der Schuldrechtsreform vorgefunden haben, wenn sie entweder gar keine abweichenden Vereinbarungen getroffen hatten oder ihre vereinbarten Klauseln nach dem AGBG unwirksam gewesen ist. Dann wird exemplarisch eine Klausel vorgestellt, die typischerweise in Leasingverträgen verwendet wurde. Dabei wird Wert darauf gelegt, die Schnittmenge aus mehreren typischen Gewährleistungsklauseln zu bilden, d.h. es werden aus mehreren Klauseln verschiedene Elemente zusammengeführt, um das Typische der allgemein üblichen Regelung besonders deutlich zum Vorschein zu bringen. Es wird untersucht, wie sich aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen die gesetzlich vorgesehene Verteilung der wirtschaftlichen Risiken verschoben hat. Zentralen Raum nimmt jene Klausel ein, die die Abtretungskonstruktion festschreibt.

²¹³ MüKo-*Basedow*, AGBG Einl. Rz. 2

II. Einzelne Gewährleistungs-/ Garantieklauseln

1. Abtretung der kaufrechtlichen Mängelansprüche (Abtretungskonstruktion)

War die gelieferte Leasingsache mangelhaft, sah die gesetzlich vorgesehene Gewährleistungssituation folgendermaßen aus: Da der Leasingvertrag als atypischer Mietvertrag eingestuft wird, haben sich die Gewährleistungsrechte des Leasingnehmers folgerichtig nach den Vorschriften des Mietrechts bestimmt: Der Lieferant hatte als Erfüllungsgehilfe²¹⁴ (§ 278 BGB) des Vermieters/Leasinggebers dem Mieter/Leasingnehmer den Gebrauch an dem Leasingobjekt verschafft. Damit hat der Leasinggeber seine Hauptpflicht der Gebrauchsüberlassung erfüllt. War das Leasingobjekt mangelhaft, konnte der Leasingnehmer gem. § 535, I 2 BGB a.F. vom Leasinggeber verlangen, dass der Mangel des Leasingobjekts innerhalb einer bestimmten Frist beseitigt wird, solange nicht die Beseitigung unmöglich oder unzumutbar war.²¹⁵ Die Miete war gem. § 536 I BGB a.F. kraft Gesetzes gemindert. Nach erfolglosem Ablauf der Abhilfefrist konnte der Leasingnehmer den Leasingvertrag nach § 543 BGB a.F. fristlos kündigen und, sofern ihm aufgrund des Mangels ein Schaden entstand, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 536 a I BGB a.F.

Der Leasinggeber seinerseits hatte Gewährleistungsansprüche aus §§ 459 ff. BGB a.F. gegen den Lieferanten, da dieser dem Leasingnehmer in Erfüllung seiner kaufvertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Leasinggeber den Besitz an dem Leasingobjekt verschafft hat. Diese Gewährleistungsansprüche umfassten den Anspruch auf Wandelung und auf Minderung gem. § 462 BGB a.F. sowie auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. §§

²¹⁴ vgl. *BGH NJW* 89, 3224; 88, 199; *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 140 f.; a.A. wohl *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rz. 1736; *ders.*, AcP 190 (1990), 410, 432 ff.

²¹⁵ *BGH NJW* 59, 2300.

463, 480 II BGB a.F. und im Fall des Gattungskaufs den Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 480 I BGB a.F.

Nach der gesetzlichen Ausgangslage lagen die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte also beim Leasinggeber als Vertragspartner des Lieferanten. Der Leasingnehmer ist aber typischerweise mit der Leasing Sache vertrauter als der Leasinggeber, da er sie nicht nur in Gebrauch, sondern auch ausgesucht hat. Dem Leasinggeber war es in der Regel faktisch sogar unmöglich, die Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten sachgerecht geltend zu machen. Deshalb wurden in aller Regel die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche vom Leasinggeber an den Leasingnehmer abgetreten. Dies geschah typischerweise mit einer Klausel wie dieser:

Alle Ansprüche und Rechte des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber wegen Sach- und Rechtsmängeln des Leasingobjekts, insbesondere die mietrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen, sind ausgeschlossen.

Der Leasinggeber tritt zum Ausgleich sämtliche Ansprüche auf Gewährleistung aus dem Kaufvertrag über den Leasinggegenstand sowie etwaige zusätzliche Garantieansprüche gegen den Hersteller/Lieferanten an den Leasingnehmer ab.

Der Leasingnehmer nimmt die vorstehenden Abtretungen an und verpflichtet sich, diese Ansprüche im eigenen Namen und nur in der Weise geltend zu machen, dass bei Rückgängigmachung des Kaufvertrages (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) etwaige Zahlungen des Gewährleistungs- oder Garantieverpflichteten direkt an den Leasinggeber zu leisten sind.

Gegen den Leasinggeber stehen dem Leasingnehmer Gewährleistungsansprüche, insbesondere nach §§ 536-542 BGB, nicht zu.

Der formularmäßige Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistung des Leasinggebers gegen Abtretung seiner kaufrechtlichen Ansprüche gegen den Lieferanten wurde nach allgemeiner Auffassung AGB-rechtlich als zulässig angesehen: So sei er leasingtypisch und deshalb nicht „überraschend“ i.S.d. § 3 AGBG. Begründet wurde dies mit der leasingtypischen Interessenlage: In aller Regel hat der Leasingnehmer die Verbindung mit dem Lieferanten aufgenommen, er hat sich den Leasinggegenstand nach seinen Interessen und Bedürfnissen ausgesucht und die produktbezogenen Verhandlungen werden in diesem Verhältnis geführt. Insofern entspricht es der Interessenlage, dass der Leasingnehmer mit dem Lieferanten auch über die Berechtigung einer Mängelrüge verhandelt. Hält man sich dies vor Augen, so rückt, wie *Papapostolou* es zutreffend ausführt, die Finanzierungsfunktion rechtlich derart in den Vordergrund, dass davon auszugehen ist, dass die Gewährleistung für Sachmängel nicht mehr zum vertraglichen Leistungsangebot des Leasinggebers gehört.²¹⁶

Auch ein Verstoß gegen § 11 Nr. 10a AGBG wurde nicht gesehen. Zwar war lange umstritten, ob diese Vorschrift auf Leasingverträge anzuwenden ist. Der BGH legte jedoch in einer grundlegenden Entscheidung²¹⁷ den Begriff der „Leistung“ i.S.d. § 11 Nr. 10a AGBG eng aus, sodass darunter nur Werkleistungen oder solche aus Kauf-, Werk- und Werklieferungsverträgen fielen. Leasingverträge sollten von der Vorschrift nicht erfasst werden. Es lag auch kein Verstoß gegen § 11 Nr. 8 AGBG vor, da hier lediglich der ersatzlose Ausschluss von Rechten sanktioniert wurde. Und auch im Hinblick auf § 9 II Nr. 1 oder Nr. 2 AGBG war diese Klausel nicht

²¹⁶ *Papapostolou*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 79.

²¹⁷ *BGH NJW* 85, 1547.

zu beanstanden, da sie in ihrem leasingtypischen Regelungsgehalt „nicht der Ordnungs- und Leitbildfunktion des dispositiven Rechtes widersprach“²¹⁸.

Abgetreten wurden sämtliche Gewährleistungsansprüche gem. §§ 459 ff. BGB ohne Einschränkungen.²¹⁹ Der Leasingnehmer wurde nicht nur ermächtigt, sondern sogar verpflichtet, die ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers aus dem Liefervertrag gegen den Lieferanten geltend zu machen. Nach Auffassung des BGH²²⁰ und einer weit verbreiteten Meinung in der Literatur²²¹ wurde jedoch nur der Anspruch *auf* Wandelung abgetreten, nicht etwa der Anspruch *aus* Wandelung. Dieser sollte grundsätzlich beim Leasinggeber verbleiben.²²² Der Leasinggeber war bei der Vertragsabwicklung nur noch als Zahlungsempfänger eingeschaltet: Mächte der Leasingnehmer gegen den Lieferanten Wandelungs- oder Schadensersatzansprüche geltend, so hatte er Zahlung an den Leasinggeber zu verlangen. Der Leasingnehmer konnte nach seiner Wahl aus der abgetretenen Position des Leasinggebers als Käufer also eines der Gewährleistungsrechte geltend machen: entweder bei Gattungskauf (§ 480 I, 1 BGB a.F.) das Recht auf Neulieferung, auf Minderung (§ 462 BGB a.F.), auf Wandelung (§ 462 BGB a.F.), oder auf Schadensersatz (§ 463 BGB a.F.). Insbesondere ist das Recht des Käufers auf Wandelung hervorzuheben, das die im Kaufrecht nicht vorgesehene Kündigung des Mietvertragsrechts ersetzte und dessen Abtretung vom BGH als essentiell für die Wirksamkeit der Abtretungskonstruktion angesehen wurde. Wörtlich führte der BGH dazu aus:²²³

²¹⁸ s. nur *Apel* in: Büschen (Hrsg.) Praxishandbuch Leasing, § 9 Rz. 112.

²¹⁹ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 152.

²²⁰ *BGH* WM 92, 1609; 85, 226; 84, 1089.

²²¹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. 1, S. 173; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 153.

²²² a.A. *Beckmann*, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 10 Rz. 9, nach dem auch der Anspruch aus Wandelung abgetreten wird. Der Leasingnehmer sei nur im Innenverhältnis verpflichtet, die interne Weisung des Leasinggebers zu befolgen.

²²³ *BGH* NJW 1982, 105, 106.

„Angesichts dieser typischen Interessenlage [...] wird jedenfalls im kaufmännischen Handelsverkehr der Leasingnehmer nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise unangemessen benachteiligt, wenn ihm anstelle der Gewährleistungsansprüche gegen den Leasinggeber (§§ 537 ff. BGB) die Befugnis eingeräumt wird, notfalls den Kaufvertrag zu wandeln [...] .“

Soweit es für die Bestimmung des Mangels der Leasing Sache auf die Ausfüllung der subjektiven Tatbestandmerkmale des § 459 BGB zur Sollbeschaffenheit der Leasing Sache ankam, war allein auf die Person des Leasingnehmers abzustellen.²²⁴ Dies entsprach der gewollten Interessenlage im Leasingdreieck.

Wählte der Leasingnehmer bei Gattungskauf Nachlieferung, war zu beachten, dass der Leasinggeber wirtschaftlicher Eigentümer der Leasing Sache blieb. Daraus folgte, dass der Leasingnehmer den Leasinggeber über die wechselnde Identität der Leasing Sache informieren musste, damit dieser zumindest seine Geschäftsbücher in Ordnung bringen konnte. Diese Mitteilungspflichten ergaben sich aus § 666 BGB a.F. und § 242 BGB a.F..²²⁵ Häufig wurde durch AGB zusätzlich sichergestellt, dass der Leasinggeber auch Eigentümer an der nachgelieferten Sache wurde.

Soweit dem Leasingnehmer aufgrund der Abtretung Schadensersatzansprüche gegen den Lieferanten gem. § 463 BGB a.F. zustanden, hatte der Lieferant umfassenden Schadensersatz zu leisten: Er hatte zunächst die Schäden des Leasinggebers zu ersetzen (die vom Leasingnehmer geltend gemacht wurden). Dieser Eigenschaden des Leasinggebers konnte z.B. darin bestehen, dass im Falle der Rückabwicklung des Kaufvertrages auch der Leasingvertrag rückabgewickelt werden musste und ihm dadurch nicht nur

²²⁴ *Apel*, in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 9 Rz. 141.

²²⁵ *BGH NJW* 82, 105; *Beckmann*, in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 10 Rz. 17; v. *Westphalen*, BB-Beilage 6/94, S. 12.

der erwartete Gewinn entging, sondern er auch vergebliche Aufwendungen wie Refinanzierungskosten getätigt hat.²²⁶ Darüber hinaus musste der Lieferant auch die Schäden des Leasingnehmers ersetzen. Der Lieferant stimmte dieser Ausweitung seiner Haftung beim Finanzierungsleasingvertrag in Kenntnis der leasingtypischen Vertragsgestaltung zumindest konkludent zu.²²⁷ Aber selbst wenn konkrete Anhaltspunkte für eine konkludente Zustimmung des Lieferanten, die Schäden des Leasingnehmers zu ersetzen, nicht festzustellen waren, konnten die Schäden des Leasingnehmers als Eigenschaden des Leasinggebers angesehen und geltend gemacht werden,²²⁸ und zwar deshalb, weil der Leasinggeber sich einem Schadensersatzanspruch des Leasingnehmers wegen über § 278 BGB a.F. zugerechneten Verschuldens ausgesetzt sah, z.B. wegen fehlerhafter Beratung durch den Lieferanten.²²⁹

War die Abtretungsklausel nach AGBG unwirksam, sollte gem. § 6 II AGBG die mietrechtliche Eigenhaftung des Leasinggebers nach den §§ 535 ff. BGB wieder aufleben.²³⁰

2. Nachbesserung

Über das gesetzliche Gewährleistungsrecht hinaus wurde in den AGB häufig ein Nachbesserungsrecht vereinbart. Die gesetzliche Ausgangslage sah keinen kaufrechtlichen Nachbesserungsanspruch vor, denn anders als das Werkvertragsrecht kennt das Kaufrecht des BGB Nachbesserungsrechte des Verkäufers nur, wenn sie ausdrücklich vertraglich vereinbart wurden.

²²⁶ *Beckmann*, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 6 Rz. 47.

²²⁷ *Schwenzer*, AcP 182, 214 ff.; *Beckmann*, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 6 Rz. 44.

²²⁸ *Beckmann*, in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 6 Rz. 49.

²²⁹ *BGH NJW* 78, 2148; *Koch*, Störungen beim Finanzierungsleasing, S. 126; *Papapostolou*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 17; v. *Westphalen*, Leasingvertrag, Rz. 437 ff.

Gesetzlich war mit § 476 a BGB a.F. nur geregelt, dass bei vertraglicher Vereinbarung die Kosten grundsätzlich vom Lieferanten zu tragen waren. Wurde vertraglich nichts vom Gesetz abweichendes vereinbart, konnte (und musste) der Leasingnehmer gleich Wandelung oder Minderung nach § 462 BGB verlangen.

Dies entsprach insofern nicht den Interessen der Vertragsparteien, als der Lieferant/Verkäufer keinerlei Recht zur zweiten Andienung hatte und der Leasingnehmer/Käufer keine Möglichkeit, das Leasingobjekt in repariertem Zustand zu bekommen. Aus diesem Grund wurde häufig folgende Klausel vereinbart:

Bei Vorliegen eines Mangels ist der Leasingnehmer verpflichtet, dem Lieferanten Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. Erst bei Fehlschlagen der Nachbesserung kann er Wandelung oder Minderung verlangen.

Der Leasingnehmer hatte sowohl die Aufforderung zur Nachbesserung als auch sein Wandlungsverlangen dem Leasinggeber unverzüglich anzuzeigen.²³¹ Dieser vertraglich geschaffene Nachbesserungsanspruch entsprach im wesentlichen der gesetzlichen mietrechtlichen Gewährleistungssituation: der Mieter hatte dem Vermieter im Falle eines Mangels der Mietsache eine Frist zur Abhilfe nach § 543 III, 1 BGB zu setzen. Mit dieser Klausel wurde also in etwa die Situation wiederhergestellt, wie sie sich ohne Vereinbarung der Abtretungskonstruktion dargestellt hätte.

Vergleichbar war die durch AGB geschaffene Situation auch derjenigen bei internationalen Verträgen, die dem UN-Kaufrecht unterfallen. Hier hat der

²³⁰ BGH, BB 1987, 296, 297; v. Westphalen, BB-Beilage 6/ 94, 11 f.; Beckmann, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 10 Rz. 24.

²³¹ BGH NJW 1987, 1072.

Verkäufer vom Zeitpunkt ab Lieferung einer vertragswidrigen Sache das Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung (Art. 46 UN-Kaufrecht). Das ursprüngliche Recht des Käufers auf Erfüllung konkretisiert sich nach UN-Kaufrecht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung.²³² Liegen Leistungsstörungen seitens des Verkäufers vor, so hat der Käufer grundsätzlich dem Verkäufer für die Erfüllung seiner Vertragspflichten eine Nachfrist zu setzen (Art. 46 UN-Kaufrecht). Bleibt diese Fristsetzung erfolglos, so hat der Käufer ohne weiteres das Recht auf Vertragsaufhebung/Wandelung (Art. 49 I Ziff. b UN-Kaufrecht). Ohne Nachfristsetzung ist dies nur dann der Fall, wenn der Mangel eine wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 UN-Kaufrecht darstellt (Art. 49 I Ziff. a UN-Kaufrecht).

3. Minderung, Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB

War die Leasing Sache mangelhaft, so trat die Minderung der Leasingraten nach § 536 I BGB a.F. ipso iure ein, der Leasingnehmer musste sie also nicht erst erklären. § 536 I und III BGB a.F. gaben dem Mieter nämlich keinen Anspruch, sondern sind rechtsvernichtende Einwendungen gegenüber dem Anspruch des Vermieters auf Miete, der sich kraft Gesetzes mindert.²³³ Soweit bei Mangelhaftigkeit der Leasing Sache geminderte Leasingraten zu zahlen waren, konnte der Leasingnehmer über die Minderung nach § 536 I BGB a.F. hinaus ohne weiteres die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 I BGB a.F. erheben und die Leasingraten zurückhalten.²³⁴ Denn der Anspruch des Mieters gem. § 535 I, 2 BGB a.F. auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes bestand neben dem Gewährleistungsanspruch. Da dort ein dem Zurückbehaltungsrecht entsprechendes Druckmittel des Mieters nicht vorgesehen war, wird § 320

²³² Piltz, § 5 Rz. 130 f.; Brandi-Dohrn., CR 93, 473.

²³³ Palandt-Weidenkaff, § 536 Rz. 33.

²³⁴ Apel, in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 9 Rz. 47.

BGB von dem mietrechtlichen Gewährleistungsanspruch nicht verdrängt.²³⁵ Das Zurückbehaltungsrecht stand dem Leasingnehmer auch zu, wenn er die Leasingraten im voraus zu zahlen hatte.²³⁶ An eine Klageerhebung war das Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers nicht gekoppelt.

Durch die Vereinbarung der Abtretungskonstruktion waren, wie oben bereits gezeigt,²³⁷ dem Leasingnehmer nicht nur seine mietrechtlichen Gewährleistungsrechte genommen, sondern ihm stand auch das „mietrechtliche“ Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB nicht mehr zu. Da er auch nicht über das „kaufrechtliche“ Zurückbehaltungsrecht verfügte, stand der Leasingnehmer deutlich schlechter da als ein Käufer oder Mieter. Der BGH sah in der Möglichkeit des Leasingnehmers, für die Dauer des Gewährleistungsprozesses die Leasingraten zurückzubehalten, eine *conditio sine qua non* für die Wirksamkeit der Abtretungskonstruktion.²³⁸ Deshalb wurde dem Leasingnehmer vertraglich ein Zurückbehaltungsrecht zugebilligt, das allerdings an die Erhebung der Wandelungsklage geknüpft war.

Erklärt sich der Gewährleistungsverpflichtete bei fehlgeschlagener Nachbesserung mit der Wandlung einverstanden oder wird er rechtskräftig zur Wandlung verurteilt, entfällt die Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung von Leasingraten. Erklärt sich der Gewährleistungsverpflichtete mit der Wandlung nicht einverstanden, ist der Leasingnehmer erst ab Erhebung des Klage zur Zurückbehaltung der Leasingraten berechtigt. Das Zurückbehaltungsrecht entfällt rückwirkend, wenn die Wandelungsklage des Leasingnehmers erfolglos bleibt. Die zurückbehaltenen Leasingraten sind unver-

²³⁵ Wolf/Eckert/Ball, Rz. 274.

²³⁶ BGHZ 84, 42, 46.

²³⁷ vgl. oben A II 2.

²³⁸ BGH NJW 1982, 105, 107.

zünftig in einem Betrag nachzuzahlen. Der Leasingnehmer hat dem Leasinggeber den durch die Zurückbehaltung der Leasingraten entstandenen Verzugschaden zu ersetzen.

Diese Klausel knüpft das Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers an die Wandelungserklärung, sofern innerhalb von 6 Wochen nach Erklärung Wandelungsklage erhoben wird, ansonsten an die Klageerhebung. Bleibt die Wandelungsklage erfolglos, müssen die nicht gezahlten Leasingraten nachgezahlt werden zuzüglich des Verzugschadens. Damit war der Leasingnehmer zwar nicht so gestellt wie ein Mieter, dessen Zurückbehaltungsrecht an keine weiteren Voraussetzungen gebunden war, doch genügte dieses modifizierte Zurückbehaltungsrecht den Anforderungen der Rechtsprechung. Dass sich der Leasingnehmer bei Scheitern der Klage den Schadensersatzforderungen des Leasinggebers ausgesetzt sah, erzeugte beim Leasingnehmer eine Hemmschwelle gegen eine missbräuchliche Klageerhebung, war er doch aufgrund des Prozessrisikos gezwungen, sich nur bei sorgfältiger Abwägung seiner Erfolgsaussichten zu einer Klageerhebung zu entschließen. So entstand ein insgesamt ausgewogenes und anreizkompatibles Gewährleistungssystem.

Kapitel 2: Verschiebung der normativen Eckpunkte durch die Schuldrechtsreform

Ausgangslage

Der Gesetzgeber hat es auch im Rahmen der Schuldrechtsreform unterlassen, den Vertragstyp „Finanzierungsleasingvertrag“ zu definieren. Insbesondere hat er kein eigenes Leistungsstörungsrecht für drei- und mehrseitige Verträge geschaffen, wie dies von Bankrechtlern in der Vergangenheit immer wieder gefordert worden ist.¹ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz führt nur in § 500 BGB erstmals den Finanzierungsleasingvertrag als Vertragstyp im BGB auf, allerdings als Untertitel im Titel 3 „Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“. Nach § 500 BGB finden bestimmte Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge auch auf Finanzierungsleasingverträge Anwendung. Damit entspricht er weitgehend dem bisherigen § 3 II Nr. 1 VerbrKrG. Man kann davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Probleme, die aus dem typischen Leasing-Dreieck und der Abtretungskonstruktion resultieren, als zu komplex und als zu ungeklärt ansah, um sie präzise in einen allgemein gültigen Gesetzestext fassen zu können.²

¹ So z.B. *Köntgen*, WM 2001, 1645.

² *Beckmann*, FLF 2/2002, 46.

A. Keine Änderung der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften

Das Mietrecht hat sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht geändert. Es besteht also kein Anlass, an der Einordnung des Leasingvertrages als einem atypischen Mietvertrag zu rütteln. Maßstab für die Zulässigkeit der Abtretungskonstruktion im Rahmen von allgemeinen Leasingbedingungen war bisher § 9 AGBG, seit dem 01. 01. 02 gilt der inhaltlich weitgehend identische § 307 BGB. Daraus ist zu folgern, dass sich die Prüfung für die Angemessenheit der AGB, die vom Mietrecht abweichen, nicht geändert hat: Nach wie vor hat entscheidende Bedeutung im Rahmen der AGB-Kontrolle, ob der Leasingnehmer in Relation zu seinen Rechten aus §§ 535 ff. BGB unangemessen benachteiligt wird. Zu vergleichen ist also die Rechtsposition des Leasingnehmers, die er nach der Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche unter neuem Schuldrecht hat, mit derjenigen, die er ohne die Freizeichnung in seiner Stellung als Mieter gegenüber dem Leasinggeber inne hätte.

B. Fortbestand der Abtretungskonstruktion

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat die materiell-rechtlichen Vorschriften des AGBG als §§ 305 – 310 in das BGB übernommen. Auch wenn die Einordnung in das Allgemeine Schuldrecht nicht überzeugt,³ wird damit der Tatsache Rechnung getragen, dass das AGB-Recht seit langem für

³ dazu *Wolff/Pfeiffer*, ZRP 2001, 303.

die Praxis eine der wichtigsten Rechtsmaterien ist.⁴ Die Einfügung in das BGB bedeutet keinen Bruch mit der historischen Entwicklung,⁵ da das AGB-Recht bis zur Schaffung des AGBG allein durch das BGB bestimmt war.⁶ Die materiell-rechtlichen Vorschriften des AGBG wurden sachlich nur unwesentlich verändert, allerdings spielt im hier zu untersuchenden Zusammenhang eine mittelbare Änderung eine gravierende Rolle: In § 307 II, 1 BGB wird ausdrücklich, ansonsten stillschweigend auf das als Maßstab und Beurteilungskriterium der Inhaltskontrolle geltende dispositive Recht Bezug genommen. Dieses hat sich durch die Neuregelung des Verjährungs-, Leistungsstörungen-, Kauf- und Werkvertragsrechts grundlegend verändert. Damit muss die Rechtsprechung für die Inhaltskontrolle in diesen Rechtsgebieten neue Beurteilungskriterien entwickeln.⁷

Zu prüfen ist also, inwieweit die Abtretungskonstruktion mit den §§ 307 ff. BGB in Einklang steht.

I. Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB

Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB sind die §§ 307 - 309 BGB. Im nichtkaufmännischen Verkehr ist zunächst zu prüfen, ob eine AGB-Klausel gem. §§ 308, 309 BGB unwirksam ist. Diese sind gem. § 310 I BGB allerdings nur dann anwendbar, wenn der Vertragspartner der AGB-Verwenders nicht Kaufmann ist. Ist also der Leasingnehmer kein Kaufmann, so haben die AGB-Klauseln auch den Anforderungen der §§ 308, 309 BGB

⁴ so auch Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Überblick vor § 305 Rz. 1.

⁵ dazu *Lieb*, AcP 183, (1983), 327, 331.

⁶ *Peiffer*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 500.

⁷ vgl. Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Überblick vor § 305 Rz. 2.

zu genügen; für den Fall, dass er Kaufmann ist, werden die Klauseln nur nach § 307 BGB geprüft, die §§ 308, 309 BGB sind nicht anwendbar.

Aber selbst wenn eine Klausel den Anforderungen der §§ 308, 309 BGB entspricht, so bleibt zu prüfen, ob sie nicht dennoch nach § 307 BGB unwirksam ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt. Was im einzelnen unter einer unangemessenen Benachteiligung zu verstehen ist, nennt § 307 II BGB: nach Nr. 1 muss sich die Inhaltskontrolle an den wesentlichen Grundgedanken der durch die Klausel verdrängten gesetzlichen Regelung ausrichten; gibt es eine solche nicht, muss sie sich nach Nr. 2 an der Natur des Vertrages orientieren. Die Frage, ob die Inhaltskontrolle von Leasingverträgen nach § 307 II Nr. 1⁸ oder nach Nr. 2⁹ zu erfolgen hat, ist umstritten. Da jedoch die Rechtsfolgen gem. § 307 I BGB dieselben sind, ist der Streit rein akademischer Natur und muss hier nicht entschieden werden.¹⁰ Außerdem ergänzen sich die Tatbestände gemäß Nr. 1 und 2 und schließen sich nicht gegenseitig aus.¹¹

Der BGH führt zu einer unangemessenen Benachteiligung des Leasingnehmers folgendes aus:¹²

„Unangemessen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine AGB- oder Formulklausel, in der der die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nehmende Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen

⁸ so *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 448.

⁹ so *Roth*, AcP 190 (1990), 292, 312; *Lieb*, DB 1988, 951 ff.; *Ulmer/Schmidt* DB 1983, 2563 ff.

¹⁰ Aus der Einordnung als atypischer Mietvertrag folgt nach der hier vertretenen Auffassung, dass Klauseln des Leasingvertrages an § 307 II Nr. 1 BGB gemessen werden müssen.

¹¹ *Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner*, § 9 Rz. 130.

¹² *BGH* NJW 1984, 1182 ff.

angemessenen Ausgleich zuzugestehen; ein wesentliches Indiz dafür ist die Abweichung von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit diese nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleihen.“

Als Leitbild der Inhaltskontrolle zu Leasingverträgen ist das Eigengepräge des Vertragstyps vor dem Hintergrund des Mietrechts zugrunde zu legen.¹³ Der BGH hat dies dahingehend präzisiert, dass zunächst festzustellen ist, ob „der typische Gehalt des Leasingvertrages in der betreffenden Frage mit demjenigen eines normalen Mietvertrages übereinstimmt“¹⁴. Erst wenn dies bejaht wird, können wesentliche Grundgedanken des Mietrechts überhaupt als Maßstab der Inhaltskontrolle dienen. Wörtlich heißt es dazu:

„Auch wenn auf Finanzierungsleasingverträge in erster Linie Mietrecht anzuwenden ist, muss bei einer Inhaltskontrolle jeweils das Eigengepräge des Leasingvertrags unter sachgerechter Bewertung der von den Parteien typischerweise verfolgten Interessen berücksichtigt werden. Soll eine Leasingvertragsklausel daraufhin geprüft werden, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes unvereinbar ist, so ist zunächst festzustellen, ob der typische Gehalt des Leasingvertrages in der betreffenden Frage mit demjenigen eines normalen Mietvertrages übereinstimmt. Ist das nicht der Fall, so kommt eine Abweichung von einem wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts nicht in Betracht.“

¹³ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, Anh. §§ 9-11, Rz. 460 .

¹⁴ BGHZ 112, 65, 71.

II. Verstoß gegen § 309 BGB

In Betracht kommt ein Verstoß gegen Nr. 8 b) aa) sowie gegen Nr. 7 a) und b) BGB.

§ 309 Nr. 8 b) aa) BGB ersetzt § 11 Nr. 10 AGBG und gilt, wie die Vorschrift jetzt ausdrücklich klarstellt, nur für Kauf- und Werkverträge. Die Abtretungskonstruktion wird aber nicht zwischen Leasinggeber und Lieferant vereinbart, sondern zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer. Dieses Verhältnis beurteilt sich nach mietrechtlichen Grundsätzen, nicht nach Kaufrecht. Leasingverträge fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 309 Nr. 8 b) BGB, da sie keine Lieferverträge sind.¹⁵ Eine Lieferung liegt vor, wenn die neu hergestellten Sachen vom einen Vertragsteil dem anderen übergeben und übereignet werden.¹⁶ Eine Übereignung der Leasingsache findet nicht statt, das Eigentum an der Leasingsache verbleibt beim Leasinggeber.

Schwieriger ist die Beurteilung, ob die Abtretungskonstruktion gegen § 309 Nr. 7 a) und b) verstößt. Nach dieser Vorschrift ist es untersagt, die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, sowie für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, zu begrenzen. Dies ist problematisch, denn im Hinblick auf die mietrechtliche Qualifikation des Leasingvertrages könnte in dem Umstand, dass durch die Abtretungskonstruktion der Leasingnehmer auf den Lieferanten als Schuldner verwiesen wird, ein Ausschluss der mietrechtlichen Haftung des Leasinggebers für durch fahrlässige Schlechtleistung verursachte Körperschäden gesehen werden.¹⁷

¹⁵ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 11 Nr. 10 Rz. 11.

¹⁶ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, ebenda Rz. 7.

¹⁷ Inwieweit Schadensersatzansprüche von der Abtretung erfasst werden, vgl. v. Westphalen, Leasingvertrag, Rz. 436.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Haftung ja gar nicht ausgeschlossen, sondern der Leasingnehmer lediglich auf einen anderen Schuldner verwiesen werde. Denn der jetzige § 309 Nr. 7 b) BGB ist identisch mit dem früheren § 11 Nr. 7 AGBG. Und schon hier wurde ein Ausschluss der Eigenhaftung gegen die Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte als unzulässige Haftungsbegrenzung angesehen,¹⁸ und zwar sogar dann, wenn gleichzeitig eine Versicherung zu Gunsten des Geschädigten wirksam sein sollte.¹⁹

Insofern verstößt die Abtretungskonstruktion so, wie sie üblicherweise vereinbart wurde, gegen § 309 Nr. 7 b) BGB. Es empfiehlt sich daher, die Abtretungsklausel insoweit einzuschränken, dass Ansprüche wegen Körperschäden, die auf einer fahrlässigen Schlechtleistung des Leasinggebers beruhen und wegen sonstiger Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Schlechtleistung beruhen, nicht erfasst werden. Darin liegt auch keine nennenswerte Belastung für den Leasinggeber, wenn er die ihm obliegende Untersuchungspflicht gem. § 377 HGB bezüglich der Leasingsache, die in der Regel sowieso direkt vom Lieferanten an den Leasingnehmer geliefert wird, an den Leasingnehmer abtritt.²⁰ Dann ist eine schuldhaftige Schlechtleistung des Leasinggebers nur schwer vorstellbar.²¹

III. Verstoß gegen § 307 BGB

1. Verbot der unangemessenen Benachteiligung

Die Abtretungskonstruktion verstößt dann gegen § 307 BGB (= § 9 AGBG), wenn der Leasingnehmer nach der neuen Rechtslage unangemessen benach-

¹⁸ Staudinger-Coester-Waltjen, AGBG, § 11 Nr. 7 Rz. 23.

¹⁹ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 11 Nr. 7 Rz. 49.

²⁰ wie es schon derzeit üblich ist, vgl. Peters, BuB Bd. 5, Rz. 13/82 Ziff. 4.2.

²¹ so auch Arnold, DStR 25/2002, 1049 f.

teiligt würde, was aufgrund einer Interessenabwägung²² festzustellen ist. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die AGB von wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken oder von vertragstypischen Rechten oder Pflichten abweichen, ohne dass dies durch besondere Umstände gerechtfertigt ist, oder wenn allgemein berechnigte Interessen des anderen Vertragsteils nicht ausreichend berücksichtigt werden.²³ Die Benachteiligung muss nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unangemessen erscheinen, sodass geringfügige Benachteiligungen außer Betracht bleiben.²⁴ Nach § 307 I, 2 BGB – insofern über § 9 AGBG hinausgehend – ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Damit wird einer Entscheidung des EuGH Rechnung getragen, die eine nicht ausreichende Umsetzung des Transparenzgebots durch die Niederlande zum Gegenstand hatte.²⁵

a) Genereller Prüfungsmaßstab

§ 9 AGBG legte grundsätzlich einen generellen Prüfungsmaßstab und eine typisierende Betrachtung zugrunde.²⁶ Nichts anderes kann für den nun geltenden § 307 BGB gelten. Der generelle Prüfungsmaßstab bezieht sich zunächst auf den normativen Bewertungsmaßstab, der als Obersatz allgemeingültig für die typischen Verhältnisse zu bilden ist.²⁷ Dieser generelle Prüfungsmaßstab gilt zunächst nur hinsichtlich der geltenden Rechtsvorschriften, von denen abgewichen wird, nicht hinsichtlich der vertraglichen Vereinbarungen.²⁸ Auszugehen ist also von den Vorschriften des

²² dazu ausführlich Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rz. 100 ff.

²³ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rz. 50.

²⁴ OLG Hamm NJW 1981, 1050; OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 1462.

²⁵ EuGH NJW 2001, 2244.

²⁶ BGHZ 1336, 347.

²⁷ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rz. 51.

²⁸ BGH NJW 1982, 765.

dispositiven Rechts, die ohne die Klausel gelten würden.²⁹ Es ist von den Interessen, wie sie sich typischerweise bei einem Durchschnittskunden ergeben, auszugehen, nicht von den individuellen Interessen des konkreten Vertragspartners.³⁰

b) Generalisierende Betrachtung

Vom generellen Prüfungsmaßstab zu unterscheiden ist die Frage, welche tatsächlichen Umstände der Subsumtion zugrunde gelegt werden. Hier ist allein entscheidend, was nach dem Inhalt der Klausel geltend gemacht werden kann³¹ und welche Folgen sich daraus bei genereller Betrachtung in einer Anzahl von Verträgen unter Berücksichtigung der Verständnismöglichkeiten eines Durchschnittskunden³² eventuell ergeben können. Nicht entscheidend ist, welche Rechte der Verwender im Einzelfall aus einer AGB-Klausel geltend macht, ebenso wenig, ob sich die der Klausel innewohnende unangemessene Benachteiligung im Einzelfall tatsächlich ausgewirkt hat³³ und welche Folgen sich daraus im konkreten Einzelfall ergeben.³⁴

2. Auswirkungen auf die Abtretungskonstruktion

Die Abtretungskonstruktion hat bisher den Erfordernissen des § 9 AGBG entsprochen, wenn die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche unbedingt, unmittelbar und vollständig an den Leasingnehmer abgetreten wurden.³⁵ Durch die Schuldrechtsreform sind die Rechte des Käufers

²⁹ *BGH NJW* 1994, 1070.

³⁰ *BGH NJW* 1987, 487, 489; 1989, 3010.

³¹ *BGH NJW* 1982, 870, 872; 1983, 159, 161.

³² *BGH NJW* 1991, 102, 104.

³³ *BGH NJW* 1980, 1947; *NJW-RR* 1998, 629.

³⁴ *BGH NJW* 1993, 2369, 2371.

³⁵ *BGH NJW* 1982, 105, 106.

generell gestärkt worden: Der Käufer bekommt durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437, 439 BGB. Außerdem beträgt die Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 3 BGB regelmäßig zwei Jahre statt bisher sechs Monate. Diese Rechte stehen zwar eigentlich dem Leasinggeber als Käufer zu, da er diese aber dem Leasingnehmer im Wege der Abtretungskonstruktion abtritt, kommt diese verbesserte Rechtsstellung des Käufers dem Leasingnehmer zugute. Der Leasingnehmer steht sich insofern nach neuem Recht besser als nach altem. Eine Benachteiligung könnte jedoch darin liegen, dass der Leasingnehmer nun nicht mehr die Möglichkeit hat, sich bei einem Mangel der Leasingsache sofort vom Vertrag zu lösen. Man muss jedoch bedenken, dass auch das Mietrecht mit § 543 BGB grundsätzlich kein solches Recht kennt, und genereller Prüfungsmaßstab für die AGB-Kontrolle ist nun einmal nach wie vor das Mietrecht.

In diesem Zusammenhang schadet auch nicht, dass bei Beibehaltung der bisher typischen Abtretungskonstruktion der Leasinggeber seinen kaufrechtlichen (modifizierten) *Erfüllungsanspruch* an den Leasingnehmer abtritt. Werden nun nach dem neuen Schuldrecht nicht nur die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche abgetreten, sondern der modifizierte Erfüllungsanspruch, ist dies sogar mehr, als nach altem Recht verlangt wurde.

Es besteht somit auch nach der Schuldrechtsreform kein Anlass, in der leasingtypischen Abtretungskonstruktion einen Verstoß gegen § 307 BGB zu sehen.

C. Nacherfüllungsanspruch

I. gesetzliche Regelung/Grundsätze

Der eindeutige Schwerpunkt der gesetzlichen Neuregelung liegt im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht. Bisher enthielt das Recht dem Käufer ausgerechnet das vor, woran er in vielen Fällen das größte Interesse hatte: einen Anspruch auf den Erhalt der Kaufsache in mangelfreiem Zustand. Der Käufer musste bei Bestehen eines Sachmangels nach §§ 459 ff. BGB a.F. sofort seine Gewährleistungsrechte ausüben, also Wandelung, Minderung oder gegebenenfalls Schadensersatz verlangen. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird in § 433 I, 2 BGB erstmalig eine ausdrückliche Primärleistungspflicht des Verkäufers begründet, die Kaufsache frei von Sach- oder Rechtsmängeln zu übereignen. Tut er dies nicht, hat der Käufer konsequenterweise einen Nacherfüllungsanspruch, §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB, der als „modifizierter Erfüllungsanspruch“ gesehen wird.³⁶ Dieser eröffnet dem Käufer nach § 439 I BGB grundsätzlich zwei Wege: Der Käufer kann entweder die Beseitigung des Mangels verlangen oder die Lieferung einer mangelfreien Sache, muss dann allerdings gem. § 439 IV BGB dem Verkäufer die bereits gelieferte mangelhafte Sache nach Maßgabe der §§ 346-348 BGB rückübereignen. Dass der Verkäufer die Mangelhaftigkeit zu vertreten hat, ist keine Anspruchsvoraussetzung.³⁷

Aus der Erweiterung der Erfüllungspflicht folgt, dass die Lieferung einer mit einem Sachmangel behafteten Sache nicht mehr wie bisher dem Gewährleistungsrecht zugerechnet werden muss, sondern ein Tatbestand der Leistungsstörung ist.³⁸ Die Ankopplung des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts an das Leistungsstörungenrecht des Allgemeinen Teils des

³⁶ *Schubel*, JuS 2002, 313, 316; *Haas*, NJW 1992, 2389, 2392.

³⁷ vgl. Reg.Begr., aaO, S. 845.

³⁸ *Westermann*, NJW 2002, 241, 243; siehe zum neuen Leistungsstörungenrecht auch unten Kap. 2 C III 2 und F I.

Schuldrechts war auch eine der erklärten Hauptzielsetzungen der Reform.³⁹ Dem Käufer stehen damit die Rechtsbehelfe der §§ 323 I, 281 I, 1 BGB zu.

Das neue Recht gibt aber nicht nur dem Käufer einen Nacherfüllungsanspruch, es bedeutet zugleich, dass der Verkäufer auch ein Nacherfüllungsrecht besitzt: denn die weiterreichenden Rechtsbehelfe des Käufers, Rücktritt, Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) und Schadensersatz (§ 437 Nr. 3 BGB) sind gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung nachrangig. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 437 BGB durch das fehlende „und“ am Ende der Nummer 1, aber auch aus §§ 281 I, 1 323 I BGB.⁴⁰ Das bedeutet, dass der Käufer, bevor er vom Kaufvertrags zurücktreten kann, erst dem Verkäufer Gelegenheit geben muss, den Mangel zu beseitigen.⁴¹ Erst, wenn die Nacherfüllung insgesamt nicht möglich ist oder vom Verkäufer verweigert wird, kann der Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag nach den §§ 433, 440, 323 und 326 V BGB erklären und damit ein Rückabwicklungsschuldverhältnis hinsichtlich des Liefervertrages nach den §§ 346 ff. BGB⁴² herbeiführen. Der Nacherfüllungsanspruch setzt keine Fristsetzung voraus,⁴³ sodass der Käufer, um wirksam vom Vertrag zurückzutreten, nicht etwa zwei Fristen setzen muss; eine angemessene, vom Verkäufer nicht genutzte Frist zur Nacherfüllung reicht aus.

³⁹ Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 09. 05. 2001, BR-Drs. 338/01, 169 ff., 485 ff.; Lorenz, JZ 2001, 742.

⁴⁰ Westermann, NJW 2002, 241, 248.

⁴¹ kritisch hierzu: Dauner-Lieb, JZ 2001, 13; Zimmer, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 200.

⁴² siehe zu den neuen §§ 346 ff. BGB unten Kap. 2 E IV.

⁴³ Reg.Begr., aaO, S. 845; Gesell, JZ 2001, 65, 67.

II. Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuerungen

1. § 433 I, 2 BGB

In § 433 I, 2 BGB wird normiert, dass die Mangelfreiheit der Kaufsache zu den Leistungspflichten des Verkäufers gehört. Nach der Regierungsbegründung liegt der Grund für diese Regelung im Leistungsstörungenrecht: Nach altem Recht gehörte die Fehlerfreiheit der Kaufsache nicht zum Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers. Die Pflichtverletzung war für die bis zur Reform geltende Sachmängelgewährleistung nicht von Belang, sodass die Sachmängelhaftung und das allgemeine Leistungsstörungenrecht voneinander unabhängige und nicht aufeinander abgestimmte Haftungssysteme darstellten.⁴⁴

Dieses Nebeneinander unterschiedlicher Haftungssysteme im allgemeinen Teil des Rechts führte zu Problemen der Rechtsanwendung: Insbesondere die nicht kodifizierten Rechtsinstitute des Verschuldens bei Vertragsanbahnung und der positiven Forderungsverletzung führten immer wieder zu Anwendungsproblemen. So sah die Rechtsprechung Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo wegen fahrlässig falscher Angaben zur Beschaffenheit einer Kaufsache als durch die Gewährleistung ausgeschlossen an,⁴⁵ während sie solche Ansprüche bei falschen Angaben über Umsatzzahlen und Bilanzbestandteile beim Unternehmenskauf zuließ.⁴⁶ Schadensersatzansprüche aufgrund positiver Forderungsverletzung billigte die Rechtsprechung nur für Mangelfolgeschäden zu, nicht für den eigentlichen Mangelschaden,⁴⁷ wobei die Unterscheidung nicht immer in überzeugender Weise gelingen konnte.⁴⁸

⁴⁴ siehe dazu nur Palandt-*Putzo*, Vorbem. v. § 459 Rz. 2 ff.

⁴⁵ *BGH NJW* 1992, 2564; *BGHZ* 60, 319, 320.

⁴⁶ *BGH NJW* 1990, 1659; 1970, 653; 1977, 1536 und 1538; *NJW-RR* 1989, 307.

⁴⁷ *BGH NJW* 1965, 532; *BGHZ* 77, 215, 217.

⁴⁸ zur Abgrenzung vgl. *Peters*, *NJW* 78, 665.

Außerdem führten das Nebeneinander von Schadensersatzansprüchen wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen positiver Vertragsverletzung zu Problemen bei der Verjährung: Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung verjährten gem. § 195 BGB a.F. zwar grundsätzlich nach 30 Jahren. Bei Schadensersatzansprüchen, die mit einem Sachmangel zusammenhingen, wurde von der Rechtsprechung zwar die kurze Verjährung des § 477 BGB a.F. entsprechend angewandt,⁴⁹ um eine Ungleichbehandlung von Mang- und Mangelfolgeschäden möglichst gering zu halten. Aber dies hatte den großen Nachteil, dass häufig die Schadensersatzansprüche bereits verjährt waren, bevor der Mangel in Erscheinung getreten ist. Alles in allem wurde das alte kaufrechtliche Gewährleistungsrecht als unbefriedigend empfunden.

Diese Probleme versuchte der Gesetzgeber dadurch zu lösen, dass die Haftung für Sachmängel grundsätzlich in das System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts einbezogen hat.⁵⁰ Da das Leistungsstörungenrecht in § 280 I BGB die Verletzung einer Pflicht als zentralen Anknüpfungspunkt enthält, stellt sich für den Kaufvertrag die Frage, was alles von der Leistungspflicht des Verkäufers erfasst wird. Dies gilt gleichermaßen auch für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 I BGB oder das Rücktrittsrecht gem. § 323 I BGB. Zuerst muss der Umfang der Leistungspflicht bestimmt sein, um die Vertragsgemäßheit der Leistung beurteilen zu können. Solange die Mangelfreiheit einer Sache nicht zu der Hauptleistungspflicht des Verkäufers gehört, können Mängel keine Rechtsfolgen nach sich ziehen, die eine Pflichtverletzung oder eine nicht vertragsgemäße Leistung zur Voraussetzung haben.

Außerdem könnten sich sonst Probleme aus der Abgrenzung der besonderen Mängelhaftung von den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungen-

⁴⁹ BGHZ 60, 9, 11; 87, 88, 93.

⁵⁰ Reg.Begr., aaO, S. 805.

rechts ergeben.⁵¹ Gehört die Mangelfreiheit der Kaufsache jedoch zu den Leistungspflichten des Verkäufers, so ist Haftung für Sachmängel in das System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts einbezogen und ermöglicht eine einheitliche Regelung aller Schadensfälle. Die unterschiedlichen Vorschriften für den Stückkauf und den Gattungskauf werden entbehrlich und die grundlegend unterschiedliche Behandlung von Sach- und Rechtsmängeln aufgegeben, da der bisherige § 434 BGB schon damals die Verpflichtung enthielt, dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen.

2. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

In § 437 werden die Rechte und Ansprüche aufgezählt, die dem Käufer bei der Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer zustehen. Da die Lieferung einer mangelhaften Sache nach § 433 I, 2 BGB als Nichterfüllung verstanden wird, ist ein besonderes Gewährleistungsrecht nicht mehr erforderlich. Die Folgen dieser Nichterfüllung sind grundsätzlich dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht zu entnehmen; die §§ 439 – 441 BGB, auf die § 437 BGB verweist, modifizieren die Regelungen nur im Hinblick auf die Besonderheiten des Kaufrechts.

Nach bisherigem Recht hatte der Käufer einer mangelhaften Sache kein Recht auf Mängelbeseitigung. Beim Gattungskauf stand ihm zwar nach § 480 BGB a.F. ein Nacherfüllungsanspruch zu, auch da konnte er aber nicht Reparatur der gelieferten Sache verlangen. Und auch der Verkäufer konnte die Wandelung und Minderung durch den Käufer nicht durch eine zweite Andienung verhindern. Dies unterschied sich von der Rechtslage beim Werkvertrag. Hier musste der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur

⁵¹ vgl. Reg.Begr., aaO, S. 804.

Mängelbeseitigung setzten, bevor er weitergehende Rechte geltend machte (§ 634 BGB a.F.).

Diese Rechtslage wurde in vielen Fällen als unglücklich empfunden. Insbesondere beim Verkauf komplex zusammengesetzter technischer Geräte trug das Fehlen eines Mängelbeseitigungsanspruchs den Bedürfnissen der Vertragsparteien nicht Rechnung.⁵² Der Blick auf andere Rechtsordnungen zeigt, dass überwiegend ein Recht zur zweiten Andienung anerkannt ist.⁵³ Auch im UN-Kaufrecht kann der Käufer vom Verkäufer Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen:

Art. 46 CISG [Recht des Käufers auf Erfüllung oder Nacherfüllung]

(1) (...)

(2) Ist die Ware nicht vertragsgemäß, so kann der Käufer Ersatzlieferung nur verlangen, wenn die Vertragswidrigkeit eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt und die Ersatzlieferung entweder zusammen mit einer Anzeige nach Artikel 39 oder innerhalb einer angemessenen Frist danach verlangt wird

Das deutsche Kaufrecht in der bis zum 31. 12. 2001 gültigen Fassung entsprach auch nicht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in seinem Art. 3 Abs. III:⁵⁴

Artikel 3 Absatz 3 [Rechte des Verbrauchers]

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche

⁵² vgl. Reg.Begr., aaO, S. 825.

⁵³ Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, S. 63 ff.

⁵⁴ RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), ABIEG Nr. L 171 v. 7.7.1999.

Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- *angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,*
- *unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und*
- *nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte,*

verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären. Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art der Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

Statt nun den Verbrauchsgüterkauf einem Sonderrecht zu unterwerfen, wurde fast das gesamte Kaufrecht im Sinne der Vorgaben der Richtlinie reformiert,⁵⁵ sodass die Neukodifikation des Kaufrechts vom Gesetzgeber auf das Leitbild des Verbrauchsgüterkaufs zugeschnitten wurde.⁵⁶

Dem trugen §§ 437, Nr. 1, 439 BGB mit der Einführung eines Nacherfüllungsanspruches Rechnung.

⁵⁵ Die Vermeidung einer Zersplitterung des Kaufrechts fand allgemeine Zustimmung, vgl. z.B. *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853, 854, *Tonner*, BB 1999, 1769.

⁵⁶ *Büdenbender*, DSStR, 2002, 312, 316; kritisch zum Käuferwahlrecht: *Zimmer/Eckhold*, JURA 2002, 145, 148; *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1416.

III. Die gesetzliche Regelung im Einzelnen

1. Wahlrecht des Käufers

Dass das Wahlrecht dem Käufer und nicht dem Verkäufer zusteht, mag überraschen, da im Falle einer Wahlschuld - und als solches sind die beiden Varianten der Nacherfüllung zu sehen⁵⁷ - das Wahlrecht gem. § 262 BGB grundsätzlich beim Schuldner liegt, hier also beim Verkäufer liegen müsste. Dass § 439 I BGB von diesem Grundsatz abweicht, liegt daran, dass Art. 3 II der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Entscheidungskompetenz für den Verbrauchsgüterkauf in die Hand des Verbrauchers legt und der Gesetzgeber für Verbrauchsgüterkäufe kein Sonderrecht schaffen wollte.

Artikel 3 Absatz 2 [Rechte des Verbrauchers]

Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

2. Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung zu verweigern

Um den Verkäufer nicht unzumutbar zu belasten, kann er aus verschiedenen Gründen die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern:⁵⁸

⁵⁷ Vgl. Büdenbender, DSStR 2002, 312 f.

a) Unmöglichkeit gem. §§ 275 ff., 311a BGB

Zum einen kann er dies selbstverständlich dann, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist, § 275 I BGB. Wann das der Fall ist, ist in § 439 III BGB nicht besonders geregelt. Die Behandlung dieser Fälle richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff., 311a BGB. Diese haben durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz grundsätzliche Änderungen erfahren.

aa) Mängel der bisherigen Unmöglichkeitsregelung

Die Regelung der Unmöglichkeit im alten Leistungsstörungenrecht war insofern unbefriedigend, als das BGB die Unmöglichkeit in dreifacher Funktion verwandt hatte: zum einen war sie Schuldbefreiungsgrund nach den §§ 275, 323 BGB a.F.; zum anderen war sie nach den §§ 280, 324, 325 BGB a.F. Haftungstatbestand, und zum dritten Nichtigkeitsgrund gem. § 306 BGB a.F. Damit wurde ein praktisch kaum vorkommender Störfall zur Zentralkategorie des Leistungsstörungenrechts gemacht.⁵⁹ Auch in inhaltlicher Hinsicht wurde die Regelung als nicht überzeugend empfunden: Unklar blieb nämlich, ob die Befreiung von der Primärleistungspflicht auch eintrat, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte. Außerdem widersprach § 306 BGB a.F., nach dem anfängliche Unmöglichkeit der Leistung zur Nichtigkeit des Vertrages führte, den European Principles (Art. 4: 1029), den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts⁶⁰ (Art. 3.3) und der CISG. Insofern war schon allein zur Anpassung an die internationale Rechtsentwicklung eine Neuregelung erforderlich.

⁵⁸Zur Frage, inwieweit ein Nacherfüllungsanspruch des Käufers auch beim Stückkauf gegeben ist, unten C III 4.

⁵⁹ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbem. v. § 275, Rz. 6

⁶⁰ Sie sind mit Kommentaren abgedruckt in: UNIDROIT, Principles of international commercial contract, 1994. Eine deutsche Übersetzung findet sich in ZeuP 1997, 890 ff.

bb) Grundzüge der neuen Regelung

Nach § 275 I BGB ist der Anspruch auf die Leistung kraft Gesetzes ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner unmöglich zu erbringen ist. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit werden nicht mehr unterschieden. Der Schuldner wird auch dann von seiner Primärleistungspflicht frei, wenn er das Leistungshindernis zu vertreten hat; er ist dem Gläubiger dann allerdings nach den §§ 280, 284 BGB zu Schadensersatz verpflichtet.⁶¹

Was die Gegenleistungspflicht anbelangt, wird, wenn der Schuldner wegen Unmöglichkeit der Erfüllung einer Primärleistungspflicht nach § 275 BGB nicht zu leisten braucht, der Gläubiger auf der anderen Seite grundsätzlich automatisch gem. § 326 I, 1 BGB ebenso von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Ausnahmsweise soll dies gem. § 326 I, 2 BGB nicht gelten, wenn dem Schuldner die Nacherfüllungspflicht unmöglich geworden ist. In diesem Fall muss der Gläubiger, hier also der Käufer, erst vom Vertrag nach § 326 V BGB zurücktreten, um von seiner Leistungsverpflichtung frei zu werden.

Zu beachten ist, dass in bewusster⁶² Änderung gegenüber § 306 BGB a.F. gem. § 311a BGB auch die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Erfüllung (bzw. der Nacherfüllung) den Kaufvertrag nicht unwirksam macht.

b) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung für den Verkäufer

aa) § 275 II, III BGB

Auch wenn keine Unmöglichkeit nach § 275 I BGB vorliegt, kann die Nacherfüllung doch mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Der

⁶¹ dazu unten Kap. 2 F.

⁶² Reg.Begr, aaO, S. 723.

Verkäufer kann auch dann, wenn er durch die Nacherfüllung sachwidrig belastet würde, die Nacherfüllung verweigern: Zum einen, wenn die vom Käufer gewählte Leistung in einem groben Missverhältnis zu dessen Leistungsinteresse steht (§ 275 II BGB), zum anderen dann, wenn der Verkäufer die Leistung nur persönlich erbringen und diese ihm unter Abwägung mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann (§ 275 III BGB). Allerdings kommt dieses Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II BGB nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen, die in der Gewichtung der Unmöglichkeit in § 275 I BGB nahe kommen, in Betracht.⁶³

bb) § 439 III BGB

Einen dritten Verweigerungsgrund nennt § 439 III BGB: Der Verkäufer kann die Leistung schon dann verweigern, wenn sie ihm nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Die Schwelle der Leistungsverweigerungseinrede⁶⁴ wird hier im Verhältnis zu § 275 II BGB zum Schutz des Verkäufers noch deutlich herabgesenkt.⁶⁵ Was in die Entscheidung über die Unverhältnismäßigkeit der Kosten einzubeziehen ist, erläutert Satz 2: Abzustellen ist auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage, ob die andere Art der Nacherfüllung keine erheblichen Nachteile für den Käufer bedeuten würde.⁶⁶ Nach dem Konzept der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie soll die Verweigerungsmöglichkeit die Auswahl des häufig sachunkundigen Käufers dort korrigieren, wo diese Wahl unverkennbar zu einem unangemessen teuren Ergebnis führen

⁶³ Reg.Begr., aaO, S. 847.

⁶⁴ siehe zur Ausgestaltung als Einrede: *Gsell*, JZ 2001, 65, 69.

⁶⁵ Daran sei nach der Regierungsbegründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes durch die Aufnahme des Wortes „auch“ gedacht, siehe Reg.Begr., aaO, S. 847.

⁶⁶ siehe im einzelnen dazu: *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 ff.

würde.⁶⁷ Keinesfalls sollte der Nacherfüllungsanspruch des Käufers generell abgeschwächt werden.⁶⁸

Ziff. 10 der Erwägungsgründe

Bei Vertragswidrigkeit eines Gutes muss der Verbraucher das Recht haben, die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Gutes zu verlangen, wobei er zwischen einer Nachbesserung und einer Ersatzlieferung wählen kann; andernfalls muss er Anspruch auf Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung haben.

c) Rechtsfolgen der Leistungsverweigerung

Verweigert der Verkäufer die vom Käufer ausgewählte Variante der Nacherfüllung berechtigt, beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers auf die andere Variante. Dies wird klargestellt durch § 439 III, 3 BGB. Bestehen die Leistungsverweigerungsrechte des Verkäufers im Hinblick auf beide Formen der Nacherfüllung, dann verfügt der Käufer im Endeffekt über keinen durchsetzbaren Nachlieferungsanspruch und kann sofort vom Vertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2 BGB), den Kaufpreis mindern (§ 437 Nr. 2 BGB) oder Schadensersatz verlangen (§ 437 Nr. 3 BGB).

⁶⁷ vgl. Art. 3 III der Richtlinie sowie Ziff. 10 der Erwägungsgründe.

⁶⁸ Schubel, JuS 2002, 313, 316.

3. Sachmangel, § 434 BGB

a) Probleme des alten Rechts

aa) subjektiver/objektiver Fehlerbegriff

Nach altem Recht knüpfte die Gewährleistung in § 459 BGB zum einen an Fehler an, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 459 I, 1 BGB a.F.), zum anderen an die zugesicherten Eigenschaften, § 459 II BGB a.F. Die Vorschrift sagte in Absatz 1 nichts darüber aus, ob der Begriff „Fehler“ sich an einem objektiven oder einem subjektiven Maßstab maß.⁶⁹ Absatz 2 definierte eindeutig die Parteivereinbarungen und damit den subjektiven Fehlerbegriff als maßgeblich. Der Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 schien dafür zu sprechen, dass unter „Fehler“ ein von den Parteivereinbarung unabhängiges Merkmal der Kaufsache verstanden werden sollte.⁷⁰ Da dies in der Praxis schwierig zu beurteilen war, wandte die Rechtsprechung den subjektiven Fehlerbegriff an.⁷¹ Der bereite für sich zwar keine Probleme, es war nur nicht leicht, die einfache Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 I, 1 BGB a.F. von der Zusicherung von Eigenschaften gem. Abs. 2 zu unterscheiden.⁷² Die Unterscheidung war aber insofern von großer Bedeutung, als sich unterschiedliche Rechtsfolgen aus ihr ergaben: Lag ein Fehler der Kaufsache vor, so hatte der Käufer lediglich das Recht auf Wandelung und Minderung (§ 462 BGB a.F.); das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gab ihm auch das Recht auf Schadensersatz (§ 463, 1 BGB a.F.).⁷³ Wenn Sachverhalte so schwer zu unterscheiden

⁶⁹ dazu Palandt-*Putzo*, § 459 Rz. 8.

⁷⁰ RegBegr., aaO, S. 809.

⁷¹ vgl. die Nachweise bei Staudinger-*Honsell*, § 459 Rz. 10 ff; Soergel-*Huber*, Rz 39 ff. vor § 459 BGB.

⁷² Reg.Begr. aaO, S. 809.

⁷³ Außerdem gab es für Fehler gem. § 459 I 2 BGB a.F. eine Bagatellgrenze, die für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht galt.

waren, gleichzeitig aber derart unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich zogen, ist es verständlich, dass die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungsergebnisse „in nur schwer erträglichem Maße“⁷⁴ gelitten hatte.

bb) Aliud-Lieferung

Ein weiteres Problem des alten Rechts stellten die Falsch- und die Zuweniglieferrung dar. Die Rechtsprechung subsumierte beide Formen der nicht vertragsgemäßen Lieferung nicht unter den Fehlerbegriff,⁷⁵ sodass sie nach den §§ 323 ff. BGB a.F. zu lösen waren. Dies lag einerseits an ihrem Verständnis des Begriffs „Fehler“, andererseits aber auch daran, dass die Rechtsprechung insbesondere die als zu kurz empfundene Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. vermeiden wollte.

b) Europarechtliche Vorgaben

Durch Artikel 2 Abs. I der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde eine Neufassung des Sachmangelbegriffs erforderlich, da diese Vorschrift mit der Bezugnahme auf die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache dem subjektiven Fehlerbegriff folgt.

Artikel 2 Absatz 1 [Vertragsmäßigkeit]

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern.

Da es nach dieser Vorschrift ausschließlich darauf ankommt, ob die gelieferte Kaufsache „dem Kaufvertrag gemäß“ ist, wurde auch die Unter-

⁷⁴ Reg.Begr., aaO, S. 809.

scheidung zwischen „Fehler“ und „zugesicherte Eigenschaft“ hinfällig. Diese Vorschrift der Richtlinie gilt zwar nur für den Verbrauchsgüterkauf, jedoch sollte eine Aufspaltung des Fehlerbegriffs in einen für Verbrauchsgüterkäufe und einen für sonstige Käufe vermieden werden.⁷⁶

c) Neuregelung

aa) § 434 I, 1 BGB

Wenn das Gesetz an das Vorliegen eines Sachmangels derart gravierende Rechtsfolgen knüpft, muss im Gesetz auch geklärt werden, wann ein Sachmangel vorliegt. Dies geschieht in § 434 BGB: Eine Sache ist nach § 434 I, 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Damit folgt § 434 I BGB dem subjektiven Fehlerbegriff, also der Maßgeblichkeit eines Qualitätsdefizits im Verhältnis zu der vertraglichen Absprache. Dies entspricht Artikel 2 Abs. I der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Auf die Unterscheidung zwischen „Fehler“ und „zugesicherter Eigenschaft“ konnte damit verzichtet werden. Von einer Definition des Begriffes „Beschaffenheit“ wurde abgesehen, insbesondere sollte nicht entschieden werden, ob unter „Beschaffenheit“ nur solche Eigenschaften zu verstehen sind, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.⁷⁷

bb) § 434 I, 2 BGB

Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, ist die Sache mangelfrei, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, § 434 I, 2

⁷⁵ *BGH* NJW 1968, 640; vgl. auch *Soergel-Huber*, Vorbem. zu § 459 Rz. 106 ff., § 459 Rz. 42 m.w.N.

⁷⁶ *Reg.Begr.* aaO, S. 809.

Nr. 1 BGB. Diese Formulierung lehnt an die Fassung des § 459 I, 1 BGB a.F. an und soll keine inhaltliche Veränderung bewirken.⁷⁸

Falls weder die Beschaffenheit vereinbart ist noch die Parteien eine bestimmte Verwendung vorausgesetzt haben,⁷⁹ kommt es darauf an, ob sich die Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, § 434 I, 2 Nr. 2 BGB. Damit wird der erste Teil des Artikels 2 Abs. 2 d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt.

Artikel 2 Absatz 2 d) [Vertragsmäßigkeit]

Es wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie

d) eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden.

cc) § 434 I, 3, II, III BGB

Bis hierhin entspricht die Regelung im wesentlichen dem, was unter der bisherigen Rechtslage unter einem Fehler verstanden wurde.⁸⁰

§ 434 I, 3, II, III BGB bringen vier wichtige Ergänzungen: erstens zählen zur Soll-Beschaffenheit der Kaufsache auch die Eigenschaften, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, der Herstellers oder seiner

⁷⁷ Reg.Begr. aaO, S. 812.

⁷⁸ Reg.Begr. aaO, S. 813.

⁷⁹ Reg.Begr. aaO, S. 814.

⁸⁰ Zimmer/Eckhold, JURA 2002, 145, 147; zum Fehlerbegriff im einzelnen: MüKo-Westermann, § 459 Rz. 7 ff.

Gehilfen in der Werbung erwarten kann, § 434 I, 3 BGB.⁸¹ Dass der Verkäufer für die Erklärung des Herstellers einzustehen hat, obwohl dieser weder Vertreter noch Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist, gibt dieser Norm besondere rechtspolitische Bedeutung. Gerechtfertigt wird dies damit, dass der Verkäufer beim Absatz seiner Waren von Marketingmaßnahmen des Herstellers profitiert, sodass ihm auch die daraus resultierenden Belastungen zugerechnet werden können.⁸²

Eine weitere wichtige Erweiterung des Sachmängelbegriffs nennt § 434 III BGB: Danach steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer ein Aliud liefert oder eine zu geringe Menge der Kaufsache. Damit wird eine alte Streitfrage geklärt, und zwar entgegen der damals h.M. zur alten Rechtslage, die die Aliud-Lieferung nicht als Sachmangel sah, sondern dem Recht der Leistungsstörung unterwarf.⁸³ Zum dritten liegt ein Sachmangel auch dann vor, wenn die vereinbarte Montage der Kaufsache durch den Verkäufer oder durch einen ihm verantwortlichen Dritten unsachgemäß durchgeführt worden ist und viertens, wenn die Sache zum Zusammenbau bestimmt ist und dieser infolge einer fehlerhaften Montageanleitung unsachgemäß erfolgte.⁸⁴

4. Nacherfüllungsanspruch auch beim Stückkauf?

Fraglich ist, ob der Nacherfüllungsanspruch auch beim Stückkauf auf Ersatzlieferung gerichtet sein kann, der Stückverkäufer also wirklich für eine Ersatzlieferung sorgen und wie ein Gattungsverkäufer nachbessern muss, wenn der Käufer dies wünscht.

⁸¹ dazu *Peifer*, JR 2001, 265, 268 ff.; *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 952, 955f.

⁸² vgl. *Büdenbender*, DSStR 9/2002, 361.

⁸³ siehe *Soergel-Huber*, Vorbem. zu § 459 Rz. 106 ff., § 459 Rz. 42 m.w.N.

⁸⁴ sog. IKEA-Klausel, vgl. dazu *Honsell*, JZ 2001, 278, 280.

a) Diskussionsstand

*Bitter/Meidt*⁸⁵ und *Canaris*⁸⁶ bejahen eine Ersatzlieferungspflicht des Stückverkäufers. Die Differenzierung zwischen Stückkauf und Gattungskauf sei mit der Schuldrechtsreform obsolet geworden, da nun die Freiheit der Kaufsache von Sach- und Rechtsmängeln zu den Erfüllungspflichten eines jeden Verkäufers gehöre. § 439 I Nr. 2 BGB gewähre dem Stückkäufer – in den Grenzen der §§ 439 III und 275 BGB – den Anspruch auf eine vertraglich nicht geschuldete Sache jedenfalls dann, wenn es sich um den Kauf einer vertretbaren Sache handle.⁸⁷ Auch der Gesetzgeber schien davon auszugehen, dass beim Stückkauf eine Ersatzlieferung nicht ausgeschlossen sei.⁸⁸ Denn nach der Regierungsbegründung solle die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf „verzichtbar“⁸⁹ sein. Die Konsequenzen dieser Auffassung sind beträchtlich: Der Stückverkäufer würde wie ein Gattungsschuldner haften, und auch der Käufer, der eine Stückschuld vereinbart hat, weil er eben gerade dieses eine Stück erwerben wollte, müsste wegen des Vorrangs der Nacherfüllung vom Verkäufer eine andere Sache annehmen, ohne zurücktreten oder mindern zu können.

Dieses Ergebnis wird in der Literatur vielfach für unbefriedigend gehalten.⁹⁰ *Ackermann*⁹¹ sieht in der Gleichbehandlung von Gattungs- und Stückkauf zwar eine erfreuliche dogmatische Vereinfachung, jedoch seien erhebliche praktische Probleme in der Umsetzung zu erwarten. Außerdem habe sich die Unterscheidung Stückkauf/Gattungskauf nicht aus dem Gesetz ergeben,⁹² sondern aus dem Vertragsinhalt. Denn anders als der Gattungskäufer

⁸⁵ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 ff.

⁸⁶ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIV.

⁸⁷ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2119 f.

⁸⁸ *Canaris*, aaO, S. XXIV.

⁸⁹ RegBegr., aaO, S. 844.

⁹⁰ siehe *Ackermann*, JZ 2002, 378; *Huber*, in: *Huber/Faust*, 13 Rz. 20 ff; *Lorenz*, JZ 2001, 742, 744; *Haas*, BB 2001, 1313, 1315.

⁹¹ *Ackermann*, JZ 2002, 378, 379.

⁹² siehe dazu auch: *Ernst*, ZeuP 1999, 583, 588 f.

verspreche der Stückverkäufer nur, eine bestimmte und keine andere Sache zu liefern. Deshalb komme ein Anspruch auf Ersatzlieferung beim Stückkauf, anders als beim Gattungskauf, niemals in Betracht, wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist.⁹³ Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs könne nur sein, was Vertragsinhalt ist. Und wenn nun einmal eine Stückschuld vereinbart wurde, dann könne, wenn in § 439 I Nr. 2 BGB von “einer mangelfreien Sache“ die Rede ist, nur diese eine Sache gemeint sein, auf die sich der Vertrag beziehe. Dies sei auch im Hinblick auf die Gattungsschuld seit jeher so gesehen worden:⁹⁴ Auch bei einer beschränkten Gattungsschuld hatte der Käufer keinen Anspruch auf Ersatzlieferung einer nicht der Gattung oder dem Vorrat zugehörigen Sache aus § 480 I BGB a.F., wenn der gesamte Vorrat mangelhaft war. Nichts anderes dürfe nun gelten, wenn die Nacherfüllungspflicht auf die Stückschuld ausgedehnt wird: Auch sie werde durch den Inhalt des Vertrags begrenzt. In dogmatischer Hinsicht bedeute dies, dass beim Stückkauf die Lieferung einer anderen mangelfreien Sache unmöglich i.S.d. § 275 I ist.⁹⁵ Daran ändere sich auch nichts, wenn es sich um den Stückkauf einer vertretbaren Sache handele,⁹⁶ da allein die Tatsache, dass das neue Kaufrecht nun nicht mehr generell zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheide, nicht zwingend dazu führen müsse, jede Form der Unterscheidung von Stück- und Gattungsschuld aufzugeben.⁹⁷

b) Stellungnahme

Um in dieser Frage zu einer sachgerechten Lösung zu kommen, müssen drei Fallkonstellationen auseinandergehalten werden:

⁹³ so auch *Huber*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 13 Rz. 20 ff.

⁹⁴ *BGHZ* 50, 200, 206.

⁹⁵ *Huber*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13 Rz. 20.

⁹⁶ a.A. *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2119 f.

⁹⁷ *Huber*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13 Rz. 20.

aa) „Qualitäts-Aliud“

Zum einen der Fall des sogenannten „Qualitäts-Aliud“. Von einem „Qualitäts-Aliud“ spricht man, wenn das gelieferte Leasingobjekt nicht mangelhaft ist, sondern einer anderen Gattung als der vereinbarten angehört.⁹⁸ Hier geht die Regierungsbegründung davon aus, dass eine Ersatzlieferung nicht ausgeschlossen sei.⁹⁹ Dem kann nicht zugestimmt werden: Eine Nacherfüllungspflicht des Verkäufers würde der von den Parteien getroffenen Vereinbarung widersprechen.¹⁰⁰ Es würde einen unzulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen, wenn die Parteien gegen ihren Willen zu einer Vereinbarung einer Gattungsschuld gezwungen würden. Die Parteien haben eine Stückschuld vereinbart, also kann nur dieses eine individualisierte Stück im Rahmen des Erfüllungsanspruches - und damit auch des Nacherfüllungsanspruches - geschuldet sein.

bb) Vertretbare Sachen

Abzulehnen ist auch die These von *Bitter/Meidt*, es käme auf die Vertretbarkeit der Sache an: Nach deren Auffassung solle ein Ersatzlieferungsanspruch in Betracht kommen, wenn es sich um eine vertretbare Sache handele, etwa beim Kauf eines Massenartikels im Kaufhaus. Auch hier spricht außer der Tatsache, dass es für den Verkäufer möglicherweise einfacher ist, eine Sache ersatzweise zu liefern, nichts dafür, ihn entgegen der Parteivereinbarung wie einen Gattungsschuldner zu behandeln. Wenn nämlich die Parteien die Lieferung einer neuen Sache durch den Verkäufer möchten, können sie sich - gegebenenfalls konkludent - über die Auflösung des alten und die Schließung eines neuen Vertrags einigen.¹⁰¹

⁹⁸ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rz. 263.

⁹⁹ Reg.Begr., aaO S. 844.

¹⁰⁰ *Huber*, NJW 2002, 1004, 1006.

¹⁰¹ *Huber*, aaO

cc) „Identitäts-Aliud“

Anders muss die 3. Fallkonstellation des „Identitäts-Aliud“ beurteilt werden. Im Fall des „Identitäts-Aliud“ bezieht sich das Aliud nicht auf die Gattung, sondern auf die Identität der Sache, die Abweichung hält sich also innerhalb der Gattung.¹⁰² Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 434 III BGB ist hier ein Sachmangel gegeben. Dies ist insofern auch sinnvoll, als die Ersatzlieferung dem Parteiwillen nicht entgegensteht, dieser wird durch die Ersatzlieferung vielmehr erst durchgesetzt.¹⁰³ Somit ist hier der Fall gegeben, dass auch beim Stückkauf im Rahmen der Nacherfüllungsverpflichtung Ersatzlieferung geschuldet werden kann.

dd) Beurteilung

Die Differenzierung nach den unterschiedlichen Fallkonstellationen ist also sinnvoll: Abzustellen ist auf die Parteivereinbarung, dies gebietet der Grundsatz der Vertragsfreiheit: Dort, wo der Parteiwille mit Hilfe der Ersatzlieferung durchgesetzt werden kann, hat der Käufer auch beim Stückkauf die Wahl nach § 439 BGB zwischen Nachbesserung und Lieferung einer neuen Sache. Dort, wo durch die Neulieferung der Parteiwille missachtet wird, hat der Käufer die Wahl zwischen Neulieferung und Reparatur nach wie vor nur beim Gattungskauf. Beim Stückkauf fällt automatisch die Alternative „Neulieferung“ weg.

Dieses Ergebnis widerspricht scheinbar der Auffassung der Verfasser der Regierungsbegründung. Dort wird von der Entbehrlichkeit der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf gesprochen.¹⁰⁴ Außerdem impliziert folgender Passus¹⁰⁵ aus der Regierungsbegründung: *„Nacherfüllung ist nicht bei jedem Stückkauf möglich. ... Bei nicht vertretbaren*

¹⁰² Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rz. 266.

¹⁰³ vgl. Huber in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13 Rz. 19.

¹⁰⁴ RegBegr. aaO, S. 844.

¹⁰⁵ RegBegr. aaO, S. 806.

Kaufsache scheidet auch die Ersatzlieferung aus.“, dass bei einem Stückkauf über vertretbare Sachen die Ersatzlieferung nicht von vornherein ausscheidet.

Dieses Argument verliert allerdings deutlich an Überzeugungskraft, wenn man sich vor Augen hält, dass es sich bei den zitierten Passagen aus der Regierungsbegründung um Textbausteine handelt, die dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission aus dem Jahr 1991 entnommen wurden;¹⁰⁶ sie bezogen sich damals auf § 438 Kommissionsentwurf (KE), der sich deutlich von dem jetzt geltenden § 439 BGB unterschied. Nach § 438 I, 2 KE sollte der Verkäufer „nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder, wenn es sich um eine vertretbare Sache handelt, eine mangelfreie Sache liefern“ müssen. Nach diesem Vorschlag hätte es Sinn gemacht, für die Wahl des Verkäufers auf die objektive Abgrenzung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen abzustellen und nicht auf die subjektive Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld.¹⁰⁷ Für die Gesetz gewordene Fassung ist dies sinnlos und führt, wie oben dargelegt, ohne Not zu unbilligen Ergebnissen. Der jetzige § 439 BGB fußt auf Art. 3 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Der Richtlinie als Vorbild wiederum diente das UN-Kaufrecht,¹⁰⁸ das keine Ersatzlieferungspflicht des Stückverkäufers kennt,¹⁰⁹ ebenso wenig übrigens wie die Rechte der meisten anderen europäischen Staaten.

Im 16. Erwägungsgrund gab der Richtliniengesetzgeber zwar den Hinweis: *„Gebrauchte Güter können aufgrund ihrer Eigenart im allgemeinen nicht ersetzt werden. Bei diesen Gütern hat der Verbraucher deshalb in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung.*“ Daraus könnte geschlossen werden, dass es für die Frage der Ersatzlieferungspflicht eben doch auf das Kriterium der Vertretbarkeit ankomme und nicht auf Parteivereinbarung. Liest man

¹⁰⁶ Ackermann, JZ 2002, 378, 380.

¹⁰⁷ Ackermann, JZ 2002, 378, 381.

¹⁰⁸ in diesem Fall Art. 46 II CISG.

allerdings Art. 3 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in diesem Lichte, so schreibt er nur vor, dass dann, wenn die verkaufte bewegliche Sache nach objektiven Kriterien austauschbar ist, der Verkäufer grundsätzlich zur Ersatzlieferung verpflichtet sein soll. Liegt aber eine nach objektiven Kriterien austauschbare Sache vor, ist dieser Kauf als Gattungskauf einzuordnen und bei solchen besteht ja auch nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich ein Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung.

5. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass die Erweiterung der Erfüllungspflicht zu weniger einschneidenden Veränderungen führt, als es auf den ersten Blick scheinen mag: Zwar gehört die Mangelfreiheit der Kaufsache nach § 433 I, 2 BGB anders als bisher zu der Erfüllungspflicht des Verkäufers. Insofern ist der Stückkauf dem bisherigen Gattungskauf gleichgestellt. Dies hat zur Folge, dass der Käufer bei Mangelhaftigkeit jeder Kaufsache nicht wie bisher Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, sondern einen Nacherfüllungsanspruch hat, der ihm die Wahl gibt zwischen Neulieferung einer mangelfreien Sache und Reparatur der bereits gelieferten. Dies gilt in der Form allerdings nur für den Gattungskauf. Insofern ist die Unterscheidung Stückkauf/Gattungskauf entgegen der h.M. nicht hinfällig geworden. Bei Vorliegen eines Stückkaufs begrenzt der Inhalt des Vertrags den Erfüllungsanspruch auf die vereinbarte individualisierte Kaufsache. Da nicht Gegenstand eines Nacherfüllungsanspruches sein kann, was nicht Gegenstand des Erfüllungsanspruches ist, ist damit auch der Nacherfüllungsanspruch auf den Anspruch auf die Reparatur der Kaufsache reduziert.

¹⁰⁹ *Karollus*, UN-Kaufrecht, S.137, *Schlechtriem/U. Huber*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht, Art. 46 Rz. 23 .

Die Rechtslage vor dem 01. 01. 02 unterscheidet sich folglich gar nicht so erheblich von der gegenwärtigen, und § 433 I, 2 BGB stellt die Zulässigkeit der leasingtypischen Abtretungskonstruktion im Hinblick auf § 307 BGB keineswegs in Frage. Trotzdem empfiehlt es sich, die Einschränkung des Wahlrechts in den AGB klarzustellen.¹¹⁰

6. Anspruch des Käufers auf Neulieferung

Bleibt die Frage, ob der nunmehr geltende Nachlieferungsanspruch aus § 439 I BGB das wirtschaftliche Risiko des Leasinggebers insofern erhöht, als der Leasingvertrag durch den Nachlieferungsanspruch gefährdet ist.

Der Leasingnehmer hat dem Lieferanten bei erfolgter Nachlieferung einer mangelfreien Sache die mangelhafte Leasingsache nach Maßgabe der §§ 346 - 348 BGB zurückzugewähren. Ob dies die gleichen Folgen hat wie bei Vollzug der Wandelung nach alter Rechtslage, ist umstritten.

a) Diskussionsstand

Nach *v. Westphalen* folgt aus der Neulieferung eines Leasinggutes und Rückgabe des mangelhaften, dass – bezogen auf den Leasingvertrag – von einem Fortfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB auszugehen sei.¹¹¹ Für *v. Westphalen* macht es keinen Unterschied, ob wie bisher eine Rückabwicklung des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Lieferant stattfindet, oder ob nunmehr unter dem Regime von § 439 IV BGB der Leasingnehmer aus abgetretenen Käuferrechten die Neulieferung eines mangelfreien Leasinggutes fordert. In beiden Fällen handele es sich um eine

¹¹⁰ Kap. 3 B II 1.

¹¹¹ *v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2260.

Rückabwicklung des Kaufvertrages, die notwendigerweise dazu führe, dass dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage fehle und der Vertrag nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln sei.

Nach anderer Ansicht hat der Käufer auch bei der Nacherfüllung noch den ursprünglichen Erfüllungsanspruch.¹¹² Dieser habe sich nur mit der ersten mangelhaften Lieferung in den Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437, 439 BGB verwandelt. Dies lasse sich dogmatisch damit erfassen, dass die allgemeinen Regeln durch die Sondervorschriften der §§ 437 ff. BGB insoweit verdrängt würden, als sie einander widersprechen würden. Dies ändere jedoch nichts an der Rechtsnatur des Anspruchs: der ursprüngliche Erfüllungsanspruch wechsele mit seiner modifizierten Fortsetzung nur das „dogmatische Gewand: Statt einer weißen Weste (trüge) er nun den Blaumann der Nacherfüllung“¹¹³. Umstritten ist allerdings der Zeitpunkt der Umwandlung: Während *Reinicke/Tiedke* den Zeitpunkt der Annahme der Sache durch den Käufer für maßgeblich halten,¹¹⁴ stellt *Huber* allein auf den Gefahrübergang ab, d.h. auf den Zeitpunkt, in dem die Gegenleistungsgefahr bei Mangelfreiheit der Sache übergegangen wäre.¹¹⁵

b) Stellungnahme

Der Auffassung *v. Westphalens* kann nicht gefolgt werden. Die Rückgewährpflicht des Käufers hat keineswegs die Folgen wie bei Vollzug der Wandelung nach alter Rechtslage (§§ 463, 465, 467 BGB a.F.). Der Bestand des Kaufvertrages wird dadurch nicht gefährdet, im Gegenteil: Der

¹¹² vgl. *Haas*, BB 2001, 1313, 1315; *Huber* in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, S. 331 Rz. 45; *Reinicke/Tiedke*, Kaufrecht, Rz. 520 m.w.N.

¹¹³ *Huber*, in: *Huber/Faust*, aaO, Rz. 45.

¹¹⁴ *Reinicke/Tiedke*, Kaufrecht, Rz. 525.

¹¹⁵ *Huber*, in: *Huber/Faust*, aaO, Rz. 45.

Nachlieferungsanspruch setzt einen bestehenden Kaufvertrag voraus und vollzieht sich nur innerhalb eines bestehenden Kaufvertrages.

v. *Westphalen* verkennt, dass der Rückgewähranspruch des Lieferanten gem. § 439 IV BGB lediglich den isolierten Anspruch auf Rückgabe der mangelhaften Leasingsache betrifft,¹¹⁶ keineswegs verwandelt er den gesamten Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis. Sinn und Zweck der vorrangigen Nacherfüllung ist die Stärkung der Primärleistungspflicht des Lieferanten unter Aufrechterhaltung des Liefervertrages. Dessen Auflösung durch Wandelung oder Rücktritt soll ja gerade vermieden werden. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen nach alter Rechtslage, wenn der Leasingnehmer im Falle des Gattungskaufs nach § 480 I BGB a.F. die mangelhafte Leasingsache gegen eine mangelfreie austauschte. Für diesen Fall stellte der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest, dass der Umtausch der Leasingsache „den Bestand des Kaufvertrages und damit die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages unberührt“ ließ.¹¹⁷ Diese Bewertung kann hinsichtlich des neuen Nachlieferungsanspruches nicht anders erfolgen, da durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz lediglich dasjenige, was bisher nur für den Gattungskauf galt, zum allgemeinen Kaufrecht erhoben wurde.¹¹⁸ Insofern entfaltet – entgegen der Ansicht v. *Westphalens* - § 439 I i.V.m. IV BGB keineswegs „Sprengwirkung“¹¹⁹, die das Risiko des Leasinggebers ansteigen ließe. Der Liefervertrag als Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages bleibt im Falle der Nacherfüllung bestehen. Ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB entsteht nach § 439 IV BGB nur hinsichtlich der zurückzugebenden mangelhaften Leasing-

¹¹⁶ so auch *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 112.

¹¹⁷ *BGH ZIP* 1997, 1703, 1704.

¹¹⁸ zutreffend *Huber*, in: *Huber/Faust*, aaO, S. 331f. Rz. 44 f.; *Palandt-Putzo*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 439 Rz. 1.

¹¹⁹ v. *Westphalen*, *ZIP* 2001, 2258, 2260.

sache.¹²⁰ Von einer „Fatalität“ des Nacherfüllungsanspruches“¹²¹ kann daher keine Rede sein.

Der Gedanke, dass Nacherfüllungsanspruch und Erfüllungsanspruch grundsätzlich identisch sind, entspricht auch der h.M. zum früheren Gattungskauf (§ 480 BGB a.F.). Auch hier wurde der Nachlieferungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch betrachtet, modifiziert dadurch, dass § 480 BGB a.F. die Geltung bestimmter Gewährleistungsvorschriften anordnete.

Als Zeitpunkt der Umwandlung ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu sehen, denn diesen Moment macht das Gesetz zum Auslöser für das Gewährleistungsrecht.¹²² Auch insofern besteht kein Grund, die Situation anders zu beurteilen als sie für das bisherige Recht des Gattungskaufs gesehen wurde.¹²³

Probleme könnten sich allerdings dann ergeben, wenn eine Nachbesserung nach § 275 BGB unmöglich oder für den Lieferanten nach § 439 III BGB unzumutbar ist, und sich damit der Leasingnehmer zunächst auf eine Neulieferung einlassen müsste, denn die §§ 535 ff. BGB sehen ein Recht des Vermieters zur Ersatzlieferung nicht vor.¹²⁴ Es handelt sich bei einem Leasingvertrag aber nicht um einen typischen, sondern eben um einen atypischen Mietvertrag. Daher dürfen die mietrechtlichen Vorschriften nicht unverändert übertragen werden, und da kein schützenswertes Interesse des Leasingnehmers, sich einer Neulieferung zu verweigern, vorstellbar ist, dürfte dies letztlich unbedenklich sein.¹²⁵ Dennoch sollte ein Verpflichtung des Leasingnehmers, einer Neulieferung im Falle des § 439 II BGB oder §

¹²⁰ so auch *Beckmann*, FLF 2/2002 46, 50.

¹²¹ v. *Westphalen*, aaO, S. 2263.

¹²² so zutreffend *Huber*, in: *Huber/Faust*, aaO, Rz. 45.

¹²³ dazu *Soergel-U. Huber*; § 480 Rz. 11 ff.

¹²⁴ *BGH* WM 1982, 151, 152.

¹²⁵ so auch *Arnold*, DSStR 25/2002, 1049, 1050.

275 BGB zuzustimmen, sicherheitshalber ausdrücklich im Leasingvertrag vereinbart werden.¹²⁶

7. Eigentum an der nachgelieferten Sache

Verlangt der Leasingnehmer Nacherfüllung und liefert der Lieferant eine neue mangelfreie Sache nach, ist sicherzustellen, dass der Leasinggeber auch Eigentümer des nachgelieferten Leasingobjekts wird. Diese Problematik ist bereits bekannt aus dem nach alter Rechtslage geltenden Gattungskauf. Auch hier musste sowohl die Rückübereignung der mangelhaften Kaufsache erfolgen wie auch die Eigentumsverschaffung an der neuen. Zur Klarstellung sollte die sachenrechtliche Ausgestaltung in den AGB geregelt werden.¹²⁷

8. Nutzungsersatz im Rahmen der Nacherfüllung

a) gesetzliche Regelung

Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, kann er gem. § 439 IV BGB vom Käufer Rückgewähr des mangelhaften Kaufguts nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§§ 346 – 348 BGB) verlangen. In diesem Fall besteht das Rückabwicklungsschuldverhältnis also nur hinsichtlich der zunächst gelieferten mangelhaften Leasingsache. Wird ein neues Leasingobjekt geliefert, muss nach dem Gesetzeswortlaut für die Nutzung der alten mangelhaften Sache vom Leasinggeber eine Nutzungsentschädigung gezahlt werden, denn die Rückgewährpflicht des Käufers erstreckt sich über § 346 I auch auf die von ihm gezogenen

¹²⁶ dazu unten Kap. 3 B II 2.

¹²⁷ dazu unten Kap. 3 B II 3.

Nutzungen, also die Früchte und Gebrauchsvorteile (§§ 99 ff. BGB). Die Regierungsbegründung führt zur Rechtfertigung dieser Regelung folgendes aus:¹²⁸

„ [...] Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 IV, 346 I BGB auch die Nutzungen, [...], herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll.“

b) Kritik unter kaufrechtlichem Aspekt

Diese Lösung nach dem Gesetzeswortlaut ist - schon was das Kaufrecht angeht - unhaltbar.¹²⁹ Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, diese mangelfrei zu liefern. Wäre er dieser Pflicht nachgekommen, so würden dem Käufer die Nutzungen selbstverständlich verbleiben, da sie ihm gem. § 446 I, 2 BGB mit der Übergabe gebühren. Gesteht man dem Verkäufer nun bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache einen Nutzungsersatzanspruch zu, dann würde er bei mangelhafter Pflichterfüllung besser gestellt als bei pflichtgemäßer Leistung. Es versteht sich von selbst, dass dieses Ergebnis nicht gerechtfertigt ist. Es ist auch nur daraus zu erklären, dass die §§ 346 ff. BGB die Parteien für den Fall des Rücktritts so stellen wollen, wie sie stünden, wäre der Vertrag nie geschlossen worden.¹³⁰ Aus dieser Perspektive ist es sinnvoll, die Nutzungen rückwirkend dem Rückgewährgläubiger zuzuweisen.

¹²⁸ RegBegr., aaO, S. 848.

¹²⁹ so auch Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349.

¹³⁰ RegBegr., aaO, S. 770.

Bei der Nachlieferung wird der Vertrag aber gerade nicht aufgehoben, sondern durchgeführt. Der Kaufvertrag bleibt als Rechtsgrund für das Nutzungsrecht des Käufers damit erhalten. Aus diesem Grunde scheint es gerechtfertigt, § 346 I BGB, soweit § 439 IV BGB auf ihn verweist, teleologisch zu reduzieren.¹³¹

c) Kritik unter leasingrechtlichem Aspekt

Aber auch speziell im Hinblick auf den Leasingvertrag bestehen größte Bedenken: Da der Leasingnehmer während der Nacherfüllung keine Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB hinsichtlich der Leasingraten hat, ist der Leasinggeber nicht berechtigt, in dieser Phase zusätzlich Nutzungsschädigung von ihm zu verlangen. Das heißt, der Leasinggeber könnte vom Leasingnehmer nur die vereinbarten Raten fordern, müsste aber dem Lieferanten eine Nutzungsschädigung für die Zeit zahlen, in der der Leasingnehmer das mangelhafte Leasinggut genutzt hat. Ein ausgleichender wirtschaftlicher Vorteil des Leasinggebers kann auch nicht darin gesehen werden, dass die neue mangelfreie Sache bei Ende des Leasingvertrages kürzere Zeit genutzt sein wird. Denn erfahrungsgemäß erleiden Leasingobjekte den stärksten Wertverlust in der ersten Zeit der Nutzung, nämlich dadurch, dass sie überhaupt gebraucht worden sind.¹³² Dies würde regelmäßig zum Scheitern der kalkulierten Vollamortisation führen. Damit wäre bereits in der Phase der Nacherfüllung, also in einem Stadium, das noch auf Vertragserfüllung gerichtet ist, klar, dass der Zweck des Leasingvertrages, die Vollamortisation des Leasinggutes, nicht erreicht werden kann.

Dies könnte dadurch vermieden werden, dass im Leasingvertrag vereinbart wird, dass der Leasingnehmer die vom Leasinggeber geschuldete Nutzungs-

¹³¹ so auch *Schwab*, JuS 2002, 630, 636.

¹³² *Zahn*, DB 1998, 1649, 1650 f.

entschädigung tragen muss. Als Ausgleich könnte entweder die Beteiligung des Leasingnehmers an einem erhöhten Verwertungserlös oder eine unentgeltliche Verlängerung des Vertrages vereinbart werden.¹³³ Hierdurch würde die Belastung des Leasingnehmers durch das Nutzungsentgelt relativiert, wenn auch nicht aufgehoben. Trotzdem ist nicht zu verkennen, dass diese Lösung eine Einschränkung des gesetzlichen Anspruchs auf Nacherfüllung gem. § 439 I BGB bedeuten würde. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Leasingnehmer, dessen Vertragszeit sich ja durch die Neulieferung nicht verlängert, quasi ein erhöhtes Leasingentgelt zahlen soll, weil der Lieferant eine Pflichtverletzung begangen hat.

d) Ergebnis

Damit bleibt es dabei, dass nach hier vertretener Auffassung § 346 I BGB, soweit § 439 IV BGB auf ihn verweist, teleologisch reduziert werden muss. Im Falle des Nacherfüllungsanspruchs besteht kein Anspruch des Lieferanten auf Ersatz der Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Leasingsache. Zur Klarstellung sollte dies in AGB geregelt werden.¹³⁴

9. Verjährung

Bei den kaufrechtlichen Verjährungsfristen ist es zu bedeutsamen Veränderungen gekommen. § 438 BGB regelt abweichend von den allgemeinen Vorschriften die kaufrechtliche Verjährung der in § 437 BGB genannten Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadensersatz. Für die Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung verweist § 438 BGB auf die Vorschrift des § 218 BGB.

¹³³ so *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 51.

¹³⁴ Kap. 3 C III.

a) Kritik an der alten Rechtslage

Es bestand seit langem Übereinstimmung darin, dass die Gewährleistungsfristen des bisherigen § 477 BGB a.F. zu kurz waren.¹³⁵ Häufig war die Frist bereits abgelaufen, bevor der Käufer den Mangel der ihm gelieferten Sache überhaupt entdecken konnte.¹³⁶ Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 477 BGB a.F. waren die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten nicht leicht zu lösen. Die Rechtsprechung behalf sich mit verschiedenen Konstruktionen;¹³⁷ sie alle aber erforderten Verbiegungen im Gefüge des materiellen Rechts, die ausschließlich dem Zweck dienten, passende Verjährungsergebnisse zu erzielen.¹³⁸

b) europarechtliche Vorgaben

Bei der Reform des Verjährungsrechts¹³⁹ hatte der deutsche Gesetzgeber als gemeinschaftsrechtliche Vorgabe lediglich Art. 7 I i.V.m. Art. 3, 5 I der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu beachten, der für Mängelansprüche aus Verbrauchsgüterkaufverträgen eine kürzere Verjährungsfrist als zwei Jahre ab Lieferung des Verbrauchsgutes untersagt:

Artikel 5 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie [Fristen]

(1) Der Verkäufer haftet nach Artikel 3, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach der Lieferung des Verbrauchsgutes offenbar wird. Gilt nach dem innerstaatlichen Recht für die Ansprüche nach Artikel 3 Absatz 2 eine Verjährungsfrist, so endet sie

¹³⁵ dazu nur *Heinrichs*, BB 2001, 157 m.w.N.

¹³⁶ vgl. nur *BGHZ* 77, 215.

¹³⁷ vgl den kritischen Überblick bei *Saenger*, NJW 1997, 1945 ff.

¹³⁸ *Witt*, JuS 2002, 105, 106; *Schlechtriem*, JbJZivRWiss 2001, 9, 12; ausführlich auch *Piekenbrock*, JbJZivRWiss 2001, 310 ff.

¹³⁹ zu der langen Entstehungsgeschichte den Überblick bei *Zimmermann u.a.*, JZ 2001, 684 ff.

nicht vor Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung.

Artikel 7 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie [Unabdingbarkeit]

Vertragsklauseln oder mit dem Verkäufer vor dessen Unterrichtung die mit dieser Richtlinie gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden, sind für den Verbraucher gemäß dem innerstaatlichen Recht nicht bindend. [...]

c) die Neuregelung

Die Neuregelung versucht, Kritik an der alten Rechtslage Rechnung zu tragen: Die bisherige kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten des § 477 BGB a.F. wird durch eine grundsätzliche zweijährige Verjährungsfrist ersetzt (§ 438 I Nr. 3 BGB).¹⁴⁰ Mit dieser Regelung geht der Gesetzgeber über die oben dargestellte Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinaus: Zum einen wird auch der Schadens- bzw. Aufwendungsersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 BGB, den die Richtlinie nicht vorsieht (vgl. deren Art. 3), dem § 438 I Nr. 3 BGB unterworfen. Dies wird damit begründet, dass es nicht sinnvoll wäre, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche einem unterschiedlichen Verjährungsregime zu unterwerfen.¹⁴¹ Diese gesetzgeberische Entscheidung wird stark kritisiert:¹⁴² Es bestehe dadurch die Gefahr, dass es zu Wertungswidersprüchen kommt, wenn Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. BGB der allgemeinen dreijährigen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB unterliegen, im Rahmen der Verweisung nach § 437 Nr. 3 BGB aber lediglich der kürzeren Frist des §

¹⁴⁰ zu den Schwierigkeiten, die das Zusammenspiel alter und neuer Verjährungsfristen mit sich bringt, sehr instruktiv: *Gsell*, NJW 2002, 1297 ff.

¹⁴¹ RegBegr., aaO, S. 841.

438 BGB. Die hierin liegende Privilegierung des Verkäufers gegenüber anderen Schuldern sei nicht gerechtfertigt.¹⁴³

Zum anderen gilt § 438 BGB nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe, sondern für alle Kaufverträge mit der Begründung, dass sich die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. allgemein als zu kurz herausgestellt habe, sodass eine deutliche Verlängerung der Gewährleistungsfristen auch über den Verbrauchsgüterkauf hinaus geboten gewesen sei.¹⁴⁴

Ausnahmen von dieser Frist sehen die Nummern 1 und 2 des § 438 I BGB vor: Soweit Mängel an Bauwerken entstehen oder bei einer Sache, die üblicherweise für ein Bauwerk verwendet wird, gilt eine 5-jährige Verjährungsfrist. Sie beträgt 30 Jahre, wenn der Mangel in einem dinglichen Recht besteht, das einen Dritten zum Anspruch auf Herausgabe der Kaufsache berechtigt, oder in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist. Diese Regeln gelten für alle mangelbedingten Rechte aus § 437 BGB. Damit ist der rechtspolitisch unhaltbare¹⁴⁵ Unterschied zwischen der kurzen Verjährungsfrist bei Mangelschäden einerseits und der hierzu in diametralem Gegensatz stehenden Verjährungsfrist bei Mangelfolgeschäden (§ 195 BGB a.F.: 30 Jahre) andererseits aufgehoben.

d) Auswirkungen auf das Leasingrecht

Diese Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist wirkt sich über die Abtretungskonstruktion auch auf das Leasingvertragsverhältnis aus, weil nach der ständigen Rechtsprechung des BGH der Liefervertrag Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages ist und bei einer Rückabwicklung

¹⁴² vgl. beispielhaft *Zimmermann u.a.*, JZ 2001, 684, 689 f.; *Leenen*, JZ 2001, 552, 555 f.; *Eidenmüller*, JZ 2001, 283, 285 f.

¹⁴³ *Mansel*, NJW 2002, 89, 95.

¹⁴⁴ RegBegr, aaO, S. 841.

des Liefervertrages dem Leasingvertrag von Anfang an die Geschäftsgrundlage fehlt.¹⁴⁶ Während also nach altem Recht der Leasinggeber die Rückabwicklung des Leasingvertrages wegen Schlechterfüllung des Liefervertrages nur innerhalb der kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist gewärtigen musste, so droht sie ihm nun über einen viermal so langen Zeitraum, da der Leasingnehmer die Rückabwicklung wegen Schlechterfüllung über einen Zeitraum von 2 Jahren ab Ablieferung verlangen kann. Dies bedeutet eine deutliche Erhöhung des wirtschaftlichen Risikos für den Leasinggeber. Teilweise wird sie zwar dadurch kompensiert,¹⁴⁷ dass der Leasingnehmer vorrangig Nacherfüllung verlangen muss und erst, wenn diese erfolglos bleibt, vom Vertrag zurücktreten kann; trotzdem wäre es für den Leasinggeber wünschenswert, die lange Gewährleistungsfrist vertraglich zu kürzen.¹⁴⁸

IV. Konsequenzen für das wirtschaftliche Eigentum

1. Problemstellung

Angesichts dessen, dass seit dem 1. 1. 2002 der Verkäufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache seine Hauptleistungspflicht aus dem Kaufvertrag nicht erfüllt hat und insofern der Leasinggeber als Käufer des Leasingobjektes dem Leasingnehmer im Wege der Abtretungskonstruktion seinen modifizierten Erfüllungsanspruch gegen den Lieferanten abtritt und nicht mehr wie bisher seine Gewährleistungsrechte, erscheint es fraglich, ob der Leasinggeber nach wie vor als wirtschaftlicher Eigentümer gesehen werden kann. Denn wenn der Leasingnehmer auf der Ebene des Erfüllungsanspruchs

¹⁴⁵ *Büdenbender*, DStR 9/2002, 312, 361, 363.

¹⁴⁶ vgl. *Beckmann* in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 11, Rz. 1 ff, siehe dazu auch oben Kap. 1 C II.

¹⁴⁷ siehe auch *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 50.

¹⁴⁸ siehe Kap. 3 C IV.

uneingeschränkt die Stellung eines Käufers erlangt, ist fraglich, ob der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer einen Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB haben kann.¹⁴⁹ Zu dieser Frage werden sehr unterschiedliche Positionen vertreten:

2. Diskussionsstand

Nach *Assies*¹⁵⁰ hat die Wahl der Nacherfüllung durch den Leasingnehmer keinen Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse, da sie sich auf der Grundlage des bestehenden Kaufvertrages vollziehe. Die Übereignung schulde der Verkäufer dem Leasinggeber als seinem Vertragspartner. Daran ändere auch nichts, dass der Nacherfüllungsanspruch nur durch den Leasingnehmer ausgeübt werden darf. Dieser nehme das Leasingobjekt nur als unmittelbarer Besitzer in Empfang, da nur er aufgrund der Abtretungskonstruktion ein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB habe. Für den Fall der Nachlieferung sollten die Parteien des Leasingvertrages allerdings eine erneute Übernahmebestätigung vorsehen und im kaufmännischen Verkehr dem Leasingnehmer auch die Untersuchungs- und Rügepflichten gem. § 377 HGB wieder auferlegen. Nach dieser Auffassung ist auch unter neuem Schuldrecht nach wie vor der Leasinggeber wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingobjekts.

Nach der Auffassung *v. Westphalens* scheidet der Leasinggeber als wirtschaftlicher Eigentümer jedenfalls dann aus, wenn der Leasingnehmer aufgrund der Abtretungskonstruktion verpflichtet wird, anstelle des Leasinggebers die Ansprüche auf Nacherfüllung gem. § 439 BGB gegen den Lieferanten geltend zu machen, da dann der Leasinggeber aus der Ebene der mietvertraglichen Sachverschaffungspflicht vollständig ausscheide und

¹⁴⁹ vgl. *v. Westphalens*, DB 2001, 1291, 1292.

¹⁵⁰ *Assies*, BKR 7/2002, 317, 319.

dieses Feld im Rahmen der Abtretungskonstruktion ganz dem Lieferanten des Leasinggutes überlässt. Damit sei „mehr als zweifelhaft“, ob der Leasinggeber nach Abtretung der Erfüllungsansprüche nach §§ 439 f. BGB die Pflichten eines Vermieters überhaupt noch innehat.¹⁵¹ Der Leasinggeber scheidet dann nämlich aus jeder sachlichen Beziehung zu dem Leasingobjekt aus; er wälze die Nacherfüllungspflicht auf den Lieferanten des Leasinggutes ab. Der Leasingnehmer mache die Ansprüche auf Nacherfüllung auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung geltend; dem Leasinggeber bleibe nur noch die Finanzierungsfunktion, womit der Finanzierungsleasingvertrag typologisch dem Darlehen näher stünde als der Miete. Damit sei das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers zumindest gefährdet.¹⁵²

3. Stellungnahme

Klarheit zwischen diesen unterschiedlichen Positionen bringt die Rückbesinnung auf die Frage, wonach sich die wirtschaftliche Eigentümerstellung bestimmt. Der Ausgangspunkt findet sich im Steuerrecht: Grundsätzlich sind Wirtschaftsgüter gem. § 39 I AO dem zivilrechtlichen Eigentümer zuzurechnen, der sich nach den §§ 929 ff. BGB bestimmt.¹⁵³ Das bedeutet: grundsätzlich wird dem zivilrechtlichen Eigentümer einer Sache diese auch wirtschaftlich zugerechnet. Abweichend von diesem Grundsatz bestimmt § 39 II Nr. 1 AO, dass das Leasinggut einem anderen als wirtschaftlichem Eigentümer zugerechnet wird, wenn dieser die tatsächliche Herrschaft über eine Sache in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.

¹⁵¹ v. Westphalen, DB 2001 1291, 1292.

¹⁵² v. Westphalen, ZIP 2001, 2258, 2263, so auch *Meinecke*, AcP 190 (1990), 358, 359.

¹⁵³ *Klein-Brockmeyer*, § 39 Rz. 8.

Insofern greift *Assies* zu kurz, wenn er ausschließlich auf die sachenrechtliche Übereignung abstellt. Wie oben dargelegt,¹⁵⁴ ist für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums entscheidend, ob dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB des Leasinggebers als zivilrechtlichem Eigentümer im Hinblick auf die Vertragsdauer und das Schicksal des Leasinggegenstandes nach Ablauf der Grundvertragszeit noch eine wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Nur, wenn der Anspruch nach § 985 BGB wirtschaftlich keinen Wert hat, geht das Eigentum auf den Leasingnehmer über.

Ob diese Voraussetzungen zutreffen, ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen,¹⁵⁵ entscheidend sind vor allem die getroffenen Vereinbarungen.¹⁵⁶ Erforderlich ist immer, dass der wirtschaftliche Eigentümer über das Wirtschaftsgut wie über eigenes Vermögen verfügen kann.¹⁵⁷ Beim Finanzierungsleasing kommt es folglich darauf an, ob der Leasingnehmer bei normalem Verlauf den Leasinggeber für dauernd von der Einwirkung auf den Gegenstand wirtschaftlich ausschließen kann. Ist dies der Fall, wird ihm das Leasinggut wirtschaftlich zugerechnet, auch wenn er nicht zivilrechtlicher Eigentümer ist. Die Kriterien sind durch die Leasingerlasse des Bundesministers für Finanzen¹⁵⁸ konkretisiert worden und oben ausführlich erläutert.¹⁵⁹

Zu untersuchen ist also, ob die Schuldrechtsreform an diesen Kriterien grundsätzlich etwas ändert. Der Leasinggeber ist als Vertragspartner des Lieferanten nach wie vor zivilrechtlicher Eigentümer der Leasingsache und hat als solcher den Herausgabeanspruch gegen den Leasingnehmer aus § 985 BGB. Seine Eigentümerstellung gibt er auch nicht dadurch auf, dass er dem Leasingnehmer seinen modifizierten Erfüllungsanspruch abtritt. Denn

¹⁵⁴ siehe oben Kap. 1 B III 1.

¹⁵⁵ *BFH* BStBl 92, 812.

¹⁵⁶ *BFH* BStBl 90, 368; 92, 944.

¹⁵⁷ *Klein-Brockmeyer*, § 39 Rz. 14.

¹⁵⁸ Mobilien-Leasingerlass v. 19. 04. 1971; Teilamortisationserlass v. 22. 12. 1975.

¹⁵⁹ siehe oben Kap. 1 B III 1 a aa) und b aa).

zwischen dem ursprünglichen und dem modifizierten Erfüllungsanspruch kann und muss unterschieden werden, wie schon die unterschiedlichen Verjährungsregeln des § 195 BGB versus § 438 BGB zeigen.

Die Situation, wie sie sich nunmehr darstellt, ist auch keineswegs neu: Sie entspricht derjenigen, welche im Rahmen von § 480 BGB a.F. immer bestand, wenn bei einem Gattungskauf eine mangelhafte Sache geliefert wurde. Auch hier wurde dem Gattungskäufer kein Gewährleistungsanspruch, sondern ein Erfüllungsanspruch gegeben,¹⁶⁰ der dennoch gem. § 480 I, 2 BGB a.F. den Gewährleistungsregeln unterworfen war. Die Auffassung *v. Westphalens*, die Aufrechterhaltung der Abtretungskonstruktion unter neuem Recht gefährde das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers, ist nicht nachvollziehbar. Es handelt sich bei der Neufassung um eine Verallgemeinerung des Nacherfüllungsanspruchs, wie er bislang nur für den Gattungskauf galt. Da unter altem Schuldrecht das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers bei Vorliegen eines Gattungskaufs nicht angezweifelt wurde, solange der Leasingvertrag erlasskonform ausgestaltet war, besteht kein Anlass, von dieser Haltung abzuweichen.

Insofern bleibt es auch unter neuem Schuldrecht bei den alten Grundsätzen: Deckt sich die Grundmietzeit mit der Nutzungsdauer des Leasingguts, kann der Leasingnehmer den Leasinggeber als zivilrechtlichen Eigentümer bis zur Abnutzung des Leasinggutes von der Einwirkung auf das Leasinggut ausschließen. Das Leasinggut ist also dem Leasingnehmer als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen, und zwar ohne Rücksicht auf dessen möglicherweise fehlenden Herrschaftswillen.¹⁶¹

Wurde vereinbart, dass der Leasingnehmer nach Ablauf der Grundmietzeit eine Verlängerungs- oder Kaufoption besitzen soll, so kann er den Leasing-

¹⁶⁰ Staudinger-Köhler, § 480 Rz. 2.

geber ebenfalls für die Nutzungsdauer von jeglicher Einwirkung auf das Leasingobjekt ausschließen, indem er sein Optionsrecht ausübt. Je kürzer die Grundmietzeit ist und je höher die während der Grundmietzeit geleisteten Zahlungen sind, desto wahrscheinlicher ist, dass der Leasingnehmer sein Optionsrecht ausübt.¹⁶² Demzufolge ist in diesem Fall der Leasingnehmer als wirtschaftlicher Eigentümer zu sehen. Werden eine kurze Grundmietzeit und nur geringe Anfangszahlungen vereinbart, kann der Leasingnehmer den Leasinggeber nicht für die gesamte Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen, so dass dieses dem Leasinggeber zuzurechnen ist.¹⁶³ Beim sogenannten Spezial-Leasing ist das Leasingobjekt ebenfalls dem Leasingnehmer zuzurechnen, da der Leasinggeber das Leasinggut mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht anderweitig verwerten kann und aus diesem Grund an einer Rückgabe nicht interessiert ist.¹⁶⁴ In allen anderen Fällen wird das Leasinggut steuerlich dem Leasinggeber zugerechnet.

Zu erörtern ist lediglich die sachenrechtliche Gestaltung beim Austausch des Leasingobjekts im Rahmen der Nacherfüllung. Auch diese Problematik ist aus § 480 I BGB a.F. gut bekannt; es empfiehlt sich, die Rückübereignung des alten Leasingobjekts an den Lieferanten und direkte Übereignung des neuen Leasingobjekts an den Leasinggeber vertraglich klar zu beschreiben und zu regeln.¹⁶⁵

Im Ergebnis bleibt es also dabei: Sind die Leasingverträge erlasskonform ausgestaltet, gilt nach wie vor der Leasinggeber als wirtschaftlicher Eigentümer.

¹⁶¹ vgl. Tipke-Kruse, AO 26. Aufl., § 39 Rz. 67.

¹⁶² *BFH* BStBl. 70, 264, 272f; 84, 825; *Littmann*, DStR 70, 267; *Döllerer*, BB 1971, 536 f.

¹⁶³ Tipke-Kruse, § 39 Rz. 67.

¹⁶⁴ *Littmann*, DStR 1970, 268; Tipke-Kruse, § 39 Rz. 67.

¹⁶⁵ Siehe unten Kap. 3 B II 3.

V. Konsequenzen für die Anwendung des § 320 BGB

Wie oben bereits dargelegt,¹⁶⁶ ist beim Leasingvertrag die Einrede des § 320 BGB auf der Ebene des Mietvertrags zu unterscheiden von der auf der Ebene des Kaufvertrags.

1. Kaufrechtliche Ebene

Bislang setzte ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB im Rahmen des Kaufvertrags voraus, dass der primäre Leistungsanspruch in der Gewährleistungssituation fortbestand. Daran hat sich durch das neue Schuldrecht nichts geändert. Unter altem Schuldrecht war dies nur möglich, wenn der Leasinggeber seine ihm obliegende Sachverschaffungspflicht nicht vollständig erfüllt hatte, etwa Teile der geleasten Software fehlten,¹⁶⁷ oder bei Vorliegen einer Gattungsschuld gem. § 480 BGB a.F. - solange keine vertragliche Vereinbarung eines Nachbesserungsrechts getroffen wurde. Unter dem neuen Schuldrecht ist dies auch bei Vorliegen einer Stückschuld möglich. Denn dass nach der hier vertretenen Auffassung der Stückkäufer hinsichtlich seines Nacherfüllungsanspruches kein Wahlrecht hat, ändert nichts daran, dass nach § 433 I, 2 BGB die Nacherfüllung zu der Primärleistungspflicht des Verkäufers gehört. Auch wenn sich also für den Käufer seine Wahlmöglichkeit einschränkt, bleibt bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache auch beim Stückkauf die Primärleistungspflicht des Verkäufers bestehen.

Die Frage ist, ob sich mit der Schuldrechtsreform die rechtliche Position des Leasingnehmers im Hinblick auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ändert. Dies wäre dann der Fall, wenn die Qualifizierung des Mangels als

¹⁶⁶ siehe Kap. 1 A II 2.

¹⁶⁷ BGH DB 1991, 1828, 1829.

Nichterfüllung durch das neue Recht¹⁶⁸ bedeutet, dass dem Leasingnehmer ohne weiteres das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB zusteht.

a) Diskussionsstand

v. *Westphalen*¹⁶⁹ bejaht dies, da seiner Ansicht nach die Änderungen im Kaufrecht dazu führen, dass der Leasinggeber kaufrechtliche Pflichten gegenüber dem Leasingnehmer hat. Liefert er ein mangelhaftes Leasinggut, erfülle er nicht seine Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag (zu deren Erfüllung er sich des Lieferanten bediene)¹⁷⁰. Damit liege eine Pflichtverletzung des Leasinggebers i.S.v. § 280 I, 1 BGB vor, die zur Folge habe, dass dem Leasingnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB zur Seite stünde. Denn die Einrede des § 320 BGB schütze den Leasingnehmer im Sinn der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, sodass es eine unangemessene Benachteiligung darstellen würde, wenn ihm trotz Mangelhaftigkeit des Leasinggutes die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zugestanden würde. Dies gelte nicht nur dann, wenn das Leasinggut von Anfang an mangelhaft ist, sondern auch dann, wenn das Leasinggut vor Ablauf der Verjährungsfrist gem. § 438 I Nr. 3 BGB mangelhaft wird. In jedem Fall habe er ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB, das über § 307 II Nr. 1 BGB im Umfang des § 640 III BGB abgesichert sei.

Nach *Gebler/Müller*¹⁷¹ bleibt die rechtliche Position des Leasingnehmers im Hinblick auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB unverändert, da die Änderungen des Kaufrechts bezüglich der Verpflichtung des Verkäufers zur sachmangelfreien Lieferung nicht dazu führten, dass der Leasinggeber nunmehr kaufvertragliche Pflichten gegenüber dem Leasing-

¹⁶⁸ *Reg.Begr.*, aaO, S. 845.

¹⁶⁹ v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258.

¹⁷⁰ v. *Westphalen*, aaO, S. 2259.

¹⁷¹ *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107 ff.

nehmer habe.¹⁷² Änderungen des Kaufrechts könnten nur in das Lieferverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant hineinwirken, das Verhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer bleibe davon unberührt. Die Hauptpflichten des Leasinggebers würden nach wie vor ausschließlich durch die – von der Reform unveränderten – mietrechtlichen Vorschriften der §§ 535 ff. BGB bestimmt. Zeichne sich der Leasinggeber im Rahmen der leasingtypischen Abtretungskonstruktion wirksam von seiner mietvertraglichen Gewährleistungspflicht frei, so stehe dem Leasingnehmer insoweit auch nicht der Rechtbehelf des § 320 BGB zur Seite. Daher bleibe es auch unter neuem Recht dabei, dass der Leasingnehmer bei Mangelhaftigkeit der Leasingsache die Zahlung der Leasingraten nicht unter Hinweis auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB verweigern dürfe.

b) Stellungnahme

Die Ansicht *v. Westphalens* ist abzulehnen. Er übersieht, dass die Änderungen im Kaufrecht selbstverständlich nur das Verhältnis der Kaufvertragsparteien untereinander betreffen können. Parteien des Kaufvertrags sind Leasinggeber und Lieferant. Soweit es die abgetretenen Gewährleistungsrechte betrifft, können die Änderungen auch in das Verhältnis Leasingnehmer – Lieferant hineinwirken, nie jedoch in das Verhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer,¹⁷³ da zwischen ihnen nun einmal keinerlei kaufvertragliche Rechtsbeziehungen entstanden sind, die Ansprüche und Pflichten begründen könnten.¹⁷⁴ Der Leasingvertrag wird nach wie vor als atypischer Mietvertrag qualifiziert.¹⁷⁵ Deshalb bestimmen sich die vertraglichen Pflichten der Parteien des Leasingvertrages nach Mietrecht.

¹⁷² ebenda, S. 114.

¹⁷³ insoweit zutreffend *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 114.

¹⁷⁴ so auch *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 50.

¹⁷⁵ oben Kap. 2 A.

Die Auffassung v. *Westphalens*, dass zu diesen mietrechtlichen noch kaufrechtliche Pflichten hinzukommen, ist nicht einleuchtend.

Gebler/Müller irren jedoch insoweit, als sie ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB aufgrund der leasingtypischen Abtretungskonstruktion als ausgeschlossen sehen.¹⁷⁶ Denn durch die Abtretungskonstruktion zeichnet sich der Leasinggeber von seiner mietvertraglichen Gewährleistung frei, und so kann auch nur das „mietrechtliche“ Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB betroffen sein, nicht das „kaufrechtliche“. Beide Vertragsverhältnisse sind, wie oben dargelegt,¹⁷⁷ streng voneinander zu unterscheiden. Der Leasingnehmer besitzt das kaufrechtliche Zurückbehaltungsrecht aber aus einem anderen Grund nicht: Es steht zwar dem Leasinggeber als Vertragspartner des Lieferanten bei Lieferung einer mangelhaften Sache zur Seite. Da es jedoch als eine unselbständige Einwendung eine reine Verteidigungsposition gegen die Geltendmachung eines Anspruchs ist, kann sie nicht im Wege der Abtretungskonstruktion nach § 398 BGB abgetreten werden. Dies ist Grund, warum dem Leasingnehmer die Einrede aus § 320 BGB auf der kaufrechtlichen Ebene nicht zustehen kann.

Es sprechen aber noch weitere Gründe dafür, dass die Veränderungen im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht nicht zu einer Erweiterung der Zurückbehaltungsrechte des Leasingnehmers führen: Angesichts der leasingtypischen Interessenlage der Beteiligten sah der BGH es als sachgerecht an, dass sich bei Eintritt der Gewährleistungssituation zunächst der Leasingnehmer und der Lieferant über den Sachmangel auseinandersetzen müssen.¹⁷⁸ Stünde der Leasingnehmer bereits bei Verlangen der Nacherfüllung gleichzeitig die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, würde allein der Umstand, dass der Lieferant einen Mangel zu beheben hat, zur Unterbrechung der Rückführung der Finanzierung durch den Leasingnehmer

¹⁷⁶ *Gebler/Müller*, ZBB 2/02 107, 114.

¹⁷⁷ vgl. oben Kap. 1 A II 2.

führen. Damit würde der für den Leasingvertrag anerkannte¹⁷⁹ Ausschluss der mietrechtlichen Haftung des Leasinggebers unterlaufen.

Diesem Ergebnis entspricht auch ein Blick darauf, wie der Gesetzgeber die verbundenen Verträge geregelt hat. Bei verbundenen Verträgen hat der Gesetzgeber den Verbraucher, der Nacherfüllung verlangt, ausdrücklich noch kein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich des Finanzierungsvertrages gegeben. Er hat es bei der Regelung des Einwendungsdurchgriffs des § 9 III, IV VerbrKrG belassen, die besagt, dass der Verbraucher die Rückzahlung des Kredits erst verweigern darf, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung fehlgeschlagen ist. Da beim verbundenen Vertrag die Verbindung von Kauf- und Kreditvertrag enger ist als im Leasingrecht,¹⁸⁰ ist davon auszugehen, dass dies erst recht für die leasingtypische Verbindung von Kauf- und Leasingvertrag gelten muss, die zwar zu einer wirtschaftlichen Einheit i.S.d. § 358 III BGB führen kann, dies aber nicht zwangsläufig tut.¹⁸¹

Daraus folgt, dass die dogmatische Qualifizierung des Mangels als Nichterfüllung nicht dazu führt, dass dem Leasingnehmer bereits vor Scheitern der Nacherfüllung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht. Die gegenteilige Ansicht *v. Westphalens* lässt sich nicht mit der vom BGH in ständiger Rechtsprechung anerkannten Interessenlage der am Leasingvertrag Beteiligten vereinbaren. Die Situation hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts im Kaufrecht hat sich also im Verhältnis zur alten Rechtslage nach hier vertretener Auffassung nicht geändert. Da dies jedoch strittig ist, empfiehlt sich eine Klarstellung in den AGB.¹⁸²

¹⁷⁸ BGHZ 68, 118, 125 f.

¹⁷⁹ BGHZ 68, 118, 123 ff.; 97, 135, 147.

¹⁸⁰ Zahn/Bahmann, KfZ-Leasingvertrag, Rz. 242 f., 247 ff.

¹⁸¹ Zahn, DB 2002, 985, 986.

¹⁸² Kap. 3 B II 4.

2. Mietrechtliche Ebene

Auf der Ebene des Leasingvertrages ist die Situation ebenfalls gleich geblieben. Zum einen, da die Schuldrechtsreform das Mietrecht unberührt ließ. Aber selbst wenn dem nicht so wäre, stünden dem Leasingnehmer aufgrund der Abtretungskonstruktion gar keine mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche zu: wo die mietvertraglichen Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen werden, ist selbstverständlich kein Raum für ein „mietrechtliches“ Zurückbehaltungsrecht.¹⁸³ Da sich an dem AGB-rechtlichen Prüfungsmaßstab nichts geändert hat, bleibt es dabei, dass dies jedenfalls dann mit § 307 II Nr. 1 BGB (früher § 9 II Nr. 1 AGBG) vereinbar ist, wenn der Leasinggeber dem Leasingnehmer vertraglich ein „modifiziertes“ Zurückbehaltungsrecht ab dem Zeitpunkt einräumt, in dem dieser Klage gegen den Lieferanten erhebt.¹⁸⁴

D. Normierung des Rechtsinstituts „Wegfall der Geschäftsgrundlage“

I. Begriffe

1. objektive /subjektive Geschäftsgrundlage

In der Rechtslehre und der Rechtsprechung wurde zwischen der objektiven und der subjektiven Geschäftsgrundlage unterschieden. Die objektive Geschäftsgrundlage¹⁸⁵ bilden diejenigen Umstände und allgemeine Verhältnisse, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit

¹⁸³ so auch *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 114.

¹⁸⁴ dazu oben Kap. 1 A II 2.

¹⁸⁵ Der Begriff der objektiven Geschäftsgrundlage geht auf *Larenz* zurück: Schuldrecht I, § 21 II.

der Vertrag im Sinn der Intentionen beider Vertragsparteien noch als eine sinnvolle Regelung bestehen kann.¹⁸⁶

Die subjektive Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien, oder die dem einen Teil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut.¹⁸⁷

2. große/kleine Geschäftsgrundlage

Unter „großer Geschäftsgrundlage“ versteht man die dem Vertrag i.d.R. zugrunde liegende Erwartung, dass sich die wirtschaftliche, politische und soziale Lage nicht grundlegend verändert.¹⁸⁸ Sie ist Teil der objektiven Geschäftsgrundlage. Alle übrigen Störungen fallen unter die „kleine Geschäftsgrundlage“.

II. Regelung des § 313 BGB

Bis zum 1. 1. 2002 war das Rechtsinstitut des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gewohnheitsrechtlich allgemein anerkannt, es war aber nicht kodifiziert. Dies hat sich mit der Einführung des § 313 BGB geändert.

¹⁸⁶ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts 2002, § 313 Rz. 7

¹⁸⁷ *RGZ* 103, 328, 332; *BGHZ* 25, 390, 392; 89, 226, 231.

¹⁸⁸ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts 2002, § 313 Rz. 8.

1. § 313 I BGB

Gem. § 313 I BGB kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien unter diesen Umständen den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Abs. 1 regelt also die Anpassung des Vertrages bei Störungen der sogenannten „objektiven Geschäftsgrundlage“.¹⁸⁹ Liegen die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage vor, so soll die benachteiligte Vertragspartei die Anpassung des Vertrages verlangen können. Es wurde keine Bestimmung für den Fall getroffen, dass die Vertragsparteien die eingetretene Änderung als möglich vorausgesehen haben oder hätten voraussehen können.

2. § 313 II BGB

Stellen sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, als falsch heraus, steht dies gem. § 313 II BGB einer Veränderung der Umstände gleich. Damit dehnt Abs. 2 die Regelung des Abs. 1 auf die „subjektive Geschäftsgrundlage“ aus.¹⁹⁰ Nach der Begründung zum Regierungsentwurf soll die Vorschrift den gemeinschaftlichen Motivirrtum erfassen sowie all diejenigen Fälle, in denen sich eine Partei falsche Vorstellungen macht, während die andere Partei diesen Irrtum ohne eigene Vorstellungen hingenommen habe.¹⁹¹

¹⁸⁹ dazu *Larenz*, Vertrag und Unrecht I, S. 163 ff, 164; kritisch hierzu: *Ehmann/Sutschet*, § 6 IV 2.e, S. 167 ff.

¹⁹⁰ vgl. hierzu *Palandt-Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 313 Rz. 4 – 6.

¹⁹¹ *RegBegr. aaO*, S. 745 .

3. § 313 III BGB

Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass eine Aufhebung des Vertrages nur subsidiär in Betracht kommt, also nur dann verlangt werden kann, wenn eine Anpassung nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Erforderlich ist eine Rücktrittserklärung der benachteiligten Partei. Bei Dauerschuldverhältnissen soll nach Satz 2 an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB treten. Nach der Regierungsbegründung entspricht dies der bis dahin bestehenden allgemeinen Auffassung.

4. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf soll die Bedeutung des § 313 BGB allein darin liegen, die zum Rechtsinstitut gewordenen Grundsätze zum Fehlen und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen ihrer erheblichen Bedeutung im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verankern.¹⁹² Insbesondere wurden die strengen Anforderungen, die bisher an einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gestellt worden waren, aufrechterhalten und weder eine Änderung der materiellrechtlichen noch der prozessualen Behandlung der Geschäftsgrundlage angestrebt.¹⁹³

III. Auswirkungen auf den Leasingvertrag

1. Regelung des § 313 I und II BGB

Schließen zwei Parteien einen Leasingvertrag, gehen beide Vertragsparteien davon aus, dass der Leasinggeber durch eine wirksame Übereignung durch den Lieferanten Eigentümer der Leasing Sache geworden ist und das auch

¹⁹² RegBegr. aaO, S. 744.

während der gesamten Vertragsdauer bleibt. Die Eigentümerstellung des Leasinggebers ist essentiell für die leasingtypische Abtretungskonstruktion. Ist nun das Leasingobjekt mangelhaft und infolgedessen der Kaufvertrag durch die Rücktrittserklärung des Leasingnehmers in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, muss der Leasinggeber gem. §§ 346 – 348 BGB dem Lieferanten das Eigentum an der Leasing Sache zurückgewähren. Damit fällt ein Umstand, der die Grundlage für den Leasingvertrag gebildet hat, weg. Ob dies eine nachträgliche Veränderung der Geschäftsgrundlage darstellt, die von § 313 I BGB erfasst wird, oder ob es sich um eine falsche Einschätzung der Geschäftsgrundlage durch die Parteien handelt, die unter § 313 II BGB fällt, ist nicht leicht zu entscheiden. Da in beiden Fällen die gleichen Rechtsfolgen ausgelöst werden, wird man der Notwendigkeit einer genauen Abgrenzung jedoch entgehen.¹⁹⁴ Die Mangelfreiheit der Leasing Sache ist eine wesentliche Vorstellung und auch „Grundlage des Vertrages“ in diesem Sinne. Insofern erfasst § 313 II BGB die typische Fallgestaltung bei Finanzierungsleasingverträgen, und es ergibt sich noch keine Änderung zur bisherigen Rechtsprechung.

2. § 313 III BGB

Bisher fiel nach der Rechtsprechung des BGH bei vollzogener Wandelung des Kaufvertrages die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages mit Wirkung ex tunc weg, und der Leasingvertrag war nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln. Nun soll nach § 313 III, 2 BGB bei Dauerschuldverhältnissen – und das Leasingvertragsverhältnis ist ein solches - an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung treten, die grundsätzlich ex nunc wirkt.¹⁹⁵ Es hat den Anschein, als ob in Zukunft

¹⁹³ *RegBegr.* aaO.

¹⁹⁴ so auch *Musielak*, § 5 VI Rz. 364.

¹⁹⁵ *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 346 Rz. 8.

die Rückabwicklung der Leasingverträge nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen verwehrt sein könnte.

Man muss jedoch bedenken, dass der Gesetzgeber „lediglich die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien in allgemeiner Form im Gesetz niederlegen“ und explizit keine Änderung der bisherigen Rechtslage bewirken wollte.¹⁹⁶ Und da der BGH schon nach alter Rechtslage beim Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen eine Kündigung verlangt¹⁹⁷ und gleichwohl die Rückabwicklung des Leasingvertrages nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abgewickelt hat,¹⁹⁸ spricht vieles dafür, dass die Gerichte an ihrer bisherigen Spruchpraxis festhalten werden.¹⁹⁹

E. Einführung von Gestaltungsrechten: insbesondere Rücktritt statt Wandelung

I. Entstehungsgeschichte des Rücktrittsrechts

1. bisherige Rechtslage

Bisher konnte der Käufer bei Vorliegen eines Sachmangels nach § 462 BGB a.F. Rückgängigmachung des Kaufs verlangen (sog. Wandelungsrecht). Vollzug und Durchführung waren in den §§ 465 – 467 BGB a.F. geregelt. Dieses Recht stand dem Käufer sofort zu, ohne dass er dem Verkäufer Gelegenheit zur zweiten Andienung geben musste. Die Wandelung wurde dadurch vollzogen, dass der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärte, und wenn er dies nicht tat, sein Einverständnis im Rahmen der Wandelungsklage durch Gerichtsurteil ersetzt wurde. Nach dem

¹⁹⁶ so die Begründung zum RegE, BT-Dr. 14/6040, S. 93.

¹⁹⁷ *BGHZ* 133, 316, 328; *NJW* 00, 1714, 1716.

¹⁹⁸ *BGHZ* 109, 144.

bisherigen § 459 I, 2 BGB kam die Wandelung nicht in Betracht, wenn der Wert oder die Tauglichkeit einer Sache nur unerheblich gemindert war, außer, die Wandelung konnte auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gestützt werden, § 459 II BGB.

Diese Rechtslage wurde aus mehreren Gründen kritisiert: Zum einen wurde beklagt, dass der Verkäufer kein Recht zur zweiten Andienung hat, obwohl das zumeist den Interessen beider Vertragsparteien am ehesten entsprechen würde. Zum zweiten war die Regelung der Wandelung nicht nur eigenständig gegenüber dem Rücktritt geregelt, sondern dies auch noch in außerordentlich umfangreicher und komplizierter Weise, die den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht wurde. Kernproblem war, dass § 465 BGB a.F. die Wandelung als Vertrag ausgestaltet hatte, was immer dann zu Schwierigkeiten führte, wenn sich der Verkäufer mit der Wandelung nicht einverstanden erklärte. In der Literatur führte dies zu verschiedenen Theorien über den Vollzug der Wandelung²⁰⁰, zu denen die Rechtsprechung zwar nicht Stellung bezogen hat, die aber dennoch gezeigt haben, wie unzureichend die gesetzliche Regelung war.

Diesen Kritikpunkten wollte der Gesetzgeber in der Neuregelung Rechnung tragen.²⁰¹ Er verzichtete auf eine eigenständige gesetzliche Regelung der Wandelung und stellte insoweit die Einheit zwischen kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht her.

2. Europarechtliche Vorgaben

Als europarechtliche Vorgabe hatte der Gesetzgeber Artikel 3 Absatz 2 i.V.m. den Absätzen 5 und 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu beachten.

¹⁹⁹ so auch *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 114.

²⁰⁰ vgl. *MüKo-Westermann*, § 462 Rz. 3 ff. m.w.N.

²⁰¹ *RegBegr.*, aaO, S. 826.

Artikel 3 [Rechte des Verbrauchers]

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes (...) oder auf Vertragsauflösung in bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6

(5) Der Verbraucher kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen,

- wenn der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat oder*
- wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder*
- wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat.*

(6) Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung.

Dem in Absatz 5 angesprochenen Stufenverhältnis trug der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung eines vorrangigen Nacherfüllungsanspruches des Käufers Rechnung. Die Parteien werden angehalten, zunächst am Vertrag festzuhalten; somit bekommt der Verkäufer eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden, und der Käufer die Chance, das zu erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat.²⁰² Der Vorrang der Nacherfüllung wird dadurch gewährleistet, dass der Käufer erst nach Setzen einer angemessenen Frist zurück-

²⁰² RegBegr., aaO, S. 828.

treten kann, § 323 I BGB, dies entspricht Artikel 3 Absatz 5, 2. Spiegelstrich der Richtlinie.²⁰³

Das Rücktrittsrecht des Käufers ist – anders als früher die Wandelung – ein Gestaltungsrecht. Damit sind die Vorgaben des Absatz 5 Spiegelstrich 2 in Verbindung mit Artikel 3 III, 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der die Voraussetzungen nennt, unter denen der Käufer die Vertragsauflösung verlangen kann, umgesetzt.

II. Kaufrechtliche Grundsätze

Der Käufer besitzt nunmehr keine Wandelungsbefugnis mehr, sondern nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 BGB ein Recht zum Rücktritt. Dieses ist als Gestaltungsrecht konzipiert. Das bedeutet, dass anders als bisher bereits der Zugang der Gestaltungserklärung genügt, um den Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis zu verwandeln.²⁰⁴ Voraussetzung ist allerdings, dass die Berechtigung des Käufers zum Rücktritt tatsächlich vorliegt. Sie ist von vornherein nicht gegeben, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers nur unerheblich war (§ 437 I Nr. 2 i.V.m. § 323 V, 2 BGB) oder der Käufer den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, überwiegend allein zu verantworten hat (§ 437 I Nr. 2 i.V.m. § 323 VI BGB).²⁰⁵

Im übrigen ist § 440, 1 BGB zu entnehmen („außer“), dass sich das Recht zunächst nach den allgemeinen Regeln für Leistungsstörungen richtet. Insofern setzt gem. § 323 I, 1 BGB ein wirksamer Rücktritt eine dem Verkäufer vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung

²⁰³ a.A. *Ernst*, ZRP 2001, 1 ff., 9; *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1418.

²⁰⁴ *Huber* in: *Huber/Faust*, aaO, S. 336 Rz. 59; *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, S. 257 f. Rz. 773.

voraus. Von diesem Fristsetzungserfordernis kann allerdings abgewichen werden, wenn der Verkäufer ernsthaft und endgültig die Erfüllung verweigert (§ 323 II Nr. 1 BGB), ein Fixgeschäft vorliegt (§ 323 II Nr. 2 BGB) oder besondere Umstände, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 II Nr. 3 BGB); zudem, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist bzw. vom Verkäufer berechtigt verweigert wird (§§ 275 I-III, 326 V BGB).²⁰⁶ Die Fristsetzung ist neben diesen aus dem allgemeinen Leistungsrecht kommenden Gründen nach § 440 BGB auch dann entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 III BGB verweigert (Fall 1), die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen (Fall 2) oder die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist (Fall 3).

Die Rücktritts- und Minderungsrechte des Käufers unterliegen als Gestaltungsrechte nicht der Verjährung. Da für diese Rechte aber nichts anderes gelten kann als für die sonstigen Gewährleistungsrechte, gilt nach § 438 IV und V BGB i.V.m. § 218 I BGB, dass die Ausübung des Rücktritts- und Minderungsrechts unwirksam ist, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 438 I BGB verjährt ist. Damit unterliegen im wirtschaftlichen Ergebnis auch die Gestaltungsrechte einer Verjährungsfrist.

III. Folgen für das Leasingrecht

Für das Leasingvertragsrecht bedeutet das: Nach bisheriger Rechtslage musste der Leasingnehmer den Lieferanten auf Einverständnis mit der Rückabwicklung des Kaufvertrages und auf Zahlung an den Leasinggeber verklagen. Der Leasinggeber hatte sich verpflichtet, das Ergebnis dieser

²⁰⁵ diesbezüglich Zweifel an der Richtlinienkonformität finden sich bei: *Hoffmann*, ZRP 2001, 347, 350; *Gsell*, JZ 2001, 65, 70.

²⁰⁶ dazu oben unter Kap. 2 B I.

Wandelungsklage gegen sich gelten zu lassen. Mit Klageerhebung stand dem Leasingnehmer ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seiner Leasingraten zu. Sein Prozessrisiko bestand zumindest in der Pflicht zur Zahlung rückständiger und künftiger Leasingraten einschließlich Verzugszinsen oder -schaden sowie der Prozesskosten gem. § 91 ZPO. Nachdem nach neuem Schuldrecht das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht ausgestaltet ist, ist zu prüfen, ob mit Abgabe der Rücktrittserklärung der Kaufvertrag „automatisch“ ohne Zustimmung des Lieferanten in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird.

1. Diskussionsstand

v. *Westphalen* bejaht dies. Er ist der Ansicht, dass es nicht mehr darauf ankomme, ob der Lieferant des Leasinggutes mit dem Rücktritt des Leasingnehmers einverstanden ist, da die Rücktrittserklärung als Gestaltungsrecht Rechtswirkungen entfaltet, sobald sie dem Empfänger gem. § 130 BGB zugegangen sei.²⁰⁷ Die Rücktrittserklärung erzeuge aus sich selbst heraus unmittelbare rechtsgestaltende Wirkungen, sodass mit ihrem Zugang beim Lieferanten gem. § 437 Nr. 2 BGB unmittelbar die Rücktrittsfolgen gem. §§ 346 ff. BGB einträten. Daraus folge gleichzeitig, dass die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages „automatisch“ weg falle. Da zweifelhaft sei, ob Gestaltungsrechte abtretbar seien,²⁰⁸ müsse die bisherige Abtretungskonstruktion aufgegeben und durch eine „Ermächtigungskonstruktion“ ersetzt werden. Stelle sich heraus, dass die Rücktrittserklärung unbegründet sei, liege darin die Verletzung einer Schutzpflicht i.S.v. § 241 II BGB, sodass sich der Leasingnehmer, sofern er die Pflichtverletzung nach § 276 BGB zu vertreten habe, nach § 280 BGB schadensersatzpflichtig mache. Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruchs könne der Leasinggeber

²⁰⁷ v. *Westphalen*, ZIP 2002, 2258, 2261.

die seit der unberechtigten Rücktrittserklärung angefallenen Leasingraten verlangen.

Diese Auffassung führt nach *Beckmann* zum „Ende der Leasing-Branche“.²⁰⁹ Sie sei unzutreffend und abzulehnen: Schon nach bisherigem Recht habe man als zulässig angesehen, dass sich die leasingtypische Abtretungskonstruktion auf die Sekundäransprüche aus den §§ 325, 326 BGB a.F. (Anspruch auf Schadensersatz und Rücktrittsrecht) erstrecke und vom Leasingnehmer die vorrangige Durchsetzung dieser Ansprüche gefordert. Damit sei die tatsächliche Durchsetzung durch den Leasingnehmer unausgesprochene Folge der leasingtypischen Abtretungskonstruktion gewesen, ohne dass durch die Rücktrittserklärung der Liefervertrag und damit die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag „automatisch“ weggefallen wäre. Daran habe sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Ein Vertrag werde nicht allein durch Zugang der Gestaltungserklärung beim Gegner automatisch rückabgewickelt. Bestehe Streit über die Berechtigung des Rücktritts, so sei dieser Streit notfalls gerichtlich zu klären, bevor die Rückabwicklung nach den §§ 346 ff BGB vollzogen werde. Dies müsse unter Berücksichtigung des Sinns der Abtretungskonstruktion erst recht beim Finanzierungsleasing gelten, zumal nach der Neuregelung in § 241 II BGB jeder „Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ verpflichtet“ sei.

²⁰⁸ ebenda, S. 2263.

²⁰⁹ *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 48.

2. Stellungnahme

a) automatischer Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht. Als solches entfaltet er Rechtswirkungen, sobald und soweit die gestaltende Rechtserklärung dem Empfänger gem. § 130 BGB zugegangen ist.²¹⁰ Auf ein Einverständnis des Erklärungsempfängers kommt es nicht an, der Rücktritt ist von der Wandelung gerade dadurch unterschieden, dass er aus sich selbst heraus unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung erzeugt. Damit entfällt mit Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag durch den Leasingnehmer automatisch die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages und der Leasingvertrag wird in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Der Leasingnehmer wird sofort und automatisch von seiner Leistungspflicht nach § 346 BGB frei (bei Unstimmigkeiten über die Berechtigung zum Rücktritt zumindest vorläufig) und kann sofort die Zahlung der Leasingraten einstellen.

b) Zahlungsklage des Leasinggebers

Kann der Leasingnehmer unmittelbar mit der Rücktrittserklärung die Zahlung der Leasingraten einstellen, ist der Leasinggeber gezwungen, Zahlungsklage zu erheben. Im Rahmen dieser Klage ist zu prüfen, ob der Leasingvertrag noch besteht, ob also der Leasingnehmer zum Rücktritt berechtigt gewesen war.²¹¹ War er es nicht, besteht der Leasingvertrag noch fort, denn rechtsgestaltende Wirkung hat die Rücktrittserklärung als Gestaltungsrecht selbstverständlich nur dann, wenn sie berechtigt erklärt wurde. Es liegt in der Natur der Sache, dass im Streitfall die Frage, ob das

²¹⁰ Palandt-*Heinrichs*, § 194 Rz. 3.

²¹¹ Ferner müsste der Leasinggeber dem Lieferanten nach § 72 I ZPO den Streit verkünden, um nicht Gefahr zu laufen, bei divergierenden Entscheidungen zwischen die Stühle zu fallen.

Gestaltungsrecht wirksam ausgeübt wurde, erst im Nachhinein gerichtlich entschieden werden kann. In dieser Hinsicht macht es keinen Unterschied, ob dies in einer Wandelungsklage geklärt wird oder in einem Zahlungsprozess. Jedenfalls kann durch die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner nach § 241, 2 BGB nicht die rechtsgestaltende Wirkung eines Gestaltungsrechts aufgehoben werden, wie *Beckmann*²¹² postuliert. Wohl aber können dadurch Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB ausgelöst werden. Wurde der Rücktritt unberechtigt erklärt, wird dem Zahlungsanspruch des Leasinggebers stattgegeben. Der Leasingnehmer hat – wie bei der alten Wandelungsklage – die rückständigen Leasingraten einschließlich der Verzugszinsen und des Verzugsschadens zu zahlen sowie die Prozesskosten.

c) kritische Beurteilung der Auswirkung auf das Leasingrecht

Insofern scheint zwischen der alten und der neuen Rechtslage im Ergebnis kein großer Unterschied zu bestehen. Der Leasingnehmer wäre zwar nicht mehr wie bisher auf die Mitwirkung des Lieferanten oder des Gerichts angewiesen, um die Rückabwicklung des Kaufvertrages herbeizuführen, jedoch scheint das Prozessrisiko nach alter wie neuer Rechtslage gleich geblieben.

Diese Auffassung greift jedoch zu kurz: Bedenkt man, dass der Leasinggeber weder die Gründe des Leasingnehmers für die Auswahl dieses Leasinggutes kennt noch die Voraussetzungen für eine vertragsgemäße Leistung des Lieferanten, wird schnell klar, dass der Leasinggeber im Rahmen dieser Inzident-Prüfung deutlich schlechter gestellt ist als in der alten Rechtslage, bei der sich der Leasingnehmer mit dem Lieferanten auseinandersetzen musste, mit dem er ja schließlich auch den Kaufvertrag ausgehandelt hatte.

²¹² *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 48.

Hinzu kommt, dass der Leasingnehmer, wenn er sich bereits durch eine bloße Rücktrittserklärung von seiner Zahlungsverpflichtung befreien kann, kein Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs an den Leasinggeber haben wird. Der Leasinggeber stünde also vor der Situation, dass der Leasingnehmer sehr leicht keine Leasingraten an ihn bezahlen müsste, sich aber mit der Durchsetzung der Ansprüche des Leasinggebers gegen den Lieferanten Zeit lassen und diese dadurch verzögern könnte. Der Leasinggeber selber könnte seine Ansprüche aufgrund der Abtretungskonstruktion nicht selbst geltend machen. Mit anderen Worten: den Besonderheiten des Leasingvertrages wird mit dieser neuen Vorgehensweise in keiner Weise Rechnung getragen. Insofern scheint die düstere Prognose *Beckmanns* über das Ende der Leasingbranche nicht übertrieben zu sein.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Rücktrittsfolgen nicht eintreten, wenn dem Leasingnehmer das Gestaltungsrecht tatsächlich nicht zustand. Dann bleibt es sowohl beim bestehenden Kaufvertrag als auch beim bestehenden Leasingvertrag. Insofern dürfte es rechtlich zulässig sein, dem erhöhten Risiko des Leasinggebers durch Sonderregelungen zu begegnen.²¹³ Der Leasingnehmer könnte durch AGB verpflichtet werden, die Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichtlich geltend machen zu müssen, sofern nicht der Lieferant freiwillig den Kaufpreis zurückzahlt. Außerdem wäre eine Vereinbarung zu überlegen, die den Leasingnehmer bis zur Rechtskraft eines solchen Prozesses zur Hinterlegung der Leasingraten verpflichtet. Dies läge auch in seinem eigenen Interesse: Sollte sich sein Rücktritt als unberechtigt erweisen, riskierte er die sofortige fristlose Kündigung des Leasingvertrages wegen bestehender Zahlungsrückstände und müsste die Vollamortisation einschließlich des Gewinnanspruchs des Leasinggebers

²¹³ vgl. hierzu Kap. 3 B III.

herbeiführen, ohne das Leasingobjekt weiter nutzen zu können.²¹⁴ Insofern gehen im Ergebnis die Interessenlagen von Leasinggeber und Leasingnehmer nach altem und nach neuem Recht konform.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich aus der Sicht des Leasinggebers durch die Schuldrechtsreform das wirtschaftliche Risiko deutlich erhöht hat, zumal es sich – zeitlich betrachtet – weit nach vorn verschiebt, wenn der Leasingnehmer nicht mehr auf das Einverständnis des Lieferanten angewiesen und auch keine Klageerhebung erforderlich ist, um seine Leasingraten nicht mehr bezahlen zu müssen. Eine entsprechende Angleichung der Risikoverteilung durch AGB wäre durchaus wünschenswert. Zu denken ist daran, eine Obliegenheit des Leasingnehmers zur Klageerhebung gegen Lieferanten einzuführen.²¹⁵

d) Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten

Voraussetzung für eine formularmäßige Modifizierung des kaufrechtlichen Rücktrittsrechts ist allerdings, dass das Rücktrittsrecht überhaupt abtretbar ist. Der Auffassung *v. Westphalens* kann insoweit nicht gefolgt werden als er die Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten in Frage stellt.²¹⁶ Zwar ist die Lage zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten unübersichtlich.²¹⁷ § 413 BGB sieht aber grundsätzlich auch die Abtretbarkeit anderer Rechte vor.²¹⁸ Ganz überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass unselbständige, vertragsbezogene Gestaltungsrechte wie das Rücktrittsrecht, die das Schuldverhältnis als Ganzes umgestalten, übertragbar sein sollen, wenn sie zusammen

²¹⁴ Assies, BKR 7/2002, 317, 318.

²¹⁵ dazu unten Kap 3 B I.

²¹⁶ *v. Westphalen*, ZIP 2002, 2258, 2261.

²¹⁷ hierzu *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994; *Arnold*, DSStR 25/2002, 1049, 1050.

²¹⁸ *Arnold*, DSStR 25/2002, 1049, 1050.

mit der Hauptforderung übertragen werden.²¹⁹ Auch der BGH hat entschieden, dass mit der Zession der Hauptforderung auch das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB a.F. übertragen werden kann.²²⁰ Es ist somit unbedenklich, mit dem Nachlieferungsanspruch zugleich das Rücktrittsrecht wegen Schlechtleistung zu übertragen.²²¹ Es empfiehlt sich aber eine Klarstellung im Leasingvertrag, dass nicht nur die Ansprüche, sondern auch die übrigen Rechte wegen eines Sachmangels auf den Leasingnehmer übertragen werden.

IV. Die Regelung der §§ 346 ff. BGB

Erklärt der Leasingnehmer berechtigt den Rücktritt, wird der Leasingvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt und die Leistungen sind nach den §§ 346 ff. BGB zurückzugewähren. Dies gilt gleichermaßen hinsichtlich der mangelhaften Leasingsache, wenn der Leasingnehmer aus abgetretenem Recht bei Lieferung einer mangelhaften Leasingsache Nacherfüllung verlangt und daraufhin eine mangelfreie bekommt. Das Recht der Rücktrittsfolgen ist durch die Schuldrechtsreform grundlegend neu geregelt worden, da das alte Recht erhebliche Rechtsanwendungsprobleme aufwies.

1. Entstehungsgeschichte der §§ 346 ff BGB

a) alte Rechtslage

Hatte sich ein Vertragspartner im Vertrag den Rücktritt vorbehalten, waren die Parteien nach § 346, 1 BGB a.F. verpflichtet, sich die empfangenen

²¹⁹ Palandt-Heinrichs, § 413 Rz. 7; Soergel-Zeiss, § 413 Rz. 4; Staudinger-Busche, § 413 Rz. 13.

²²⁰ BGH NJW 1985, 2640, 2641; NJW 1973, 1793, 1794.

²²¹ so auch Arnold, DStR 25/2002, 1049, 1051.

Leistungen zurückzugewähren, wenn der Rücktritt erfolgte. Damit unterschied das frühere Recht zwischen vertraglich vereinbartem und gesetzlichem Rücktrittsrecht: die bisherigen §§ 346 ff. BGB a.F. galten nur für das vertragliche Rücktrittsrecht, auf das gesetzliche fanden die §§ 346 ff. BGB a.F. entsprechende Anwendung²²² - allerdings modifiziert durch die §§ 327, 2 und 467 BGB a.F. Die Schadensersatzansprüche bei Unmöglichkeit der Herausgabe oder bei Verschlechterung der Sache richteten sich nach den Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Das bedeutete insbesondere ein verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung beim Untergang des zurückzugewährenden Gegenstandes nach §§ 347, 1, 989 BGB a.F.

Der Rücktritt wurde nach § 350 BGB a.F. nicht dadurch ausgeschlossen, dass der vom Rücktrittsberechtigten empfangene Gegenstand durch Unfall untergegangen war. Dabei standen dem Untergang wesentliche Verschlechterungen oder eine auf Unfall beruhende sonstige Unmöglichkeit der Rückgewähr gleich.²²³ Hatte der Rücktrittsberechtigte den Untergang, die wesentliche Verschlechterung oder eine sonstige Unmöglichkeit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes verschuldet, war der Rücktritt nach § 351 BGB a.F. ausgeschlossen. Nach §§ 352, 353 BGB a.F. stand es dem gleich, wenn der Rücktrittsberechtigte die Sache verarbeitet, umgebildet, veräußert oder belastet hat. § 346, 2 BGB a.F. sah eine Wertersatzpflicht für geleistete Dienste und die Überlassung der Benutzung der Sache vor, und zwar auch dann, wenn der Rückgewährschuldner nicht mehr bereichert war.²²⁴ Abweichend hiervon bestimmte § 327, 2 BGB a.F. für das gesetzliche Rücktrittsrecht, dass der Rücktrittsgegner, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hatte, nur nach Bereicherungsrecht haftete.

²²² vgl. §§ 327, 636, 467, 634 IV BGB a.F.

²²³ Palandt-Heinrichs, § 350 Rz. 1 f.

²²⁴ BGHZ 77, 319, 85, 50, 59.

b) Kritik an der alten Rechtslage

Die §§ 346 ff. BGB a.F. galten als „gesetzestechnisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen entstanden war“²²⁵. Ein wesentlicher Mangel wurde darin gesehen, dass der gesetzliche Rücktritt durch § 327, 2 BGB a.F. unklar und in seiner Tragweite und Bedeutung nicht hinreichend präzise geregelt war. Dies führte zu einem nicht enden wollenden Auslegungstreit,²²⁶ insbesondere darüber, wie sich der Untergang des vom Rücktrittsberechtigten zurückzugewährenden Gegenstandes auf sein Rücktrittsrecht auswirkt. § 350 BGB a.F. wurde von einer weit verbreiteten Auffassung für rechtspolitisch verfehlt gehalten,²²⁷ da beim Kaufvertrag als dem wichtigsten Anwendungsfall des § 350 BGB a.F. die Gefahr des zufälligen Untergangs nach § 446 BGB a.F. mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergehe. Es gebe keinen überzeugenden Grund dafür, den Gefahrübergang im Fall des Rücktritts rückgängig zu machen, außer, der Untergang beruhe auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Grund. Außerdem passe der Begriff des Verschuldens (§ 351 BGB a.F.) nicht beim gesetzlichen Rücktritt: Da vor Kenntnis vom Rücktrittsrecht der Rücktrittsberechtigte mit dem Gegenstand nach seinem Belieben verfahren könne (§ 903 BGB a.F.), könne bei einem Untergang der Sache von einem „Verschulden“ keine Rede sein.²²⁸

²²⁵ v. Caemmerer, in: FS für Larenz, 1973, S. 625.

²²⁶ Huber, JZ 1987, 650; MüKo-Emmerich, § 327 Rz. 13; Wolf, AcP 153 (1954), 97; Medicus, Schuldrecht I, § 49 II 1), BGHZ 6, 227, 230; JZ 1987, 675, 676.

²²⁷ Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 191; Larenz, Schuldrecht I, § 26 b, S. 407; Wolf, AcP 153 (1954), 140.

²²⁸ Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 110.

2. Sinn und Zweck der neuen Regelung

Wegen dieser grundlegenden Mängel hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das bisherige Rücktrittsrecht grundlegend umgestaltet. Das neue Recht soll Klärung und erhebliche Vereinfachung bringen.

a) § 346 I BGB

§ 346 I BGB ist an den früheren § 346 I BGB angelehnt, enthält aber zwei Neuerungen: zum einen die Entscheidung, dass die §§ 346 ff. BGB unmittelbar auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht gelten. Dadurch soll die bei „entsprechender Anwendung“ mögliche Unsicherheit und Unklarheit vermieden werden.²²⁹ Damit gelten die §§ 346 ff. BGB insbesondere beim Rücktritt nach § 323 BGB, der nach § 437 Nr. 2 BGB auf Kaufverträge anwendbar ist. § 327 BGB a.F. wurde ersatzlos gestrichen. Damit soll der lang andauernde Auslegungstreit beendet werden. Es gibt nur wenige Spezialvorschriften für die eine oder die andere Art des Rücktritts: so gelten §§ 346 III, 1 Nr. 3; 347 I, 2 BGB nur für gesetzliche Rücktrittsrechte, §§ 350, 353 BGB nur für vertragliche.

Die andere Neuerung ist im Wesentlichen redaktioneller Art²³⁰: die Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen nach §§ 347 Satz 2, 978 BGB a.F. wurde in die Regelung des § 346 I BGB einbezogen. Die Rücktrittsfolgen sind nunmehr im Rücktrittsrecht selbst geregelt, während das alte Recht insofern auf die §§ 989 ff. BGB a.F. verwies. Nach der Regierungsbegründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sollte die Neufassung des § 346 I BGB nichts daran ändern, dass § 285 BGB (§ 281 BGB a.F.) auf Ansprüche aus dem durch den Rücktritt begründeten Rückgewährschuldverhältnis anwendbar ist.²³¹

²²⁹ RegBegr. aaO, S. 778.

²³⁰ RegBegr. aaO, S. 777.

²³¹ RegBegr. aaO, S. 778.

Nach § 346 I BGB sind die Parteien im Falle des Rücktritts verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Nicht geregelt wurde – wie bisher – dass der Rücktritt zum Wegfall der ursprünglichen Leistungspflichten führt.²³² Dies kann als selbstverständlich angesehen werden.

b) § 346 II BGB

Der Rücktrittsberechtigte kann auch dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er zur Rückgewähr der empfangenen Leistung außerstande ist, selbst wenn er die Unmöglichkeit oder sein Unvermögen zu vertreten hat. Der Rückgewährschuldner ist dann allerdings nach Absatz 2 zu Wertersatz verpflichtet. Damit übernimmt das BGB die Regelung des früheren § 7 IV VerbrKrG. Im Unterschied zur früheren Rechtslage nach den §§ 347, 989 BGB a.F. besteht nun im Falle der Verschlechterung oder des Untergangs des Gegenstandes eine verschuldensunabhängige Haftung des Rückgewährpflichtigen. Damit sollen die Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Begriff des „Verschuldens“ bei den §§ 350 f. BGB a.F. ergeben hatten, vermieden werden. Kehrseite dieser Regelung ist allerdings, dass beim vertraglichen Rücktritt der Rückgewährschuldner auch dann auf Wertersatz haftet, wenn er den Untergang des Gegenstandes nicht verschuldet hat. Damit trägt anders als bisher der Käufer das Risiko des zufälligen Untergangs. Da die Wertersatzpflicht nicht unbeschränkt bestehen soll, regelt Absatz 3 die Voraussetzungen, unter denen sie entfällt.

Die gesetzliche Regelung wird als nicht sehr übersichtlich empfunden, da die Fälle der Wertersatzpflicht und die Ausnahmen in verschiedenen Absätzen des § 346 geregelt sind, obwohl sich jede Ausnahme nur auf einen

²³² kritisch dazu: *Kaiser*, JZ 2001, 1057, 1058.

der Fälle bezieht.²³³ Das Gesetz geht davon aus, dass die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht nur dann angemessen ist, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat, die er zu vertreten hat. Daher wurde auf eine Schadensersatzregelung innerhalb der §§ 346 ff. BGB verzichtet, sie ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.²³⁴

3. Nutzungsentschädigung

Im Rahmen der Rückabwicklung des Liefervertrages ist nach § 346 I BGB (= § 347, 2 BGB a.F.) eine Nutzungsentschädigung zu berücksichtigen. Die Sachlage hier ist eine andere als jene bei der Nutzungsentschädigung im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs.²³⁵ Während dort der Kaufvertrag (und mit ihm der Leasingvertrag) während der Nacherfüllungsphase ja gerade bestehen bleibt und deswegen ein Anspruch des Lieferanten auf Nutzungsentschädigung dem Sinn des § 346 I BGB zuwider laufen würde, ist hier der klassische Anwendungsbereich der §§ 346 ff. BGB gegeben: Der Kaufvertrag wird durch die Rücktrittserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis gewandelt und der Vertragspartner des Lieferanten hat ihm die Nutzungen aus dem Vertrag herauszugeben.

Herauszugeben sind die tatsächlich gezogenen Nutzungen, für nicht gezogene Nutzungen besteht eine Ersatzpflicht nach § 347 BGB. Nutzungen sind Früchte nach § 99 BGB und Gebrauchsvorteile nach § 100 BGB.²³⁶ Bei Nutzungen ist i.d.R. eine Herausgabe nach der Natur des Erlangten aus-

²³³ *Faust*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 243, kritisch zur Neuregelung auch *Arnold*, JURA 3/2002, 154 ff.

²³⁴ RegBegr. aaO, S. 780.

²³⁵ vgl. Kap. 2 C III 8.

²³⁶ *BGHZ* 138, 160.

geschlossen,²³⁷ sodass der Rückgewährschuldner nach Absatz II Satz 1 Nr. 1 Wertersatz zu leisten hat.

Eigentlich schuldet der Leasinggeber als Käufer diese Nutzungsentschädigung. Berücksichtigt man jedoch die leasingtypische Interessenlage, erscheint es wünschenswert, den Leasingnehmer die Entschädigung zahlen zu lassen, da dieser es ist, der die Leasingsache wirtschaftlich genutzt hat. Insofern ist es sinnvoll, in einer zusätzlichen Regelung die Nutzungsentschädigung den Leasingnehmer tragen zu lassen.²³⁸

F. Schadensersatzansprüche

I. Sinn und Zweck der Neuregelung des Schadensersatzrechts

1. bisherige Rechtslage

Das bisherige Recht unterschied zwei Arten von Leistungsstörungen: die Unmöglichkeit, die den primären Erfüllungsanspruch aufhob, und die Leistungsverzögerung, die ihn zunächst bestehen ließ. Für die Leistungsstörungen, die sich weder als Unmöglichkeit noch als Leistungsverzögerung erfassen ließen, hatte sich als dritte Art die positive Forderungsverletzung durchgesetzt. Ein Problem lag nun darin, dass nach alter Rechtslage die Schadensersatzansprüche über das Schuldrecht verteilt waren, vgl. §§ 463, 380 II, 538 I, 635 BGB a.F. und in den Anwendungsbereich der positiven Forderungsverletzung zumindest hineinragten. Da einige dieser Ansprüche vom Tatbestand her oder durch eine kurze Verjährung beschränkt waren, war fraglich, ob mit dem speziell geregelten Anspruch noch der allgemeinere aus positiver Forderungsverletzung konkurriert und ob für diesen

²³⁷ Palandt-*Heinrichs*, § 346 Rz. 6.

²³⁸ dazu Kap. 3 C III.

die gleichen Beschränkungen gelten. Da diese Frage weitgehend verneint wurde, erhielt die Abgrenzung zwischen dem beschränkten speziellen Anspruch und dem unbeschränkten aus positiver Forderungsverletzung besondere Bedeutung. Die Schwierigkeiten, die bei der Unterscheidung auftraten, waren erheblich und führten immer wieder zu Diskussionen. Erwähnt seien nur die Unterscheidungen zwischen „Mangelschaden“ und „Mangelfolgeschaden“²³⁹ und zwischen „mittelbarem“ und „unmittelbarem“ Schaden.²⁴⁰

2. Intentionen des Gesetzgebers

Eines der zentralen Anliegen der Schuldrechtsreform war die Beseitigung der Unsicherheiten, die aus diesen Unterscheidungen resultierten.²⁴¹ Außerdem sollten die verschiedenen Schadensersatzansprüche in einer zentralen Anspruchsnorm zusammengefasst werden. Dies geschah mit der Schaffung des § 280 I BGB, der an den Begriff der „Pflichtverletzung“ anknüpft.

§ 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.

(2) Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

²³⁹ zur Abgrenzung vgl. *Peters*, NJW 1978, 665.

²⁴⁰ *Palandt-Heinrichs*, Vorbem. v. § 249 Rz. 15.

²⁴¹ *RegBegr. aaO*, S. 667.

Der Begriff der „Pflichtverletzung“ war nicht unumstritten.²⁴² Der Gesetzgeber sieht ihn gleichbedeutend mit dem Begriff der „Nichterfüllung“.²⁴³ In beiden Fällen sei Voraussetzung für eine Schadensersatzhaftung des Schuldners, dass er hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben sei,²⁴⁴ und in beiden Fällen sei gleichgültig, ob die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibt. Ein Verschuldensvorwurf solle damit nicht verbunden sein.²⁴⁵ Der Begriff der Nichterfüllung wurde nicht gewählt, da er im bürgerlichen Recht sprachlich schon besetzt gewesen sei: Das BGB verwendet die Nichterfüllung zur Bezeichnung des ganzen oder teilweisen Ausbleibens der Leistung.²⁴⁶ Damit ließe sich gerade die Schlechterfüllung mit einem an die Nichterfüllung anknüpfenden allgemeinen Leistungsstörungstatbestand kaum angemessen erfassen. Da die heute typischen und regelungsbedürftigen Fälle der Leistungsstörungen gerade der Verzug und die Schlechterfüllung seien, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, eine Neuordnung zu schaffen, die gerade auf diese Leistungsstörungstatbestände zugeschnitten ist. Dies könne am besten durch den Begriff der „Pflichtverletzung“ geschehen, der zudem auch dem Begriff der Vertragsverletzung („breach of contract“) entspreche, die international als die eigentliche Grundlage der Haftung des Schuldners angesehen werde.²⁴⁷

Ohne zu verkennen, dass Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung drei unterschiedliche Erscheinungsformen einer Verletzung des Schuldverhältnisses sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein in sich geschlossenes lückenloses Leistungsstörungenrecht Potentiale für eine Vereinfachung nutzen und die Gemeinsamkeit unterstreichen, die allen drei genannten Hauptfallgruppen innewohnt: In allen Fällen bleibt der Schuldner mit seinem Leistungsergebnis hinter den Anforderungen zurück, die das

²⁴² Zimmer, NJW 2002, 1, 6.

²⁴³ RegBegr., aaO, S. 668.

²⁴⁴ dazu Anders, ZIP 2001, 184, 185.

²⁴⁵ RegBegr. aaO.

²⁴⁶ RegBegr. aaO, S. 670.

Schuldverhältnis stellt.²⁴⁸ Damit folgt das deutsche Schadensersatzrecht auch dem UN-Kaufrecht, das ebenfalls auf einem zentralen Haftungstatbestand aufbaut.

3. Struktur der Schadensersatzregelungen

Der zentrale Haftungstatbestand wird in § 280 I BGB geregelt und ist neben § 311a II BGB die einzige Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Schadensersatz. Geht es um die Haftung auf Schadensersatz wegen der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis, greift allein § 280 I BGB. Zusätzliche Voraussetzungen sind für zwei Fallgruppen erforderlich: Für die Geltendmachung des Verzögerungsschaden müssen gem. § 280 II BGB zusätzlich die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen. Wird Schadensersatz statt Leistung gefordert,²⁴⁹ müssen nach § 280 III BGB je nach Art der Leistungsstörung unterschiedliche zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein: bei Verzug und Schlechtleistung die Anforderungen des § 281 BGB, bei Unmöglichkeit § 283 BGB. Wird Schadensersatz statt Leistung wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht verlangt, müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 282 BGB gegeben sein.

II. Kaufrechtlichen Grundsätze

1. Reichweite der §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB

Durch §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB soll die oben beschriebene Sachwidrigkeit des alten Kaufrechts überwunden werden: Der Verkäufer soll nun für die

²⁴⁷ Schlechtriem-Leser/Hornung, CISG, Art. 72, Rz. 6.

²⁴⁸ RegBegr. aaO, S. 669; dazu auch Anders, ZIP 2001, 184, 185; Krebs, DB-Beilage 14/2000, S. 10.

²⁴⁹ dazu unten Kap. 2 F II 3.

eigentlichen Mangelschäden gem. § 463 BGB nicht mehr nur bei Vorsatz und für Mangelfolgeschäden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung schon bei leichter Fahrlässigkeit haften,²⁵⁰ sondern bei jeder Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens des Käufers. Die Unterscheidung Mangel-/Mangelfolgeschaden entfällt, beide Schadensarten sind prinzipiell gleich erstattungsfähig.²⁵¹ Die Unterscheidung ist nur insofern noch von Bedeutung, als der Käufer Schadensersatz statt Leistung bei Verletzung von nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten nach § 282 I BGB nur dann verlangen kann, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist - was gerade Mangelfolgeschäden betrifft. Anders als bei Verletzung einer Hauptpflicht besteht im Falle des § 282 BGB kein Fristerfordernis, da die Pflichtverletzung des Verkäufers bei Anwendung des § 282 BGB gerade nicht in der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache liegt, sondern in der Missachtung von Nebenpflichten, § 421 II BGB. Da dies nicht durch eine Frist zur Nacherfüllung nach § 439 I BGB heilbar ist, wäre ein Fristsetzungserfordernis sinnlos.²⁵²

2. Haftungsumfang

Der Haftungsumfang wird im neuen Recht zwar nicht im Kaufrecht, aber in § 281 BGB im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts geregelt: Der sogenannte Anspruch auf kleinen Schadensersatz²⁵³ ist auch bei unerheblichen Mängeln uneingeschränkt gegeben. Anders als § 459 I 2 BGB a.F., der für unerhebliche Fehler jegliche Gewährleistung ausschloss, bewertet das neue

²⁵⁰ st. Rspr. z.B. *BGH* NJW 1980, 1950; *BGHZ* 101, 339.

²⁵¹ *Büdenbender*, *DStR* 8/2002, 312, 317.

²⁵² Einzelheiten bei *Dauner-Lieb*, § 282 Rz. 3 ff.

²⁵³ Beim sog. „kleinen Schadensersatz“ behält der Käufer die mangelhafte Sache und macht nur den Differenzschaden geltend. Beim sog. „großen Schadensersatz“ verlangt er Schadensersatz statt der Leistung.

Recht auch unerhebliche Fehler als im Widerspruch zur Pflicht des Verkäufers, eine mangelfreie Sache zu liefern. Allerdings kann der Anspruch auf großen Schadensersatz mit dem zivilrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar sein.²⁵⁴ Dies spricht § 281 I 3 BGB an, der besagt, dass der Käufer als Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nicht verlangen kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Liefert also der Verkäufer eine mangelhafte Sache, darf der Mangel nicht unerheblich sein, will der Käufer den großen Schadensersatzanspruch geltend machen. Immer kann er jedoch die mangelhafte Sache behalten und im Wege des Schadensersatzanspruches einen Ausgleich für die ihm verbleibenden Qualitätsdefizite, also den sog. kleinen Schadensersatzanspruch, verlangen. Hierin liegt im Vergleich zum alten Kaufrecht ein deutlicher Vorteil für den Käufer.

Da gem. § 437 Nr. 3, 440 BGB kein Schadensersatzanspruch entsteht, wenn der Verkäufer den Sachmangel nicht zu vertreten hat, führt die Verpflichtung zur sachmangelfreien Lieferung auch nicht zu einer unangemessenen Verschärfung der Haftung des Verkäufers.²⁵⁵

3. Differenzierung nach Schadensarten

Die Verweisung des § 437 Nr. 3 BGB auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zwingt dazu, die in § 280 vorgegebenen Differenzierungen zu beachten. Von grundlegender Bedeutung ist daher die Unterscheidung zwischen „Schadensersatz statt der Leistung“, „Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung“ und sonstigem Schadensersatz.

²⁵⁴ Büdenbender, DStR 8/2002, 312, 318.

²⁵⁵ RegBegr., aaO, S. 807.

a) Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB

Dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers der aus dem bisherigen Recht bekannte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“.²⁵⁶ Hierunter falle der Schaden, der im Mangel der Sache selbst liege, also der eigentliche Mangelschaden. Dieser Schaden entspricht etwa dem früheren Äquivalenzinteresse²⁵⁷. Dazu gehören nach bisher h.M. der mangelbedingte Minderwert der Sache, der entgangene Gewinn,²⁵⁸ die Reparaturkosten und der Nutzungsausfall.

Das Problem für den Leasingvertrag besteht darin, dass die Geltendmachung dieser Form des Schadensersatzes – bezogen auf den Kaufvertrag – ins Rücktrittsrecht führt und damit letztlich dazu, dass dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) entzogen wird, wie sich aus der Verweisungskette § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 281 IV, V BGB i.V.m. §§ 346 – 348 BGB ergibt. Sobald die Erklärung des Leasingnehmers, er verlange Schadensersatz statt Leistung, beim Lieferanten eingegangen ist, erlischt nicht nur der Anspruch des Leasingnehmers auf Lieferung einer mangelfreien Leasing Sache, sondern wegen der Verbindung von Leistung und Gegenleistung gleichzeitig auch der Anspruch des Leasinggebers auf Zahlung der Leasingraten.²⁵⁹ Ebenso wie beim Rücktritt könnte sich also der Leasingnehmer durch einseitige Erklärung von seiner Zahlungsverpflichtung befreien. Hier besteht für die Gestaltung der Leasing-AGB Regelungsbedarf.²⁶⁰

Hinzu kommt dass die Haftung des Verkäufers deutlich erweitert ist dadurch, dass die Schadensersatzhaftung des Verkäufers anders als bisher nicht mehr auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und auf Arglist

²⁵⁶ RegBegr. aaO, S. 832 ff.

²⁵⁷ vgl. dazu Soergel-*Huber*, Anh. § 463 Rz. 22 f.

²⁵⁸ siehe hierzu RegBegr. aaO, S. 834.

²⁵⁹ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 281 Rz. 51.

²⁶⁰ dazu Kap. 3 B IV 1.

des Verkäufers beschränkt ist (vgl. §§ 463, 480 II BGB a.F.), sondern nach § 437 Nr. 3 BGB grundsätzlich bei jedem Sachmangel eingreift. Auch dies erhöht direkt das wirtschaftliche Risiko des Leasinggebers.

b) Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 BGB

Die über das Erfüllungsinteresse des Käufers hinausgehenden Vermögensnachteile des Käufers sind als einfacher Schadensersatz nach § 280 I BGB zu ersetzen. Dabei geht es um diejenigen Schäden, die nach bisherigem Recht aus positiver Forderungsverletzung ersatzfähig waren, die also an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache selbst eingetreten sind (z.B. Körper- und Vermögensschäden).²⁶¹ Dieser Schadensposten berücksichtigt damit das frühere Integritätsinteresse, den Mangelfolgeschaden.²⁶²

Dass dem Käufer gem. § 437 Nr. 3 BGB bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache ein Schadensersatzanspruch zusteht, der anders als bisher nicht nur „statt der Wandlung oder Minderung“ (§ 463 BGB a.F.), sondern auch neben Nacherfüllung, Rücktritt oder Minderung geltend gemacht werden kann, stärkt seine Stellung erheblich.²⁶³ § 325 BGB bestimmt ausdrücklich, dass der Rücktritt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht ausschließt. Der Käufer kann also nach Lieferung einer mangelhaften Sache und Scheitern der Nachbesserung zugleich wegen des Mangels zurücktreten und Ersatz des Schadens verlangen. Außerdem muss er nicht befürchten, dass sein Erfüllungsanspruch mit dem erfolglosen Ablauf der Frist zur Nacherfüllung untergeht, wie es im alten Recht nach § 326 BGB a.F. der Fall war. Der Käufer kann damit auch nach einer Fristsetzung noch entscheiden, ob er Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den §§ 436 ff.

²⁶¹ RegBegr. aaO, S. 834.

²⁶² vgl. dazu Soergel-*Huber*, Anh. § 463 Rz. 24, 29 ff.

²⁶³ Vgl. *Westermann*, NJW 2002, 241, 249.

BGB begehrt oder ob er auf den Erfüllungsanspruch zurückkommt. Für die Geltendmachung von Schadensersatz kommt es nicht mehr auf die Frage des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft an, sondern er ist grundsätzlich bei jedem Sachmangel möglich.²⁶⁴

Fordert der Leasingnehmer „Schadensersatz neben der Leistung“, so bleibt er im Besitz der mangelhaften Leasingssache und macht nur einen Differenzschaden geltend. Obwohl dies seine Käuferrechte stärkt, ist eine Modifizierung durch AGB nicht erforderlich, da der Bestand des Leasingvertrages hiervon nicht berührt wird.

c) Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung, §§ 280 II, 286

BGB

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist sehr eng. Ein nach den §§ 280 II, 286 BGB zu behandelnder Verzögerungsschaden soll nach der Begründung zum Regierungsentwurf nur dann vorliegen, wenn der Verkäufer die von ihm geschuldete Nacherfüllung verzögert.²⁶⁵ Nicht unter diese Vorschrift fallen diejenigen Schäden, die allein dadurch entstanden sind, dass der Käufer zu dem für die eigentliche Lieferung vereinbarten Zeitpunkt nur eine mangelhafte Sache erhalten hat, also nicht z.B. der mangelbedingte Nutzungsausfallschaden. Dieser Schaden soll keinen Verzögerungsschaden i.S.d. § 280 II BGB darstellen, sondern unmittelbar nach § 280 I BGB zu ersetzen sein. Begründet wird dies mit der Überlegung, der Vorwurf an den Verkäufer beruhe hier nicht auf der Verzögerung, sondern in erster Linie auf der Mangelhaftigkeit der Sache, wie schon der Ausdruck „Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung“ zeige.²⁶⁶

²⁶⁴ siehe *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 110.

²⁶⁵ RegBegr. aaO, S. 834.

²⁶⁶ *Huber*, in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, S. 353 Rz. 109.

Voraussetzung für einen Anspruch wegen Verzögerung der Nacherfüllung ist, dass durch die Verzögerung der Nacherfüllung ein über den Nutzungsausfall hinausgehender Schaden verursacht wird und zusätzlich die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen.²⁶⁷ Dies schränkt den Anwendungsbereich der §§ 280 II, 286 BGB sehr ein, sodass diese Vorschriften kaum große praktische Bedeutung erlangen werden. Nach der Regierungsbegründung sind vor allem Rechtsverfolgungskosten für die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs betroffen.²⁶⁸

Eine Notwendigkeit, den Anspruch durch AGB zu modifizieren, ist nicht gegeben.

d) Nutzungsausfall wegen verzögerter Nacherfüllung, § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB

Die Schadensgruppe „Nutzungsausfall wegen verzögerter Nacherfüllung“ wird ebenfalls von § 280 I BGB erfasst.²⁶⁹ Die Durchsetzung des Anspruchs berührt nicht den Bestand des Kaufvertrags²⁷⁰ und damit auch nicht die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages, und da die Höhe des Schadens sich nach den Verhältnissen des Leasingnehmers bestimmt, ist der Leasinggeber bei diesem Schadensszenario nicht betroffen. Wie bei der Verletzung des Integritätsinteresses kann der Leasingnehmer die Ersatzleistung des Lieferanten für sich vereinnahmen. Zusätzlicher Regelungsbedarf entsteht hierbei nur insofern, als zu klären ist, was geschieht, wenn der Anspruch an der Insolvenz des Lieferanten scheitert.

²⁶⁷ RegBegr. aaO, S. 834.

²⁶⁸ RegBegr. aaO, S. 835.

²⁶⁹ Palandt-Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280 Rz. 20.

²⁷⁰ § 281 V BGB greift nicht ein.

Nach *Hager*²⁷¹ und *Flume*²⁷² ist es stets der Vertragspartner – hier also der Leasinggeber – der das Konkursrisiko zu tragen habe. Dem wird entgegengehalten, dass im Gegensatz zu normal gelagerten Fällen der Leasinggeber das Leasingobjekt auf Veranlassung und im Auftrag des Leasingnehmers erwerbe und nicht in eigenem Interesse. Insofern sei das Risiko hälftig zu verteilen.²⁷³

Dieser Streit ist bekannt und hat durch die Schuldrechtsreform keinen neuen Aspekt bekommen. Da der Grundsatz der Privatautonomie die Wahl des Partners respektiert, muss dementsprechend auch das Risiko der Leistungsfähigkeit dem Vertragspartner zugeordnet werden. Dem entspricht in der Wertung auch die Rechtsprechung des BGH,²⁷⁴ nach der der Leasinggeber Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs nach der vollzogenen Wandelung ist. Dadurch vermeidet sie, dem Leasinggeber hinsichtlich des zurückgewährten Kaufpreises die Folgen einer Insolvenz des Leasingnehmer aufzuerlegen, was aber notwendige Folge wäre, wenn der Leasingnehmer Gläubiger der Rückforderung wäre. Insofern erscheint es gerechtfertigt, das Insolvenzrisiko dem Leasinggeber aufzubürden.²⁷⁵

4. Sonderregeln für den Verbrauchsgüterkauf

Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf weitestgehende Umsetzung der Richtlinie geachtet, um eine Zersplitterung des Kaufrechts in Verbrauchsgüter- und andere Kaufverträge zu vermeiden.²⁷⁶ So sind die Sonderregeln, die den besonderen durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderten Verbraucherschutz verwirklichen,

²⁷¹ *Hager*, AcP 190, (1990), S. 337.

²⁷² *Flume*, DB 1991, 269.

²⁷³ *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 170 f.

²⁷⁴ *BGHZ* 68, 118, 125; 81, 298, 309 f.

²⁷⁵ so auch *BGHZ* 114, 57.

nicht sehr umfangreich. Von Interesse könnte im hier zu untersuchenden Zusammenhang die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch § 475 BGB sein. Hiernach können die Regeln über die Verkäuferhaftung und die Behelfe des Käufers nach §§ 433 - 435, 437, 439 - 443 BGB nicht vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen oder abweichend geregelt werden. Mit anderen Worten: Diese Bestimmungen können nicht durch AGB abbedungen werden. Da aber beim Leasingvertrag Käufer der Sache der Leasinggeber ist und dieser in aller Regel keine Privatperson ist, kommt ein Verbrauchsgüterkauf schon begrifflich nicht in Frage.²⁷⁷

²⁷⁶ *Büdenbender*, DStR 8/2002, 312, 313.

²⁷⁷ siehe § 474 I BGB.

Kapitel 3: Einzelne Klauseln zur weitgehenden Beibehaltung des status quo und ihre rechtliche Zulässigkeit

Vorbemerkung

Wie gezeigt, hat der Käufer nunmehr aufgrund der Schuldrechtsreform eine deutlich stärkere Rechtsposition als früher. Über die Abtretungskonstruktion kommt im Leasingrecht der Leasingnehmer in den Genuss dieser verstärkten Käuferrechte. Die Frage, die es hier zu untersuchen gilt, ist folgende: Muss der Leasinggeber dem Leasingnehmer diese verstärkte Rechtsposition belassen, oder ist es erlaubt, sie durch AGB derart zu beschränken, dass sie auf den Stand vor der Reform zurückgeschraubt wird?

Die Untersuchung fokussiert den Leasingvertrag, und zwar zunächst die Frage, ob sich die Anforderungen für die Wirksamkeit der Abtretungskonstruktion durch die Schuldrechtsreform geändert haben. Dann wird erörtert, inwieweit das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht durch Änderungen im Leasingvertrag modifiziert werden kann, und zwar in den Punkten

- Einschränkung des Nacherfüllungsanspruchs nach §§ 437 Nr. 1, 439, I BGB
- Erfordernis einer gerichtlichen Geltendmachung des Gestaltungsrechts Rücktritt
- Einschränkung des kaufrechtlichen Schadensersatzanspruchs „Schadensersatz statt Leistung“

Daran anschließend werden Klauseln vorgestellt, die im Rahmen des Kaufvertrags die in Kapitel 2 dargestellten Probleme lösen.

Zu beachten ist, dass der Kaufvertrag zwischen Lieferant und Leasinggeber keinen Verbrauchsgüterkauf darstellt, da der Leasinggeber (Käufer) kein Verbraucher i.S.d. § 474 BGB ist, sondern in aller Regel Unternehmer i.S.v. § 14 BGB.¹

A. Methodik der AGB-Kontrolle

I. Klauseln im kaufmännischen und im nichtkaufmännischen Verkehr

Leasingverträge sind regelmäßig Formular- oder AGB-Verträge im Sinne von § 305 I BGB. Die Klauseln unterliegen daher der Überprüfung, ob sie in Einklang mit den §§ 307 ff. BGB stehen. Ziel dieser AGB-Kontrolle ist es zu verhindern, dass der AGB-Verwender seine Vertragsgestaltungsfreiheit dahingehend ausnutzt, dass er die AGB ausschließlich auf seine Vertragsziele ausrichtet und auf die Interessen seines Vertragspartners entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht ausreichend Rücksicht nimmt.² Die Rechtfertigung für die Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit liegt darin, dass der Vertragspartner eines AGB-Verwenders im Gegensatz zum Individualvertrag nur eingeschränkte Möglichkeit hat, auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen.³ Der deutsche Gesetzgeber will jedoch nicht nur den Konsumenten als schwächere Vertragspartei schützen, sondern auch den Privatrechtsverkehr. Aus diesem Grund sind auch Verträge zwischen Kaufleuten in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff BGB genommen. Auf die individuelle Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners kommt es nicht an, entscheidend für eine AGB-Kontrolle ist allein, dass eine AGB-Klausel i.S.d. § 305 BGB vorliegt. Allerdings werden bestimmte Vorschriften (§§ 305 II, III, 308, 309 BGB) gem. § 310 I

¹ Siehe dazu ausführlich unten B I.

² Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 Rz. 1.

³ Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 149.

BGB von der Geltung gegenüber Kaufleuten ausgenommen, was damit begründet wird, dass das Schutzbedürfnis eines Kaufmanns weniger ausgeprägt ist als das eines Endabnehmers.⁴ Aber selbst wenn der Leasingnehmer Kaufmann ist, sollen die §§ 308, 309 BGB nicht völlig bedeutungslos sein, da sie im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB als Indizien für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners berücksichtigt werden.⁵ Auch wenn dies in der Literatur zum Teil bestritten wird,⁶ ist mit der ständigen Rechtsprechung⁷ davon auszugehen, dass den Vorschriften auch im kaufmännischen Verkehr eine mittelbare Bedeutung zukommt.⁸

II. Die Kontrollinstrumente

Neben den speziellen Unwirksamkeitsvorschriften der §§ 307 ff. BGB⁹ gibt es allgemeine Gebote, deren Verletzung die Unwirksamkeit einer Klausel zur Folge hat. So dürfen Formularverträge gem. § 305 c BGB keine überraschenden Klauseln enthalten, sonst sind sie unwirksam. Eine Klausel ist dann überraschend, wenn zwischen Vertragsinhalt und den begründeten Erwartungen des Kunden eine deutliche Diskrepanz besteht.¹⁰ § 305 c I BGB knüpft sowohl an objektive als auch an subjektive Voraussetzungen: Die Klausel muss zum einen objektiv überraschend sein, d.h., der Leasingnehmer musste im Hinblick auf den typischen Inhalt eines Leasingvertrages

⁴ *BGH* NJW 1983, 2773 f.

⁵ *BGH* WM 1984, 870; WM 1988, 667; Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24 Rz. 13; Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 Rz. 19.

⁶ für die Notwendigkeit einer stärkeren Differenzierung zwischen Leasingverträgen mit Kaufleuten und Endverbrauchern tritt ein: *Leible*, Finanzierungsleasing, S. 405 ff.

⁷ dazu die Analyse der Rechtsprechung bei Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24 Rz. 41 f.

⁸ ausführlich zur Verwendung von AGB im kaufmännischen Verkehr: *Helm*, BB 1977, 1109 ff.; *Hensen*, NJW 1987, 1986 ff.; *Rabe*, NJW 1987, 1978 ff.

⁹ zur Unangemessenheitsprüfung nach §§ 307 ff. BGB vgl. ausführlich Kap. 2 B I.

¹⁰ Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 3 Rz. 18.

nicht mit ihr rechnen.¹¹ In subjektiver Hinsicht ist das Überraschungsmoment beim Leasingnehmer erforderlich: Gerade wegen des objektiv ungewöhnlichen Charakters der Klausel muss der Leasingnehmer überrascht sein.¹² Für die vorliegende Untersuchung ist der Aspekt der überraschenden Klauseln unerheblich. Es wird darauf geachtet, dass die entwickelten Klauseln das Gebot des § 305 I BGB nicht verletzen.

Zweifel bei der Auslegung der Klauseln gehen gem. § 305 c II BGB zu Lasten des Verwenders. Damit gibt § 305 c II BGB für den Fall, dass eine Klausel objektiv mehrdeutig ist, die Entscheidungshilfe, dass die Interessen des Verwenders hinter diejenigen des Kunden zurücktreten müssen.¹³ Dies wird zum einen damit begründet, dass derjenige, der die Vorteile der Vertragsgestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile in Kauf nehmen muss,¹⁴ zum anderen soll hierdurch der Verwender von AGB dazu veranlasst werden, die Klauseln klar und für jedermann verständlich abzufassen.¹⁵

Der AGB-Verwender hat ferner das Transparenzgebot¹⁶ zu beachten, nach dem er dafür Sorge tragen muss, dass der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten durch eine entsprechende Ausgestaltung und geeignete Formulierungen der Klauseln möglichst leicht und klar durchschaut. Insbesondere dürfen AGB durch ihre inhaltliche und formale Gestaltung die wirtschaftlichen Vertragsfolgen nicht verschleiern, sodass wirtschaftlicher Nachteil und nicht zu erwartende Vertragsfolgen für den Durchschnittskunden deutlich zu erkennen sind.¹⁷ Dies ist bei Leasingverträgen besonders wichtig. Sie weisen häufig ein hohes Maß an Komplexität auf, sodass dem

¹¹ ebenda, Rz. 20 ff.

¹² ebenda, Rz. 34 ff.

¹³ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 Rz. 1.

¹⁴ Knütel, JR 1981, 221, 223.

¹⁵ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 Rz. 1.

¹⁶ dazu ausführlich Köndgen, NJW 1989, S. 943 ff.

¹⁷ BGHZ 136, 394, 401.

Leasingnehmer seine ihm obliegenden Pflichten aus dem Vertrag oft nicht in ihrem vollen Ausmaß erkennbar sind.¹⁸ Für Verbraucherverträge ist das Transparenzgebot in Art. 5 Satz 1 der Verbraucher-Richtlinie¹⁹ ausdrücklich vorgeschrieben:

„Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein.“

Bei der Umsetzung der Richtlinie wurde darauf verzichtet, das Transparenzgebot ausdrücklich zu normieren. Es gilt als in § 307 I, 2 BGB verankert und ist entsprechend ständiger Rechtsprechung²⁰ Maßstab der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.²¹ Die Festlegung dieses Gebotes in der Richtlinie hat allerdings seine Bedeutung für die Inhaltskontrolle erhöht,²² was sich auch darin zeigt, dass Intransparenz ohne Rücksicht auf das Hinzutreten einer inhaltlichen unangemessenen Benachteiligung per se ein selbständiges Merkmal unangemessener Vertragsgestaltung ist.²³ Der Transparenzkontrolle unterliegen alle der Inhaltskontrolle ausgesetzten vorformulierten Vertragsklauseln.

¹⁸ Leible, Finanzierungsleasing, S. 129.

¹⁹ Richtlinie 93/13/EWG v. 5. 4. 1993.

²⁰ BGHZ 104, 92; 106, 47, 264; 108, 57; 115, 185; NJW 00, 651; Brandner, MDR 1997, 312, 313.

²¹ dazu sogleich unter A II.

²² Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 Rz. 87.

²³ Canaris, AcP 190 (1990), 410, 448.

B. Klauseln betreffend den Leasingvertrag

I. Freizeichnung von §§ 535 ff. BGB²⁴

An zentraler Stelle ist zu untersuchen, ob sich die Anforderungen an eine wirksame Freizeichnung von den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften des Leasinggebers durch die Schuldrechtsreform erhöht haben. Der Leasinggeber zeichnet sich durch die Freizeichnungsklausel von seiner mietrechtlichen Gewährleistungspflicht frei und tritt dem Leasingnehmer dafür seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten ab. Da sich das Kaufrecht durch die Schuldrechtsreform geändert hat, stellt sich die Frage, ob das „Verhältnis“ zwischen den Gewährleistungsrechten des Mietrechts, die dem Leasingnehmer genommen werden, und den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten, die er statt dessen erhält, immer noch ausgewogen ist.

Zweifelsohne können der Nacherfüllungsanspruch sowie der Schadensersatzanspruch und der Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 437 Nr. 1 und 3 BGB abgetreten werden. Strittig ist allerdings, ob auch die Gestaltungsrechte auf Rücktritt und Minderung abgetreten werden können.²⁵ In jedem Fall könnten dem Leasingnehmer diese Rechte in der Weise zur Verfügung gestellt werden, dass er ermächtigt wird, sie auszuüben.²⁶ Es erscheint jedoch nicht sinnvoll, im Rahmen einer „Abtretungs“-Klausel einen Teil der Ansprüche abzutreten, und zu einen anderen Teil dem Leasingnehmer nur die Ermächtigung zur Geltendmachung einzuräumen.²⁷ Es gäbe auch die Möglichkeit, für alle Mängelrecht aus § 437 BGB von der Ermächtigungskonstruktion Gebrauch zu machen.²⁸ Dagegen sprechen aber die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Schadensersatzanspruch:

²⁴ dazu oben Kap. 2 B.

²⁵ *BGH* DB 1995, 2243; *MüKo-Roth*, § 398, Rz. 99.

²⁶ so z.B. v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2263.

²⁷ so auch *Zahn*, DB 2002, 985.

²⁸ v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2263.

Der Leasingnehmer muss durch die Abtretungsklausel in die Lage versetzt werden, den Schaden geltend zu machen, der bei ihm selbst, nicht beim Leasinggeber, entstanden ist.²⁹

Für die Abtretbarkeit auch des Rücktritts- und Minderungsrechts im Leasingrecht spricht, dass der Leasinggeber als Zedent nicht dagegen geschützt zu werden braucht, dass der wirksame Rücktritt vom Kaufvertrag den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags nach sich zieht: schließlich sind beim Leasingvertrag ja alle Beteiligten, Leasingnehmer, Leasinggeber und Lieferant, mit der Abtretung aller kaufrechtlichen Mängelansprüche einverstanden.

Insofern spricht alles dafür, für alle in § 437 BGB aufgeführten Rechte, auch für die Gestaltungsrechte, die Abtretung zu erklären. Notfalls kann die Abtretungserklärung für die Gestaltungsrechte gem. § 140 BGB in eine Ermächtigung umgedeutet werden.³⁰

1. Gestaltungsvorschlag

Haftungsausschluss

Alle vertraglichen Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber wegen Sachmängeln des Leasingobjekts sind ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für den Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche nach §§ 535 ff. BGB wegen Mangelhaftigkeit des Leasingobjektes. Ansprüche wegen Körperschäden, die auf einer fahrlässigen Schlechtleistung des Leasinggebers beruhen, und wegen sonstiger Schäden, die auf einer grob fahr-

²⁹ v. Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 637.

³⁰ Zahn, DB 2002, 985, 986.

lässigen Schlechtleistung beruhen, sind von der Abtretung nicht betroffen.

Abtretung der kaufrechtlichen Mängelansprüche

Der Leasinggeber tritt sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Kaufvertrag, die ihm wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingobjekts nach den §§ 437 bis 453 BGB gegen den Lieferanten zustehen, insbesondere auch das Rücktritt, an den Leasingnehmer ab. Der Leasingnehmer nimmt die Abtretung an. Er ist berechtigt und verpflichtet, die Ansprüche und Rechte in eigenem Namen mit der Maßgabe geltend zu machen, dass im Falle des Rücktritts etwaige Zahlungen an den Leasinggeber zu erfolgen haben.

2. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nach §§ 537 ff. BGB sind grundsätzlich abdingbar.³¹ Als dispositives Recht haben sie bei der AGB-Inhaltskontrolle jedoch eine gesteigerte Wirkung insoweit, als sie das Leitbild einer angemessenen Regelung darstellen. Diese Qualität wird durch Vorschriften zur Inhaltskontrolle gesichert. Möglicherweise fällt die Abtretungsklausel unter die Vorschriften der §§ 309 Nr. 8 b) aa); 309 Nr. 7 a) und b), 307 BGB.

a) § 309 Nr. 8 b) aa) BGB

³¹ Palandt-Weidenkaff, § 537 Rz. 3.

Ist der Leasingnehmer kein Kaufmann, könnte die Klausel gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB verstoßen: nach dieser Vorschrift ist eine Klausel, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und Leistungen die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, zwingend unwirksam. Die Frage, ob diese Vorschrift auf Leasingverträge anwendbar ist, war lange Zeit umstritten.³² Dieser Streit ist inzwischen geklärt: Die Vorschrift ist restriktiv auszulegen. Eine „Lieferung“ liegt vor, wenn die neu hergestellten Sachen vom einen Vertragsteil dem anderen übergeben und übereignet werden. Die bloße Besitzübergabe ohne Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung, wie sie hier in Erfüllung der leasingvertraglichen Pflichten stattfindet, ist keine Lieferung im Sinne dieser Vorschrift.³³ Da bei einem Leasingvertrag eine Lieferung damit nicht vorliegt, ist § 309 Nr. 8 b) aa) BGB unanwendbar.

b) § 309 Nr. 7 a) und b) BGB

Die Klausel verstößt auch nicht gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB. Diese Vorschriften untersagen einen formularmäßigen Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, und für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen. Diese Ansprüche des Leasingnehmers sind in der vorgeschlagenen Klausel explizit von der Freizeichnung ausgenommen, sodass der Leasinggeber seine Haftung für durch fahrlässige Schlechtleistung verursachte Körperschäden bzw. grob fahrlässig verursachte sonstige Schäden nicht ausgeschlossen hat. In der

³² bejahend z.B.: *Autenrieth*, JA 1980; *Blomeyer*, NJW 1978, 973, 975; verneinend: *BGH* WM 1985, 640; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rz. 1764; *Tiedtke*, JZ 1991, 909.

³³ so bereits zum wortgleichen § 11 Nr. 10 a) AGBG: *BGHZ* 94, 180, 186; *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, § 11 Nr. 10 Rz. 2 ff.

Praxis wird dies keine große Belastung für den Leasinggeber bedeuten, denn eine schuldhaft schlechte Leistung kommt allenfalls hinsichtlich der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB im Verhältnis zum Lieferanten des Leasinggegenstandes zum Tragen. Nach der Rechtsprechung des BGH trifft den kaufmännischen Leasinggeber die Rügeobliegenheit nämlich auch dann, wenn der Leasinggegenstand vom Leasingnehmer unmittelbar in Empfang genommen wird und dieser Nichtkaufmann ist.³⁴ Dies ist jedoch heftig umstritten.³⁵ Die Gegenansicht hält den § 377 HGB angesichts der Besonderheiten des Finanzierungsleasing für unanwendbar.³⁶ Der Leasinggeber kann seine Rügeobliegenheit in Hinblick auf offensichtliche Mängel aber in jedem Fall auf den nichtkaufmännischen Leasingnehmer abwälzen, wenn der Leasingnehmer im Leasingvertrag deutlich darauf hingewiesen wird.³⁷

c) § 307 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers i.S.d. § 307 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Nach § 307 I, 1 BGB dürfen Klauseln in AGB nicht so gestaltet sein, dass sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 II Nr. 1 BGB dann gegeben, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Da durch die Einordnung des Leasingvertrages als atypischer Mietvertrag Prüfungsmaßstab für die AGB-Kontrolle nach wie vor das Mietrecht ist, darf der Leasingnehmer durch diese Klausel also nicht schlechter gestellt werden, als er nach den

³⁴ BGHZ 110, 130, 137 ff.

³⁵ dagegen *Canaris*, AcP 190 (1990), 428 ff; *Flume*, DB 1991, 269; *Arnold*, DSStR 2002, 1049, 1050.

³⁶ *Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt*, Anh. §§ 9-11, Rz. 462.

³⁷ *Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt*, aaO.

wesentlichen Grundgedanken des Mietrechts stünde. Da die Reform die Käuferrechte gestärkt hat, kommen die Änderungen dem Leasingnehmer zugute, wenn ihm die kaufrechtlichen Ansprüche gegen den Lieferanten abgetreten werden. Da schon die bisherigen kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte den Leasingnehmer nicht wesentlich schlechter gestellt haben als nach Mietrecht, muss dies erst recht für die jetzigen Käuferrechte gelten.

Als für den Leasingnehmer nachteilig könnte nur ins Gewicht fallen, dass er bisher durch die Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche das Recht auf Wandelung bekam, das ihn im Gewährleistungsfall zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigte. Dieses steht ihm nach neuem Schuldrecht nicht mehr so ohne weiteres zu.³⁸ In dieser Hinsicht steht sich der Leasingnehmer nach der Schuldrechtsreform schlechter als vorher. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Prüfungsmaßstab für die Inhaltskontrolle ist das Mietrecht, nicht das Kaufrecht vor der Schuldrechtsreform. Auch wenn der Wegfall des Rechts zur sofortigen Vertragsauflösung für den Leasingnehmer nachteilig ist, führt das nicht zu einer ungemessenen Benachteiligung, da auch das Mietrecht mit § 543 BGB grundsätzlich kein Recht des Mieters kennt, sich sofort vom Vertrag zu lösen. Der Leasingnehmer muss keineswegs ebenso günstig gestellt werden wie nach altem Kaufrecht.

Die vorgeschlagene Klausel gewährt dem Leasingnehmer die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte vorbehaltlos, unmittelbar und unbeding; insofern ist der Leasingnehmer keineswegs rechtlos gestellt.

Die Klausel kann unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten somit nicht anders beurteilt werden als bisher. An die wirksame Freizeichnung von den §§ 535 ff. BGB durch den Leasinggeber können keine höheren Anforderungen gestellt werden als bisher. Die Rechtslage ist dieselbe wie

³⁸ vgl. Kap. 2 E.

unter altem Recht, die bisher üblichen Klauseln zur mietrechtlichen Freizeichnung können beibehalten werden.

II. Modifikation des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB)³⁹

1. Modifikation hinsichtlich des Wahlrechts des Leasingnehmers

a) Modifikationsalternativen

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, den Nacherfüllungsanspruch des Käufers nach § 439 I BGB zu modifizieren: Zum einen ist zu überlegen, ob das Wahlrecht des Käufers durch eine Vereinbarung eingeschränkt werden kann, die den Lieferanten als AGB-Verwender berechtigt, selbst darüber zu befinden, ob Neuherstellung oder Mangelbeseitigung erfolgen soll. Zum anderen ist zu prüfen, ob das Wahlrecht des Käufers zwischen Neulieferung und Nachbesserung zumindest in Bezug auf individuell bestimmte Wirtschaftsgüter eingeschränkt werden kann. Denn das Recht des Leasingnehmers, zwischen Nachlieferung einer neuen Leasingsache und Beseitigung des Mangels bei der alten wählen zu können, stellt den Lieferanten insbesondere dann vor erhebliche wirtschaftliche Risiken, wenn es sich bei der Leasingsache um individuell angefertigte und technisch komplexe Wirtschaftsgüter handelt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine derartige vertragliche Einschränkung nicht erforderlich, da sich beim Stückkauf das Wahlrecht des Käufers ohnehin auf den Nachbesserungsanspruch beschränkt.⁴⁰ Da die Ansichten diesbezüglich jedoch auseinandergehen, empfiehlt es sich, eine entsprechende Klausel zur Klarstellung in die AGB aufzunehmen, zumal

³⁹ dazu oben Kap. 2 C III 1.

⁴⁰ dazu ausführlich oben Kap. 2 C III 4.

sich eine einheitliche Auffassung der Rechtsprechung aufgrund der Kürze der Zeit seit Inkrafttretens des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes noch nicht etablieren konnte.

b) Die beiden Ebenen der Gestaltungsmöglichkeit

Das gewünschte Ergebnis kann auf zwei Ebenen erreicht werden: zum einen auf der kaufrechtlichen Ebene: Modifikationen an dieser Stelle wirken sich unmittelbar auf den Leasingnehmer aus, da selbstverständlich nur der konkrete, individuelle Gewährleistungsanspruch des Leasinggebers gegen den Lieferanten abgetreten werden kann. Die zweite Ebene ist diejenige des Leasingvertrages selbst⁴¹.

Die erste Modifikationsalternative (Übertragung des Wahlrechts auf den Lieferanten) kommt nur auf der Ebene des Kaufvertrags selbst in Betracht,⁴² da es sich um Änderungen in Lieferanten-AGB handelt. Die zweite Alternative (Einschränkung des Wahlrechts bei Stückkauf) kann auf beiden Ebenen behandelt werden: Auf mietrechtlicher Ebene kommt ein gestalterischer Eingriff in Betracht, indem der Leasinggeber – losgelöst von der kaufrechtlichen Ebene – an den Leasingnehmer zwar grundsätzlich alle kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche abtritt, jedoch mit der Maßgabe, dass der Leasingnehmer ohne seine Zustimmung vom Lieferanten nur Nachbesserung und keine Ersatzlieferung verlangen kann. Nicht möglich wäre, nur den Nachbesserungsanspruch (§ 439 I 1. Alt. BGB) an den Leasingnehmer abzutreten und den Ersatzlieferungsanspruch nach der zweiten Alternative beim Leasinggeber zu belassen, da es sich bei § 439 I BGB um einen einheitlichen Nacherfüllungsanspruch handelt, der nicht aufgespalten werden kann.

⁴¹ dazu unter II.

⁴² dazu unten C II.

c) Gestaltungsvorschlag

Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

Der Leasingnehmer darf ohne die Zustimmung des Leasinggebers vom Lieferanten nur Nachbesserung, nicht aber Ersatzlieferung verlangen.

d) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

aa) § 309 Nr. 8 b) bb)BGB

Soweit kaufvertragliche Mängelrechte und ihre Verjährung in AGB geregelt werden, setzen die Klauselverbote des § 309 Nr. 8 b) BGB (bisher: § 11 Nr. 10 AGBG) Grenzen, die sich mit den Rechten des Käufers bei Mängeln neu hergestellter Sachen befassen. Ein Verstoß gegen die Vorschrift durch die Klausel liegt jedoch nicht vor, da diese Vorschrift, wie ausdrücklich klargestellt ist, nur für Kauf- und Werkverträge gilt. Damit beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf Verträge über unbewegliche Sachen, wenn Vertragsgegenstand zugleich eine neu hergestellte Sache ist, auf Verträge über Werkleistungen, die nicht unter § 651 BGB fallen, sowie auf Verträge zwischen Verbrauchern.⁴³ Hauptleistungspflicht eines Verkäufers ist es gem. § 433 I BGB, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Der Leasinggeber verschafft dem Leasingnehmer aber nur den Besitz, um die Leasing Sache zu gebrauchen, keineswegs jedoch das Eigentum. Die Gebrauchsüberlassungspflicht ist charakteristische Hauptleistungspflicht für den Mietvertrag nach § 535 BGB.⁴⁴ Damit ist der Leasinggeber nicht

⁴³ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 309 Rz. 53.

⁴⁴ dazu ausführlich Kap. 1 A I.

Verkäufer, sondern Vermieter und § 309 Nr. 8 b) bb)BGB ist nicht anwendbar.

bb) § 307 II Nr. 1 BGB

Die Klausel würde den Leasingnehmer dann unangemessen benachteiligen, wenn er durch sie wesentlich schlechter stünde als er nach Mietrecht ohne diese Klausel stünde.

Der Vermieter einer Sache hat diese in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten, § 535 I, 2 BGB. Dies geschieht durch „Instandhaltung“ des Mietobjekts.⁴⁵ Schon begrifflich meint „instandhalten“ in erster Linie „nachbessern“ und nicht „eine-neue-Sache-zur-Verfügung-stellen“. In den typischen mietrechtlichen Zusammenhängen ist dies rein physisch ja auch gar nicht möglich. Da der kaufrechtliche Ersatzlieferungsanspruch insofern über den Umfang der mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche hinaus geht, spricht nichts dagegen, die Geltendmachung des Anspruches auf Ersatzlieferung durch AGB an die Zustimmung des Leasinggebers zu knüpfen.

Für diese Auffassung spricht auch der Wortlaut des § 309 Nr. 8 b) bb) BGB. Dieser ist zwar für Leasingverträge nicht direkt anwendbar, aber dennoch ist der Blick auf die Lage im Kaufrecht erhellend: Für Kaufverträge verbietet diese Vorschrift zwar, die Mängelrechte „auf ein Recht auf Nacherfüllung“ zu beschränken. Nach der Regierungsbegründung sollte damit jedoch nur ausgeschlossen werden, dass dem Käufer die weitergehenden Rechte wie Rücktritt oder Minderung bei Scheitern der Nacherfüllung versagt werden.⁴⁶ Wenn nach diesem Wortlaut dem Käufer nur „ein“ Recht auf Nacherfüllung

⁴⁵ Palandt-Weidenkaff, § 535 Rz. 38 – 42.

⁴⁶ RegBegr., aaO, S. 847 f.

eingräumt werden muss, nicht aber „das“ Recht auf Nacherfüllung, das beide Arten der Nacherfüllung umfassen würde, ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Situation im Leasingrecht anders zu beurteilen wäre. Diese Interpretation entspricht auch der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Regelung des § 11 Nr. 10 b) AGBG, der ausdrücklich bestimmte, dass die Einräumung eines Rechts entweder auf Nachbesserung oder auf Ersatzlieferung ausreichte, solange der Käufer im Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Minderung oder Wandelung verlangt werden konnte.⁴⁷ Bei dieser Regelung sollte es nach dem Willen des Gesetzgebers bleiben.⁴⁸

Allerdings hat die Rechtsprechung die wirksame Freizeichnung von den §§ 535 ff. BGB stets davon abhängig gemacht, dass der Leasinggeber seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche dem Leasingnehmer unbedingt und vorbehaltlos überträgt.⁴⁹ So hat der Bundesgerichtshof Klauseln für ungenügend qualifiziert, die vorsahen, dass der Leasinggeber die Übertragung jederzeit widerrufen oder die Ansprüche in eigenem Namen und unabhängig vom Willen des Leasingnehmers geltend machen konnte.⁵⁰ Diese Klauseln haben alle gemeinsam, dass sie die Geltendmachung des kaufrechtlichen Gewährleistungsanspruchs insgesamt betreffen. Eine Klausel, durch die die Ausübung des Wahlrechts für den Leasingnehmer eingeschränkt würde, beträfe hingegen lediglich einen einzigen Aspekt der Gewährleistung. Da der Leasinggeber sich durch eine Klausel, in der die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs von seiner Zustimmung abhängig gemacht würde, dieser seiner Rechtsmacht, allein und unabhängig vom Leasingnehmer seine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte geltend zu machen, begeben würde, übertrüge er auch mit einer solchen Klausel seine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte unbedingt und vorbehaltlos.

⁴⁷ MüKo-Basedow, § 11 AGBG Rz. 27.

⁴⁸ Reg.Begr. aaO.

⁴⁹ BGH NJW 1987, 1072, 1073; 1988, 2465, 2467.

⁵⁰ BGH, aaO.

Es ist also festzuhalten, dass die formularmäßige Vereinbarung eines punktuellen Zustimmungserfordernisses nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S. v. § 307 II Nr. 1 BGB führt. Der Leasingnehmer stünde sich nach Kaufrecht auch mit abgeschwächtem Wahlrecht immer noch besser, als er nach dem mietrechtlichen Gewährleistungsrecht steht, und letzteres ist schließlich Prüfungsmaßstab bei der AGB-Kontrolle des Leasingvertrages.

2. Klarstellung hinsichtlich des Anspruchs auf Neulieferung⁵¹

Ist eine Nachbesserung nach § 275 BGB unmöglich oder für den Verkäufer nach § 439 III BGB unzumutbar, muss sich der Käufer auf eine Neulieferung einlassen. Dies könnte im Leasingrecht Probleme bereiten, wenn der Leasingnehmer sich einer Neulieferung verweigert, denn die §§ 535 ff. BGB sehen ein Recht des Vermieters zur Ersatzlieferung nicht vor.⁵²

Wie oben ausgeführt⁵³ handelt sich bei einem Leasingvertrag aber nicht um einen typischen, sondern eben um einen atypischen Mietvertrag, und die mietrechtlichen Vorschriften dürfen daher nicht unverändert übertragen werden. Da kein schützenswertes Interesse des Leasingnehmers, sich einer Neulieferung zu verweigern, vorstellbar ist, ist eine Klausel, durch die der Leasingnehmer verpflichtet wird, einer Neulieferung durch den Lieferanten zuzustimmen, unter dem Gesichtspunkt der unangemessenen Benachteiligung des Leasingnehmers i.S.v. § 307 BGB unbedenklich.⁵⁴

Folgende Klausel könnte die berechtigten Interessen des Leasinggebers wahren:

⁵¹ dazu oben Kap. 2 C III 6.

⁵² *BGH* WM 1982, 151, 152.

⁵³ Kap. 1 A I.

⁵⁴ so auch *Arnold*, *DStR* 25/2002, 1049, 1050.

Nacherfüllungsanspruch in Form der Neulieferung, §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

Für den Fall, dass die vom Leasingnehmer gewünschte Nachbesserung der gelieferten Leasing Sache unmöglich oder unzumutbar ist, ist der Leasingnehmer verpflichtet, der Nacherfüllung in Form der Neulieferung zuzustimmen.

3. Klarstellung hinsichtlich des Eigentums an der nachgelieferten Sache⁵⁵

Verlangt der Leasingnehmer Nacherfüllung und liefert der Lieferant eine neue mangelfreie Sache nach, ist sicherzustellen, dass der Leasinggeber auch Eigentümer des nachgelieferten Leasingobjekts wird. Dies ist deswegen von eminent wichtiger Bedeutung, da die Eigentümerstellung an dem Leasingobjekt die einzige Sicherheit für den Leasinggeber darstellt. Verliert er durch die Nachlieferung das Eigentum an der neuen Leasing Sache, funktioniert die gesamte Transaktionskonstruktion nicht mehr. Auch hinsichtlich der bilanziellen Zuordnung und der steuerlichen Vorteile für beide Vertragsparteien ist die Eigentümerstellung des Leasinggebers entscheidend. Zu erörtern ist insbesondere die sachenrechtliche Gestaltung beim Austausch des Leasingobjekts im Rahmen der Nacherfüllung.

Eigentum am nachgelieferten Leasingobjekt

Der Leasinggeber ist damit einverstanden, dass der Leasingnehmer im Wege der Nacherfüllung die Leasing Sache gegen eine gleichwertige neue Sache austauscht. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass das

⁵⁵ siehe Kap. 2 C III 7.

Eigentum an der neuen Sache unmittelbar auf den Leasinggeber übergeht und der Leasingvertrag mit dem neuen Objekt unverändert fortgesetzt wird.

Der Leasingnehmer ist verpflichtet, mit dem Lieferanten zu vereinbaren, dass dieser das Eigentum am neuen Leasingobjekt unmittelbar auf den Leasinggeber überträgt. Die Erklärung des Lieferanten auf Übereignung des Leasingobjekts nimmt der Leasingnehmer als Erklärungsbote des Lieferanten entgegen. Der Lieferant verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung des Leasinggebers. Die Besitzverschaffung erfolgt durch Lieferung an den Leasingnehmer. Dieser wird den Leasinggeber vor dem Austausch des Leasingobjekts über diesen Vorgang unterrichten. Er wird ihm insbesondere die Übereignungserklärung des Lieferanten bezüglich des neuen Leasingobjekts übermitteln. Der Leasingnehmer handelt insoweit als Erklärungsbote des Leasinggebers, als er dem Lieferanten das Rücküber-eignungsangebot des Leasinggebers bezüglich des alten Leasingobjekts übermittelt. Der Leasinggeber verzichtet gegenüber dem Lieferanten auf den Zugang der Annahme des Angebots auf Rückübereignung.

4. Klarstellung hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts des Leasingnehmers aus § 320 BGB

Verlangt der Leasingnehmer Nacherfüllung, so hat er nach hier vertretener Auffassung kein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB.⁵⁶ Dies ist allerdings keineswegs unumstritten: Nach anderer Ansicht⁵⁷ kann er gem. § 320 BGB die Zahlung der Leasingraten an den Leasinggeber so lange verweigern, als er das zunächst gelieferte Leasingobjekt aufgrund seines Mangels nicht verwenden kann. Seinen Schaden, der ihm durch den Nutzungsausfall entstanden ist, könne er vom Lieferanten ersetzt bekommen, § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB. Es empfiehlt sich daher eine Klarstellung in den AGB.

III. Modifikationen bezüglich des Gestaltungsrechts Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB⁵⁸

1. Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts des Leasingnehmers bei Erklärung des Rücktritts

a) Gestaltungsbedarf

Durch die Schuldrechtsreform stehen die Parteien des Leasingvertrages, was das Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers aus § 320 BGB angeht, vor einer neuen Situation: Bislang war der Leasingnehmer grundsätzlich solange zur Zahlung seiner Leasingraten verpflichtet, bis sich entweder der Lieferant mit der Wandelung einverstanden erklärt hatte, oder bis die Wandelungsklage Erfolg hatte. Dies wurde in der Regel vertraglich dahingehend abgeändert, dass dem Leasingnehmer bereits ab Klageerhebung ein - bis

⁵⁶ Kap. 2 C V

⁵⁷ v. *Westphalen* ZIP 2001, 2258 ff.

⁵⁸ siehe Kap. 2 E insbes. III

zum Abschluss des Wandlungsprozesses zumindest vorläufiges⁵⁹ - Zurückbehaltungsrecht Zustand.

Nunmehr ist die Rechtslage eine grundsätzlich andere, denn der Leasingnehmer kann durch einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung vom Vertrag zurücktreten. Das bedeutet, dass der Leasingnehmer nicht mehr wie bislang auf die Mitwirkung des Lieferanten oder des Gerichts angewiesen ist. Da das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht konzipiert ist, genügt bereits der Zugang der Rücktrittserklärung, um die vorgesehenen Rechtsfolgen zu erzeugen, also die Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den §§ 346 ff BGB: Der Lieferant muss dem Leasinggeber den Kaufpreis herausgeben, dieser umgekehrt ihm die Leasingsache. Ab diesem Zeitpunkt, den er selbst einseitig bestimmen kann, ist der Leasingnehmer berechtigt, die Zahlung der Leasingraten zu verweigern. Damit verschiebt sich das Risiko des Leasinggebers – zeitlich betrachtet – weit nach vorn.

Zudem besteht das Problem darin, dass diese gesetzliche Ausgangslage - wie oben⁶⁰ dargelegt - keinerlei Anreiz für den Leasingnehmer bietet, die Durchsetzung der Rechte des Leasinggebers gegen den Lieferanten zu betreiben. Dies bedeutet für den Leasinggeber ein deutlich erhöhtes wirtschaftliches Risiko, weil er durch die Abtretungskonstruktion daran gehindert ist, selbst seine Rechte aus dem Rückabwicklungsverhältnis gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen.

b) Gestaltungsvorschlag

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgte bisher aus der Wandlung des Kaufvertrags, dass die Geschäftsgrundlage des Leasing-

⁵⁹ *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 113

⁶⁰ siehe oben Kap. 2 E III 2. c)

vertrags wegfiel und der Leasingnehmer berechtigt war, die Zahlung der Leasingraten einzustellen. Es ist nicht zu erwarten, dass der Bundesgerichtshof bezüglich des Rücktritts vom Kaufvertrag von seiner gefestigten Rechtsprechung ablässt.

Insofern stellt sich die Frage, ob dieses Risiko durch AGB-Klauseln wieder auf das vor der Schuldrechtsreform geltende Maß zu reduzieren ist. Eine Abdingbarkeit ist grundsätzlich möglich, denn § 323 BGB ist dispositiv.⁶¹ Sie unterliegt aber den Beschränkungen der §§ 307 ff. BGB. Ist ein pflichtwidriges Verhalten des Verwendungsgegners Rücktrittsgrund, muss die Ausgestaltung des Rücktrittsrechts gem. § 307 II Nr. 1 BGB dem Leitbild des § 323 BGB entsprechen.

Eine Vereinbarung, durch die das erhöhte Risiko des Leasinggebers in AGB ausgeschlossen wird, könnte so aussehen, dass das Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der vom Leasingnehmer zu zahlenden Leasingraten davon abhängig gemacht wird, dass der Leasingnehmer zunächst Klage gegen den Lieferanten auf Rückabwicklung des Liefervertrages erheben muss. Durch eine entsprechende Klausel könnte faktisch die gleiche Rechtslage wiederhergestellt werden, wie sie von der Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform anerkannt war. Der Leasinggeber müsste zusätzlich verpflichtet werden, das Ergebnis der Klage gegen sich gelten zu lassen.⁶²

Eine andere Möglichkeit wäre, eine Klausel zu vereinbaren, die festlegt, dass im Falle des Rücktritts die Pflicht des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten davon abhängig gemacht wird, ob der Lieferant den Kaufpreis innerhalb einer im Leasingvertrag festgelegten angemessenen Frist an den Leasinggeber zurückzahlt. Verweigert er die Rückzahlung, so soll die

⁶¹ Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 323 Rz. 2

⁶² *BGH ZIP* 1981, 1277

infolge des Rücktritts zunächst erloschene Zahlungspflicht des Leasingnehmers wieder aufleben.⁶³

Die letztgenannte Klausel hat den Nachteil, dass die Klageerhebung nur indirekte Folge ist, während die erstgenannte Klausel beide Interessen des Leasinggebers – entweder Zahlung der Leasingraten durch den Leasingnehmer oder Rückzahlung des Kaufpreises durch den Lieferanten – direkt miteinander verknüpft. Dies erst gibt dem Leasingnehmer den Anreiz, die Rechte des Leasinggebers gegen den Lieferanten auch wirklich durchzusetzen. Deswegen ist der ersten Variante den Vorzug zu geben. Folgende Klausel könnte das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers wirksam einschränken:

Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts bei Erklärung des Rücktritts

Einigen sich der Lieferant und der Leasingnehmer nicht über die Wirksamkeit eines vom Leasingnehmer erklärten Rücktritts, kann der Leasingnehmer die Zahlung der Leasingraten wegen etwaiger Mängel erst ab dem Zeitpunkt vorläufig verweigern, zu dem er Klage gegen den Lieferanten auf Rückabwicklung des Liefervertrages oder Zahlung eines Schadensersatzes statt Leistung des Leasingobjektes erhoben hat. Bis zur Rechtskraft des Urteils ist der Leasingnehmer zur Hinterlegung der Leasingraten verpflichtet.

Dieses vertraglich eingeräumte Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers entfällt rückwirkend, wenn die Klage des Leasingnehmers erfolglos bleibt. Der Leasingnehmer ist

⁶³ so *Gebler/Müller*, ZBB 2/02, 107, 113

verpflichtet, die zurückbehaltenen Leasingraten unverzüglich in einem Betrag nachzuzahlen. Der Leasingnehmer hat dem Leasinggeber den durch die Zurückbehaltung der Leasingraten entstandenen Verzugsschaden zu ersetzen.

Der Leasinggeber erkennt das rechtskräftige Urteil im Gewährleistungsprozess zwischen Leasingnehmer und Lieferant in dem Umfang an, in dem der Leasingnehmer obsiegt, insbesondere die Berechtigung des Leasingnehmers, bei erfolgreicher Rückforderungsklage wegen Rücktritts auch vom Leasingvertrag zurückzutreten.

c) Unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I BGB

Die Klausel darf für den Leasingnehmer keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I BGB bedeuten. Diese wäre dann gegeben, wenn sie mit dem als wesentlich zu bewertenden Grundgedanken des Gesetzes unvereinbar ist. Klauseln, die von den gesetzlichen Bestimmungen nur unwesentlich abweichen oder diese Abweichung kompensieren, fallen unter die privatautonome Gestaltungsfreiheit und sind nicht zu beanstanden.⁶⁴

Ohne die Obliegenheit zur Klageerhebung wäre die Zahlungseinstellung für den Leasingnehmer weitgehend risikolos, was der missbräuchlichen Berufung auf angebliche kaufrechtliche Mangelgewährleistungsrechte Tür und Tor öffnen würde. Erst wenn der Leasingnehmer verpflichtet wird, zuerst Klage gegen den Lieferanten zu erheben, bevor er die Zahlung der Leasingraten einstellen dürfte, ist er gezwungen, sich über das Vorliegen eines Mangels und damit über seine Berechtigung zur Zahlungsverweigerung ernsthaft Gedanken zu machen.

⁶⁴ *BGH NJW* 1992, 1628, 1630, Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 Rz. 141

Man muss auch bedenken, dass der wirksame Vollzug des Rücktritts – anders als früher bei der Wandelung – zwar rechtstechnisch keine Klageerhebung erfordert, andererseits ohne materielle Berechtigung zum Rücktritt die Rücktrittserklärung doch ins Leere geht. Erklärt der Leasingnehmer unberechtigterweise den Rücktritt, so ist dieser unwirksam⁶⁵ und die Rechtsfolgen treten nicht ein. Dann bleibt es sowohl beim bestehenden Kaufvertrag als auch beim bestehenden Leasingvertrag. Für den Fall, dass die Voraussetzungen des Rücktritts streitig sind, wäre es insofern besser, bis zur Klärung dieser Frage von einem vorläufigen Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers zu reden.

Nach alledem dürfte es rechtlich zulässig sein, das erhöhte Risiko des Leasinggebers dadurch auszuschalten, dass der Leasingnehmer durch AGB verpflichtet wird, die Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichtlich geltend zu machen, sofern nicht der Lieferant freiwillig den Kaufpreis zurückzahlt, und außerdem zu vereinbaren, dass der Leasingnehmer bis zur Rechtskraft eines solchen Prozesses zur Hinterlegung der Leasingraten verpflichtet wird. Dies läge auch in seinem eigenen Interesse, denn wenn sich sein Rücktritt als unberechtigt erweist, riskiert er die sofortige fristlose Kündigung des Leasingvertrages wegen bestehender Zahlungsrückstände und müsste die Vollamortisation einschließlich des Gewinnanspruchs des Leasinggebers herbeiführen, ohne das Leasingobjekt weiter nutzen zu können.⁶⁶ Im Ergebnis gehen somit die Interessenlagen von Leasinggeber und Leasingnehmer nach altem und nach neuem Recht konform.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Gesetzeszweck des § 320 BGB: Mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages soll Druck auf den Schuldner ausgeübt werden damit dieser seine Verpflichtung aus dem Vertrag erfüllt.⁶⁷ Liegen Mängel an der Leasingsache vor, kann Abhilfe nur durch den

⁶⁵ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXVI

⁶⁶ *Assies*, BKR 7/2002, 317, 318

Lieferanten erfolgen. Indem der Leasinggeber seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abtritt, wird dieser verpflichtet, den Lieferanten auf Abhilfe in Anspruch zu nehmen. Es geht nicht darum, die Erfüllung der Leistung des Leasinggebers zu erzwingen. Aus diesem Grund kann dessen Zahlungsanspruch auch nicht die Einrede aus § 320 BGB entgegengehalten werden.⁶⁸ Erst wenn der Leasingnehmer Klage gegen den Lieferanten erhoben hat, ist Gegenstand seiner Einwendung der Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages und damit eine Sach- und Rechtslage, bei der dem Leasinggeber Zahlungsansprüche nicht mehr zustehen.⁶⁹

Diese Erwägungen zeigen deutlich, dass der Leasingnehmer durch die formularmäßig Einführung einer Obliegenheit zur Klageerhebung in keiner Weise unangemessen i.S.v. § 307 I, 2 BGB benachteiligt würde, jedenfalls dann nicht, wenn der Leasinggeber sich verpflichtet, ein rechtskräftiges Urteil anzuerkennen. Diese Klausel sorgt im Gegenteil für eine interessengerechte Vertragsstruktur, die im Streitfall zu einer prozessökonomischen Rollenverteilung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer führt, indem sie für den Leasingnehmer den Anreiz erhöht, den Lieferanten auf Rückzahlung des Kaufpreises in Anspruch zu nehmen.

2. Modifikation bezüglich der Nutzungsentschädigung

Wird der Kaufvertrag rückabgewickelt, ist der Leasinggeber als Vertragspartner des Lieferanten gem. § 346 I BGB verpflichtet, diesem eine Entschädigung für die Nutzungen der Leasingsache zu zahlen, sei es, dass er sie tatsächlich gezogen hat, sei es, dass er sie zu ziehen pflichtwidrig

⁶⁷ Palandt-*Heinrichs*, § 320 Rz. 1

⁶⁸ vgl. auch *BGH* DB 1989, 2163, 2164

⁶⁹ so auch *Zahn*, DB 2002, 985, 987

unterlassen hat. Das Problem ist nun, dass der Leasinggeber selber leasingtypisch nie Nutzungen aus der Sache gezogen hat, da er das Leasingobjekt ja dem Leasingnehmer zum Gebrauch überlässt. Insofern ist es sinnvoll, die Nutzungsentschädigung vom Leasingnehmer tragen zu lassen.

a) Gestaltungsvorschlag

Im Falle eines wirksam erklärten Rücktritts ist der Leasingnehmer verpflichtet, die Nutzungsentschädigung, die der Leasinggeber gem. § 346 I BGB an den Lieferanten zu leisten hat, zu zahlen.

b) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Diese Klausel ist AGB-rechtlich nicht zu beanstanden. Der Leasingnehmer wird durch sie nicht unangemessen benachteiligt. Dies wäre dann der Fall, wenn sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen würde. Wäre auf den Leasingvertrag Mietrecht anzuwenden, müsste der Leasingnehmer die Nutzungen nicht herausgeben: Das Mietrecht sieht einen Nutzungsersatz im Falle einer Kündigung nicht vor. Die Situation im Mietrecht ist jedoch mit der hiesigen aufgrund des leasingtypischen Dreiecksverhältnisses nicht vergleichbar. Grundsätzlich hat der Vertragspartner des Verkäufers diesem die Nutzungsentschädigung zu zahlen. Dies ist auch sinnvoll, weil er als Käufer die Sache regelmäßig auch in Gebrauch hat. Hier hat jedoch der Leasingnehmer die Sache in Gebrauch und Nutzungen aus ihr gezogen. Er hat durch die Abtretungskonstruktion - zumindest was seine Rechte und Ansprüche anbelangt - eine käuferähnliche Stellung erhalten. Insofern ist es nur recht und billig, ihn auch die Pflichten

tragen zu lassen, jedenfalls insoweit, als die Pflichten unmittelbar mit den Rechten und Ansprüchen zusammenhängen und sich aus diesen ergeben.

IV. Modifikation hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs gem. § 437

Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, 281 BGB

1. Einschränkung des Schadensersatzanspruchs „Schadensersatz statt Leistung“ gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, 281 BGB⁷⁰

a) Gestaltungsbedarf

Von der Abtretungskonstruktion regelmäßig erfasst wird der Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 BGB. Über die Verweisung in § 281 V BGB folgt aus der Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung, dass der Kaufvertrag nach den §§ 346 – 348 BGB rückabzuwickeln ist, was nach ständiger Rechtsprechung bedeutet, dass dem Leasingvertrag automatisch die Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB entzogen wird.⁷¹ Der Gestaltungsbedarf liegt hier also darin, den Leasinggeber dahingehend abzusichern, dass er nicht Gefahr läuft, durch einseitige Erklärung des Leasingnehmers sofort die Zahlung der Leasingraten zu verlieren.

Eine Absicherung des Leasinggebers könnte durch eine ähnliche Regelung erreicht werden, wie sie bezüglich des Rücktritts vorgeschlagen wurde.⁷² Der Leasingnehmer hat ein vorläufiges Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der Leasingraten nur dann, wenn er Klage auf Zahlung von Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB

⁷⁰ dazu Kap. 2 F insbes. II 3.

⁷¹ *BGH NJW* 94, 516; 90, 314; 86, 1744; 85, 129

⁷² oben III.

erhoben hat. Außerdem muss klargestellt werden, dass der Betrag vom Lieferanten an den Leasinggeber zu zahlen ist.

Der Leasinggeber kann das Leistungsverweigerungsrecht nicht für den Fall der Klageerhebung ausschließen, da das den Leasingnehmer rechtlos stellen würde, was wiederum die Nichtigkeit der AGB-Klausel zur Folge hätte.⁷³

Der Leasingnehmer wiederum hat ein Interesse daran, dass der Leasinggeber das Urteil im Schadensersatzprozess gegen sich gelten lässt und insbesondere anerkennt, dass der Leasingnehmer für den Fall, dass die Klage erfolgreich ist, auch berechtigt ist, vom Leasingvertrag zurückzutreten.

b) Gestaltungsvorschlag

Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts bei der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung

Erhebt der Leasingnehmer eine Schadensersatzforderung statt der Leistung des Leasingobjekts, so darf er die Zahlung der Leasingraten erst ab dem Zeitpunkt vorläufig verweigern, in dem er Klage gegen den Lieferanten auf Zahlung des Schadensersatzes statt Leistung des Leasingobjekts erhoben hat.

Dieses vertraglich eingeräumte Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers entfällt rückwirkend, wenn die Klage des Leasingnehmers erfolglos ist. Die zurückbehaltenen Leasingraten sind unverzüglich in einem Betrag nachzahlen. Der durch die Zurückbehaltung der Leasingraten

⁷³ BGHZ 81, 105 ff.

entstandene Verzugsschaden des Leasinggebers ist vom Leasingnehmer zu ersetzen.

Der Leasinggeber ist verpflichtet, das rechtskräftige Urteil im Schadensersatzprozess zwischen Leasingnehmer und Lieferant in jenem Umfang anzuerkennen, in dem der Leasingnehmer obsiegt; insbesondere erkennt der Leasinggeber für den Fall, dass der Leasingnehmer mit seiner Klage auf Schadensersatz statt der Leistung erfolgreich war, die Berechtigung des Leasingnehmers an, vom Leasingvertrag zurückzutreten.

c) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Die Abdingbarkeit des § 437 BGB ist grundsätzlich zu bejahen.⁷⁴ Da es § 475 III BGB den Vertragsparteien eines Verbrauchsgüterkaufs erlaubt, für den Anspruch auf Schadensersatz Vereinbarungen treffen, die innerhalb der Grenzen der §§ 307 bis 309 BGB von den gesetzlichen Bestimmungen auf eine für den Verbraucher nachteilige Weise abweichen, muss dies erst recht für Nicht-Verbrauchsgüterkäufe gelten.

Eine ungemessene Benachteiligung des Leasingnehmers i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB durch die Klausel liegt nicht vor: Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Leasinggeber durch diese Klausel missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Leasinggebers durchzusetzen versuchte, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.⁷⁵ Verlangt der Leasingnehmer Schadensersatz statt Leistung und sind dessen Voraussetzungen zwischen ihm und

⁷⁴ Palandt-*Putzo*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 437 Rz. 3

⁷⁵ vgl. Palandt-*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 307 Rz. 8

dem Lieferanten streitig, ist das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers ohnehin nur ein vorläufiges. Ob es ihm endgültig zusteht, ist in einem Schadensersatzprozess zu klären. Erst mit rechtskräftigem Urteil ist – sofern der Leasingnehmer obsiegt hat – aus dem vorläufigen Zurückbehaltungsrecht ein endgültiges geworden. Wenn nun also das Zurückbehaltungsrecht an die Klageerhebung gekoppelt wird, kann von einer unangemessenen Benachteiligung des Leasingnehmers keine Rede sein

Es ist hingegen nicht möglich, das Leistungsverweigerungsrecht auch für den Fall der Klageerhebung auszuschließen. Die vergleichbare Situation im Mietrecht stellt sich für den Mieter folgendermaßen dar: Im Falle eines Mangels der Mietsache ist die Miete automatisch kraft Gesetzes gemindert, ohne dass es einer Erklärung durch den Mieter bedarf.⁷⁶ Ein Hinausschieben des Leistungsverweigerungsrechts im Leasingvertrag auf den Zeitpunkt der Klageerhebung ist vertretbar, da der Leasingnehmer das Leasinggut ausgesucht hat. Würde man jedoch dem Leasingnehmer das Recht, die Zahlung der Leasingraten zu verweigern oder zu mindern völlig absprechen, hätte man sich zu weit von der mietrechtlichen Grundgedanken entfernt, der Leasinggeber wäre rechtlos gestellt.

2. Modifikation zum Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls gem. § 437

Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB⁷⁷

a) Gestaltungsbedarf

Weder die Durchsetzung der Nacherfüllung noch die Geltendmachung des Anspruchs wegen Nutzungsausfall führt zur Rückabwicklung des Kaufvertrages. Damit bleibt die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages

⁷⁶ Palandt-Weidenkaff, § 536 Rz. 1, 33

⁷⁷ Kap. 2 F III d)

unberührt und der Leasinggeber kann während der Nacherfüllungsphase ein Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers - anders als bei der Forderung von Schadensersatz statt der Leistung - auch für den Fall der Klageerhebung ausschließen. Allerdings muss er dem Leasingnehmer die vom Lieferanten gezahlte Nutzungsentschädigung belassen und das Risiko der Insolvenz des Lieferanten übernehmen.

b) Gestaltungsvorschlag

**Regelung bei Geltendmachung von Schadensersatz wegen
Nutzungsausfalls**

Macht der Leasingnehmer Schadensersatz wegen Nutzungsausfall geltend, darf er diese Nutzungsentschädigung für sich behalten. Scheitert die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Lieferanten lediglich an dessen Insolvenz, haftet der Leasinggeber an dessen Stelle.

c) Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Der Leasingnehmer kann durch diese Klausel nicht unangemessen benachteiligt werden, da durch sie für ihn vorteilhaft vereinbart wird, dass er selbst die vom Lieferanten gezahlte Nutzungsentschädigung bekommt und der Leasinggeber das Risiko der Insolvenz des Lieferanten übernimmt. Durch diesen Ausgleich wird den Interessen des Leasingnehmers hinreichend Rechnung getragen. Dass er seine Leasingraten auch bei Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruches zahlen muss, ist keine Benachteiligung, sondern trägt der Tatsache Rechnung, dass weder der Kauf- noch der Leasingvertrag hierdurch in Frage gestellt werden. Der Leasingnehmer erfüllt mit der Zahlung also nur seine vertragliche

Verpflichtung. Auch durch die Auferlegung des Insolvenzrisikos auf den Leasinggeber kann der Leasingnehmer nicht benachteiligt sein, sodass die Klausel AGB-rechtlich nicht zu beanstanden ist.

C. Klauseln betreffend den Kaufvertrag

In kaufvertraglicher Hinsicht sind zwei Problemfelder zu untersuchen: Ist es zum einen möglich, das Wahlrecht des Käufers dergestalt einzuschränken, dass es in Bezug auf individuell bestimmte Wirtschaftsgüter auf die Nachbesserung beschränkt ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Zuordnung des Wahlrechts formularmäßig geändert werden und dem Lieferanten übertragen werden kann.

I. Schutz des Leasingnehmers durch § 475 BGB?

Aufgrund der Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten bestimmen sich die Rechte des Leasingnehmers im Falle eines Sachmangels nach den Vereinbarungen, die der Leasinggeber und der Lieferant im Kaufvertrag getroffen haben. Dies wirft die Frage auf, inwieweit der Leasinggeber und der Lieferant mit ihren Vereinbarungen von den gesetzlichen Vorgaben der §§ 434 ff. BGB abweichen dürfen. Dies könnte insbesondere dann problematisch sein, wenn der Leasingnehmer Verbraucher i.S.d. § 474 I BGB ist, denn nach § 475 I BGB darf beim Verbrauchsgüterkauf von den Vorschriften der §§ 433 ff. BGB nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Da der Kaufvertrag zwischen Lieferant und Leasinggeber abgeschlossen wird und dieser in aller Regel Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist, liegt zwar kein Verbrauchsgüterkauf vor und § 475 BGB ist nicht direkt einschlägig. Es lässt sich jedoch durchaus argumentieren, dass der Lieferant bei Abschluss

des Kaufvertrages wusste, dass der Leasinggeber seine Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abtreten wird. Damit habe er diesen quasi als „Abnehmer“ akzeptiert und verdiene es nicht, besser gestellt zu werden, als wenn er den Vertrag direkt mit dem Leasingnehmer abgeschlossen hätte.⁷⁸ Dagegen spricht jedoch, dass der Leasingvertrag kein kaufähnliches Geschäft ist. Entscheidet sich der Verbraucher, einen Finanzierungsleasingvertrag abzuschließen statt eines finanzierten Abzahlungskaufs, dann spricht nichts dafür, ihm den Schutz der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf zu gewähren. Hätte er einen finanzierten Abzahlungskauf abgeschlossen, käme er in den Genuss der verbraucherschützenden Vorschriften; da er sich aber anders entschieden hat, besteht keine Veranlassung, ihn vor den negativen Auswirkungen dieser Entscheidung zu schützen.⁷⁹

Somit bleibt es dabei, dass § 475 BGB auf den Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant nicht anwendbar ist; die Grenze für Lieferanten-AGB bildet damit allein § 307 BGB. Verstößt eine Klausel des Verkäufers gegen § 307 BGB, so tritt nach § 306 II BGB an ihre Stelle das dispositive Gesetzesrecht. Der Leasingnehmer kann dann gegen den Lieferanten die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte in ihrer gesetzlichen Form geltend machen.

⁷⁸ vgl. *Hager*, AcP 1990, 324, 344; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rz. 1794, *Beckmann* in: *Büschgen* (Hrsg.), *Praxishandbuch Leasing*, § 6 Rz. 78

⁷⁹ so auch *Arnold*, DStR 2002, 1049, 1052

II. Modifikation des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB)

1. Abdingbarkeit von § 439 BGB

Zu untersuchen ist zunächst, ob § 439 I BGB überhaupt formularmäßig abbedungen werden kann. Inwieweit § 439 I BGB dispositiven Charakter hat, ist im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln. Maßgebend ist zunächst der im Wortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers, (sog. Objektive Theorie).⁸⁰ Da das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aber noch sehr jung ist, ist der Wille des „historischen“ Gesetzgebers von besonderer Bedeutung.⁸¹

a) Einfluss des Art. 3 III, 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die Neuregelung des Kaufrechts und insbesondere des Nacherfüllungsanspruchs wurde maßgeblich von Artikel 3 III, 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beeinflusst. So wich - laut Regierungsbegründung - der Gesetzgeber wegen dieser europäischen Vorgabe für den Verbrauchsgüterkauf vom Vorschlag der Kommission ab, der für den Fall des Nacherfüllungsverlangens des Käufers ein Wahlrecht des Verkäufers zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung vorsah.⁸² Denn Artikel 3 III, 1 der Richtlinie weist das Wahlrecht zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung ausdrücklich dem Verbraucher, also dem Käufer zu. Der deutsche Gesetzgeber sah darin „keine Regelung, deren typischer Verbraucher schützender Charakter eine

⁸⁰ *BVerfGE* 1, 312; 62, 45

⁸¹ sog. subjektive Theorie, vgl. *BGH NJW* 97, 1695

⁸² *RegBegr.*, aaO, S. 845

Aufnahme in das für jedermann geltende Kaufrecht verbieten müsse“.⁸³ Vielmehr sei es legitim, ganz allgemein zunächst den Käufer entscheiden zu lassen, auf welche Weise er das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreichen könne, da es schließlich die Pflichtverletzung des Verkäufers gewesen sei, die verhindere, dass der Kaufvertrag wie vorgesehen abgewickelt werden könne. Wenn ein Käufer einen Verkäufer als unzuverlässig erkannt habe, sollte es seiner eigenen Beurteilung überlassen bleiben, inwieweit er sich auf dessen Nachbesserungsversuche noch einlassen möchte. Gegen Missbräuche seitens des Käufers sei der Verkäufer durch § 439 III BGB ausreichend geschützt.

Hieraus lässt sich zwar ersehen, dass der Gesetzgeber „gute Gründe“ sah, eine allgemeine Vorschrift zu schaffen und nicht den Verbrauchsgüterkauf einem Sonderrecht zu unterziehen. Es lässt sich daraus jedoch kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass er die Zuordnung des Wahlrechts generell als einen derart wesentlichen Grundgedanken des Kaufrechts ansieht, dass er ihn über § 307 II Nr. 1 BGB der privatautonomen Gestaltungsfreiheit entziehen wollte.

b) § 475 I BGB

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Regierungsbegründung zu § 475 I BGB. Mit dieser Vorschrift erklärt der Gesetzgeber für den Verbrauchsgüterkauf Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers unter anderem von § 439 BGB abweichen, für unwirksam, sofern die Vereinbarung vor Mitteilung des Mangels an den Verkäufer erfolgte. Hierdurch wollte der Gesetzgeber laut Regierungsbegründung⁸⁴ die Umsetzung von Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

⁸³ ebenda, S. 845

⁸⁴ RegBegr. , aaO, S. 870

gewährleisten, nach dem die von der Richtlinie dem Verbraucher gewährten Rechte nicht zu dessen Nachteil abdingbar sind.

Artikel 7 (Unabdingbarkeit)

(1) Vertragsklauseln oder mit dem Verkäufer vor dessen Unterrichtung über die Vertragswidrigkeit getroffene Vereinbarungen, durch welche die mit dieser Richtlinie gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden, sind für den Verbraucher gemäss dem innerstaatlichen Recht nicht bindend. [...]

Dem gemäß erklärt § 475 I BGB genau jene Vorschriften für zwingend, deren Inhalt durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestimmt ist und auch genau mit deren Inhalt: Denn da § 475 I BGB nur solche Vereinbarungen erfasst, die vor Mitteilung des Mangels an den Verkäufer erfolgen, lässt er insbesondere Vergleiche von dem Verbot abweichender Vereinbarungen unberührt.⁸⁵

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber zwar eine weitgehende Gleichstellung von Verbrauchsgüterkauf und anderen Käufen anstrebte, die Einschränkungen der Privatautonomie jedoch auf genau das durch die Richtlinie zwingend vorgeschriebene Maß beschränken und keineswegs darüber hinausgehen wollte.

c) Vergleich mit dem Werkvertragsrecht

Erhellend für die Frage, ob der Gesetzgeber das Wahlrecht für einen wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Kaufgewährleistungsrechts gesehen hat, ist ein Vergleich mit dem Werkvertragsrecht: Dort nämlich bestand keine Bindung an europäische Vorgaben. Da der Gesetzgeber mit §

⁸⁵ ebenda

651 BGB sämtliche der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unterfallenden Werkverträge dem Kaufrecht unterstellt hatte,⁸⁶ bestanden insoweit keine Umsetzungsverpflichtungen im Werkvertragsrecht mehr. Der Gesetzgeber konnte frei entscheiden, wem er das Wahlrecht bei der Nacherfüllung zuordnen wollte und hat dies gerade anders als im Kaufrecht getan: Das Wahlrecht im Werkvertragsrecht nach § 635 I BGB soll nicht dem Besteller, sondern dem Unternehmer zustehen:

§ 635 BGB Nacherfüllung

(1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.

(2) [...]

In der Regierungsbegründung zu § 635 I BGB heißt es dazu wörtlich:⁸⁷

„Das Wahlrecht soll nicht dem Besteller zustehen. Die gegenteilige Entscheidung beim Kaufvertrag zugunsten des Käuferwahlrechts in § 439 I BGB beruht im Wesentlichen auf den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.“

Weiter wird dort auf die unterschiedliche Interessenlage zwischen Kauf- und Werkvertrag hingewiesen: Der Inhalt des Werkvertrages gehe über einen bloßen Austausch bereits bestehender Leistungsgegenstände hinaus. Das Werk selbst müsse vielmehr erst noch hergestellt werden und da deshalb der Werkunternehmer viel enger mit dem Produktionsprozess selbst befasst sei als der Verkäufer, sollte auch ihm die Wahl überlassen bleiben, auf welche Weise er dem Nacherfüllungsbegehren des Besteller nachkomme.⁸⁸ Die

⁸⁶ dazu sogleich unter 4.

⁸⁷ vgl. RegBegr., aaO, S. 908

⁸⁸ siehe ebenda

berechtigten Interessen des Bestellers beschränkten sich darauf, dass das Werk mangelfrei hergestellt wird. Auf welche Weise dies geschehe, sei für ihn grundsätzlich ohne Bedeutung.

d) Blick auf § 651 BGB

§ 651 BGB unterstellt Verträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben (also die bisherigen Werklieferungsverträge), nunmehr gänzlich dem Kaufrecht. Bislang galt für Werklieferungsverträge nach § 651 BGB a.F. je nach Herkunft des Materials und der Art der herzustellenden Sache, ob sie vertretbar oder nicht vertretbar war, teils Kauf- teils Werkvertragsrecht. Damit trägt § 651 BGB dem Artikel 1 IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Rechnung,⁸⁹ nach dem als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter gelten.

Art. 1 (Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen)

(3) Als Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter.

Er entspricht auch weitgehend Artikel 3 I UN-Kaufrecht:

Art. 3 (Verträge über herzustellende Waren oder Dienstleistungen)

(1) Den Kaufverträgen stehen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, es sei denn, dass

⁸⁹ RegBegr. aaO, S. 913

der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.

Die oben dargelegten Erwägungen des Gesetzgebers, die ihn dazu brachten, das Wahlrecht im Werkvertragsrecht abweichend von der Zuordnung im Kaufrecht zu regeln, treffen gleichermaßen auf den Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB zu, der nach der Schuldrechtsreform allerdings dem Kaufrecht untersteht. Auch hier ist die vertragliche Verpflichtung auf die Herstellung und Lieferung der beweglichen Sache gerichtet und geht damit über den bloßen Gegenstandsaustausch hinaus.⁹⁰ Und auch hier ist der Unternehmer vertrauter mit der Sache und ihrem Herstellungsprozess als der Besteller, sodass es näher läge, ihn die Wahl treffen zu lassen, welche Art der Nacherfüllung sinnvoll zu leisten ist. Insofern ist die Zulassung vertraglicher Modifikationen, die das Wahlrecht des Bestellers an das Werkvertragsrecht angleichen, nicht nur erlaubt, sondern inhaltlich sogar geboten. Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber, hätte er bei der Schaffung des § 651 BGB keine europarechtlichen Vorgaben zu erfüllen gehabt, die Zuordnung des Wahlrechts anders vorgenommen hätte. Deshalb kann, zumindest was die Modifizierung des § 651 BGB angeht, nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Privatautonomie in der Weise einschränken wollte, dass die Vertragsparteien vertraglich nicht das vereinbaren können, was gesetzlich zu regeln er sich nur durch europarechtliche Vorgaben gehindert sah.

Hält man sich vor Augen, dass Leasinggegenstände häufig komplexe, individuellen Bedürfnissen angepasste Spezialmaschinen oder Software sind, wäre es auch befremdlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit hinsichtlich der Zuordnung des Wahlrechts beschneiden wollte. Speziell in diesen Fällen ist die Option des Käufers, Ersatzlieferung zu verlangen, nicht interessengerecht.

f) Ergebnis

Von einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 439 I BGB kann hinsichtlich der Zuordnung des Wahlrechts bei der Nacherfüllung keine Rede sein.⁹¹ Der Gesetzgeber wollte keineswegs die Vertragsfreiheit bei Transaktionen von Unternehmern in dieser Hinsicht beschränken.

Das heißt, dass das Wahlrecht beim Nacherfüllungsanspruch des Käufers formularmäßig modifiziert werden kann. Für Leasingtransaktionen bedeutet das konkret, dass der Leasinggeber im Rahmen eines Formularvertrages wirksam auf sein Wahlrecht aus § 439 I BGB zugunsten des Lieferanten verzichten kann. An den Leasingnehmer wird konsequenterweise dann auch nur der modifizierte Nacherfüllungsanspruch abgetreten.

2. Gestaltungsvorschlag

Wahlrecht des Käufers nach § 439 I BGB

Ist die Kaufsache individuell festgelegt (Stückkauf), ist das Wahlrecht des Käufers dergestalt eingeschränkt, dass er Neulieferung nach § 439 I BGB nur mit Zustimmung des Verkäufers beanspruchen kann.

3. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Nach § 309 Nr. 8 b bb) BGB ist die Beschränkung auf eine der Nacherfüllungsmöglichkeiten zulässig, sofern dem anderen Vertragsteil

⁹⁰ Palandt-*Sprau*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 651 Rz. 2

⁹¹ a.A. *Beckmann*, FLF 2/2002, 46, 51; v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2259

ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der jeweils eingeräumten Nacherfüllungsmöglichkeit zu mindern oder vom Vertrag zurückzutreten. Dies entspricht der Regelung des bisherigen § 11 Nr. 10 b AGBG. Diesem Erfordernis ist in der Klausel Rechnung getragen.

Nach der Regelung des Doppelbuchstabens dd) der Vorschrift ist eine Klausel unwirksam, wenn durch sie der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unverhältnismäßig hohen Anteils abhängig macht. Daraus lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber zwar die angesprochenen Bereiche des Rechts auf Nacherfüllung „AGB-fest“ regeln wollte, die Zuordnung des Wahlrechts bei der Nacherfüllung aber gerade nicht. Insofern kann bei einer Modifizierung dieses Wahlrechts von einem Verstoß gegen § 309 BGB, der nach der Rechtsprechung einen Verstoß nach § 307 BGB indizieren würde,⁹² keine Rede sein.

Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt: Die Regelung des Nacherfüllungsanspruchs wurde vom Gesetzgeber speziell auf die Pflichten des Verkäufers im Rahmen eines Kaufvertrages zugeschnitten. Im Leasingrecht ist die Situation jedoch eine andere: Der Nacherfüllungsanspruch auf Neulieferung in der Konstellation eines Leasingvertrages hat nicht nur Auswirkungen auf den Kaufvertrag, er stellt auch die Erreichung des Vertragszwecks des Leasingvertrages in Frage. Ist die Leasing Sache mangelhaft, stellt ihre Überlassung zwar auch eine Pflichtverletzung des Leasinggebers dar, jedoch trägt der Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistung des Leasinggebers der Tatsache Rechnung, dass der Leasingnehmer durch seine Rolle bei der Auswahl des Lieferanten und des Leasingguts sowie durch seine fachlich technische Beziehung zum Gegenstand eine käuferähnliche Stellung hat, obwohl der Leasinggeber Käufer des Leasingobjekts ist.

⁹² wie es für die entsprechenden Vorschriften des AGBG wiederholt postuliert wurde, vgl. *BGHZ* 90, 273, 278; 103, 316, 328

Die Stellung des Leasingnehmers ist aber nur zum Teil mit der eines Käufers zu vergleichen, sie umfasst auch die Elemente der Stellung eines Mieters und der eines Kreditnehmers. Insofern ist zu prüfen, ob die für den Kauf getroffene Regelung des Nacherfüllungsanspruchs für die Konstellation des Leasingvertrages passt. Der Leasingvertrag ist durch das zeitlich beschränkte Nutzungsverhältnis und den sich daraus ergebenden mietrechtlichen Charakter geprägt. Der Nacherfüllungsanspruch so, wie ihn das Kaufrecht vorsieht, führt häufig zu einem Scheitern der Vollamortisation.

Würde man dem Leasingnehmer bereits bei Vorliegen eines behebbaren Mangels einen Anspruch auf Neulieferung des Leasingobjekts geben, so würde man die leasingtypischen Verantwortlichkeiten, die ja gerade zur Anerkennung der Abtretungskonstruktion geführt haben, ignorieren: Der Leasinggeber ist in dieser Dreierkonstellation am weitesten von der Verantwortung für die Beschaffenheit des Leasingobjekts entfernt. Dem Schutzbedürfnis des Leasingnehmers in seiner käuferähnlichen Stellung ist ausreichend Rechnung getragen, wenn er berechtigt ist, sich bei Scheitern der vereinbarten Nachbesserung vom Vertrag zu lösen. So hat der BGH jedenfalls unter dem alten Recht in ständiger Rechtsprechung entschieden.

Es besteht keine Veranlassung, unter dem neuen Schuldrecht von dieser Beurteilung abzuweichen, insofern steht AGB-rechtlich der vorgeschlagenen Klausel nichts entgegen.

III. Klarstellung hinsichtlich des Anspruchs des Lieferanten auf Nutzungsentschädigung

Macht der Leasingnehmer Nacherfüllung geltend, besteht nach der hier vertretenen Auffassung kein Anspruch des Lieferanten auf Ersatz der

Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Leasingsache.⁹³ Es ist sinnvoll, dies in AGB klarzustellen.

1. Gestaltungsvorschlag

Anspruch des Lieferanten auf Nutzungsentschädigung

Macht der Leasingnehmer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 437, 439 BGB seinen Anspruch auf Neulieferung einer Sache geltend, ist der Lieferant nicht berechtigt, eine Nutzungsentschädigung hinsichtlich der zunächst gelieferten mangelhaften Leasingsache zu verlangen.

2. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Wie oben bereits erläutert, wird durch diese Klausel nichts vom Gesetz abweichendes vereinbart, da die Vorschrift des § 346 I BGB im Falle des Nacherfüllungsanspruches teleologisch reduziert werden muss. Bis zur Schuldrechtsreform waren Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nicht von Rechtsvorschriften abwichen oder diese ergänzten, einer Inhaltskontrolle nach AGBG entzogen, § 8 AGBG.⁹⁴ Nunmehr gilt nach § 307 III, 2 BGB, dass im Falle eines Verstoßes gegen § 307 I, 2 BGB i.V.m. § 307 I, 1 BGB auch solche Klauseln unwirksam sein können. In diesen Vorschriften ist festgelegt, dass Klauseln, die nicht klar und verständlich sind, den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, ohne

⁹³ vgl. oben Kap. 2 B III 8.

⁹⁴ *BGH* NJW 2001, 2012, 2013

dass es einer inhaltlichen Unangemessenheit bedarf. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, die Klausel ist AGB-rechtlich unbedenklich.

IV. Verjährung

1. Gestaltungsbedarf

Die Schuldrechtsreform hat die kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen von sechs Monate (§ 477 BGB a.F.) auf grundsätzlich 2 Jahre (§ 438 I Nr. 3 BGB) verlängert. Dies wirkt sich über die Abtretungskonstruktion insofern auf das Leasing-Vertragsverhältnis aus, als nach der ständigen Rechtsprechung des BGH der Liefervertrag Geschäftsgrundlage des Leasing-Vertrages ist und bei Rückabwicklung des Liefervertrages dem Leasingvertrag von Anfang an die Geschäftsgrundlage fehlt.⁹⁵ Während also nach altem Recht der Leasinggeber die Rückabwicklung des Leasingvertrages wegen Schlechterfüllung des Liefervertrages nur innerhalb der kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist gewärtigen musste, so droht sie ihm nun über zwei Jahre. Dies bedeutet eine deutliche Erhöhung des wirtschaftlichen Risikos für den Leasinggeber. Es stellt sich die Frage, ob die lange Verjährungsfrist vertraglich verkürzt werden kann.⁹⁶ Der Leasinggeber würde dann seinen modifizierten Gewährleistungsanspruch an den Leasingnehmer abtreten.

2. Abdingbarkeit der Gewährleistungsfristen

Die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB hat der Gesetzgeber ausdrücklich nur für den Verbrauchsgüterkauf der Disposition entzogen, §

⁹⁵ vgl. *Beckmann* in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing, § 11, Rz. 1 ff, siehe dazu auch Kap. 2 C

475 II BGB. Eine Abdingbarkeit ist grundsätzlich gegeben, denn einer der Schwerpunkte der Schuldrechtsreform liegt in der Herstellung der Vertragsfreiheit im Verjährungsrecht.⁹⁷ Die Verjährungsfrist kann nun nicht mehr nur (§ 225, 1 BGB a.F.) verkürzt werden, § 202 I BGB, sondern in Abkehr von dem Verbot der Verjährungserschwerung des § 225, 2 BGB a.F. auch verlängert, § 202 II BGB. § 202 BGB erklärt lediglich zweierlei für unzulässig: einerseits kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden (Abs. 1). Dies wird damit begründet, dass dem Schuldner, dem gem. § 276 III BGB die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden kann, auch keine entsprechenden verjährungserleichternden Vereinbarungen zugute kommen können sollen.⁹⁸ Zum anderen kann die Verjährung in keinem Fall über eine Verjährungsfrist von dreißig Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden (Abs. 2).

Eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist des § 438 BGB zugunsten des Leasinggebers als Käufer ist also nach § 202 I BGB grundsätzlich möglich. Der Leasinggeber würde dann in der Abtretungskonstruktion diesen in der Gewährleistungsfrist modifizierten Anspruch an den Leasingnehmer abtreten.

2. Gestaltungsvorschlag

Verjährung

Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren
in Abweichung von § 438 I Nr. 3 BGB in 12 Monaten.

⁹⁶ siehe Kap. 3 ...

⁹⁷ *Mansel*, NJW 2002, 89, 96

⁹⁸ Reg.Begr., aaO, S. 625

3. Vereinbarkeit mit §§ 307 ff. BGB

Die Klausel verstößt nicht gegen § 309 Nr. 8 b ff) BGB: Nach dieser Vorschrift ist eine Erleichterung der Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels bei der Lieferung neu hergestellter Sachen in den Fällen des § 438 I Nr. 2 unwirksam. Gleiches gilt in den sonstigen Fällen des § 438 BGB bei AGB-Klauseln, durch welche versucht wird, eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn zu erreichen. Das bisherige uneingeschränkte Verbot einer formularmäßigen Verjährungsverkürzung⁹⁹ wird damit aufgehoben und durch das Verbot ersetzt, die Verjährung auf weniger als ein Jahr zu verkürzen. Dies wird damit begründet, dass bereits früher die Sechsmonatsfrist nicht ausgereicht habe, um Gewährleistungsansprüche rechtzeitig geltend zu machen.¹⁰⁰ Durch diese Klausel wird die Verjährungsfrist aber nicht auf unter ein Jahr verkürzt, sodass ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b ff) BGB nicht vorliegt.

Zu überlegen ist, ob die Regelung des § 438 I Nr. 3 BGB deswegen gelten muss, weil sie einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck bringt, § 307 II Nr. 1 BGB. Die Absicht des Gesetzgebers, die Gewährleistungsfrist ganz allgemein zu verlängern, dokumentiert sich darin, dass er die Verlängerung über die Anforderungen der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf hinaus – in das allgemeine Kaufrecht übernommen hat. Insofern dürfte daher die Einjahresfrist auch in AGB für Unternehmer nicht unterschritten werden.¹⁰¹

⁹⁹ § 11 Nr. 10 f. AGBG

¹⁰⁰ Reg.Begr., aaO, S.

¹⁰¹ so auch *Zahn*, DB 2002, 985, 990

Der Käufer wird auch nicht unangemessen benachteiligt i.S.d. § 307 BGB. Seine Interessen sind dadurch hinreichend berücksichtigt, dass die Jahresfrist des § 309 Nr. 8 b ff) BGB eingehalten wird. Er hat damit ausreichend Zeit, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.

Es ist also grundsätzlich möglich, die Verjährungsfrist im Kaufvertrag zu verkürzen. Unter Umständen ergibt sich aber ein anderes Bild im Hinblick darauf, dass durch die Abtretungskonstruktion nur dieser in der Verjährung „reduzierte“ Gewährleistungsanspruch an den Leasingnehmer weitergegeben werden kann. Wenn dadurch die gesamte Abtretungskonstruktion in Frage gestellt würde, stünde die Erleichterung, die die verkürzte Verjährung für den Leasinggeber bedeutet, in keinem Verhältnis zu dem Risiko, die Freizeichnungsklausel dadurch unwirksam werden zu lassen.

Hatte vor der Schuldrechtsreform der Mieter einer Sache in Unkenntnis eines Mangels der Mietsache trotz der Minderung nach § 536 BGB a.F. zuviel Miete gezahlt, konnte er die zuviel gezahlte Miete nach § 812 BGB a.F. vom Vermieter zurückverlangen.¹⁰² Dieser Anspruch verjährte innerhalb der Regelverjährungsfrist von 30 Jahren. Wenn es nun damals keine unangemessene Benachteiligung darstellte, dass dem Mieter ersatzweise die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegeben wurde, die gem. § 477 BGB a.F. in nur 6 Monaten verjährten, so muss das erst recht jetzt gelten: In mietrechtlicher Hinsicht hat sich nichts verändert, die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche verjähren nunmehr i.d.R. innerhalb von 2 Jahren. Wenn diese jetzt auf anderthalb Jahre reduziert würden, hätte der Leasingnehmer immer noch dreimal so lange Zeit, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, wie bisher.

Insofern steht diese verkürzte Verjährung im Kaufrecht der Wirksamkeit der Abtretungskonstruktion nicht entgegen.

¹⁰² *BGH NJW-RR* 93, 519

D. Gesamtwürdigung

Eine isolierte Kontrolle einzelner Klauseln reicht für eine umfassende AGB-Kontrolle nicht aus. Selbst wenn jede einzelne Klausel für sich betrachtet keinen Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB darstellt, könnte doch das Zusammenspiel sämtlicher Klauseln zu einer unangemessenen Benachteiligung einer Partei führen. Eine Gesamtwürdigung ist nur dann anzustrengen, wenn die Klauseln in einem Sach- und Zweckzusammenhang stehen,¹⁰³ denn die Einbettung jeder einzelnen Klausel in den Gesamtvertrag ist von wesentlicher Bedeutung für ihre Tragweite. Dabei geht es gar nicht um einen möglichen Widerspruch zwischen einzelnen Klauseln, sondern darum, ob das Zusammenspiel verschiedener Klauseln die Wirkung der einzelnen Klausel verändert: so könnte eine an sich zulässige Klausel durch eine andere Klausel so verstärkt werden, dass sie durch jene als unangemessen angesehen werden muss.¹⁰⁴ Oder es könnten Nachteile, die eine Klausel als unangemessen erscheinen lassen, durch die Vorteile einer anderen Klausel kompensiert werden. Dies ist allerdings nur möglich, wenn die betreffenden Klauseln sachlich zusammenhängen und einer zweckkongruenten Regelung dienen.¹⁰⁵

Danach ergibt sich folgendes Bild: Die entworfenen Klauseln sind jede für sich wirksam und führen insgesamt nicht zu einer stärkeren Belastung des Leasingnehmers als dies vor der Schuldrechtsreform der Fall war. Im Gegenteil wirken die Klauseln in der Zusammenschau weit weniger unangemessen als jede einzelne Klausel für sich. Die punktuelle Beeinträchtigung jeder einzelnen gesetzlichen Rechtsposition des Leasingnehmers erscheint größer, als wenn man sie zusammen betrachtet; im

¹⁰³ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rz. 129

¹⁰⁴ Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 Rz. 85

¹⁰⁵ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rz. 133

Zusammenwirken entsteht ein ausgewogenes Verhältnis von Rechten und Gegenrechten, die dem Leasingnehmer in gewährleistungsrechtlicher Hinsicht eine keineswegs rechtlose Position geben, sondern ihn lediglich insoweit belasten, als er, was den Zahlungsstrom anbelangt, nicht willkürlich und ohne jedes Risiko das Vorliegen einer Gewährleistungssituation behaupten kann.

Insgesamt entsteht durch das Klauselwerk ein ausgewogenes Interessengefüge, in dem sich vor allem die wirtschaftliche Funktion des Finanzierungsleasing korrekt abgebildet findet.

Ergebnis

Damit ist die zentrale Fragestellung der vorliegenden Untersuchung wie folgt geklärt: Die sogenannte „Abtretungskonstruktion“, die bislang typischerweise für Leasingtransaktionen eingesetzt wurde, kann auch nach der Schuldrechtsreform beibehalten werden, ohne dass sich das wirtschaftliche Risiko des Leasinggebers erhöht. Um diese Konstruktion aufrechterhalten zu können, müssen die Vertragswerke jedoch punktuell fortgeschrieben werden. Dies kann formularmäßig erfolgen.

Lediglich die Verlängerung der Verjährung führt zu einer Risikoerhöhung des Leasinggebers. Dies ist jedoch ein allgemeines Problem des Schuldrechts und stellt die Abtretungskonstruktion als solche nicht in Frage.

Anhang 1 (betreffend den Leasingvertrag)

Musterklauseln für die Gewährleistung bei Mängeln des Leasingobjekts

1. Haftungsausschluss

Alle vertraglichen Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber wegen Sachmängeln des Leasingobjekts sind zu jeder Zeit ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für den Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche nach §§ 535 ff. BGB wegen Mangelhaftigkeit des Leasingobjektes. Dies gilt nicht für Ansprüche wegen Körperschäden, die auf einer fahrlässigen Schlechtleistung des Leasinggebers beruhen, und wegen sonstiger Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Schlechtleistung beruhen.

2. Abtretung der kaufrechtlichen Mangelansprüche

Der Leasinggeber tritt sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Kaufvertrag, die ihm wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingobjekts nach den §§ 437 bis 453 BGB gegen den Lieferanten zustehen, an den Leasingnehmer ab. Der Leasingnehmer nimmt die Abtretung an. Er ist berechtigt und verpflichtet, die Ansprüche und Rechte in eigenem Namen mit der Maßgabe geltend zu machen, dass im Falle des Rücktritts etwaige Zahlungen an den Leasinggeber zu erfolgen haben.

3. Rücktritt

3.1. Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts bei Erklärung des Rücktritts

Einigen sich der Lieferant und der Leasingnehmer nicht über die Wirksamkeit eines vom Leasingnehmer erklärten Rücktritts, kann der Leasingnehmer die Zahlung der Leasingraten wegen etwaiger Mängel erst ab dem Zeitpunkt vorläufig verweigern, in dem er Klage gegen den Lieferanten auf Rückabwicklung des Liefervertrages oder Zahlung eines Schadensersatzes statt Leistung des Leasingobjektes erhoben hat. Bis zur Rechtskraft des Urteils ist der Leasingnehmer zur Hinterlegung der Leasingraten verpflichtet.

Dieses vertraglich eingeräumte Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers entfällt rückwirkend, wenn die Klage des Leasingnehmers erfolglos bleibt. Der Leasingnehmer ist verpflichtet, die zurückbehaltenen Leasingraten unverzüglich in einem Betrag nachzuzahlen. Der Leasingnehmer hat dem Leasinggeber den durch die Zurückbehaltung der Leasingraten entstandenen Verzugsschaden zu ersetzen.

Der Leasinggeber erkennt das rechtskräftige Urteil im Gewährleistungsprozess zwischen Leasingnehmer und Lieferant in dem Umfang an, in dem der Leasingnehmer obsiegt, insbesondere die Berechtigung des Leasingnehmers, bei erfolgreicher Rückforderungsklage wegen Rücktritts auch vom Leasingvertrag zurückzutreten.

3.2. Nutzungsentschädigung

Im Falle eines wirksam erklärten Rücktritts ist der Leasingnehmer verpflichtet, die Nutzungsentschädigung, die der Leasinggeber gem. § 346 I BGB an den Lieferanten zu leisten hat, zu zahlen.

4. Nacherfüllung

4.1 Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

Der Leasingnehmer darf ohne die Zustimmung des Leasinggebers vom Lieferanten nur Nachbesserung, nicht aber Ersatzlieferung verlangen.

4.2 Eigentum am nachgelieferten Leasingobjekt

Der Leasinggeber ist damit einverstanden, dass der Leasingnehmer im Wege der Nacherfüllung die Leasing Sache gegen eine gleichwertige neue Sache austauscht. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass das Eigentum an der neuen Sache unmittelbar auf den Leasinggeber übergeht und der Leasingvertrag mit dem neuen Objekt unverändert fortgesetzt wird.

Der Leasingnehmer ist verpflichtet, mit dem Lieferanten zu vereinbaren, dass dieser das Eigentum am neuen Leasingobjekt unmittelbar auf den Leasinggeber überträgt. Die Erklärung des Lieferanten auf Übereignung des Leasingobjekts nimmt der Leasingnehmer als Erklärungs-

bote des Lieferanten entgegen. Der Lieferant verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung des Leasinggebers. Die Besitzverschaffung erfolgt durch Lieferung an den Leasingnehmer. Dieser wird den Leasinggeber vor dem Austausch des Leasingobjekts über diesen Vorgang unterrichten. Er wird ihm insbesondere die Übereignungserklärung des Lieferanten bezüglich des neuen Leasingobjekts übermitteln. Der Leasingnehmer handelt insoweit als Erklärungsbote des Leasinggebers, als er dem Lieferanten das Rückübereignungsangebot des Leasinggebers bezüglich des alten Leasingobjekts übermittelt. Der Leasinggeber verzichtet gegenüber dem Lieferanten auf den Zugang der Annahme des Angebots auf Rückübereignung.

4.3 Neulieferung

Für den Fall, dass die vom Leasingnehmer gewünschte Nachbesserung der gelieferten Leasingsache unmöglich oder unzumutbar ist, ist der Leasingnehmer verpflichtet, der Nacherfüllung in Form der Neulieferung zuzustimmen.

5. Schadensersatz

5.1 Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts bei der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung

Erhebt der Leasingnehmer eine Schadensersatzforderung statt der Leistung des Leasingobjekts, so darf er die Zahlung der Leasingraten erst ab dem Zeitpunkt vorläufig verweigern, in

dem er Klage gegen den Lieferanten auf Zahlung des Schadensersatzes statt Leistung des Leasingobjekts erhoben hat.

Dieses vertraglich eingeräumte Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers entfällt rückwirkend, wenn die die Klage des Leasingnehmers erfolglos ist. Die zurückbehaltenen Leasingraten sind unverzüglich in einem Betrag nachzuzahlen. Der durch die Zurückbehaltung der Leasingraten entstandene Verzugsschaden des Leasinggebers ist vom Leasingnehmer zu ersetzen.

Der Leasinggeber ist verpflichtet, das rechtskräftige Urteil im Schadensersatzprozess zwischen Leasingnehmer und Lieferant in jenem Umfang anzuerkennen, in dem der Leasingnehmer obsiegt; Insbesondere erkennt der Leasinggeber für den Fall, dass der Leasingnehmer mit seiner Klage auf Schadensersatz statt der Leistung erfolgreich war, die Berechtigung des Leasingnehmers an, vom Leasingvertrag zurückzutreten.

5.2 Regelung bei Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls

Macht der Leasingnehmer Schadensersatz wegen Nutzungsausfall geltend, darf er diese Nutzungsentschädigung für sich behalten. Scheitert die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Lieferanten lediglich an dessen Insolvenz, haftet der Leasinggeber an dessen Stelle.

Anhang 2 (betreffend den Kaufvertrag)

Wahlrecht des Käufers nach § 439 I BGB

Ist die Kaufsache individuell festgelegt (Stückkauf), ist das Wahlrecht des Käufers dergestalt eingeschränkt, dass er Neulieferung nach § 439 I BGB nur mit Zustimmung des Verkäufers beanspruchen kann.

Anspruch des Lieferanten auf Nutzungsentschädigung

Macht der Leasingnehmer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 437, 439 BGB seinen Anspruch auf Neulieferung einer Sache geltend, ist der Lieferant nicht berechtigt, eine Nutzungsentschädigung hinsichtlich der zunächst gelieferten mangelhaften Leasingsache zu verlangen.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas:* Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, in: JZ 2002, 378 ff.
- Alvarez, Manuel/Wotschofsky, Stefan/Miethig, Michael:* Bilanzierung von Leasinggeschäften nach US-Generally Accepted Accounting Principles, in: IStR 2002, 65 ff.
- Anders, Holm:* Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZIP 2001, 184 f.
- Arnold, Arnd:* Gewährleistung beim Finanzierungsleasing nach der Schuldrechtsreform, in: DStR 25/2002, 1049 ff.
- ders.:* Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, in: JURA 2002, 154 ff.
- Assies, Paul H.:* Schuldrechtsreform – Das Aus für Leasinggeschäfte?, in: BKR 7/2002, 317 ff.
- Autenrieth, Karlheinz:* Vertragsgestaltung und Gesetzesanwendung beim Leasing, in: JA 1980, 407 ff.
- Basedow, Jürgen:* Leistungsstörungen in internationalen Leasingverträgen, in: RIW 1988, 1 ff.
- ders.:* Die Reform des deutschen Kaufrechts: rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, Köln 1988
- Beckmann, Heiner:* Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf die Leasing-Branche, in: FLF 2/2002, 46 ff.
- Beck'scher Bilanz-Kommentar:* Handels- und Steuerrecht - §§ 238 bis 339 HGB; 4. Aufl, München 1999 (zitiert: Beck'scher Bilanz-Kommentar-Bearbeiter)
- Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts;* (BT-Drucks. 6857) abgedruckt in: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien – Texte – Dokumente. München 2002 (zitiert: *Reg.Begr.*, aaO)
- Bender, Hans J./ Wiljes, Carsten:* Welche steuerlichen Auswirkungen hat eine bilanzielle Objektzurechnung beim Leasinggeber oder –nehmer?, in: Beilage 4 zu BB 2001, 17 ff.
- Bernstein, Rainer:* Der Tatbestand des Mobilien-Finanzierungsleasingvertrages und seine rechtliche Einordnung als Vertrag „sui generis“, Dissertation, Frankfurt/M. 1983 (zitiert: *Bernstein*, Mobilien-Finanzierungsleasingvertrag)
- Biagosch, Patrick/Kuchler, Ferdinand:* Nochmals – Probleme und Risiken der „Cross-Border-Leasinggeschäfte“, in: KStZ 2002, 85 ff.

- Bitter, Georg/Meidt,Eva:* Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht im neuen Schuldrecht, in: ZIP 2001, 2114 ff.
- Blomeyer, Jürgen:* Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetzes, in: NJW 1978, 973 ff.
- Bordewin, Arno:* Leasing im Steuerrecht, 3. Aufl., Wiesbaden 1989
- Borggräfe, Joachim:* Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut – Finanzierung als Kreditgeschäft, Köln u.a. 1976, (zitiert: Borggräfe, Zwangsvollstreckung)
- Brandner, Hans Erich:* Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen, in: MDR 1997, 313
- Brandi-Dohrn, Matthias:* Haftung und Gewährleistung bei EDV-Produkten. Eine Einführung nach BGB und internationalem Kaufrecht, in: CR 93, 473 ff.
- Brunotte, Wolfgang:* Der Finanzierungsleasingvertrag – ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung im Schuldrecht, in: DRiZ 1990, 396 ff.
- Büdenbender, Ulrich:* Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I), in: DStR 2002, 312ff.
- Büschgen, Hans (Hrsg.):* Praxishandbuch Leasing, München 1998 (zitiert: Bearbeiter, in: Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing)
- ders.:* Leasing: Erfolgs- und liquiditätsorientierter Vergleich zu traditionellen Finanzierungsalternativen, in: G. Gebhardt/ W. Gerke/ M. Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, München 1993, S. 495 ff.
- ders. :* Grundlagen betrieblicher Finanzwirtschaft, 3. Aufl., Frankfurt 1991
- Caemmerer, Ernst v.:* „mortuus redhibetur“ – Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 157, 137, in: FS für Larenz zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 621 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm:* Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing, in: AcP 190 (1990), S. 410 ff.
- ders.:* Finanzierungsleasing und Wandelung, in: NJW 1982, 305 ff.
- ders.:* Grundprobleme des Finanzierungsleasing im Lichte des Verbraucherkreditgesetzes, in: ZIP 1993, 401 ff.
- ders.:* Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002
- ders.:* Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 1988
- Cartano, Klaus:* Sicherungsübereignung, in: Hellner, Thorwald/Steuer, Stephan (Hrsg.) Bankrecht und Bankpraxis, Band 2, Rz. 4/300 ff., Köln 2001
- Christen, Jörg:* Leasing im Steuerrecht, in: Eckstein, Wolfram/ Feinen, Klaus (Hrsg.): Leasing, 7. Aufl., Frankfurt/M 2000, S. 99 ff. (zitiert: Christen, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing)

- Coester-Waltjen, Dagmar*: Die Grundstruktur des Leasing-Vertrages, in: Jura 1980, 123 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss, in: JZ 2001, 8 ff.
- Demberg, Gisela*: Finanzierungsleasing beweglicher Anlagegüter (equipment? leasing) in den Vereinigten Staaten der USA und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M./Bern/NewYork 1986 (zitiert: Demberg, Finanzierungsleasing)
- Döllner, Georg*: Leasing – wirtschaftliches Eigentum oder Nutzungsrecht?, in: BB 1971, 535 ff.
- Drukarczyk, Jochen*: Finanzierung: eine Einführung, 8. Aufl., Stuttgart 1999
- Ebenroth, Carsten*: Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäft zwischen Miete und Kauf – BGH, Betr 1977, 395, in: JuS 1978, 588 ff.
- Ehmann, Horst/ Rust, Ulrich*: Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: JZ 1999, 853 ff.
- Ehmann, Horst/ Sutschet, Holger*: Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002
- Eidenmüller, Horst*: Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: JZ 2001, 283 ff.
- Emmerich, Volker*: Grundprobleme des Leasings, in: JuS 1990, 1 ff.
- ders.*: Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München 1997
- Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate*: Kaufrechtsrichtlinie und BGB, in: ZIP 2000, 1410 ff.
- Ernst, Wolfgang*: Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, in: ZEuP 1999, 583 ff.
- Ernst, Wolfgang*: Die Schuldrechtsreform 2001/2002, in: ZRP 2001, 1 ff.
- Fahrholz, Bernd*: Neue Formen der Unternehmensfinanzierung, München 1998
- Fehl, Norbert*: Finanzierungsleasing und Bauherrenmodell, Heidelberg 1986
- Feinen, Klaus*: Leasing, in: Rolf-E. Beuer (Hrsg.) Handbuch Finanzierung, 3. Aufl., Wiesbaden 2001
- Fikentscher, Wolfgang*: Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992
- Flume, Werner*: Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht – Teil 1, in: DB 1972, 1 ff.
- ders.*: Die Rechtsfigur des Finanzierungsleasing, in: DB 1991, 265 ff.
- Franke, Günter/Hax, Herbert*: Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt, 4. Aufl., Berlin 1999
- Gabele, Eduard*: Immobilienleasing: Vertragsformen, Vor- und Nachteile, steuerliche Analyse, 4. Aufl., Wiesbaden 2001

- Gabele, Eduard/Kroll, Michael:* Leasingverträge optimal gestalten, Vertragsformen, Vor- und Nachteile, steuerliche Analyse, 3. Aufl., Wiesbaden 2001
- Dies.:* Grundlagen des Immobilienleasing, in: DB 1991, 241 ff.
- Gebler, Olaf/ Müller, Christoph:* Finanzierungsleasing: Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform und neuere Entwicklungen in der Vertragspraxis, in: ZBB 2/2002, 107 ff.
- Gerhardt, Walter:* Die neuere Rechtsprechung zu den Mobiliarsicherheiten, in: JZ 1986, 736 ff
- Gernhuber, Joachim:* in? Das Schuldverhältnis, Band 8 des (heißt das so?) Handbuchs des Schuldrechts, Joachim Gernhuber (Hrsg.), Tübingen 1989
- Glasel, Ludwig:* Leasing, in: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, B 710Stand: Februar 2002,
- Grundmann, Alexander:* Zum Begriff „der Neuheit“ im Sinne des InvulG 1993 unter leasingspezifischen Gesichtspunkten, in: DStR 1995, 1178 ff.
- Gsell, Beate:* Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, in: JZ 2001, 65 ff.
- dies.:* Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfristen, in: NJW 2002, 1297 ff.
- Haarmann, Wilhelm:* Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Berlin 1979 (zitiert: *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage)
- Haas, Lothar:* Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen, in: NJW 1992, 2389 ff.
- ders.:* Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, in: BB 2001, 1313 ff.
- Hager, Johannes:* Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software, in: AcP 190 (1990), 324 ff.
- Hakenberg, Michael:* Das Forfaitinggeschäft, in: Ebenroth, Carsten/Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev (Hrsg.) Handelsgesetzbuch, Kommentar Band 2 §§ 343 – 475 h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht (zitiert: *Hakenberg*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.)
- Heinrichs, Helmut:* EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: BB 2001, 157 ff.
- Helm, Johann Georg:* Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung gegenüber Kaufleuten, in: BB 1977, 1109 ff.
- Hensen, Horst-Dieter:* Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, in: NJW 1987, 1986 ff.
- Herget, Rudolf:* Sicherungsabtretung, in: Hellner/Steuer (Hrsg.), Bankrecht und Bankpraxis, Band 2, Rz. 4/550 ff., Köln 2001

- Hiddemann, Hans-Joachim:* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Leasingrecht, in: WM 1978, 834 ff.
- Hönn, Günther:* Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982
- Hoffmann, Jan:* Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, 347 ff.
- Honsell, Heinrich:* Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, in: JZ 2001, 278 ff.
- Huber, Peter/ Faust, Florian:* Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002
- Huber, Peter:* Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, in: NJW 2002, 1004 ff.
- Huber, Ulrich:* Die Haftung des Rücktrittsgläubigers beim gesetzlichen Rücktritt und des Käufers bei der Wandelung, in: JZ 1987, 649 ff.
- Jendrek, Paul:* Miet-, Leasing- und Pachtrecht. Köln u.a. 1990
- Jorden, Simone/ Lehmann, Michael:* Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, in: JZ 2001, 952ff.
- Jurkat, Werner:* Zur gewerbesteuerlichen Behandlung der Refinanzierung beim Mobilien-Leasing, wenn die Mietgegenstände steuerliche dem Leasinggeber zuzurechnen sind, in: BB 1979, 34 ff.
- Kaiser, Dagmar:* Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, in: JZ 2001, 1057 ff.
- Kalt, Dieter:* Finanzierungsleasing, Miete, kreditfinanzierter Kauf, in: Beil. 11 zu BB 91, 21 ff.
- Karollus, Martin:* UN-Kaufrecht, Wien u.a. 1991
- Klamroth, Sabine:* Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasing-Verträgen über bewegliche Gegenstände nach dem „Leitbild des Leasing-Vertrages“, in: BB 1982, 1949 ff.
- Klein, Franz:* Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 7. Aufl., München 2000 (zitiert: *Klein-Bearbeiter*)
- Knöpfle, Johannes:* Finanzierung von Leasinggesellschaften, in: Eckstein/ Feinen (Hrsg.), Leasing, 7. Aufl., Frankfurt 2000, S. 153 ff.
- Knütel, Rolf:* Zur duplex Interpretation von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JR 1981, 221 ff.
- Koch, Ernst-Gerald:* Störungen beim Finanzierungsleasing, Berlin 1981
- Koch, Peter/ Haag, Joachim:* Die Rechtsnatur des Leasing-Vertrages, in: BB 1968, 93 ff.
- Ders.:* Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, in: NJW 1989, 943 ff.

- Korndörfer, Wolfgang:* Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 12. Aufl., Wiesbaden 1999
- Krebs, Peter:* Die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr – eine Chance zur Korrektur des neuen „§ 284 III BGB, in: DB-Beilage 14/2000
- Larenz, Karl:* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991
- ders.:* Vertrag und Unrecht I, Hamburg 1936
- ders.:* Lehrbuch des Schuldrechts Band I, 12. Aufl., München 1987
- Leenen, Detlef:* Die Neuregelung der Verjährung, in: JZ 2001 552 ff.
- Leible, Stefan:* Finanzierungsleasing und “arrendamiento financiero“, Dissertation, Berlin 1996 (zitiert: *Leible*, Finanzierungsleasing)
- Leser, Georg:* Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975
- Lieb, Manfred:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16. 9. 1982 – VIII ZR 265/80 (OLG Düsseldorf), in: JZ 1982, 561 ff.
- ders.:* Grundfragen einer Schuldrechtsreform, in: AcP 183 (1983), 327 ff
- ders.:* Gewährleistung beim reinen Finanzierungsleasing, in: DB 1988, 2495 ff.
- Lindacher, Walter F.:* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. 10. 1985 – VIII ZR 217/84, in: JR 1986, 193
- Littmann, Eberhard:* Leasing in der Steuerbilanz. Eine Betrachtung zum Urteil des BFH vom 26.1.1970 IV R 144/66, in: DStR 1970, 261 ff.
- Lorenz, Stephan:* Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, in: JZ 2001, 742
- Lwowski, Hans-Jürgen:* Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge – eine Studie zum Leasing, Dissertation, Hamburg 1967
- Mansel, Heinz-Peter:* Die Neuregelung des Verjährungsrechts, in: NJW 2002, 89 ff.
- Medicus, Dieter:* Schuldrecht I, 12. Aufl., München 2000
- Martinek, Michael:* Moderne Vertragstypen, Bd. I: Leasing und Factoring, München 1991
- Meincke, Jens Peter:* Steuerbezogene Argumente in der Zivilrechtsprechung zum Finanzierungsleasing, in: AcP 190 (1990), 358 ff.
- Michalski, Lutz/Schmitt, Michael:* Der Kfz-Leasingvertrag, Köln 1995
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bürgerliches Gesetzbuch, (zitiert: *MüKo-Bearbeiter*).
- Band 1, 4. Auflage, München 2001
 - Band 2, 4. Auflage, München 2001
 - Band 3, 3. Auflage, München 1995

- Mudersbach, Martin*: Kauf oder Leasing – ein Wirtschaftlichkeitsvergleich am Beispiel des Mobilien-Leasing, in: Eckstein/Feinen (Hrsg.), Leasing, 7. Aufl., Frankfurt 2000, S. 205 ff.
- Musielak, Hans-Joachim*: Grundkurs BGB, 7. Aufl., München 2002
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994 (zitiert: *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und sein Beendigung)
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 61. Aufl., München 2001, (zitiert: *Palandt-Bearbeiter*)
- Palandt*: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, München 2002
- Papapostolou, Nikolaos*: Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, München 1987 (zitiert: *Papapostolou*, Finanzierungsleasingvertrag)
- Paschke, Marian*: Zivil- und wettbewerbsrechtliche Probleme des Null-Leasing, in: BB 1987, 1193 ff.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Die Haftung des Verkäufers für Werbeangaben, in: JR 2001, 265 ff.
- Pfeiffer, Thomas*: Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 481 ff., Tübingen 2001
- Peters, Bernd*: Mobilienleasing, in: Bankrecht und Bankpraxis, Band 4 Rz. 13/60 ff., Köln 2001
- Peters, Frank*: Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, in: NJW 78, 665
- Piekenbrock, Andreas*: Reform des allgemeinen Verjährungsrechts: Ausweg oder Irrweg?, in: JbJZivRWiss 2001, 310 ff.
- Piltz, Burghard*: Internationales UN-Kaufrecht: Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, München 1993
- Plathe, Peter*: Zur rechtlichen Beurteilung des Leasing-Geschäfts, in: BB 1970, 601 ff.
- ders.*: Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts, Dissertation, München 1969 (zitiert: *Plathe*, Leasing-Geschäft)
- Rabe, Dieter*: Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr, in: NJW 1987, 1978 ff.
- Reinicke, Dietrich/ Tiedtke, Klaus*: Finanzierungsleasing und Sachmängelhaftung, in: BB 1982, 1142 ff.
- ders.*: Kaufrecht – einschließlich Abzahlungsgeschäft, AGB-Gesetz, Eigentumsvorbehalt, Factoring, finanzierter Kaufvertrag, Leasing, Pool-Vereinbarungen und Produzentenhaftung, 6. Auflage, Neuwied 1997 (zitiert: *Reinicke/ Tiedtke*, Kaufrecht)

- Reuter, A.:* Bilanzneutrale Gestaltung von Projektfinanzierungen nach GoB, Leasingregeln und US-GAAP, in: BB, 55. JG, Heft 13
- Roth, Herbert:* Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungsleasingverträgen, in: AcP 190 (1990), S. 292 ff.
- Runge, Bernd/ Bremser, Horst/ Zöller, Günther:* Leasing betriebswirtschaftliche, handels- und steuerrechtliche Grundlagen, Heidelberg 1978
- Saenger, Ingo:* Zum Beginn der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen, in: NJW 1997, 1945 ff.
- Sannwald, Rüdiger:* Der Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen mit Nichtkaufleuten, Berlin 1982 (zitiert: *Sannwald*, Finanzierungsleasingvertrag)
- Schlechtriem, Peter:* Schuldrecht BT, 5. Aufl., Tübingen 1999
- Ders.:* Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, in: JbZivRWiss 2001, 9 ff.
- Ders.:* Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG, 3. Aufl., München 2000 (zitiert: *Schlechtriem-Bearbeiter*, CISG)
- Schmalenbach, Dirk:* Finanzierungsleasing, in: Ebenroth, Carsten/Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev (Hrsg.) Handelsgesetzbuch, Kommentar Band 2 §§ 343 – 475 h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht (zitiert: *Schmalenbach*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.))
- Schmidt-Räntsch, Jürgen:* Das neue Schuldrecht: Einführung – Texte – Materialien, Köln 2002
- Schubel, Christian:* Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Kaufrecht, in: JuS 2002, 313 ff.
- Schulz, Horst-Günther:* Zur aktuellen Situation des Leasing in Deutschland mit einem Ausblick auf Europa, in: Beil. Nr. 4 zu BB 2001, 1 ff.
- Schwab, Martin:* Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB, in: JuS 2002, 630 ff.
- Schwenzer, Ingeborg:* Zession und sekundäre Gläubigerrechte, in: AcP 182 (1982), S. 214 ff.
- Seifert, Peter:* Leasing von beweglichen Wirtschaftsgütern aus rechtlicher Sicht, in: Eckstein, Wolfram/ Feinen, Klaus (Hrsg.) Leasing, 7. Aufl., Frankfurt/M 2000, S. 33 ff. (zitiert: *Seifert*, in: Eckstein u.a. (Hrsg.), Leasing)
- Soergel, Hs.Th.:* Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1991, (zitiert: *Soergel-Bearbeiter*)
- Sonnenberger, Hans Jürgen:* Rechtsfragen beim Leasing beweglicher Sachen, in: NJW 1983, 2217 ff.

- Städtler, Arno*: Gegenwart und Zukunft des Leasingmarktes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eckstein, Wolfram/ Feinen, Klaus (Hrsg.), *Leasing*, 7. Aufl., Frankfurt/M 2000, S. 11 ff.
- ders.*: Leasing in Deutschland 2000/2001: Hohe Marktanteile gewonnen, in: *FLF* 2/2002, 75 ff.
- Staudinger, J. von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearb. 1995 (zitiert: Staudinger-Bearbeiter)
- Ders.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13. Bearb. 1998 (zitiert: *Staudinger-Bearbeiter*)
- Steinbeck, Anja*: Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Berlin 1994
- Tacke, Helmut R.*: *Leasing*, 3. Aufl., Stuttgart 1999
- Thessinga, Klaus-Dieter*: Das Kreditgeschäft und die Kreditsicherung, in: Ebenroth, Carsten/Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev (Hrsg.) *Handelsgesetzbuch, Kommentar Band 2 §§ 343 – 475 h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht* (zitiert: *Thessinga*, in: Ebenroth/Boujong/Joost (Hrsg.))
- Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm*: Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Köln, Loseblatt.-Ausg., Stand 2002
- Tonner, Klaus*: Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und Europäisierung des Zivilrechts, in: *BB* 1999, 1769
- Treier, Gerhard*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Miete, Pacht und Leasing, in: Beilage 4 zu *WM* 1992, S. 1 ff.
- Ulmer, Peter*: Umstrittene Fragen im Recht der Gesellschafterdarlehen (§ 32a GmbHG), in: *ZIP* 1984,
- Ulmer, Peter/ Brandner, Erich/ Hensen, Horst-Dieter*: *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 9. Aufl., Köln 2001
- Ulmer, Peter/Harry Schmidt*: Zur AGB-Inhaltskontrolle von Kfz-Leasingverträgen, in: *DB* 1983, 2558 ff.
- Vosseler, Martin*: Die Behandlung des Leasings von beweglichen Wirtschaftsgütern im Investitionszulagengesetz 1999, in: *DStR* 2002, 291 ff.
- Weinhardt, Christof*: *Financial Engineering und Informationstechnologie; innovative Gestaltung von Finanzkontrakten*, Wiesbaden 1995
- Westermann, Harm Peter*: Das neue Kaufrecht, in: *NJW* 2002, 241 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von*: Rechtliche Qualifizierung des Leasing, *BB* 1988, 1829 ff.
- ders.*: Wandelung – Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: *BB-Beilage* 6/94, 12 ff.

- ders.*: Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Köln 1998
- ders.*: Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die „Abtretungskonstruktion“ beim Leasing, in: ZIP 2001, 2258 ff.
- ders.*: Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Leasing, in: DB 2001, 1291 ff.
- Witt, Carl-Heinz*: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Verjährungsrecht, in: JuS 2002, 105 ff.
- Wolf, Eckhard/ Eckert, Hans-Georg/ Ball, Wolfgang*: Handbuch des Gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Köln 2000 (zitiert: *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch)
- Wolf, Ernst*: Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, in: AcP 153 (1954), S. 97 ff.
- Wolf, Jens*: Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings, in: JuS 2002, 335 ff.
- Wolf, Manfred/Horn, Norbert/Lindacher, Walter*: AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, (zitiert: *Wolf/Horn/Lindacher - Bearbeiter*)
- Wolf, Manfred/Pfeiffer, Thomas*: Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, in: ZRP 2001, 303 ff.
- Zahn, Herbert*: Der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch – ein Trojanisches Pferd im Leasingvertrag?, in: DB 2002, 985 ff.
- Zahn, Herbert/Bahmann, Ludwig*: KfZ-Leasingvertrag, Köln 1999
- Ziganke, Klaus*: Restfälligkeit, Sicherstellung und Kündigung beim Finanzierungsleasingvertrag, in: BB 1982, 706 ff.
- Zimmer, Daniel/ Eckhold, Thomas*: Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf, in: JURA 2002, 145 ff.
- Zimmer, Daniel*: Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, 1 ff.
- Ders.*: Das geplante Kaufrecht, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, 191 ff
- Zimmermann, Reinhard, u.a.*: Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: JZ 2001, 684 ff.