

Ob eine vertraglich vereinbarte Mietsonderzahlung des Leasingnehmers bei der Berechnung gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG ebenfalls zu berücksichtigen ist, erscheint fraglich. *Slama*⁴⁰⁾ verneint die Einbeziehung mit dem Hinweis, die Mietsonderzahlung gehöre nicht zum Finanzierungsaufwand. Falls, wie es vielfach geschieht, die Mietsonderzahlung dergestalt in das Finanzierungskonzept eingebunden ist, daß sie nach und

nach den Leasingraten zugeschlagen wird,⁴¹⁾ ist sie Bestandteil der Finanzierung und beim Nennbetrag im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG zu berücksichtigen. Es kommt folglich auf den Einzelfall an.

40) *Slama*, WM 1991, 569, 573.

41) Vgl. hierzu *Flink*, Automobilleasing, S. 41.

Friedrich Graf von Westphalen^{*)}

Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG

Nachdem der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 VerbrKrG das Finanzierungsleasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ umschrieben hat, ergeben sich weitreichende Fragen: Sind auch andere Formen des Leasing – Operating-Leasing, Herstellerleasing sowie gewöhnliches Leasing – ein Kreditvertrag nach § 1 Abs. 2 VerbrKrG? Oder kann die Praxis davon ausgehen, daß Leasing in seinen Grundelementen weiterhin ein atypischer Mietvertrag nach der BGH-Judikatur ist? Der nachfolgende Beitrag gibt erste Antworten.

Das am 1. 1. 1991 in Kraft getretene Verbraucherkreditgesetz erweitert im Vergleich zum bislang geltenden Abzahlungsgesetz in beträchtlicher Weise seinen Anwendungsbereich. Im Hinblick darauf stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu qualifizieren ist. Denn nach dieser Bestimmung ist eine „sonstige Finanzierungshilfe“ – neben dem entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens oder eines Zahlungsaufschubs – als „Kreditvertrag“ einzuordnen.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG bestimmt, daß – enumerativ aufgezählte – Vorschriften des Gesetzes nicht auf „Finanzierungsleasingverträge“ anzuwenden sind. Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat dazu eine Umschreibung des Begriffs „Finanzierungsleasing“ als „sonstige Finanzierungshilfe“ niedergelegt: Danach sind als „Finanzierungsleasing“ „alle Leasingverträge“ zu verstehen, „bei denen der Leasingnehmer für die Amortisation der vom Leasinggeber für die Anschaffung der Leasingsache gemachten Aufwendungen und Kosten einzustehen hat“.¹⁾ Dies wirft die Frage auf, wie das „Finanzierungsleasing“ gegenüber anderen Formen des Leasing abzugrenzen ist und ob – insbesondere – dadurch eine Änderung gegenüber der bislang festgefühten BGH-Judikatur vorgenommen wurde, wonach Leasingverträge als atypische Mietverträge zu qualifizieren sind, auf die „in erster Linie“ die §§ 535 ff BGB Anwendung finden.²⁾

I. Finanzierungsleasing – Operating-Leasing

Begrifflich wird zwischen Finanzierungsleasing und Operating-Leasing unterschieden.³⁾ Während Finanzierungsleasing – betriebswirtschaftlich gewertet – eine Finanzierungsalternative ist, um notwendige Investitionen vorzunehmen,⁴⁾ ist Operating-

Leasing eine Investitionsalternative⁵⁾. Charakteristisch für das Operating-Leasing ist eine Vertragsgestaltung, wonach der Leasingnehmer unter Einhaltung einer bestimmten Frist ein jederzeitiges Kündigungsrecht hat.⁶⁾ Demgegenüber sind Verträge im Bereich des Finanzierungsleasing mittel- oder langfristiger Natur. Letzteres wird auch in der BGH-Judikatur reflektiert.⁷⁾

1. Die BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990 als Präjudiz?

In seiner Entscheidung vom 28. 3. 1990⁸⁾ bezeichnet der BGH die „Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Zahlung eines regelmäßig nach Zeitabschnitten bemessenen Mietzinses“ als für den Leasingvertrag wesentlich, meint aber, es trete regelmäßig noch hinzu, „daß der Leasinggeber zum Zweck der Befriedigung eines Investitionsbedarfs des Leasingnehmers das zum Gebrauch zu überlassende Leasinggut beschafft und vorfinanziert“. Daraus resultiert: „Die vereinbarten Leasingraten sind also nicht nur das Entgelt für eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung, sondern zugleich für die vom Leasinggeber erbrachte Finanzierungsleistung.“

Der BGH vertritt also die Ansicht, daß diese Kriterien auch beim Operating-Leasing gegeben sind. Denn auch in diesem Fall erschöpft sich die „Vertragsbeziehung“ nicht in der bloßen Gebrauchsüberlassung und Zahlung der Vergütung, sondern „enthält ebenfalls Elemente der unter betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Gesichtspunkten angestrebten Investition bei teilweiser Abdeckung der vom Leasinggeber dafür vorfinanzierten Anschaffungskosten“.

Damit stellt sich die Frage, ob auch das Operating-Leasing im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG eine „sonstige Finanzierungshilfe“ ist, weil die zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer geknüpfte Vertragsbeziehung auch auf „teilweise Abdeckung der

1) BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

2) BGH ZIP 1990, 173, 175 = BB 1990, 234, 235, vgl. EWiR 1990, 111 (*Reinking*); BGH ZIP 1990, 1133 = EWiR 1990, 971 (*H.-G. Eckert*) = BB 1990, 1796.

3) *Tacke*, Leasing, S. 1; *Spittler*, Leasing für die Praxis, S. 5.

4) *Czulk*, AcP 190 (1990), 208.

5) *Tacke* (Fußn. 3).

6) *Stoppok*, in: Hagenmüller/Stopok, Leasing-Handbuch, S. 14; *Spittler* (Fußn. 3), S. 5; *Tacke* (Fußn. 3), S. 4.

7) BGH ZIP 1990, 646 = EWiR 1990, 559 (*H.-G. Eckert*) = NJW 1990, 1785.

8) BGH ZIP 1990, 646, 649.

*) Dr. iur., Rechtsanwalt in Köln

vom Leasinggeber vorfinanzierten Anschaffungskosten“⁹⁾ zielt.

2. Die Gesetzgebungsmaterialien

Eine solche Interpretation des Begriffs „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG findet in den Gesetzgebungsmaterialien keine unmittelbare Stütze.¹⁰⁾ Der Gesetzgeber hat nämlich durchgängig entweder von „Finanzierungsleasingverträgen“¹¹⁾ oder ganz generell von „Leasingverträgen“¹²⁾ gesprochen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung behandelte „sonstige Finanzierungshilfen“ pauschal als „Kredite“, zu denen – ohne jegliche Differenzierung – auch „Leasingverträge“ gerechnet wurden – vorausgesetzt, dem Leasingnehmer wird ein Erwerbsrecht nach Ablauf der Grundmietzeit eingeräumt oder das Leasinggut ist seiner Substanz nach – aufgrund von Umständen, die bereits bei Vertragsabschluß vorliegen – wertlos, mithin: endgültig auf den Leasingnehmer übertragen.¹³⁾

Stellt man dem die vorstehend wiedergegebene Definition des Operating-Leasing entgegen, so ist es unschädlich, daß in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung lediglich von „Leasingverträgen“ die Rede ist. Denn Operating-Leasing kann seiner Definition nach nicht auf den Sacherwerb gerichtet sein, weil die Kurzfristigkeit der Vertragsbeziehungen und das jederzeit eingreifende Kündigungsrecht dieser Einordnung widerstreiten. Auch die Stellungnahme des Bundesrates steht dem nicht entgegen, obwohl dort die Auffassung vertreten wurde, es sei – ganz allgemein – „wünschenswert, Finanzierungsleasingverträge ausdrücklich in das Gesetz einzubeziehen“. Denn es sei „nicht interessengerecht“, „Leasingverträge nur dann in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen, wenn die Leasing Sache ihrer Substanz nach endgültig auf den Verbraucher übertragen werden soll“.¹⁴⁾

Diesem Vorschlag des Bundesrates hatte die Bundesregierung ausdrücklich widersprochen.¹⁵⁾ Rhetorisch folgt allerdings die Bundesregierung dem Vorschlag des Bundesrats, daß nämlich „Finanzierungsleasingverträge wegen der unscharfen Konturen dieses Vertragstyps und der häufig wechselnden Vertragspraxis nicht pauschal in das Verbraucherkreditgesetz einbezogen werden können“.¹⁶⁾ Diese Konstellation führte dann bei den Beratungen des Rechtsausschusses dazu, die erwähnte Definition des „Finanzierungsleasing“ als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG und in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG die Gesetz gewordene Ausnahme wiederum – im Hinblick auf „Finanzierungsleasingverträge“ – anzubieten. Daraus folgt also: Aus den Gesetzgebungsmaterialien lassen sich keine Indizien dafür herleiten, daß auch Fälle des Operating-Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG einzuordnen sind.

3. Überprüfung der Prämissen der BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990

Aus der Gesetzesgeschichte ist zunächst erkennbar, daß Leasingverträge nicht von vornherein und immer als eine „sonstige Finanzierungshilfe“ zu qualifizieren sind. Denn obwohl der

Gesetzentwurf der Bundesregierung in § 1 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG den Begriff der „sonstigen Finanzierungshilfe“ enthielt, war in Satz 2 der „Leasingvertrag“ als *Sondertatbestand* geregelt. Mithin stellt sich die Frage, ob es für die Einordnung des Operating-Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG nicht ausreicht, wenn man auf die definitorische Umschreibung der BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990¹⁷⁾ zurückgreift: daß nämlich der Leasinggeber – auch beim Operating-Leasing – eine *Vorfinanzierung* im Hinblick auf die vom Leasingnehmer angestrebte Investitionsentscheidung erbracht hat. Denn die damit angesprochene Vorfinanzierung könnte zweifelsfrei eine „sonstige Finanzierungshilfe“ sein.

Geht man jedoch – und dies ist geboten – von der Definition des Operating-Leasing als eines kurzfristigen, jederzeit kündbaren Mietvertrages aus, so ist entscheidend, daß die BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990¹⁸⁾ überhaupt keinen Fall des Operating-Leasing betraf, sondern einen ganz normalen Fall des Finanzierungsleasing zum Gegenstand hatte. Der über die EDV-Anlage abgeschlossene Mietvertrag wies eine Laufzeit von 48 Monaten aus. Ein jederzeitiges Kündigungsrecht war dem Leasingnehmer nicht eingeräumt; da es sich um eine Großcomputeranlage handelte, war jedoch – wie es in der Branche üblich ist – eine weitere Vermietung im Rahmen des „second hand“ vorgesehen – ein Umstand, der lediglich belegt, daß mehrfache Vermietungen in Betracht gezogen werden, ohne daß der Leasinggeber schon in der ersten Mietphase seine volle Amortisation realisiert.

Deshalb umschreibt die BGH-Entscheidung – entgegen ihrem Leitsatz 1 – nicht einen Fall des Operating-Leasing, sondern einen gewöhnlichen Fall des Leasing im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. Dieses ist nämlich dadurch charakterisiert, daß der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts behandelt wird.¹⁹⁾ Die Amortisation ist nur durch das Mietentgelt zu erreichen.

Daraus folgt: Weil die BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990²⁰⁾ einen klassischen Fall des Leasing in Form des Finanzierungsleasing betraf, ist es zwar sachlich zutreffend, daß der BGH auf die Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers abhebt. Doch kann diese Entscheidung nur dann als Beleg dafür herangezogen werden, daß Operating-Leasing allein aufgrund der vom Leasinggeber betriebenen Vorfinanzierungsfunktion auch als sonstige Finanzierungshilfe im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu qualifizieren ist, wenn ein substantieller Unterschied zur Miete gemäß §§ 535 ff BGB bestehen würde.

9) BGH ZIP 1990, 646, 649.

10) BT-Drucks. 11/5462, S. 17 f, 34, 41; BT-Drucks. 11/8274, S. 21; BR-Drucks. 833/90.

11) BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

12) BT-Drucks. 11/5462, S. 17.

13) BT-Drucks. 11/5462, S. 17.

14) BT-Drucks. 11/5462, S. 34.

15) BT-Drucks. 11/5462, S. 41.

16) BT-Drucks. 11/5462, S. 41.

17) BGH ZIP 1990, 646, 649.

18) BGH ZIP 1990, 646.

19) *Meincke*, AcP 190 (1990), S. 358.

20) BGH ZIP 1990, 646.

4. Vorfinanzierungsfunktion – „sonstige Finanzierungshilfe“ gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG

Aus § 1 Abs. 2 VerbrKrG folgt, daß eine „sonstige Finanzierungshilfe“ als „entgeltlicher Kredit“ einzuordnen ist. Dies wirft die Frage auf, ob auch beim Operating-Leasing eine kreditrische Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers anzuerkennen ist. Dies wird man sicherlich so weit bejahen müssen, als die vom Leasingnehmer entrichteten Leasingraten dem Zweck dienen, die Herstellungs- und Anschaffungskosten, einschließlich aller Neben- und Finanzierungskosten des Leasinggebers, rational zu amortisieren.²¹⁾ Auch wenn der Leasinggeber beim Operating-Leasing davon ausgeht, daß das Leasinggut mehrfach vermietet werden soll, bis eine Vollamortisation erreicht ist, so beseitigt dies gleichwohl nicht die – partielle – Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers – mit der Konsequenz, daß die vereinbarten Leasingraten nicht nur Entgelt „für eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung“ sind, „sondern zugleich für die vom Leasinggeber erbrachte Finanzierungsleistung“.²²⁾

Damit wird freilich die mietvertragliche Grundstruktur des Operating-Leasing außer acht gelassen. Denn die Einordnung des Operating-Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ führt unmittelbar dazu, aus der – partiellen – Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers einen „Kreditvertrag“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG entstehen zu lassen.

Dies ist – schon vordergründig betrachtet – sicherlich unrichtig. Denn die Qualifikation des Operating-Leasing als Mietvertrag gemäß §§ 535 ff BGB verbietet es, allein wegen der vermietertypischen Vorfinanzierungsfunktion einen „Kreditvertrag“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu bejahen. Sinn und Zweck des Operating-Leasing stehen dem ebenso entgegen wie die Eindeutigkeit der zivilrechtlichen Qualifikation des Operating-Leasing. Doch der Gegeneinwand liegt auf der Hand: Wenn nämlich selbst „Finanzierungsleasing“ – wie dargestellt – vom Gesetzgeber dahin umschrieben wird, daß der Leasingnehmer „für die Amortisation der vom Leasinggeber für die Anschaffung der Leasingsache gemachten Aufwendungen und Kosten einzustehen hat“,²³⁾ so fällt auf: Auch beim Finanzierungsleasing abstrahiert der Gesetzgeber von der zivilrechtlichen Einordnung des Leasing als eines atypischen Mietvertrages, auf den in erster Linie die Bestimmungen der §§ 535 ff BGB Anwendung finden.²⁴⁾

Vernachlässigt man also sowohl beim Finanzierungsleasing als auch beim Operating-Leasing die mietvertragliche Gebrauchsüberlassungspflicht und stellt nur auf die Amortisationspflicht ab, so gibt es kein Halten mehr: Operating-Leasing-Verträge wären dann allein wegen ihrer Vorfinanzierungsfunktion eine „sonstige Finanzierungshilfe“, weil die Leasingraten nicht nur Entgelt im Sinne von § 535 BGB sind, sondern auch die vom Leasinggeber erbrachte Finanzierungsleistung teilweise abgelten. Anders gewendet: Die Qualifizierung des Operating-Leasing als eine „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG stützt sich dabei auf die BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990, welche – abweichend vom Mietvertrag – die Abtretung künftiger Mietraten nicht als befristete, sondern als betagte Forderungen einordnet.²⁵⁾

5. Konsequenzen

Damit wäre Operating-Leasing zwar „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG, jedoch ohne daß der Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG zum Zuge käme, weil dieser ausdrücklich auf „Finanzierungs-Leasingverträge“ beschränkt ist. Das hätte ein ungereimtes Ergebnis zur Konsequenz: Während bei Finanzierungsleasing-Verträgen die Schutzbestimmungen des Verbrauchercreditgesetzes nur begrenzt anwendbar sind, wären sie für das Operating-Leasing in vollem Umfang anzuwenden, einschließlich der weitreichenden Bestimmungen von § 4 VerbrKrG. Der Schutz des Verbrauchercreditgesetzes käme also beim Operating-Leasing – trotz der Kurzfristigkeit des Leasingvertrages und der lediglich partiell eingreifenden Amortisationspflicht – einem Leasingnehmer eingeschränkt zugute, obwohl er im Verhältnis zum Leasingnehmer beim Finanzierungsleasing wesentlich weniger schutzbedürftig ist. Hinzu kommt: Die nach § 4 Abs. 1 VerbrKrG erforderlichen Angaben „passen“ für Fälle des Operating-Leasing überhaupt nicht, sofern dem Leasingnehmer ein kurzfristiges, jederzeit ausübbares Kündigungsrecht eingeräumt wird. Denn unter dieser Voraussetzung ist nicht abzusehen, in welchem Umfang ein Leasingnehmer die vom Leasinggeber herrührende „sonstige Finanzierungshilfe“ in Anspruch nehmen wird. Dies gilt aber auch dann, wenn eine kurzfristige Grundmietzeit vereinbart ist und Verlängerungsmöglichkeiten – mangels Kündigung durch den Leasingnehmer – in Betracht kommen. Noch schärfer: Die Gründe, welche nach Auffassung des Rechtsausschusses des Bundestages für das Finanzierungsleasing im Rahmen von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG maßgebend waren²⁶⁾, gelten auch uneingeschränkt für Fälle des Operating-Leasing. Deshalb ist Operating-Leasing zwar eine „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG; der Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG gilt jedoch nicht nur für Fälle des Finanzierungsleasing, sondern auch für die des Operating-Leasing. Freilich ist diese Schlußfolgerung nicht unbedenklich, da § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG eine Ausnahmeregelung enthält, so daß auch die volle Anwendung der Bestimmungen des Verbrauchercreditgesetzes auf Operating-Leasing vertretbar ist. Jedenfalls ist der Auffassung von Seifert²⁷⁾ widersprechen: Es kommt nicht entscheidend darauf an, daß der Leasingnehmer die volle Amortisation des Leasinggebers bewirkt, um von diesem eine „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu erhalten. Es reicht aus, daß leasingtypisch eine partielle Amortisation stattfindet.

6. Zwischenergebnis

Das Operating-Leasing ist „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG. Ob der Ausnahmetatbestand von

21) Runge/Bremser/Zöller, Leasing, S. 211 f.

22) BGH ZIP 1990, 646, 649.

23) BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

24) BGH ZIP 1990, 173, 175, vgl. EWiR 1990, 111 (Reinking).

25) BGH ZIP 1990, 646, 649.

26) BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

27) Seifert, FLF 1991, 54.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG auf das Operating-Leasing zu erstrecken und nicht auf „Finanzierungs-Leasingverträge“ zu begrenzen ist, muß offenbleiben.

II. Finanzierungsleasing – Herstellerleasing

Herstellerleasing ist regelmäßig als Vertriebs- und Absatzleasing umschrieben;²⁸⁾ es ist dadurch charakterisiert, daß Leasing als Mittel des Vertriebs entweder im unmittelbaren Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Leasingnehmer eingesetzt oder von Leasinggesellschaften angeboten wird, die kapital- und konzernmäßig mit dem Hersteller aufs engste verflochten sind.²⁹⁾ Der BGH hat es bislang abgelehnt, rechtliche Unterscheidungsmerkmale daraus abzuleiten, ob es sich um Herstellerleasing oder um Finanzierungsleasing handelt.³⁰⁾ Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß die BGH-Judikatur den Lieferanten des Leasingguts als Verhandlungshelfen des Leasinggebers im Sinne von § 278 BGB einordnet, sofern der Lieferant – mit Wissen und Willen des Leasinggebers – bei Anbahnung oder Abschluß des Leasingvertrages tätig wird.³¹⁾ Des Weiteren hat der BGH unterstrichen, daß sich der Leasinggeber – unabhängig davon, ob es sich um Herstellerleasing oder um Finanzierungsleasing handelt – des Lieferanten des Leasingguts als seines Erfüllungshelfen im Sinne von § 278 BGB bedient, um dem Leasingnehmer die Gebrauchsnutzung des Leasingguts zu verschaffen.³²⁾

Unter der Perspektive von § 1 Abs. 2 VerbrKrG kommt es entscheidend darauf an, ob Leasingverträge im Bereich des Herstellerleasing auf volle Amortisation aller Herstellungs- und Anschaffungskosten, einschließlich aller Nebenkosten und des Gewinns des Leasinggebers, gerichtet sind. Soweit für diese Verträge die Voraussetzungen des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975³³⁾ – kraft transparenter Vertragsgestaltung³⁴⁾ – zutreffen, wird man unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers bejahen müssen.³⁵⁾ Im Ergebnis gilt nach Auffassung des BGH, daß der Leasingnehmer in deutlichem Unterschied von einem reinen Mietvertrag beim Leasing die „Finanzierungsfunktion“ des Leasinggebers akzeptiert, in welcher das „Amortisationsprinzip“ wurzelt.³⁶⁾

Indessen sind im Bereich des Herstellerleasing auch Leasingverträge von großer praktischer Bedeutung, bei denen der Leasinggeber das Restwertisiko übernimmt, etwa beim Pkw-Kilometer-Abrechnungsvertrag.³⁷⁾ Diesen Verträgen ist eigentümlich, daß es sich um Leasing im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO handelt, aber im Gegensatz zum Teilamortisationserlaß vom 22. 12. 1975³⁸⁾ der Leasingnehmer nicht das Risiko der Wertminderung übernimmt und daher nicht für die Vollamortisation des Leasinggebers sorgt.

Deshalb stellt sich hier – ähnlich wie beim Operating-Leasing die Frage, ob es sich um eine „sonstige Finanzierungshilfe“ handelt. Freilich ist zu berücksichtigen, daß auch bei diesen Verträgen leasingtypische Risikoüberwälzungen auf den Leasingnehmer – wie beim Finanzierungsleasing – stattfinden, etwa im Bereich der Sach- und Preisgefahr³⁹⁾ oder im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“, bei welcher der Leasing-

geber seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537, 538 BGB ausschließt, um statt dessen den Leasingnehmer auf die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche zu verweisen, die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen.⁴⁰⁾

Bejaht man demzufolge – unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 28. 3. 1990⁴¹⁾ –, daß der Leasinggeber auch beim Herstellerleasing ähnlich wie beim Operating-Leasing eine Vorfinanzierungsfunktion übernimmt, so wird man im Bereich des Herstellerleasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG auch die Leasingverträge qualifizieren müssen, bei denen der Leasinggeber das Restwertisiko übernommen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob man das Herstellerleasing als eigene Kategorie mit entsprechender rein mietvertraglicher Bewertung der AGB-Klauseln qualifiziert⁴²⁾ oder man bei der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gegenüber dem Finanzierungsleasing praktisch keinen Unterschied macht.⁴³⁾

Im Ergebnis sind also Leasingverträge im Bereich des Herstellerleasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG anzusehen. Praktische Bedeutung hat dies in erster Linie für den Kilometer-Abrechnungs-Vertrag.⁴⁴⁾

III. Leasing im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO

Geht man also davon aus, daß Verträge im Bereich des Herstellerleasing, bei denen der Leasinggeber das Restwertisiko übernommen hat, sowie Verträge im Bereich des Operating-Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu qualifizieren sind, so stellt sich die weitere Frage, ob das gleiche auch in den Fällen gilt, in denen die Voraussetzungen des Vollamortisationserlasses⁴⁵⁾ und die des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975⁴⁶⁾ nicht vorliegen.

In diesen Fällen ist der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts; er gestattet dem Leasingneh-

28) *Tacke* (Fußn. 3), S. 23 f.

29) *Berger*, Typus und Rechtsnatur des Herstellerleasing, S. 26 ff, 23 ff.

30) BGHZ 95, 170, 180 = ZIP 1985, 935 = EWiR 1985, 643 (*Paulusch*).

31) *Graf von Westphalen*, BB 1989, Supplement Leasing-Berater, S. 18.

32) BGH ZIP 1987, 1390 = EWiR 1987, 1151 (*Graf v. Westphalen*) = NJW 1988, 198; BGH ZIP 1989, 1333 = WM 1989, 1574, 1578, vgl. EWiR 1989, 977 (*H.-G. Eckert*).

33) Erlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

34) *Reinking*, Autoleasing, S. 34 ff.

35) BGH ZIP 1985, 868 = EWiR 1985, 553 (*Graf v. Westphalen*); BGH ZIP 1986, 1566 = EWiR 1986, 1159 (*Graf v. Westphalen*).

36) BGH ZIP 1990, 1133, vgl. EWiR 1990, 971 (*H.-G. Eckert*).

37) A. M. BGH ZIP 1986, 1566 = EWiR 1986, 1159 (*Graf v. Westphalen*); wie hier: *Reinking* (Fußn. 34), S. 36 f.

38) BB 1976, 72.

39) BGH ZIP 1986, 1566 = EWiR 1986, 1159 (*Graf v. Westphalen*).

40) *Reinking* (Fußn. 34), S. 40 ff.

41) BGH ZIP 1990, 646.

42) *Berger* (Fußn. 29), S. 87, 97 ff.

43) *Ulmer/Schmidt*, DB 1983, 2558, 2615 ff.

44) A. M. *Seifert*, FLF 1991, 54.

45) Erlaß v. 19. 4. 1971, BB 1971, 506.

46) BB 1976, 72.

mer eine auf Dauer begrenzte Nutzung des Leasingguts: Während dieser Zeit amortisiert der Leasingnehmer durch Zahlung der Leasingraten zumindest teilweise die Herstellungs-, Anschaffungs-, Neben- und sonstige Finanzierungskosten, einschließlich des anteiligen Gewinns des Leasinggebers. Dies aber führt unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 28.3.1990 dazu, daß auch in diesen Fällen eine „sonstigen Finanzierungshilfe“ zu bejahen ist.⁴⁷⁾

IV. Leasing als Kreditvertrag?

Diese Erwägungen könnten den Schluß rechtfertigen, daß die bisherigen Definitionsbemühungen des BGH,⁴⁸⁾ wonach Leasingverträge als atypische Mietverträge einzuordnen sind, auf die „in erster Linie“ die Bestimmungen der §§ 535 BGB Anwendung finden, überholt sind. Denn die Umschreibung eines Leasingvertrages als „Kreditvertrag“ im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG steht, wie unschwer zu erkennen ist, quer zu den bisherigen Ergebnissen der BGH-Judikatur. Freilich ist anzumerken, daß in der Literatur immer wieder Stimmen laut geworden sind, die – freilich mit Abstrichen – eine darlehensspezifische Einordnung befürwortet haben.⁴⁹⁾ Indessen hat sich der BGH bislang nicht bewegen lassen, von der einmal eingenommenen mietvertraglichen Klassifizierung abzurücken.⁵⁰⁾ Gleichwohl ist dieser Frage unter Berücksichtigung des zu § 1 Abs. 2 VerbrKrG unterbreiteten Definitionsmaterials erneut kurz nachzugehen.

1. Steuerrechtliche Prämissen

*Meincke*⁵¹⁾ hat – vom Steuerrecht herkommend – die „Weisheit der Zivilrechtsprechung des BGH“ gerühmt, wonach feststeht, „daß sich die Vertragsbeteiligung des Leasinggebers nicht in der Finanzierungsfunktion erschöpft, sondern auch und gerade die Vermieterposition umfaßt“.⁵²⁾ Denn dadurch habe der BGH, so *Meincke*, bewirkt, daß Leasing nicht als Darlehen qualifiziert wird, sondern vielmehr der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts berechtigt und verpflichtet ist, dieses in seinem Anlagevermögen zu aktivieren, während die vom Leasingnehmer gezahlten Leasingraten sofort abzugsfähige Betriebsausgaben darstellen. Anders gewendet – und darauf legt *Meincke* entscheidenden Wert⁵³⁾ – wird im Gewerbesteuerrecht das Finanzierungsleasing als Miet- oder Pachtverhältnis eingeordnet mit der Konsequenz, daß *Meincke*⁵⁴⁾ festhält: „Wer beim Abschluß des Finanzierungs-Leasingvertrages gewerbesteuerliche Vorteile anstrebt, muß Gestaltungen vermeiden, die zum wirtschaftlichen Eigentum des Leasingnehmers führen und die Leasingratenverpflichtung durch Vorleistung, darlehensähnliche Ausgestaltung des Leasingvertrages oder weitreichende Klauseln über den Gefahrenübergang aus der Austauschbeziehung herauslösen und zu einer Dauerschuld im Sinne der gewerbesteuerlichen Hinzurechnungen erheben.“

Während *Meincke* also eine steuerkonforme Interpretation des Finanzierungsleasing⁵⁵⁾ befürwortet, hält *Canaris*⁵⁶⁾ entgegen: Diese Interpretation sei jedenfalls dann nicht hinzunehmen, wenn sie dem Leasinggeber zivilrechtliche Nachteile bringe und wenn der Wortlaut einschlägiger AGB-Klauseln dafür keinen

Spielraum lasse. Denn dann liege eine unzulässige richterliche Vertragsgestaltung vor. Dieser Auffassung ist mit *Flume*⁵⁷⁾ zunächst entgegenzuhalten, daß die geschäftsbesorgungs- und darlehensrechtliche Qualifizierung des Finanzierungsleasingvertrages bereits im Ansatz verfehlt ist. Denn der Leasinggeber besorgt ein eigenes, kein fremdes Geschäft. Außerdem hat sich die Leasingbranche auf die BGH-Judikatur in ihren AGB eingerichtet. Dies gilt uneingeschränkt, soweit der Leasinggeber im Rahmen der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 535 ff BGB abbedingt, um statt dessen den Leasingnehmer auf die Gewährleistungsansprüche zu verweisen, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen.⁵⁸⁾ Dies gilt auch insoweit, als bei Vollzug der Wandelung ein Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages gemäß § 242 BGB – mit rückwirkender Kraft – eintritt,⁵⁹⁾ und auch für den Bereich der Gefahrtragung.⁶⁰⁾ Stellt man hingegen darauf ab, ob der Leasinggeber eine Sachverschaffungspflicht gemäß §§ 535 ff BGB gegenüber dem Leasingnehmer hat,⁶¹⁾ so mag man argumentieren, daß in den Leasing-AGB die Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers nicht enthalten ist. Tut man dies,⁶²⁾ so sollte man jedoch eine umfassende Recherche in der Leasingbranche anstellen und nicht nur eine einzige Leasing-AGB zitieren.⁶³⁾ Im Ergebnis folgt nämlich die Sachverschaffungspflicht aus einem einfachen Tatbestand: Jeder Leasingnehmer aktiviert unabhängig von der einzelnen Klauselgestaltung in den Leasing-AGB das Leasinggut in seinem Anlagevermögen, sobald er vom Leasingnehmer die Übernahme- oder Abnahmebestätigung erhalten und an den Lieferanten des Leasingguts den Kaufpreis entrichtet hat. Er bilanziert mithin ein Wirtschaftsgut, welches gemäß § 247 HGB dauernd seinem Geschäftsbetrieb dient, nicht aber lediglich eine Forderung gegenüber dem Lieferanten.

Daraus folgt im Ergebnis, daß die steuerrechtlichen Prärogativen des Leasing nach wie vor darauf angelegt sind, daß der Leasingvertrag ein atypischer Mietvertrag ist, auf den „in erster Linie“ die Bestimmungen der §§ 535 ff BGB Anwendung fin-

47) BGH ZIP 1990, 646.

48) BGH ZIP 1990, 173, 175, vgl. EWiR 1990, 111 (*Reinking*).

49) Im Ergebnis *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 450 ff; *Leenen*, AcP 190 (1990), 259, 269 ff; *Lieb*, DB 1988, 946, jeweils m. w. N.; dagegen mit Recht *Flume*, DB 1991, 265.

50) BGH ZIP 1990, 650, vgl. EWiR 1990, 487 (*Graf v. Westphalen*) – Rügepflicht gemäß § 377 HGB zu Lasten des nicht-kaufmännischen Leasingnehmers.

51) *Meincke*, AcP 190 (1990), 358.

52) BGH ZIP 1986, 716, vgl. EWiR 1986, 559 (*Graf v. Westphalen*).

53) *Meincke*, AcP 190 (1990), 372.

54) *Meincke*, AcP 190 (1990), 376.

55) So insbesondere *Bordewin*, Leasing und Steuerrecht, 3. Aufl., 1989, S. 18.

56) *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 467.

57) *Flume*, DB 1991, 265.

58) BGH ZIP 1990, 175 m. w. N. = EWiR 1990, 137 (*Martinek*).

59) BGH ZIP 1990, 175; *Brunotte*, WRiZ 1990, 389, 392.

60) BGH ZIP 1986, 1566 = EWiR 1986, 1159 (*Graf v. Westphalen*); BGH ZIP 1990, 646, 649, vgl. EWiR 1990, 559 (*H.-G. Eckert*).

61) Hierzu *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 416 ff; *Leenen*, AcP 190 (1990), 259, 280 ff.

62) So insbesondere *Leenen*, AcP 190 (1990), 259, 280 ff.

63) Die der Deutschen Leasing-AG, Bad Homburg.

den.⁶⁴⁾ Er ist gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG nur mit dieser Einschränkung ein „Kreditvertrag“.

2. KWG-spezifische Prämissen

Aus § 19 Abs. 1 Nr. 7 KWG folgt, daß Leasinggeschäfte, die ein Kreditinstitut als Leasinggeber kontrahiert, als Kredit im Sinn der §§ 13 bis 18 KWG anzusehen sind. Diese Bestimmung trägt der Tatsache Rechnung, daß bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Leasinggeschäft ein Kreditgeschäft ist, bei dem das Leasinggut als Kreditsicherheit dient.⁶⁵⁾ Für die Höhe des anzurechnenden Kredits ist deshalb der Buchwert des Leasingguts ausschlaggebend, wobei § 19 Abs. 1 Nr. 7 KWG davon ausgeht, daß das Kreditinstitut handelnd als Leasinggeber das Leasinggut in seiner Bilanz ausweist.⁶⁶⁾ Unter Berücksichtigung der in der Literatur als richtig angesehenen darlehensrechtlichen Einordnung des Finanzierungsleasing wurde bereits früher⁶⁷⁾ die Frage aufgeworfen, ob auf diesem Umweg Leasing nicht als „Kredit“ im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG einzuordnen ist. Zwar ist sicherlich einzuräumen, daß die zivilrechtliche Kategorisierung des Leasing – für sich allein genommen – nicht geeignet ist, die Voraussetzungen der – anderen Zwecken dienenden – Definition von § 1 Abs. 1 KWG zu erfüllen.⁶⁸⁾ Doch hat nunmehr in § 1 Abs. 2 VerbrKrG der Gesetzgeber gesprochen und Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ umschrieben und diesen Vertragstyp als „Kredit“ eingeordnet. Sicherlich, die Ziel- und Zweckrichtung des Verbraucherkreditgesetzes ist es, auch im Bereich des Leasing einen ausreichenden – verbesserten – Verbraucherschutz zu erreichen. Daraus folgt aber nicht unbe-

dingt, daß auch aufsichtsrechtliche Konsequenzen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 KWG gezogen werden müssen, obwohl die – isolierte – Definition des Finanzierungsleasing als eines Vollamortisationsvertrages die Parallele zum Gelddarlehen in beeindruckender Weise zieht.

V. Ergebnis

Will man dieses Resultat – aus welchen Gründen immer – nicht, will man vielmehr die bisherige festgefügte BGH-Judikatur zum Leasing beibehalten, so ergibt sich im Hinblick auf die Neudefinition von § 1 Abs. 2 VerbrKrG nur ein einziger Ausweg: § 1 Abs. 2 VerbrKrG enthält eine mißlungene Definition des Finanzierungsleasing sowie des erlaßkonformen Leasing. Doch deutet eine eingehende Prüfung der einzelnen Bestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes – ohne daß dies jetzt schon detailliert gesagt werden kann – darauf hin, daß an zentralen Stellen eine Neuorientierung der Interessenbewertung wird stattfinden müssen. Allein, das Definitionsmaterial der BGH-Judikatur⁶⁹⁾ zum Leasing sollte davon unberührt bleiben.

64) BGH ZIP 1990, 173, 175, vgl. EWiR 1990, 111 (*Reinking*).

65) *Bähre/Schneider*, KWG, 3. Aufl., § 19 Anm. 9.

66) *Bähre/Schneider*, KWG, 3. Aufl., § 19 Anm. 9.

67) *Graf von Westphalen*, BB 1988, 1831.

68) Kritisch mit Recht *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 468 f.

69) BGH ZIP 1990, 173, 175, ständige Rechtsprechung; vgl. auch EWiR 1990, 111 (*Reinking*).