

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Dr. Fritz Ostler, Rechtsanwalt in München – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg – Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn.

Heft 50

Seite 3225–3288

46. Jahrgang

15. Dezember 1993

Schriftleitung: Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

Finanzierungsleasing – Der richtlinienwidrige Ausnahmetatbestand von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

Der nachfolgende Beitrag bringt – vor dem Hintergrund des Verbraucherkreditgesetzes – Grundsätzliches zur rechtlichen Qualifikation des wirtschaftsrechtlich bedeutsamen Instituts des Finanzierungsleasings. Dessen Sonderstellung nach dem Verbraucherkreditgesetz hält der Autor für EG-rechtswidrig mit der Folge einer Staatshaftung der Bundesrepublik wegen fehlerhafter Umsetzung der Vorgaben der Verbrauchercredit-Richtlinie.

I. Einleitung

Schon früher¹ war die Frage gestellt worden, ob die Bestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes – insbesondere die Regelung von § 1 I VerbrKrG und die Ausnahmevorschrift von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG – die Schlußfolgerung rechtfertigen oder gar verlangen, die bislang in der Rechtsprechung des BGH² durchgängig vertretene mietrechtliche Qualifikation des Leasings in Frage zu stellen. Inzwischen hat Canaris³ diese These – aus seiner Sicht folgerichtig⁴ – aufgegriffen und im Ergebnis aus § 3 II Nr. 1 VerbrKrG abgeleitet, daß Finanzierungsleasing (jedenfalls im Endverbrauchergeschäft) als gemischttypischer Vertrag zu verstehen sei, der aus kreditorischen und geschäftsbesorgungsrechtlichen Elementen zusammengesetzt ist. Ziel dieser Ausführung ist es, den Ansatzpunkt dieser Argumentation zu hinterfragen und vor allem die Frage zu stellen, ob – EG-rechtlich gewertet – überhaupt die Möglichkeit besteht, die Qualifikation des Leasingvertrages aus der Ausnahmevorschrift des § 3 II Nr. 1 VerbrKrG zu begründen, weil diese Bestimmung nach der Auffassung des Verfassers die Vorgaben der Verbrauchercredit-Richtlinie⁵ verletzt.

II. Das Finanzierungsleasing als Rechtsbegriff

Es ist unter Berücksichtigung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG schwerlich zu bestreiten, daß in dieser Vorschrift erstmals der

Begriff „Finanzierungsleasing“ als Rechtsbegriff verwendet worden ist. Erfaßt werden damit alle Leasingverträge – so die Auffassung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages⁶ –, „bei denen der Leasingnehmer für die Amortisation der vom Leasinggeber für die Anschaffung der Leasingsache gemachten Aufwendungen und Kosten einzustehen hat“. Daraus ist abgeleitet worden⁷, es handele sich bei dieser Amortisation um einen Aufwendungsersatzanspruch. Konsequenz ist es deshalb aus dieser Sicht, die mietvertragliche Einordnung des Finanzierungsleasings – und damit auch die Ergebnisse der BGH-Judikatur⁸ – über Bord zu werfen. Doch genau dies ist im einzelnen zu hinterfragen.

III. Vollamortisationsverträge

1. Die Ausnahmevorschrift von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

Alle Verträge, die dem Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971⁹ untergeordnet sind, haben dies gemeinsam: Der Leasingnehmer zahlt nur die während der unkündbaren Grundmietzeit geschuldeten Leasingraten. Diese decken die gesamten Herstellungs- und Anschaffungskosten einschließlich aller Finanzierungs- und Nebenkosten des Leasinggebers sowie

1) Graf v. Westphalen, ZIP 1991, 639 ff.
2) BGHZ 82, 121 = NJW 1982, 870 = LM § 242 (Cd) BGB Nr. 241 = WM 1981, 1378; BGH, WM 1982, 7; BGH, NJW 1988, 198 = LM § 278 BGB Nr. 102 = WM 1987, 1338.
3) Canaris, ZIP 1993, 401 ff.
4) Canaris, AcP 190 (1990), 410 ff.
5) Verbrauchercredit-Richtlinie vom 22. 12. 1986, ABIEG Nr. L 42/48 vom 12. 2. 1987; abgedr. auch bei Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler, VerbrKrG, S. 488 ff.
6) BT-Dr 11/8274, S. 21.
7) Hierzu insb. Canaris, ZIP 1993, 401 ff., 404 ff.
8) Nachw. bei Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag, 4. Aufl. (1992) Rdnr. 38 ff.
9) BB 1971, 506; abgedr. auch bei Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), Rdnr. 1365.

seines Gewinns. Sie repräsentieren also den Amortisationsanspruch des Leasinggebers. So gesehen ist es irrelevant, ob der Leasingnehmer – nach Ablauf der Grundmietzeit – entsprechend den Vorgaben des Vollamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975¹⁰ eine Kauf- oder Mietverlängerungsoption ausübt, oder ob er das Leasinggut an den Leasinggeber als Eigentümer zurückgeben muß. In jedem Fall realisiert dann der Leasinggeber den Restwert des Leasingguts, weil die Grundmietzeit auf maximal 90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts beschränkt ist. Bei diesen Vertragsgestaltungen ist überhaupt nicht zu erkennen, daß der Amortisationsanspruch des Leasinggebers kreditorische oder geschäftsbesorgungsrechtliche Elemente als essentialia negotii enthält. Vielmehr vollzieht sich hier eine Miete i. S. der §§ 535 ff. BGB: Für den Leasingnehmer steht die Gebrauchsnutzung im Vordergrund seines Interesses; für diese zahlt er die monatliche Leasingraten. Daß er damit die Vollamortisation des Leasinggebers bewirkt, entspricht dem vertraglich Gewollten, hat aber – und das ist entscheidend – für sich genommen keinen typenprägenden Charakter. Deshalb kann auch die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG nicht dafür bemüht werden, Gegenteiliges im Blick auf die Vertragsnatur des Leasing – oder enger: des Finanzierungsleasing – abzuleiten. Der vom Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages¹¹ stipulierte Amortisationsanspruch des Leasinggebers ist vielmehr bei allen Vollamortisationsverträgen eine Selbstverständlichkeit; es geht um den Entgeltanspruch des Leasinggebers, der synallagmatisch mit seiner Pflicht korrespondiert, dem Leasingnehmer die Gebrauchsüberlassung des Leasingguts zu ermöglichen. Nur in diesem Rahmen – und nur in diesem Umfang – schuldet der Leasingnehmer Leasingraten als Nutzungsentgelt.

Daraus folgt, daß es jedenfalls bei Vollamortisationsverträgen nicht angeht, aus § 3 II Nr. 1 VerbrKrG irgendwelche Folgerungen für die Rechtsnatur des Finanzierungsleasing abzuleiten. Anders gewendet: Der Amortisationsanspruch des Leasinggebers ist bei allen Typen des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971 von vornherein gegeben; die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG – und der hier anklingende definitivische Ansatz – umschreiben lediglich Altbekanntes: Kein Mensch hat je daran gezweifelt, daß bei Vollamortisationsverträgen die Leasingraten den Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers widerspiegeln. Dies entspricht auch steuerrechtlichen Vorgaben des Leasing, so daß auch in der Spezialliteratur¹² Leasing der bürgerlichrechtlichen Miete i. S. der §§ 535 ff. BGB zugeordnet wird.

2. Die Festlegung von § 1 II VerbrKrG

Zweifellos steht der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, Finanzierungsleasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 II VerbrKrG einzuordnen. Dabei ist nach den zwingenden Vorgaben der Verbrauchercredit-Richtlinie vom 22. 12. 1986¹³ soviel klar: Reine Mietverträge unterfallen nicht ihrem Anwendungsbereich. Oberhalb der mietvertraglichen Entgeltspflicht muß also eine Leistung des Leasinggebers anzuerkennen sein, die – mit kreditorischen Elementen versehen – dazu führt, daß Leasing eine „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 II VerbrKrG darstellt. Entsprechend den Vorgaben der EG-Richtlinie vom 22. 12. 1986 könnte man dieses Element etwa darin sehen, daß der Leasinggeber – bei Vereinbarung einer Vertragsgestaltung, welche dem Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971¹⁴ entspricht – dem Leasingnehmer eine *Kaufoption* einräumt. Dann ist der käufliche Erwerb des Leasingguts das Ergebnis des Rechtsgeschäfts; der Leasingnehmer zahlt den Kaufpreis in Form von Leasingraten zuzüglich eines an der Rest-AfA des Leasingguts¹⁵ orientierten Optionsentgelts. Eine solche Argumentation verkürzt jedoch den generellen Ansatz von § 1 II VerbrKrG, weil die beiden übrigen Typen des Vollamortisations-Erlasses vom

19. 4. 1971¹⁵ – Einräumung einer Mietverlängerungsoption oder Rückgabe des Leasingguts nach Ablauf der Grundmietzeit – dann schwerlich als „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 II VerbrKrG begriffen werden könnten. Leasingtypisch ist es jedoch, daß der Leasinggeber die Gebrauchsnutzung dem Leasingnehmer deswegen ermöglicht, weil der Leasingnehmer eine Sachinvestition auf diese Weise „finanzieren“ will. Die Anschaffung des Leasingguts vollzieht sich also auf Veranlassung des Leasingnehmers. Dieser Gedanke hat in der Rechtsprechung des BGH darin seinen Niederschlag gefunden, daß es – trotz der mietvertraglichen Einordnung des Leasing im übrigen – mit § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz im Einklang steht, daß der Leasingnehmer Gewährleistungsansprüche zunächst nur gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts verfolgen kann, weil sich der Leasinggeber von der mietvertraglichen Eigenhaftung auf diese Weise – kompensatorisch – freizeichnet, und daß der Leasingnehmer auch – wie ein Käufer – die Sach- und Preisgefahr trägt. Diese *kaufrechtliche* Ausgestaltung des Leasing ist eine von der Miete gem. §§ 535 ff. BGB abweichende, aber anerkannte Vertragsgestaltung. Sie reflektiert den Finanzierungsaspekt, wie er dem Leasing eigentümlich ist: Die Anschaffung des Leasingguts vollzieht der Leasinggeber auf Veranlassung des Leasingnehmers, aber in eigenem Namen und für eigene Rechnung¹⁷, weil er damit dem Leasingnehmer die Nutzung des Leasingguts ermöglicht, nachdem der Leasingnehmer das von ihm benötigte Leasinggut zunächst beim Lieferanten ausgesucht hat¹⁸.

Dieser *Finanzierungsaspekt* ist es, der Leasingverträge ganz allgemein i. S. von § 1 II VerbrKrG als „sonstige Finanzierungshilfe“ das Gepräge gibt¹⁹. Diese Vorschrift ist jedoch von der Ausnahmebestimmung des § 3 II Nr. 1 VerbrKrG zu differenzieren. Das folgt schon aus dem Wortlaut: Keineswegs alle Leasingverträge sind Finanzierungsleasing, was eine weitreichende Kontroverse in der Auslegung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG hervorgerufen hat²⁰. Darauf einzugehen ist hier nicht der Ort, wohl aber ist erneut der Hinweis angebracht: Leasing i. S. von § 39 II Nr. 1 AO ist steuerrechtlich allemal Leasing, obwohl eine Amortisationspflicht des Leasingnehmers nicht gewollt ist, weil das Risiko des „Restwerts“ des Leasingguts – mithin: das Amortisationsrisiko – vom Leasinggeber übernommen wird. Anders gewendet: § 1 II VerbrKrG ist eine – im Interesse des Verbraucherschutzes – weit auszulegende Grundnorm; § 3 I Nr. 1 VerbrKrG ist demgegenüber eine *Ausnahmevorschrift*, welche zwangsläufig eng auszulegen ist²¹.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß weder § 1 II VerbrKrG noch § 3 II Nr. 1 VerbrKrG geeignet ist, die mietvertragliche Klassifikation von Leasingverträgen, welche dem Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971²² folgen, entgegen der bisher festgefügten BGH-Judikatur zu modifizieren.

10) BB 1976, 72; abgedr. auch bei Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), Rdnr. 1366.

11) Vgl. den Nachw. o. Fußn. 6.

12) Meinke, AcP 190 (1990), 358 (371 ff.); Bordewin, Leasing im SteuerR, S. 18; Spittler, Leasing für die Praxis, S. 49 ff.; neuestens Buhl, BB 1992, 1755 – wirtschaftliches Eigentum.

13) Hierzu Nachw. o. Fußn. 5.

14) Hierzu Nachw. o. Fußn. 9.

15) Ebda. III 2 lit. a.

16) Hierzu Nachw. o. Fußn. 10.

17) Hierzu auch Graf v. Westphalen, BB 1988, 1829 ff.

18) Vgl. Canaris, AcP 190 (1990), 410 (414 ff.).

19) Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), § 1 Rdnrn. 135 ff.

20) Für eine extensive Auslegung von § 3 II Nr. 1 Martinek-Oechsler, ZIP 1993, 81 ff.; Graf, FLF 1993, 83 ff.: für eine restriktive Interpretation des Ausnahmetatbestandes von § 3 II Nr. 1 Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), § 1 Rdnrn. 154 ff.

21) A. M. Martinek-Oechsler, ZIP 1993, 81 (83 ff.).

22) Hierzu Nachw. o. Fußn. 9.

IV. Teilamortisationsverträge

1. Die Bedeutung des Restwerts

Canaris²³ verkürzt seine Argumentationsbasis, wenn er meint, der Restwert sei für den Begriff des Finanzierungs-Leasingvertrages i. S. von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG irrelevant, da er ausschließlich auf steuerrechtlicher Motivation beruhe. Letzteres ist unbestreitbar zutreffend; und es ist immer wieder argumentiert worden, die steuerrechtlichen Kriterien – schärfer: die steuerrechtlichen Prärogativen des erlaßkonformen Leasing – dürften bei der zivilrechtlichen Qualifikation des Leasing nicht außer Betracht bleiben²⁴. Doch das entscheidende Moment aller den Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975²⁵ unterworfenen Verträge bleibt gleichwohl: Die auch hier vom Leasingnehmer geschuldete Vollamortisation vollzieht sich stets unter Einschuß des Restwertes des Leasingguts. Nur so wird deutlich und nachvollziehbar, daß der Leasingnehmer – außer dem bereits während der Grundmietzeit geschuldeten Nutzungsentgelt – zur Zahlung der Restamortisation verpflichtet ist.

a) *Das Risiko der Wertminderung als Obligo des Leasingnehmers.* Besonders auffallend ist dieser Zusammenhang beim Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers²⁶. Ist hier die Grundmietzeit abgelaufen, macht der Leasinggeber nur dann von seinem Andienungsrecht Gebrauch, wenn der vertraglich vereinbarte Restwert niedriger ist als der aktuelle Verkehrswert des Leasingguts. Ist aber dieser Wert höher als der vertraglich vereinbarte Restwert, dann veräußert der Leasinggeber – handelnd als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer – das Leasinggut auf dem freien Markt. Er realisiert damit die Chance der Wertsteigerung als Ausweis der unerläßlichen Tatsache, daß er wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist. Unter dieser Voraussetzung liegt zweifelsfrei Finanzierungsleasing i. S. von § 1 II VerbrKrG vor. Aber der Leasingnehmer übernimmt hier keineswegs – weder theoretisch noch im praktischen Ergebnis – stets und immer die Vollamortisation. Diese ist vielmehr – steuerlich vorgegeben – davon abhängig, daß das Leasinggut – nach Ablauf der fest vereinbarten Grundmietzeit – einen aktuellen Verkehrswert ausweist, der unterhalb des vertraglich vereinbarten Restwertes liegt, weil dieser den „Kaufpreis“ repräsentiert, den der Leasingnehmer für den käuflichen Erwerb des Leasingguts zu entrichten hat, sofern der Leasinggeber von seinem Andienungsrecht Gebrauch macht. Noch schärfer formuliert: Der Restamortisationsanspruch des Leasinggebers hat hier deswegen den Charakter einer Garantie²⁷, weil die Übernahme des Restwerttrisikos neben die mietvertragliche Entgeltspflicht tritt²⁸. Diese Garantiepflicht hat das Risiko zum Gegenstand, daß das Leasinggut während der Dauer des Mietvertrages einen Wertverfall erleidet. Deshalb ist die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers nur eine eventuelle Einstandspflicht, sichert also das fremde Risiko, nämlich: das des Leasinggebers, der – steuerrechtlich bedingt – einen Wertverlust des Leasingguts aufgrund des ihm zustehenden Vollamortisationsanspruchs auf den Leasingnehmer abwälzt.

b) *Die Doppelstöckigkeit der Entgeltspflicht des Leasingnehmers.* Darin offenbart sich auch gleichzeitig, daß die Entgeltspflicht des Leasingnehmers doppelstöckig aufgebaut ist: Zum einen zahlt der Leasingnehmer Leasingraten, zum anderen übernimmt er in Form einer Garantie das Restwertisiko des Leasinggebers. Deshalb steht auch diese Restwertgarantie in einem Synallagma: Sie ist charakteristisches Merkmal des Teilamortisationsvertrages, da der Leasingnehmer eben durch die Zahlung der Raten nicht die gesamten Herstellungs- und Anschaffungskosten, einschließlich seiner Finanzierungs- und Nebenkosten amortisiert.

Wie an anderer Stelle im einzelnen aufgezeigt²⁹, besteht bei diesem dogmatischen Ansatz nur ein partieller Widerspruch zur BGH-Judikatur: Es bleibt auch beim Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers bei der primären mietvertraglichen Qualifikation des Finanzierungsleasing i. S. der §§ 535 ff. BGB; allerdings ist diese Einordnung auf die Grundmietzeit abgegrenzt, weil die Ausübung des dem Leasinggeber zustehenden Andienungsrechts – gekoppelt mit der Restamortisationsgarantie des Leasingnehmers – eine zusätzliche synallagmatische Verpflichtung enthält, die sich nicht in die Kategorien des Mietvertrages gem. §§ 535 ff. BGB einordnen läßt.

Die gleichen Zusammenhänge sind bei den Vertragstypen der Mehrerlösbeteiligung und des kündbaren Vertrages³⁰ festzuhalten. Auch hier ist die Restwertgarantie unverzichtbarer Bestandteil dieses Vertragstyps, sofern die Veräußerung des Leasingguts – nach Ablauf der Grundmietzeit – keinen Mehrerlös oberhalb der Vollamortisationsgrenze abwirft. Also handelt es sich auch hier um eine – bedingte – Restwertgarantie; der Leasingnehmer ist nämlich nur dann zur Vollamortisation verpflichtet, wenn zwischen dem Leasinggeber gezahlten Leasingraten und dem anrechenbaren Teil des Verwertungserlöses eine Differenz klafft, die in Form einer Abschlußzahlung zu überbrücken ist.

2. Die begrenzte Tragweite von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

Man kann natürlich Aussagen des Gesetzgebers während des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens zum Nennwert nehmen³¹. Doch muß man allemal berücksichtigen: Die vom Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages angeführte „Amortisationspflicht“ des Leasingnehmers umschreibt diese Pflicht zwangsläufig nur in dem Rahmen, in welchem sie tatsächlich – aufgrund der Typität der erlaßkonformen Teilamortisationsverträge – auch in der Vergangenheit bereits bestand. Die Restwertgarantie ist nämlich nichts anderes als der Reflex der steuerrechtlichen Prärogativen, wie sie im Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975³² verankert sind. Dort aber ist sie Annex zur mietvertraglichen Entgeltspflicht – ausgeprägt als Abschlußzahlung oder als Kaufpreis bei Ausübung des Andienungsrechts des Leasinggebers. Ohne weiteres ist damit erkennbar, daß der Gesetzgeber keine Neubewertung des Finanzierungsleasing – bezogen auf die Amortisationspflicht des Leasingnehmers – in § 3 II Nr. 1 VerbrKrG verankern wollte. Es ist nichts anderes als alter Wein in neuen Schläuchen.

3. Zivilrechtliche Konsequenzen

Wie gezeigt, ändert § 3 II Nr. 1 VerbrKrG an der vom BGH aus zutreffenden Gründen vorgenommenen mietvertraglichen Qualifikation von Vollamortisationsverträgen nichts. Bei Teilamortisationsverträgen gilt indessen gegenüber der BGH-Judikatur eine Erweiterung: Diese Verträge bestehen zum einen auf der Äquivalenz: Gebrauchsüberlassung/Leasingraten; sie bestehen zum anderen – für die Zeit

23) Canaris, ZIP 1993, 401 (402).

24) Im einzelnen auch Flume, DB 1991, 265 ff.

25) Hierzu Nachw. o. Fußn. 10.

26) Im einzelnen Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), Rdnr. 88 ff.

27) Graf v. Westphalen (o. Fußn. 8), Rdnrn. 91 ff.; Güter, Gebrauchsüberlassungsverträge, S. 307 f.; weitergehend Martinek, Moderne Vertragstypen I, S. 88 ff., der allerdings den Gedanken der Garantiepflicht des Leasingnehmers auch – und dies ist unzutreffend – auf Vollamortisationsverträge erstreckt.

28) A. M. Canaris, ZIP 1993, 401 (404).

29) Im einzelnen Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler (o. Fußn. 5), Rdnrn. 87 ff.

30) Ebda., Rdnrn. 94 f., 96 ff.

31) So insbesondere Canaris, ZIP 1993, 401 (406), der bei der Interpretation von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG von einer „Grundentscheidung des Gesetzgebers“ spricht.

32) Hierzu Rdnr. 10.

nach Ablauf der Grundmietzeit – auf dem einseitigen Garantieverprechen des Leasingnehmers, der die Restwertgarantie in Form der Vollamortisationspflicht übernommen hat. Indessen ist diese Vollamortisationspflicht davon abhängig, daß das Leasinggut – nach Ablauf der Grundmietzeit – keinen die Restamortisation übersteigenden Mehrwert verkörpert; soweit dies nämlich der Fall ist, entfällt die Restamortisationspflicht des Leasingnehmers, der Leasinggeber streicht den Mehrerlös als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ein. Dieser Zusammenhang beruht auf der Tatsache, daß der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung besitzt. Gleichzeitig ist damit gesagt, daß in diesen Fällen die Restamortisationspflicht den Leasingnehmer in keiner Weise belastet: Seine Zahlungspflicht bleibt auf die während der Grundmietzeit entrichteten Leasingraten beschränkt. Wenn man also in der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers überhaupt ein typenbildendes Element des Finanzierungsleasing sehen will, so muß man sich darüber im klaren sein, daß sein Eingreifen von den jeweiligen – mehr oder weniger zufälligen – Marktgegebenheiten abhängig ist.

Mit einem Aufwendungsersatzanspruch hat diese Konstellation des Finanzierungsleasing nichts gemein³³. Denn immer dann, wenn der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung realisiert und die Entgeltspflicht des Leasingnehmers auf die Zahlung der Leasingraten beschränkt ist, entfällt eine – über die Leasingraten hinausreichende – Aufwendungsersatzung. Das kreditorische Element des Finanzierungsleasing, wie es durch § 1 II VerbrKrG vorgeprägt ist, erschöpft sich hier darin, daß der Leasingnehmer die Leasingraten – als Entgelt für die Nutzung wie ein „Käufer“ – zahlt. Das aber ist genau der Grundtatbestand der Miete gem. §§ 535 ff. BGB. Typenbildende Elemente müssen jedoch dem jeweiligen Vertrag zwingend und in seinen jeweiligen Grundaussprägungen eigentümlich sein. Das aber trifft beim Finanzierungsleasing auf den über die Leasingraten hinausgehenden Vollamortisationsanspruch nur zu, wenn sich – entsprechend den aktuellen Gegebenheiten des Marktes – eine Wertminderung einstellt, so daß der Leasingnehmer vertraglich verpflichtet ist, die Restwertgarantie einzulösen³⁴.

V. Die EG-rechtliche Dimension des § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

1. Die Begründung des Ausnahmetatbestandes von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

Daß Finanzierungsleasingverträge von der strikten Angabepflicht des § 4 VerbrKrG freigestellt worden sind, beruht auf der Annahme des Gesetzgebers, beim Leasing seien die nach § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG geschuldeten Angaben nicht zu erfüllen³⁵. Unter Berücksichtigung von § 6 AbzG hat indessen der BGH³⁶ diese Annahme bereits als verfehlt³⁷ zurückgewiesen³⁸. In der Tat: Es ist kein Grund ersichtlich, daß beim Finanzierungsleasing die Angaben gem. § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht möglich sein sollten. Die Angabe des *Barzahlungspreises* i. S. von § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG bezieht sich nach zutreffender Auffassung des BGH³⁹ auf den Preis, zu welchem der Leasinggeber das Leasinggut vom jeweiligen Lieferanten erwirbt. Die Angabe des *Teilzahlungspreises* i. S. von § 4 I 2 Nr. 2b VerbrKrG begegnet ebenfalls keinen Schwierigkeiten: Bei Vollamortisationsverträgen fällt hierunter die Summe aller Leasingraten; bei Teilamortisationsverträgen entspricht der Teilzahlungspreis den während der Grundmietzeit zu zahlenden Leasingraten zuzüglich der vom Leasingnehmer übernommenen Restwertgarantie, welche – zusammen mit der Leasingraten – den Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers repräsentiert. Schwierigkeiten können – wenn überhaupt – nur in den (seltenen) Fällen bestehen, in denen dem Leasingnehmer eine Kaufoption eingeräumt

wird⁴⁰. Ausgehend von einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts von 90%, welche mit der unkündbaren Grundmietzeit korrespondiert, ist das Optionsentgelt in Höhe der Rest-AFA anzusetzen⁴¹. Gleiches gilt für die Hinzurechnung des Entgelts, sofern eine Mietverlängerungsoption vorgesehen ist: In beiden Fällen ist also der Teilzahlungspreis i. S. von § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG über den Vollamortisationsanspruch hinausgehend um diese Buchwerte zu erhöhen. Erfahrungsgemäß werden derartige Mietverlängerungs- und Kaufoptionen häufig ausgeübt; es ist daher – bei Berücksichtigung einer realistischen Betrachtungsweise – i. S. von § 4 I 2 Nr. 2b VerbrKrG davon auszugehen, daß die erforderliche Verbraucherinformation auch diese Restbuchwerte einschließen sollte.

2. Die bindenden EG-rechtlichen Vorgaben

Wie an anderer Stelle bereits im Zusammenhang mit der Novellierung von § 4 I 2 Nr. 1b VerbrKrG a. F. gezeigt⁴², besteht der wesentliche Zweck der Verbraucher kredit-Richtlinie darin, den Verbraucher „über die Kreditbedingungen und -kosten sowie über seine Verpflichtungen angemessen“ zu unterrichten⁴³. Dieser auf Information des Verbrauchers zielende Schutzzweck wird zum einen durch die Angabe des effektiven Jahreszinses, zum anderen durch die Angabe des für den Kredit zurückzuzahlenden Gesamtbetrages erreicht; beide Ziele sind gleichrangig. Art. 1 Nr. 2 Nr. 6 und Nr. 4 der Änderungs-Richtlinie⁴⁴ enthalten deshalb eine sehr weitgehende Informationspflicht eines Kreditgebers⁴⁵. Diese Vorgaben der Verbraucher kredit-Richtlinie (Art. 4 II) und der Änderungs-Richtlinie (Art. 1 Nr. 4) haben inzwischen dazu geführt, bei Krediten mit *variablen Konditionen* eine Novellierung von § 4 I 4 Nr. 1b und d VerbrKrG vorzunehmen⁴⁶. Der Gesetzgeber ging dabei ausdrücklich davon aus, daß eine „zuverlässige und konkrete Unterrichtung des Verbrauchers über die Gesamtsumme der Belastung“⁴⁷ notwendig ist. Dies führt dazu: Bei variablen Kreditkonditionen ist der Kreditgeber i. S. von § 4 I 2 Nr. 1b VerbrKrG verpflichtet, den Kreditnehmer ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Berechnung des „Gesamtbetrages“ auf einer hypothetischen Betrachtung beruht, nämlich: die Fortschreibung der Anfangskonditionen, die sich freilich im Laufe der Dauer des Kreditvertrages ändern können⁴⁸. Auch im Blick auf die Angabe des effektiven Jahreszinses gem. § 4 I 2 Nr. 2d VerbrKrG bestehen keinerlei Hindernisse, die eine Privilegierung des Finan-

33) A. M. *Canaris*, ZIP 1993, 401 (404f.).

34) Deshalb kann auch der Meinung von *Canaris*, ZIP 1993, 401 (404f.), nicht gefolgt werden. Die Amortisationspflicht ist beim Finanzierungsleasing keineswegs „begriffsnotwendig“, wie sich leicht auch aus einem Rückgriff auf § 39 II Nr. 1 AO ablesen läßt.

35) Hierzu *Dylla-Krebs*, DB 1989, 1174ff.; JZ 1990, 598f.; vgl. auch *Seibert*, VerbrKrG, § 3 Rdnr. 12.

36) BGH, NJW-RR 1991, 1011 = LMH. 3/1992 § 1d AbzG Nr. 7; ZIP 1991, 662.

37) *Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler* (o. Fußn. 5), § 3 Rdnr. 113.

38) Bedenken auch bei *Ulmer*, in: MünchKomm, VerbrKrG, § 3 Rdnr. 22; *Zahn*, DB 1991, 2171ff.

39) BGH (o. Fußn. 36).

40) Zur Parallelproblematik von § 1a AbzG vgl. *Graf v. Westphalen* (o. Fußn. 8), Rdnr. 1249.

41) Hierzu o. Fußn. 15.

42) Hierzu *Graf v. Westphalen*, ZIP 1993, 93ff.

43) Erwägungsgründe zur Verbraucher kredit-Richtlinie (abgedr. Nachw. o. Fußn. 5).

44) Hierzu *Graf v. Westphalen*, ZIP 1993, 93 (96).

45) Dies gilt auch im Hinblick auf die Angabe des effektiven Jahreszinses, wie sich nicht zuletzt auch aus der Regelung von Art. 1 Nr. 2 Abs. 6 der Änderungs-Richtlinie ergibt, ABIEG Nr. L 61/14 vom 10. 3. 1990; abgedr. auch bei *Graf v. Westphalen-Emmerich-Kessler* (o. Fußn. 5), S. 499ff.

46) Hierzu auch BT-Dr 12/1886, S. 15.

47) Hierzu BT-Dr 12/4526; abgedr. in ZIP 1993, 477 (478).

48) Ebd., S. 479.

zierungsleasing rechtfertigen könnten: Ausgangspunkt ist auch hier stets der Vollamortisationsbetrag.

Unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 II der Verbraucher-kredit-Richtlinie ist von entscheidender Bedeutung, daß die Ausnahmeregelung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG in dem Text zur Verbraucher-kredit-Richtlinie und der Änderungs-Richtlinie keinerlei Basis besitzt. An keiner Stelle findet sich ein Hinweis, daß beim Finanzierungsleasing die grundsätzlich geschuldete Information des Verbrauchers über die jeweiligen Kreditbedingungen außer Betracht bleiben darf. Insbesondere wird im Blick auf die erforderlichen Angaben nicht zwischen einem Kredit und einer sonstigen „Finanzierungshilfe“ unterschieden. Es besteht daher nicht der mindeste Zweifel daran, daß die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG richtlinienwidrig ist.

Dies gilt insbesondere auch dann, wenn man berücksichtigt, daß der Gesetzgeber – mit zutreffender Begründung – davon ausgegangen war⁴⁹, daß Leasingverträge heutzutage in weitem Umfang von Verbrauchern in Bereichen abgeschlossen werden – etwa beim Pkw-Leasing –, welche früher dem Teilkredit vorbehalten waren. Anders gewendet: Wirtschaftlich betrachtet besteht zwischen Leasing und Teilkredit kein substantieller Unterschied, was sich auch nach zutreffender Ansicht darin widerspiegelt, daß die Kriterien der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB hier gleichgeschaltet werden sollten⁵⁰.

Aus diesem Grund bestehen auch durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken i. S. von Art. 31 GG, weil hier der Gesetzgeber zugunsten des Finanzierungsleasing eine Ausnahmebestimmung in § 3 II Nr. 1 VerbrKrG verankert hat, welche dem Leasingnehmer – anders als dem Kreditnehmer – jegliche Angaben über Gesamtbelastung und effektive Verzinsung vorenthält, obwohl es sich hierbei um austauschbare, gleichwertige Finanzierungsinstrumente handelt, bei denen die erforderliche Angaben gem. § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG bzw. gem. § 4 I 2 Nr. 1 VerbrKrG ohne weiteres vom Kreditgeber sowie vom Leasinggeber festgelegt werden können.

3. Konsequenzen

Im Ergebnis verletzt also die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG das Gebot der EG-rechtskonformen Umsetzung der Verbraucher-kredit-Richtlinie und der Änderungskredit-Richtlinie, weil sie dem Leasingnehmer die für den Abschluß des Finanzierungs-Leasingvertrages und auch sonstiger Leasingverträge erforderlichen Informationen – bezogen auf seine Gesamtbelastung und den effektiven Jahreszins i. S. von § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG – vorenthält. Deshalb muß ein mit einem dem Verbraucher-kreditgesetz unterfallenden Leasingvertrag befaßtes Gericht zwingend den Rechtsstreit aussetzen und dem EuGH gem. Art. 177 III EWGV die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob § 3 II Nr. 1 VerbrKrG richtlinienkonform ist⁵¹.

Ist aber § 3 II Nr. 1 VerbrKrG eine richtlinienwidrige Ausnahmebestimmung, so benachteiligt sie die Rechtsstellung des Leasingnehmers auf das schwerste, weil ihm unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG die Sanktionsfolge von § 6 III VerbrKrG versperrt bleibt: Dem Verbraucher wird das Recht abgeschnitten, lediglich eine Zinslast in Höhe von 4% p.a. zu zahlen. Auch wird ihm das Recht vorenthalten, anstelle des dem Leasinggebers in Rechnung gestellten Preises lediglich den Marktpreis i. S. von § 6 III 3 VerbrKrG zu entrichten.

4. Die EG-Staatshaftung

Zwangsläufig löst diese krasse Benachteiligung der Leasingnehmer die „Spirale“ der EG-Staatshaftung im Sinn der Francovich-Entscheidung des EuGH aus⁵². Im Klartext bedeutet dies, daß die Bundesrepublik verpflichtet ist, den Leasingnehmern die Rechtsposition – schadensersatzrechtlich – ein-

zuräumen, die ihnen kraft der bindenden Vorgaben der EG-Richtlinie zufällt. Sie können also beanspruchen, so gestellt zu werden, als hätte der Leasinggeber im Einzelfall die nach § 4 I 2 Nr. 2 VerbrKrG geschuldeten Angaben nicht gemacht. Sie haben also einen Freistellungsanspruch gegenüber der Bundesrepublik Deutschland und können verlangen, daß ihnen die Differenz ersetzt wird, welche zwischen Barzahlungspreis und einer Verzinsung i.H. von 4% p.a. i.S. von § 6 III VerbrKrG und den tatsächlichen Zahlungspflichten besteht, welche die Leasingnehmer aufgrund der abgeschlossenen Leasingverträge i. S. von § 1 II VerbrKrG den Leasinggebern schulden.

Die Leasinggeber ihrerseits jedenfalls haben gegenüber der Bundesrepublik Deutschland einen EG-rechtlichen Schadensersatzanspruch, falls sich ein Leasingnehmer erfolgreich darauf berufen sollte, daß die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG das EG-Gemeinschaftsrecht verletzt. Man kann deshalb nur hoffen, daß der Bundestag schnellstens die Ausnahmebestimmung von § 3 II Nr. 1 VerbrKrG novelliert. Ohnehin kommen schon jetzt – wegen der notwendigen Rückwirkung einer Entscheidung des EuGH – EG-rechtliche Schadensersatzansprüche gem. § 839 BGB in Milliardenhöhe auf die Bundesrepublik zu; ein weiteres Zuwarten des Gesetzgebers ist daher unverantwortlich.

49) Hierzu BT-Dr 1/5462, S. 17 f.; BT-Dr 11/8274, S. 20 f.

50) Hierzu Graf v. Westphalen (o. Fußn. 8), RdNr. 382 ff.

51) Vgl. LG Kleve, NJW 1993, 472 = EuZW 1993, 166 m. Anm. Kappus, zu § 1 HWiG im Hinblick auf Bürgschaftsverträge; hierzu auch BGHZ 113, 287, NJW 1991, 975 = LM HWiG Nr. 6; BGH, NJW 1993, 1594 = LM H. 7/1993 § 1 HWiG Nr. 12 m. Anm. Pfeiffer, womit eine Parallelproblematik beleuchtet ist.

52) EuGH, NJW 1992, 165 = EuZW 1991, 758 – Francovich.

Richter am OVG Dr. Hans-Cord Sarnighausen, Lüneburg

Abwägungsmängel bei Bebauungsplänen in der Praxis

Liegt einem Verwaltungsrechtsstreit, einer Normenkontrolle oder einem Verfahren vor den Baulandgerichten ein Bebauungsplan zugrunde, so konzentrieren sich die Beteiligten zunehmend auf die Frage der materiellen Gültigkeit des Plans. Dabei steht die geltend gemachte Verletzung des Abwägungsgebots des § 1 VI BauGB im Vordergrund. An gerichtliche Planprüfungen knüpfen nicht nur die betroffenen Bürger, sondern auch Behörden und Gemeinden hohe Erwartungen. Wird ein Bebauungsplan vom Zivil- oder Verwaltungsgericht ganz oder teilweise für unwirksam erklärt, reichen die Auswirkungen über die erfolgreiche Anfechtung eines Verwaltungsakts weit hinaus. Man denke nur an Straßenplanungen der Kommunen oder Ausweisungen von Gewerbegebieten. Die planende Gemeinde wird die Recherchen und Entscheidungen gerichtlicher Plankontrolleure stets als Bevormundung und Eingriff in ihre Planungshoheit nach Art. 28 II GG empfinden: Wird das Recht der kommunalen Selbstverwaltung beim Aufstellen von Bauleitplänen in der Praxis zur Farce?

I. Die Rechtsgrundlagen der Abwägungskontrolle

Nach § 2 I 1 BauGB sind die Bauleitpläne von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufzustellen. Diese Zuständigkeitsregelung konkretisiert die durch Art. 28 II GG geschützte kommunale Planungshoheit. Verfassungsrechtlich muß