

Die Rechtsprechung des BGH zum Leasingvertrag als Umgegungsgeschäft gemäß § 6 AbzG

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Es kann hier nicht der Ort sein, die unterschiedlichen Streitpunkte im einzelnen auseinanderzufalten, die im Rahmen von § 6 AbzG entwickelt worden sind, um Leasingverträge in den Schutzbereich des AbzG zu bringen¹, weil der BGH – und dies allein ist in praktischer Sicht bedeutsam – seine Judikatur im wesentlichen stabilisiert hat². Gerade unter dieser Perspektive lassen sich folgende Leitlinien für die Anwendbarkeit von § 6 AbzG auf Leasingverträge entwickeln:

1. Das dem Leasingnehmer unmittelbar eingeräumte Erwerbsrecht

Der BGH hat zunächst § 6 AbzG auf einen Mietkauf angewandt³, in späteren Entscheidungen hat er aber dann die Anwendbarkeit von § 6 AbzG auch auf Leasingverträge ausgedehnt⁴. Seit der wegweisenden Entscheidung des BGH vom 24. 4. 1985⁵, steht fest: Ein Miet- oder Leasingvertrag ist dann als Umgegungsgeschäft gemäß § 6 AbzG zu qualifizieren, wenn der Vertrag darauf abzielt, die Übertragung der Sachsubstanz auf den Leasingnehmer zu bewirken, so daß „der Leasingnehmer damit rechnen kann, daß ihm bei störungsfreiem Ablauf die Sache endgültig verbleibt“⁶. Gleichwohl sind die Einzelheiten, die den verschiedenen – maßgebenden – BGH-Entscheidungen zugrunde liegen, von praktisch hoher Bedeutung, so daß sie hier im einzelnen kurz aufgezeigt werden sollen.

a) Die BGH-Entscheidungen bis zum Grundsatzurteil vom 24. 4. 1985

Dem Urteil vom 12. 12. 1973⁷ lag der Sachverhalt eines Mietkaufs zugrunde: Dem Mieter war ein Optionsrecht zum käuflichen Erwerb der Mietsache eingeräumt, welches jederzeit während der Laufzeit des Mietvertrages ausgeübt werden konnte – mit der Folge, daß die bis dahin gezahlten Mietraten auf den Kaufpreis in vollem Umfang angerechnet wurden. Unter dieser Voraussetzung bejahte der BGH die Anwendbarkeit von § 6 AbzG, weil ja der Vermieter dem Mieter ein festes Recht auf Erwerb der *Sachsubstanz* eingeräumt hatte, so daß sich – per Saldo – die Übertragung des Eigentums an der Sache als Endzweck des Geschäfts darstellte. Die ratenweise erbrachten Leistungen des Mieters waren – wirtschaftlich betrachtet – als Zahlungen auf den Kaufpreis anzusehen⁸. In der

nachfolgenden Entscheidung vom 23. 2. 1977⁹ verneinte der BGH das Vorliegen der Voraussetzungen von § 6 AbzG, weil es sich in diesem Fall um einen *Vollamortisationsvertrag* handelte: Dem Leasingnehmer war keine Kaufoption eingeräumt; vielmehr hatte sich der Leasinggeber die Rückgabe der Sache nach Beendigung des Leasingvertrages sowie deren weitere Verwertung ausdrücklich vorbehalten¹⁰.

In seinem Urteil vom 9. 3. 1977¹¹ beschäftigte sich der BGH mit einem Fall, dessen Konstellation ähnlich derjenigen war, welche der Entscheidung des Gerichts vom 12. 12. 1973¹² zugrunde lag: Auch hier war – individualvertraglich – dem Mieter ein Optionsrecht zum käuflichen Erwerb der Mietsache eingeräumt worden, welches sowohl während der Mietzeit als auch nach deren Ende ausgeübt werden konnte. Allerdings war in diesem Fall der Übernahmepreis – für die Ausübung des Optionsrechts – nicht eindeutig fixiert, was jedoch unter Berücksichtigung der Bestimmungen der §§ 315 ff. BGB irrelevant war¹³. Von entscheidender Bedeutung war erneut: Endziel dieses Vertrages war der käufliche Erwerb der Sachsubstanz der Mietsache, so daß § 6 AbzG Anwendung fand.

Die BGH-Entscheidung vom 5. 4. 1978¹⁴ betraf erstmals einen *Teilamortisationsvertrag*, und zwar mit Andienungsrecht des Leasinggebers in Höhe von 10% der „Mietberechnungsgrundlage zzgl. MWSt unter Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen“¹⁵. Aus der Tatsache, daß dem Leasinggeber ein Andienungsrecht unter Berücksichtigung des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975¹⁶ eingeräumt war, folgte der BGH: Die Voraussetzungen von § 6 AbzG liegen hier deswegen nicht vor, weil – aus der Perspektive

¹ Graf von Westphalen, MDR 1980, 441 ff.; ders., DB 1985, 584 f.; Berger, ZIP 1984, 1440; Canaris, Bankvertragsrecht 2. Aufl., Rdnr. 1730.

² BGH WM 1985, 628.

³ BGH WM 1974, 96.

⁴ BGH WM 1977, 447; BGH WM 1977, 473; BGH WM 1978, 570; BGH WM 1979, 491; BGH WM 1979, 1385; BGH WM 1982, 873.

⁵ BGH WM 1985, 628.

⁶ BGH WM 1985, 628 [629].

⁷ BGH WM 1974, 96.

⁸ BGH WM 1974, 96 [97].

⁹ BGH WM 1977, 447.

¹⁰ BGH WM 1977, 447 [448]; Blomeyer, NJW 1978, 973 [976 f].

¹¹ BGH WM 1977, 473.

¹² BGH WM 1974, 96.

¹³ BGH WM 1977, 473 [475].

¹⁴ BGH WM 1978, 570.

¹⁵ BGH WM 1978, 570 [571].

¹⁶ BB 1976, 72.

des Leasingnehmers beleuchtet – nicht nur die theoretische Möglichkeit bestand, daß der Leasinggeber bei Ende der Grundmietzeit von seinem Andienungsrecht keinen Gebrauch machen würde, sondern es vorzog, den Leasinggegenstand anderweitig zu verwerten¹⁷. In dieser Erwägung äußert sich der Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers, weil es zu den Spezifika des Teilamortisations-Erlasses gehört, daß der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung hat, während der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung – verkörpert durch das Andienungsrecht des Leasinggebers – trägt¹⁸.

Die BGH-Entscheidung vom 24. 1. 1979¹⁹ betraf wiederum einen klassischen Mietkaufvertrag, weil der Sacherwerb sich automatisch nach Ablauf der Mietzeit vollziehen sollte. Unmittelbar hatte dies zur Folge, daß § 6 AbzG Anwendung fand.

In der Entscheidung vom 24. 10. 1979²⁰ hatte sich der BGH mit einem Teilamortisationsvertrag zu befassen, und zwar in der Ausgestaltung der *Mehrerlösbeziehung* des Leasingnehmers²¹. Während der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975²² vorsieht, daß der Leasingnehmer nur in Höhe von 75% des Mehrerlöses beteiligt wird, während 25% des Mehrerlöses als Ausweis des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers bei diesem verbleiben müssen, war hier die Vertragsgestaltung so, daß der Leasingnehmer in Höhe von 90% des Netto-Verwertungserlöses mit der Maßgabe beteiligt sein sollte, daß durch eben diesen Mehrerlös eine „nachträgliche Korrektur der Miethöhe“ eintreten sollte. Da jedoch hier der Leasinggeber – und darauf stellte der BGH ab²³ – das Leasinggut nach Ablauf der Grundmietzeit herausverlangen durfte, konnte sich der Leasingnehmer „nicht als wirtschaftlicher Herr der Sache fühlen“²⁴ und deshalb auch nicht darauf vertrauen, „daß zu seinen Gunsten das Abzahlungsgesetz Anwendung findet“²⁵.

Die BGH-Entscheidung vom 24. Mai 1982²⁶ betrifft einen Vollamortisationsvertrag, bei dem der Leasingnehmer – alternativ – das Optionsrecht besaß, entweder nach Ablauf der Grundmietzeit einen Mietverlängerungsvertrag abzuschließen oder das Leasinggut „unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung zu kaufen“²⁷, wobei der Kaufpreis „aus dem Buch- bzw. Zeitwert im Zeitpunkt der Veräußerung“ errechnet werden sollte. Der BGH faßte seine bis zu diesem Zeitpunkt ergangenen Entscheidungen wie folgt zusammen:

„Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats stellt ein Leasing- oder Mietvertrag ein verdecktes Abzahlungsgeschäft (§ 6 AbzG) dar, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Vertrag darauf abzielt, die Wirkung eines Kaufs zu erreichen. Entscheidend ist, ob der Vertrag aus der Sicht des Mieters oder Leasingnehmers die Übertragung der Sachsubstanz nach Ablauf der Mietzeit zum Endziel hat, ob also der Leasingnehmer (Mieter) damit rechnen kann, daß ihm bei störungsfreiem Verlauf die Sache endgültig verbleibt. Dies ist in aller Regel anzunehmen, wenn ... dem Leasingnehmer ein Erwerbsrecht eingeräumt ist“²⁸.

b) Die BGH-Entscheidungen nach dem Grundsatzurteil vom 24. 4. 1985²⁹

Es ist von weitreichender Bedeutung zu erkennen, daß der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom

24. 4. 1985³⁰ ausdrücklich die bisherige Tendenz der Judikatur bestätigt hat. Das dem Leasingnehmer eingeräumte Optionsrecht führt allerdings „nicht zwingend oder ausnahmslos zur Anwendung des Abzahlungsgesetzes“³¹. Es hat vielmehr, worauf der BGH mit Nachdruck verweist,

„lediglich indizielle Bedeutung, die mit Rücksicht auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und -klarheit nur durch entgegenstehende, zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits erkennbare eindeutige Umstände aufgehoben werden kann“³².

Der zugrundeliegende Vertrag war ein typischer Vollamortisationsvertrag: Nach Beendigung der Grundmietzeit mußte der Leasingnehmer das Leasinggut an den Leasingnehmer zurückliefern³³. Folgerichtig kam deshalb der BGH zur Ablehnung von § 6 AbzG.

Bei der am gleichen Tag ergangenen weiteren BGH-Entscheidung³⁴ war eine Zusatzvereinbarung getroffen worden. Danach wurden 50% der Mietzahlungen bei Übernahme des Leasingguts angerechnet³⁵. Hinzu kam, daß eine ungewöhnlich kurze Mietzeit vereinbart war: Der Mietvertrag war zunächst auf sechs Monate abgeschlossen; er sollte sich jeweils um die gleiche Zeit verlängern, wenn er nicht mit einer Frist von einem Monat im voraus schriftlich gekündigt worden war. Unter dieser Voraussetzung prüfte der BGH³⁶, ob nicht möglicherweise ein *Ausnahmefall* vorliegt, so daß – trotz Einräumung des Erwerbsrechts nach Ablauf der Grundmietzeit – die Feststellung zweifelhaft ist, ob die Eigentumsübertragung Endziel des Vertrages ist. Diese Frage beantwortete der BGH unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls³⁷: Neben der Vereinbarung des Erwerbsrechts stellte er auf die übrige Vertragsgestaltung ab und hob hervor, daß – insbesondere – die hälftige Anrechnung des Mietzinses auf den zu zahlenden Kaufpreis als „wirtschaftliches Druckmittel“ erscheint, den Mieter dazu zu bewegen, „die Mietsache so früh wie möglich zu erwerben, um den Verlust der Hälfte der bis dahin gezahlten Mietzinsraten so gering wie möglich zu halten“³⁸. Deshalb stellte der BGH fest:

„Bei dieser Vertragsgestaltung (der Mietzins war im übrigen so bemessen, daß schon bis zum Ablauf der sechsmonatigen Festmietzeit fast 40% des Neuwertes der Mietsache erreicht waren) drängte es sich für den Beklagten (Leasingnehmer) aus Gründen der wirtschaftlichen Vernunft auf, die Mietsache

¹⁷ BGH WM 1978, 570 [572].

¹⁸ Im einzelnen *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 3. Aufl., Rz. 96 ff.

¹⁹ BGH WM 1979, 491.

²⁰ BGH WM 1979, 1385.

²¹ BGH a.a.O.

²² BB 1976, 72.

²³ BGH WM 1979, 1385 [1386].

²⁴ BGH a.a.O.

²⁵ BGH a.a.O.

²⁶ BGH WM 1982, 873.

²⁷ BGH WM 1982, 873 [874].

²⁸ BGH WM 1982, 873 [874].

²⁹ BGH WM 1985, 628.

³⁰ BGH a.a.O.

³¹ BGH WM 1985, 68 [630].

³² BGH WM 1985, 628 [630].

³³ BGH WM 1985, 628 [629].

³⁴ BGH WM 1985, 634.

³⁵ BGH a.a.O.

³⁶ BGH WM 1985, 634 [635].

³⁷ BGH a.a.O.

³⁸ BGH a.a.O.

nach Ablauf der Grundmietzeit käuflich zu erwerben³⁹.

In der Entscheidung vom 29. 1. 1986⁴⁰ befaßte sich der BGH zum ersten Mal mit der Konstellation, daß ein Erwerbsrecht in den Leasing-AGB nicht ausdrücklich vereinbart ist. Während in den Leasing-AGB festgelegt war, der Leasingnehmer ist verpflichtet, nach Ablauf der Grundmietzeit das Leasinggut an den Leasinggeber auf eigene Kosten und Gefahr unverzüglich zurückzugeben, enthielt der Leasingvertrag eine individuell vereinbarte zusätzliche Bedingung, die maschinenschriftlich eingefügt ist: „Der Leasingnehmer stellt nach Vertragsende einen Käufer“⁴¹. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände kam der BGH zu dem Ergebnis, daß sich bei dieser vertraglichen Sachlage der Schluß aufdrängt, „die Vertragsformulierung als Verpflichtung des Leasingnehmers auszulegen“⁴², sich selbst um einen Käufer zu bemühen, so daß der „Ausschluß des Erwerbsrechts durch die Zusatzbedingungen als aufgehoben anzusehen“ ist⁴³. Zur Folge hat dies, „daß der Leasingnehmer auch sich selbst als Käufer benennen darf“⁴⁴. Deshalb formulierte der BGH den Rechtssatz:

„Da seine (des Erwerbsrechts) Ausübung nach der vertraglichen Regelung von keiner anderen Voraussetzung als vom Willen des Berechtigten abhängig ist, kann der Leasingnehmer ebenso wie in den Fällen mit ausdrücklich eingeräumtem Erwerbsrecht darauf vertrauen, daß ihm die Leasingsache bei störungsfreiem Vertragsablauf endgültig verbleibt, sofern er sich zum Erwerb entschließt“⁴⁵.

Deshalb behandelte der BGH diesen Fall als Umgehungstatbestand gemäß § 6 AbzG.

Die Entscheidung des BGH vom 11. 3. 1987⁴⁶ befaßte sich mit einer – nicht unbedingt häufig auftretenden – Konstellation: Für den Leasingvertrag war eine Laufzeit von 43 Monaten vereinbart; die monatlichen Leasingraten betragen netto 1 935,51 DM, so daß der vom Leasinggeber eingesetzte Kaufpreis – durch die Vollamortisation des Leasingnehmers – mit mehr als 25 % p. a. verzinst wurde⁴⁷. Der BGH grenzte jedoch diese Fallkonstellation gegenüber dem vorstehend Behandelten ab und erklärt:

„Fehlt es an den vom Senat als Abgrenzungskriterien herausgestellten Indizien für ein verdecktes Abzahlungsgeschäft und kann der Leasinggeber zudem – wie hier nach § 11 der AGB – die Leasingsache nach der Mietzeit vertraglich zurückfordern, so spricht dies deutlich gegen die Annahme, die Sache habe dem Leasingnehmer auf Dauer übertragen werden sollen“⁴⁸.

Auch darauf, daß hier eine hohe Verzinsung des eingesetzten Kapitals erreicht werden sollte, kann der Leasingnehmer, „auf dessen Sicht es maßgeblich ankommt“⁴⁹, nicht herleiten, daß der Leasinggeber „kein Interesse an einer Rücknahme des Leasinggutes habe, sondern daß ihm allein daran gelegen sei, es dem Leasingnehmer nach Beendigung des Vertrages gegen Zahlung des Restwertes zu überlassen“⁵⁰, was die Konsequenz der Ausübung des dem Leasinggeber zustehenden Andienungsrechts gewesen wäre. Daher verneinte der BGH die Anwendbarkeit von § 6 AbzG.

Die Entscheidung vom 29. 11. 1989⁵¹ bezieht sich auf die – in der Praxis immer wieder vorkommende – Konstruktion des „Sale-and-Lease-Back“-Vertrages. Danach beschafft sich der Leasinggeber das Leasinggut nicht von einem Dritten, sondern unmittelbar vom

Leasingnehmer⁵². In dem Vertrag war vorgesehen, daß der Leasingnehmer berechtigt ist, das Leasinggut „zum Restbuchwert oder einem niedrigeren Zeitwert“ zu kaufen⁵³. Mit anderen Worten: Dem Leasingnehmer war eine Kaufoption entsprechend dem Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971⁵⁴ eingeräumt. Der BGH betonte ausdrücklich, daß die Fälle des „Sale-and-Back“ genauso zu behandeln sind wie alle sonstigen Finanzierungs-Leasingverträge unter Berücksichtigung von § 6 AbzG⁵⁵. Auch der Gedanke, daß das „Sale-and-Lease-Back“-Verfahren dem Zweck dient, gekaufte oder benutzte Leasinggüter zu finanzieren, erhält keine ausschlaggebende Bedeutung. Denn auch in diesem Fall findet die unbedingte, uneingeschränkte Übertragung des Eigentums auf den Leasinggeber statt, der seinerseits die Leasingsache dem Leasingnehmer zum zeitweiligen Gebrauch überläßt⁵⁶. Anders gewendet: Die rechtliche Beurteilung wird nicht dadurch geändert, „daß der Leasingnehmer zuvor schon Besitzer und im Regelfall auch Eigentümer“⁵⁷ des Leasingguts war. Auch der Gesichtspunkt, daß der Leasinggeber – gerade beim „Sale-and-Lease-Back“ – das Ziel verfolgt, dem Leasingnehmer die Sachsubstanz auf Dauer zu übertragen und damit „den Absatz zu fördern“⁵⁸, führt nach Auffassung des BGH zu keiner abweichenden Beurteilung im Rahmen von § 6 AbzG.

Deshalb wendet der BGH⁵⁹ § 6 AbzG an. Denn auch dieser Vertrag enthielt „bei objektiver Auslegung“ eine Regelung, welche den Leasingnehmer – nach Ablauf der Grundmietzeit – darauf vertrauen ließ, daß ihm das Leasinggut „bei Ausübung seines Optionsrechts endgültig verbleiben kann“⁶⁰.

Die bislang letzte BGH-Entscheidung zu § 6 AbzG befaßt sich mit der Frage, ob auch dann ein Umgehungsgeschäft vorliegt, wenn dem Leasingnehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Dritten zu benennen, der das Leasinggut – nach Ablauf des Vertrages – zum Marktpreis erwerben kann, während ein Erwerbsrecht des Leasinggebers seinerseits ausgeschlossen ist⁶¹. Der Sachverhalt war auf dem Teilamortisationsmodell des Mehrerlösvertrages⁶² aufgebaut – mit der Konsequenz, daß der Leasingnehmer die Möglichkeit hatte, nach Ablauf des Leasingvertrages einen Dritten als Käufer zu benennen. Wie bei diesem Teilamortisationsmodell üblich, war ein Erwerbsrecht des Leasingnehmers ausgeschlossen; denn der Leasinggeber ist nur dann rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts, wenn und soweit der Leasingnehmer

³⁹ BGH a.a.O.

⁴⁰ BGH WM 1986, 480.

⁴¹ BGH WM 1986, 480 [481].

⁴² BGH WM 1986, 480 [482].

⁴³ BGH a.a.O.

⁴⁴ BGH a.a.O.

⁴⁵ BGH WM 1986, 480 [483].

⁴⁶ BGH WM 1987, 627.

⁴⁷ BGH WM 1987, 627 [628].

⁴⁸ BGH WM 1987, 627 [629].

⁴⁹ BGH a.a.O.

⁵⁰ BGH a.a.O.

⁵¹ BGH WM 1990, 103.

⁵² Hierzu *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 3. Aufl., Rdnr. 15.

⁵³ BGH WM 1990, 103 [104].

⁵⁴ WMF-Schreiben vom 19. 4. 1971, BB 1971, 506.

⁵⁵ BGH WM 1990, 103 [106].

⁵⁶ Ebenda.

⁵⁷ Ebenda.

⁵⁸ Ebenda.

⁵⁹ BGH WM 1990, 103.

⁶⁰ S. 106.

⁶¹ BGH, NJW-RR 1990, 1205.

⁶² WFM-Schreiben vom 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

das Risiko der Wertminderung zu tragen verpflichtet ist⁶³. Demzufolge gelangte der BGH zu dem Ergebnis⁶⁴, daß „die (bloße) Möglichkeit, einen Dritten mit dem Erwerb des PKW und anschließender Weiterübertragung auf den Leasingnehmer zu beauftragen, um auf diese Weise Eigentümer des Fahrzeugs zu werden“ nicht mit der Fallkonstellation gleichgesetzt werden kann, in der der Leasingnehmer – von vornherein – ein Erwerbsrecht erhält. Die „rein theoretische Möglichkeit“, daß – schon bei Abschluß des Leasingvertrages – für den Leasingnehmer feststand, welchen Dritten er – entsprechend der Vertragsklausel – als Erwerber des Leasingguts benennen werde, reicht nach Auffassung des BGH⁶⁵ nicht aus, auch wenn man in diesem Zusammenhang berücksichtigt, daß der Leasingnehmer – auf dem Umweg über einen Dritten – das Leasinggut käuflich erwirbt. Bei unvoreingenommener Betrachtungsweise ist vielmehr der käufliche Erwerb des Leasingguts durch den Leasingnehmer davon abhängig, daß „eine bei Vertragsschluß noch fehlende Willensentschließung eines Dritten“⁶⁶ den käuflichen Erwerb verwirklicht. Dies aber reicht für die Bejahung eines Umgehungsgeschäfts im Sinn von § 6 AbzG nicht aus.

2. Das dem Leasingnehmer mittelbar zugesagte Erwerbsrecht

In der Grundsatzentscheidung vom 24. 4. 1986⁶⁷ hatte der BGH bereits darauf hingewiesen, daß auch mündliche Nebenabreden, die bei Abschluß des Leasingvertrages getroffen werden, gemäß § 4 AGB-Gesetz binden – mit der Konsequenz, daß § 6 AbzG Anwendung findet, wenn dem Leasingnehmer mündlich – entgegen dem Inhalt des schriftlichen Vertragstextes – zugesichert ist, er könne das Leasinggut nach Ablauf der Grundmietzeit käuflich erwerben. Diese Konstellation spielte in der BGH-Entscheidung vom 4. 11. 1987⁶⁸ eine zentrale Rolle. In einer Zeitungsanzeige hatte hier die Rechtsvorgängerin der Lieferantin geworben: „Krisenfeste Voll-Existenz. Einarbeitung erfolgt durch Firma. Erforderliches Eigenkapital 40 000,- DM bis 60 000,-DM oder Leasing (Kaufpacht) bei entsprechenden Sicherheiten“⁶⁹. Nach Erwerb der Anlage und Eröffnung des Reinigungsbetriebes wurde dann ein Leasingvertrag abgeschlossen. Dieser bestimmte u. a.: „Der LN ist unterrichtet, daß der Lieferant in keiner Weise als Vertreter oder ähnliches des LG fungiert“⁷⁰. Darüber hinaus war in dem Vertrag festgelegt, daß ein „Anspruch auf Übereignung des Vertragsgegenstandes“ nicht besteht⁷¹. Von entscheidender Bedeutung war jedoch, daß der Lieferant erklärt hatte, der Leasingnehmer könne die Reinigungsanlage später käuflich erwerben⁷².

Der dogmatische Ansatzpunkt dieser Entscheidung geht in die Richtung: Soweit sich der Leasinggeber bei den notwendigen Vertragsvorbereitungen, die jedem Leasingvertrag vorangehen – Auswahl, Beschaffenheit und Erwerbsbedingungen für den Leasinggegenstand – der Hilfe des Lieferanten bedient, so ist der Lieferant Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers⁷³. Auch im Hinblick auf die dabei entstehenden Hinweis- oder Aufklärungspflichten wird der Lieferant zum *Erfüllungsgehilfen* des Leasinggebers, für den er nach § 278 BGB einzustehen verpflichtet ist⁷⁴. Da hier die Einräumung des Erwerbsrechts im eklatanten Widerspruch zu den Leasing-AGB stand, sah der BGH in dieser Er-

klärung eine schuldhaftige Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflichten: Der Leasingnehmer – so argumentierte das Gericht⁷⁵ – konnte und durfte auf die Sachkenntnis des Vertragsvermittlers/Lieferanten vertrauen, zumal in der Zeitungsanzeige des Lieferanten bereits von „Kaufpacht“ gesprochen worden war, so daß es nahe lag, daß der Leasingnehmer „von Anfang an mit der Möglichkeit des späteren Erwerbs rechnete“⁷⁶. Selbst der Umstand, daß nicht die Lieferantin, sondern der hier selbständige Handelsvertreter die unrichtige Erklärung abgegeben hatte, schränkte die Haftung des Leasinggebers nicht ein, weil – so der BGH – der Leasinggeber damit rechnen mußte, daß beim Vertrieb von Maschinen und anderen technischen Geräten Handelsvertreter von Lieferanten eingeschaltet werden⁷⁷. Des weiteren unterstrich der BGH, daß es dem Leasinggeber nicht möglich ist, in den Leasing-AGB sich von der Haftung für etwaige Pflichtversäumnisse des als Erfüllungsgehilfen auftretenden Lieferanten freizuzeichnen⁷⁸, so daß eine entgegenstehende – hier in den Leasing-AGB vorzufindende Haftungsfreizeichnungsklausel an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitert.

Auf der gleichen Linie bewegt sich die BGH-Entscheidung vom 15. 6. 1988⁷⁹. Hier ging es um eine EDV-Anlage, die im Rahmen eines Leasingvertrages vermietet wurde. In der Vertragsurkunde war vorgesehen, daß das Leasinggut bei Ablauf der Grundmietzeit zurückzugeben ist. Demgegenüber war – und diese Fallvariante ist neu – zwischen Leasinggeber und Lieferant schriftlich vereinbart, daß der Lieferant das Recht hat, die von ihm gelieferten Leasinggüter nach Ablauf der kalkulierten Mietzeit „zurückzukaufen, sofern mit dem Leasing-Nehmer keine Vereinbarung über die weitere Nutzung der Leasing-Gegenstände getroffen wurde“⁸⁰. Unter Berücksichtigung dieser Vereinbarung hatte der Lieferant dem Leasingnehmer seinerseits den käuflichen Erwerb des Leasingguts nach Ablauf der Grundmietzeit zugesagt.

Der BGH wertete gleichwohl dieses Vertragsverhältnis als Umgehungsgeschäft im Sinn von § 6 AbzG. Wiederum wertete der BGH alle Umstände des Einzelfalls und erklärte:

„Eine derartige Zusage, die im Hinblick darauf, daß bei ihrer Abgabe noch nicht alle Modalitäten des Erwerbs festliegen, als Vorvertrag zum Kaufvertrag anzusehen ist, macht den Leasingvertrag jedenfalls dann zu einem Umgehungsgeschäft im Sinne des § 6 AbzG, wenn sie mit dem Leasingvertrag zusammen den Erwerb des Leasingobjekts durch den Leasingnehmer herbeiführen soll. Der Beklagte mußte,

⁶³ Hierzu im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rz. 19; Rz. 62 ff.

⁶⁴ BGH NJW-RR 1990, 1205 [1206].

⁶⁵ BGH a.a.O.

⁶⁶ Ebenda.

⁶⁷ BGH WM 1985, 628 [631].

⁶⁸ BGH NJW-RR 1988, 241 = WM 1988, 84.

⁶⁹ BGH a.a.O.

⁷⁰ BGH a.a.O.

⁷¹ BGH a.a.O.

⁷² BGH NJW-RR 1988, 241 [242] = WM 1988, 84 [87].

⁷³ BGH WM 1985, 906.

⁷⁴ BGH NJW-RR 1988, 241 [242] = WM 1988, 84 [87].

⁷⁵ BGH NJW-RR 1988, 241 [243] = WM 1988, 84 [87].

⁷⁶ BGH a.a.O.

⁷⁷ BGH a.a.O.

⁷⁸ BGH NJW-RR 1988, 241 [242] = WM 1988, 84 [88].

⁷⁹ BGH WM 1988, 1122.

⁸⁰ BGH a.a.O.

weil er Verkaufsvertreter der Firma P. werden wollte, die IBM-Anlage von dieser erwerben. Da er nicht über das notwendige Bargeld verfügte, vermittelte ihm die Firma P. „die Finanzierung“ in Gestalt des Leasingvertrages mit der Klägerin. Der Abschluß des Leasingvertrages war nach diesem unstreitigen Sachverhalt das Mittel zum Erwerb. Ohne den vom Lieferanten ausgelösten Zwang zum Erwerb hätte der Beklagte den Leasingvertrag nicht abgeschlossen; der Leasingvertrag bekam durch den beabsichtigten Erwerb der EDV-Anlage seinen Sinn. Auch wenn dem Beklagten nicht gesagt worden ist, wie – d. h. in welchen Rechtsakten – sich der Erwerb vollziehen würde, mußten ihm Lieferant und Leasinggeberin subjektiv als Vertragspartner erscheinen, die ihn gemeinsam durch ihr Zusammenwirken den Erwerb des Geschäftscomputers ermöglichten⁸¹.

Daraus folgt: Erklärungen des Lieferanten sind dem Leasinggeber immer dann zuzurechnen, wenn sie dem Abschluß des Leasingvertrages dienen und diesen vorbereiten, sei es, daß der Leasinggeber Vertragsformulare dem Lieferanten überläßt oder die Kalkulation diesem offenlegt, so daß der Lieferant dann – mit Wissen und Wollen des Leasinggebers – gegenüber dem Leasingnehmer tätig wird⁸². Unter dieser Voraussetzung kommen folgende haftungsrechtlichen Anknüpfungspunkte in Betracht: Entweder ist der Lieferant des Leasingguts Stellvertreter des Leasinggebers im Sinn der §§ 164 ff. BGB – regelmäßig kommt hier auch das Vorliegen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Betracht, was selten ist –, oder das Verhalten des Lieferanten wird dem Leasinggeber im Rahmen des Aufklärungs- und Beratungsverschuldens zugerechnet⁸³. Im einen wie im anderen Fall wird der Leasinggeber verpflichtet, auf die Besonderheiten des Vorrangprinzips von § 4 AGB-Gesetz Rücksicht zu nehmen, wenn und soweit mündliche Erklärungen abgegeben werden.

3. Der vollständige Wertverzehr des Leasingguts

In früheren Entscheidungen⁸⁴ hatte der BGH die Frage ausdrücklich offengelassen, ob der vollständige Wertverzehr des Leasingguts während der Grundmietzeit der Einräumung eines Erwerbsrechts gleichgestellt werden kann. In der Grundsatzentscheidung vom 24. 4. 1985⁸⁵ hat der BGH diese Frage ausdrücklich bejaht. Denn in diesen Fällen handelte es sich – „im praktischen Ergebnis“ – „um die endgültige Übertragung der Sachsubstanz auf den Leasingnehmer“⁸⁶. Doch machte der BGH sogleich eine wesentliche Einschränkung:

„Diese Gleichstellung ist, anders als das Berufungsgericht meint, jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn auf die Aufzehrung des Gebrauchswertes für den Leasingnehmer, nicht dagegen auf den Verlust des Handelswertes, insbesondere für den Leasinggeber abgestellt wird“⁸⁷.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, entscheidet sich ausschließlich unter Berücksichtigung des *Zeitpunktes des Vertragsabschlusses*; später eintretende Umstände sind unerheblich⁸⁸. Dabei kommt es auf die Tatsachen an, „die die vollständige Abnutzung ergeben“; diese müssen „feststehen und für die Vertragsparteien erkennbar sein“⁸⁹.

In seiner Entscheidung vom 6. 11. 1985⁹⁰ stellte der BGH sodann klar:

„Es muß sich (aber) um die Aufzehrung des tatsächlichen oder rechtlichen Gebrauchswertes für den Leasingnehmer handeln, nicht aber um die des Markt- oder Handelswertes. Denn das wesentliche Argument für die Gleichstellung anderer Verträge mit Abzahlungskaufverträgen ist die Frage, ob die Sache zur dauernden Benutzung überlassen werden soll. Ihre Verwertbarkeit spielt dabei typischerweise für den Abzahlungskäufer keine Rolle und kann deshalb auch für ein Umgehungsgeschäft keine abgrenzende Bedeutung haben“⁹¹.

Deshalb ist selbst die Tatsache, daß der Leasingvertrag – hier: eine Fotokopieranlage – für die Zeitdauer von 84 Monaten kontrahiert wurde, nicht gleichbedeutend mit der Feststellung, daß dies – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – auf eine „mangelnde tatsächliche Brauchbarkeit“ des Leasingguts zwingend schließen läßt⁹².

Ähnliche Gedanken griff der BGH in seinem Urteil vom 26. 11. 1986⁹³ auf. Es handelte sich hierbei um einen Teilamortisationsvertrag mit Kündigungsrecht des Leasingnehmers, welche eine Abschlußzahlung – bezogen auf die Restamortisation – zur Folge hatte⁹⁴. Deshalb hatte der BGH die Frage zu prüfen, ob der Leasingnehmer von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, so daß er das Leasinggut bis zur Gebrauchsunfähigkeit nutzen werde⁹⁵. Indessen stellte der BGH fest:

„Die rein theoretische Möglichkeit, der Leasingnehmer werde von dem ordentlichen Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, bevor das Leasingobjekt völlig gebrauchsunfähig geworden ist, genügt dagegen nicht. Die Feststellung, hier wäre es für den Leasingnehmer etwa wirtschaftlich unvernünftig gewesen, den Vertrag zu irgendeinem Zeitpunkt vor Eintritt der Gebrauchsunfähigkeit zu kündigen, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Parteien haben hierfür auch nichts vorgetragen und bei der Art des Leasingguts (Registrierkasse) ist es ausgeschlossen, daß eine solche Feststellung getroffen werden könnte“⁹⁶.

In der letzten, bislang veröffentlichten Entscheidung befaßt sich der BGH am 31. 5. 1989⁹⁷ mit der Frage, welche Vertragslaufzeit dafür heranzuziehen ist, ob das Leasinggut gebrauchsuntauglich wird. Der BGH stellt auf die „Grundmietzeit“ ab⁹⁸. Daraus folgt unmittelbar:

⁸¹ BGH WM 1988, 1122 [1124].

⁸² Im einzelnen *Graf von Westphalen*, BB-Beilage Leasing-Berater 1989, 18 ff.

⁸³ BGH WM 1989, 1142.

⁸⁴ BGH WM 1977, 447; BGH WM 1978, 570; BGH WM 1977, 473 [475]; BGH WM 1979, 1385 [1387].

⁸⁵ BGH WM 1985, 628 [631].

⁸⁶ BGH a.a.O.

⁸⁷ BGH a.a.O.

⁸⁸ BGH WM 1985, 628 [631].

⁸⁹ BGH WM 1985, 628 [632].

⁹⁰ BGH WM 1986, 228.

⁹¹ BGH WM 1986, 228 [229].

⁹² BGH a.a.O.

⁹³ BGH WM 1987, 288.

⁹⁴ BGH a.a.O.

⁹⁵ BGH WM 1987, 288 [289].

⁹⁶ BGH a.a.O.

⁹⁷ BGH WM 1989, 1142.

⁹⁸ BGH a.a.O.

Ist ein Vertrag auf *bestimmte Zeit* abgeschlossen, „so kommt nur diese Zeit für den Wertverzehr in Betracht“⁹⁹.

Obwohl der BGH-Entscheidung vom 26. 11. 1986¹⁰⁰ ein *kündbarer Teilamortisationsvertrag* zugrunde lag, stellt der BGH nunmehr fest: Bei derartigen Verträgen ist – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – „regelmäßig nicht vorauszusehen, wann der Vertrag beendet wird“¹⁰¹. Daraus folgert der BGH:

„Möglicherweise kommt für kündbare Verträge ein dem Erwerbsrecht gleichzustellender Wertverzehr praktisch überhaupt nicht in Frage, weil eine innerhalb der Grundmietzeit voraussehbar eintretende Gebrauchsuntauglichkeit wirtschaftlich nicht mit einer auf fünf oder sechs Jahre als Amortisationszeit veranschlagten Ratenzahlungsverpflichtung in Einklang zu bringen ist und auch die steuerliche Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums zum Vermögen des Leasinggebers fraglich erschiene. Daß infolgedessen ein Gebrauchswertverzehr bei derartigen Verträgen nur ganz ausnahmsweise angenommen werden kann, muß hingenommen werden. Die eingeschränkte Anwendung des Abzahlungsgesetzes ergibt sich aus den Gesichtspunkten notwendiger Interessenwahrung beider Vertragspartner sowie der Rechtssicherheit und -klarheit“¹⁰².

4. Zusammenfassung

Die BGH-Judikatur zur Anwendbarkeit von § 6 AbzG auf Finanzierungs-Leasingverträge ist inzwischen festgefügt. Per Saldo kommt § 6 AbzG bei Leasingverträgen nur dann zum Zug, wenn dem Leasingnehmer – schon bei Abschluß des Vertrages – ein Erwerbsrecht zugesagt worden ist. Die Mehrzahl der praktisch werdenden Fälle bezieht sich jedoch inzwischen auf Erwerbszusagen, die nicht der Leasinggeber, sondern der Lieferant des Leasingguts dem Leasingnehmer – gleichgültig, aus welchen Gründen – macht. Diese aber werden dem Leasinggeber zugerechnet, sofern der Lieferant des Leasingguts im Rahmen der Vorbereitung des Leasingvertrages Tätigkeiten entfaltet, die dem Leasinggeber „eigenes Handeln“ ersparen¹⁰³.

⁹⁹ BGH WM 1989, 1142 [1144].

¹⁰⁰ BGH a.a.O.

¹⁰¹ BGH WM 1989, 1142 [1144].

¹⁰² BGH WM 1989, 1142 [1144].

¹⁰³ BGH WM 1985, 906.