

Wirtschaftsrecht

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Leasing und Konkurs

Stichworte: *Finanzierungsleasingvertrag / Konkurs des Leasingnehmers / Voll- und Teilamortisationsverträge / Andienungsrecht des Leasinggebers / Mehrerlösbeteiligung des Leasingnehmers / Optionsrecht des Leasingnehmers / Schadensersatzanspruch des Leasinggebers / Konkursrechtliche Praxis*

1. Der Konkurs des Leasingnehmers – § 19 KO oder § 17 KO?

1. Die rechtliche Qualifikation des Leasingvertrages

Kardinaler Ausgangspunkt für die rechtliche Qualifizierung von Leasingverträgen ist und bleibt die Erkenntnis, daß eine strikte Kongruenz in bezug auf die ertragsteuerliche Klassifizierung sowohl im Bereich von Vollamortisations- als auch im Bereich von Teilamortisationsverträgen angestrebt werden muß. Dies bedeutet: Es ist zum einen auf die ertragsteuerlichen Voraussetzungen des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971¹, zum anderen auf die Prämissen des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975² Rücksicht zu nehmen. Demzufolge ist der Leasinggeber, nicht aber der Leasingnehmer rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts im Sinn von § 39 AO (1977) – mit der Folge, daß der Leasinggeber das Leasinggut in seinem Anlagevermögen aktiviert und der Leasingnehmer die entrichteten Leasingraten als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben behandeln kann.

a) Die Judikatur des BGH

Entsprechend der inzwischen festgefügten Judikatur des BGH sind Finanzierungsleasingverträge als Verträge einzuordnen, auf die „in erster Linie“ die Bestimmungen des Mietrechts gemäß §§ 535 ff. BGB Anwendung finden³. Diese mietvertragliche Klassifizierung ist auf der Ebene der Sach- und Preisgefahrtragung⁴ durch eine vertragliche Gestaltung modifiziert, die kaufrechtlichem Vorbild entspricht⁵. Denn der Leasinggeber überwälzt dem Leasingnehmer die Tragung der Sach- und Preisgefahr und behandelt ihn so – entsprechend dem Vorbild des § 446 BGB – wie einen Käufer. Das Interesse an der Benutzung des Leasingguts liegt ganz überwiegend beim Leasingnehmer, so daß es gerechtfertigt ist, insoweit vom gesetzlichen Mietrecht abzuweichen, zumal der Leasingnehmer hierdurch nicht unangemessen benachteiligt wird, ist er doch regelmäßig in der Lage, dieses Risiko zu versichern⁶. Darüber hinaus ist typischerweise die mietrechtliche Haftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 BGB in der Weise ausgestaltet, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche abtritt, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferan-

1 BB 1971 S. 506.

2 BB 1976 S. 62.

3 BGH, BB 1986 S. 19, 20 m. w. N.

4 BGH, WM 1987 S. 38; WM 1987 S. 1338.

5 BGH, WM 1985 S. 602.

6 BGH, WM 1987 S. 1338, 1340.

ten des Leasingguts zustehen⁷. Dies schließt ein und setzt voraus, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer auch das Recht einräumt, sich beim „Fehlschlagen“ der Mangelbeseitigung vom Leasingvertrag zu lösen⁸. Denn sobald die Wandlung im Verhältnis zwischen Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts vollzogen ist, fehlt dem Leasingvertrag „von vornherein“⁹ die Geschäftsgrundlage, und zwar auch dann, wenn das Leasinggut für eine gewisse Zeit gebrauchstauglich war¹⁰.

Bezogen auf die mietvertragliche Qualifizierung des Finanzierungsleasing resultiert daraus die Erkenntnis: Es ist eine „Hauptpflicht“ des Leasinggebers, dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut für die Dauer des Leasingvertrages zu überlassen¹¹. Hierbei handelt es sich – bezogen auf die ertragsteuerlichen Prämissen – um eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung, die mindestens 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer betragen muß, aber auf 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer begrenzt ist. Diese Verpflichtung ist keineswegs endgültig mit der Besitzübergabe an den Leasingnehmer erfüllt¹². Vielmehr gilt – wie ganz allgemein im Mietrecht – die Verpflichtung des Leasinggebers fort, dem Leasingnehmer das Leasinggut zu überlassen, insbesondere ihn nicht ohne rechtfertigenden Grund an der Nutzung zu hindern¹³.

b) Die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers als Sonderproblem von Teilamortisationsverträgen

Es ist unzutreffend, Teilamortisationsverträge aufgrund des Erlasses vom 22. 12. 1975¹⁴ – in gleicher Weise wie Vollamortisationsverträge – lediglich als Mietverträge zu begreifen, auf die „in erster Linie“ die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden¹⁵. Denn wesentliches – konstitutives – Merkmal aller erlaßkonform ausgestalteten Teilamortisationsverträge ist es, daß der Leasingnehmer dem Leasinggeber – außerhalb der zu zahlenden Leasingraten – eine *Vollamortisation* der gesamten Anschaffungs- oder Herstellungskosten, einschließlich aller Neben- und Finanzierungskosten sowie eines Gewinns verspricht.

Daraus folgt unmittelbar: Die vom Leasingnehmer geschuldete Geldleistung erschöpft sich nicht in der Zahlung der Leasingraten, die während der – unkündbaren – Grundmietzeit anfallen. Vielmehr bezieht sie sich auch – abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Modells – auf die dem Leasinggeber geschuldete Vollamortisationspflicht.

aa) Das Vertragsmodell mit Andienungsrecht des Leasinggebers

Die steuerlichen Voraussetzungen des Vertragsmodells mit Andienungsrecht des Leasinggebers bestehen darin, daß der Leasinggeber ein Andienungsrecht ausüben kann, ohne daß dem Leasingnehmer ein Optionsrecht zusteht, das Leasinggut zu erwerben. Steuerrechtlich hat der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung, während der Leasingnehmer verpflichtet ist, das Risiko der Wertminderung zu übernehmen. Soweit anstelle des Andienungsrechts eine Mietverlängerung akkordiert wird, muß deshalb die Anschlußmiete so bemessen sein, daß sie den Wertverzehr für das Leasinggut deckt, der sich auf der Basis des unter Berücksichtigung der linearen Absetzung für Abnutzung nach der amtlichen AfA-Tabelle ermittelten Buchwerts oder des niedrigeren gemeinen Werts und der Restnutzungsdauer laut AfA-Tabelle ergibt¹⁶.

Da der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung hat, während der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung trägt, wird der Leasinggeber von seinem Andienungsrecht nur dann Gebrauch machen, wenn der Wiederbeschaffungspreis für ein gleichwertiges Wirtschaftsgut niedriger ist als die Summe der vom Leasingnehmer bereits gezahlten Leasingraten, zuzüglich des vom Leasingnehmer – bei Ausübung des Andienungsrechts des Leasinggebers – zu zahlenden Kaufpreises für den Erwerb des Leasingguts, der schon bei Abschluß des Leasingvertrages – verkörpert im „Restwert“ – vereinbart

wurde. Ist jedoch der Wiederbeschaffungspreis für ein vergleichbares Wirtschaftsgut höher als der vertraglich fixierte „Restwert“, zu welchem das Andienungsrecht des Leasinggebers ausgeübt wird, so wird der Leasinggeber – wirtschaftlich vernünftiges Handeln vorausgesetzt – das Leasinggut an einen Dritten veräußern und damit einen Mehrerlös erzielen; mit anderen Worten: Das Andienungsrecht des Leasinggebers dient ausschließlich dazu, die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers zu garantieren.

Daraus ist notwendigerweise der Schluß abzuleiten, daß das dem Leasinggeber eingeräumte Andienungsrecht nicht an § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz oder an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unter Berücksichtigung der Grundwertung von § 147 BGB scheitert¹⁷. Ganz im Gegenteil: Das dem Leasinggeber zustehende Andienungsrecht ist – kommerziell und rechtlich gewertet – Teil der Entgeltspflicht des Leasingnehmers, weil das rechtliche Vehikel, den Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers zu verwirklichen, die Vereinbarung des „Restwerts“ darstellt. So gesehen aber handelt es sich – und dies ist durchgängig im Auge zu behalten – um eine garantiemäßige Absicherung des Vollamortisationsanspruchs des Leasinggebers, der an § 305 BGB orientiert ist¹⁸.

bb) Das Vertragsmodell mit Mehrerlösbeteiligung des Leasingnehmers

Auch bei diesem Modell hat der Leasingnehmer – erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorausgesetzt – die Verpflichtung, die Vollamortisation des Leasinggebers zu bewirken: Soweit die vom Leasingnehmer während der unkündbaren Grundmietzeit gezahlten Leasingraten, einschließlich des Verwertungserlöses des Leasingguts, die Vollamortisation nicht erreichen, ist der Leasingnehmer verpflichtet, eine Abschlußzahlung in Höhe der Differenz zu leisten. Nur soweit – nach Verwertung des Leasingguts – ein die Gesamtkosten des Leasinggebers, einschließlich seines Gewinns übersteigender Mehrerlös erwirtschaftet wird, partizipiert der Leasinggeber hieran mit mindestens 25 %. Unter dieser tatbestandlichen Voraussetzung ist der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts anzusehen, weil seine Beteiligung am erzielten Mehrerlös – wirtschaftlich betrachtet – noch ins Gewicht fällt¹⁹.

Auch hier erschöpft sich folglich die Zahlungspflicht des Leasingnehmers nicht in den Leasingraten, die gemäß § 535 BGB geschuldet werden. Vielmehr ist die vom Leasingnehmer zu leistende Abschlußzahlung – in Höhe einer trotz Veräußerung noch nicht erreichten Vollamortisation – eine garantiemäßige Absicherung des Leasinggebers im Sinn von § 305 BGB²⁰. Auch bei diesem Modell ist der Leasinggeber nur dann als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts im Sinn von § 39 AO (1977) zu qualifizieren, wenn der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung trägt, während der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung – bezogen auf einen etwaigen Mehrerlös – hat.

7 BGH, BB 1981 S. 2093.

8 BGH, BB 1981 S. 2093; BB 1985 S. 354; BB 1985 S. 826.

9 BGH, BB 1981 S. 2093, 2095.

10 BGH, BB 1985 S. 826.

11 BGH, BB 1986 S. 19, 20; WM 1987 S. 1338, 1339.

12 BGH, WM 1987 S. 1338, 1339.

13 BGH, a.a.O.

14 BB 1976 S. 62.

15 Vgl. BGH, BB 1986 S. 19, 20.

16 Erlaß vom 22. 12. 1975, BB 1976 S. 62.

17 So aber *Kursted*, DB 1981 S. 2525, 2529; wie hier *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1987 S. 1006.

18 Im einzelnen *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rdnrn. 63 ff.

19 Vgl. auch *Bordewin*, Leasing im Steuerrecht, 2. Aufl., S. 64 f.

20 *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 18), 3. Aufl., Rz. 71.

cc) Das Vertragsmodell des kündbaren Teilamortisationsvertrages mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers

In mehreren Entscheidungen hat der BGH²¹ festgestellt: Die Koppelung zwischen Restamortisationspflicht und Kündigungsrecht des Leasingnehmers ist – wegen der ihr innewohnenden Intransparenz der Regelung – mit § 10 Nr. 7 a AGB-Gesetz bzw. mit § 9 AGB-Gesetz nicht vereinbar²².

Ungeachtet der Unwirksamkeit der Restamortisationsklausel hat der BGH gleichwohl in seiner Entscheidung vom 12. 6. 1985²³ klargestellt, daß der Leasinggeber Anspruch auf volle Amortisation des von ihm eingesetzten Kapitals hat; es heißt in diesem Urteil:

„Bei den Vollamortisationsverträgen geschieht das (die Vollamortisation) allein durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten. Bei den Teilamortisationsverträgen soll dasselbe Ziel zu einem Teil durch die Zahlung von Leasingraten und zum anderen Teil mittels der Vereinbarung eines Andienungsrechts durch Zahlung eines – regelmäßig schon bei Vertragsabschluß festgelegten – Kaufpreises oder, wie im vorliegenden Falle des kündbaren Teilamortisationsvertrages, mittels einer Abschlußzahlung erreicht werden. Nach den erlaßkonformen Leasingvertragstypen schuldet der Leasingnehmer also stets volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers.“²⁴

Und daran anschließend ist zu lesen:

„Es gehört zum Wesen jeglicher Finanzierung, daß die eingesetzten Mittel an den Kreditgeber zurückfließen. Das gilt auch für das Finanzierungsleasing. Im Unterschied zu sonstigen Vermietern erwirbt der Leasinggeber den vom Leasingnehmer nach dessen Bedürfnissen ausgesuchten Gegenstand zum Zwecke der Vermietung an den Leasingnehmer, wobei die Parteien des Leasingvertrages darüber einig sind, daß die vereinbarten Leasingraten nicht nur Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, sondern auch dazu bestimmt sind, den Kapitaleinsatz des Leasinggebers einschließlich des kalkulierten Gewinns zu tilgen.“²⁵

Es ist von hoher Wichtigkeit zu erkennen, daß der BGH²⁶ angesichts der Unwirksamkeit der die Restamortisationspflicht des Leasingnehmers mit einem Kündigungsrecht koppelnden Vertragsgestaltung nicht unmittelbar auf die Kassationswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz abgestellt, sondern auf das Instrumentarium der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zurückgegriffen und zur weiteren Sachaufklärung an die Berufungsgerichte verwiesen hat. Diese orientierten jedoch ihre Entscheidung über die vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung an den Prämissen des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975²⁷. Deshalb hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 12. 6. 1985²⁸ den Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers an dessen Erfüllungsinteresse ausgerichtet und diesen Anspruch als „leasingtypisch und damit vertragsimmanent“ bezeichnet²⁹. Notwendigerweise gelangt der BGH deshalb zu einer Nachprüfung der Kalkulation des Leasinggebers; denn es ist stets sicherzustellen, daß der vom Leasinggeber realisierte Vollamortisationsanspruch – sowohl im Bereich der ordentlichen als auch im Bereich der fristlosen Kündigung – nicht dazu führt, ihn besserzustellen als er bei ordnungsgemäßer Beendigung des Vertrages gestanden hätte³⁰. Dafür hat der BGH freilich verschiedentlich Kritik geerntet³¹. Vom dogmatischen Ansatz her stützt diese sich darauf, daß der Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers – ungeachtet einer Kündigung des Leasingvertrages – eben aufgrund vertraglicher Abrede „leasingtypisch“³² ist, so daß alle die Restamortisation des Leasinggebers verbürgenden AGB-Klauseln nicht an § 9 AGB-Gesetz zu messen, sondern von der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 8 AGB-Gesetz ausgenommen sind.

dd) Notwendige Begründung der Vollamortisationspflicht – Transparente Vertragsgestaltung

Gerade weil der BGH – wohl zu Unrecht, weil zu schematisch – von der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers auch

dann ausgeht, wenn diese – wie teilweise beim PKW-Leasing – nicht vereinbart war³³, erscheint es richtiger zu sein, in Übereinstimmung mit instanzgerichtlichen Entscheidungen³⁴ die Forderung aufzustellen, daß die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers bei einem Teilamortisationsvertrag – verstanden als garantiemäßige Absicherungspflicht – überhaupt nur dann wirksam vereinbart ist, wenn sie aufgrund eindeutiger Vertragsgestaltung dem Leasingvertrag das Gepräge gibt³⁵. Dies setzt notwendigerweise voraus, daß der Leasinggeber als AGB-Verwender seinen Vollamortisationsanspruch in so transparenter Weise vertraglich absichert, daß der Leasingnehmer exakt darüber unterrichtet ist: Neben der Zahlung der von ihm geschuldeten Leasingraten ist er verpflichtet, für eine Amortisation aller Herstellungs- und Anschaffungskosten des Leasinggebers, einschließlich aller Neben- und Finanzierungskosten sowie seines Gewinns Sorge zu tragen³⁶. Unter welchen Voraussetzungen dieses Transparenzerfordernis tatsächlich erfüllt ist, läßt sich nicht generell sagen. Sicherlich wird man auch danach differenzieren, ob der Leasingnehmer Kaufmann ist oder ob es sich um Privat-Leasing handelt. Als Faustregel mag gelten: Die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers sollte auf der Vorderseite des Leasingvertrages – als garantiemäßige Verpflichtung – ihren Niederschlag finden. Selbstverständlich sind aber auch alle sonstigen, den Vertragsabschluß konstituierenden und ihm vorausgehenden Dokumente zu berücksichtigen, sofern diese belegen, daß der Leasingnehmer – betriebswirtschaftlich gewertet – davon Kenntnis hatte, daß seine Entgeltspflichten unter dem Leasingvertrag sich nicht in der Zahlung der Leasingraten erschöpfen, sondern den „Restwert“ des Leasingguts – als garantiemäßige Absicherung der Wertminderung – einschlossen. Wie stets sind also alle Umstände des Einzelfalls im Sinn der §§ 133, 157 BGB von Wichtigkeit; und es ist eine sorgfältige Prüfung angezeigt.

Fehlt es hingegen an einer wirksamen Begründung der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers, so ist es – im Gegensatz zur BGH-Judikatur³⁷ – unzutreffend, deren Existenz gleichwohl als „leasingtypisch und vertragsimmanent“³⁸ zu bezeichnen. Vielmehr ist es geboten, mangels zureichender Begründung einer Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers vom typischen „Verwenderrisiko“ des Leasinggebers auszugehen³⁹: Da der Leasingvertrag – wie gezeigt – lediglich „in erster Linie“⁴⁰ den mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB folgt, bietet das dispositive Recht keinen Ansatzpunkt, die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers zu begründen. Deshalb kann nicht an § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz zum Zweck der Lückenfüllung angeknüpft werden; vielmehr ist auf die ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu rekurrieren, zumal diese Bestimmungen

21 BGH, BB 1982 S. 695; BB 1982 S. 698; BB 1982 S. 1078; NJW 1985 S. 2253; BB 1986 S. 693; BB 1986 S. 1112.

22 Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 18), Rz. 72; Wolff/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl., Rdnrn. 513 ff.

23 BGH, NJW 1985 S. 2253.

24 BGH, NJW 1985 S. 2253, 2256.

25 BGH, a.a.O.

26 BGH, BB 1981 S. 2093; BB 1982 S. 1078.

27 BB 1976 S. 62; hierzu Wolff/Eckert, a.a.O. (Fn. 22), Rdnr. 514; OLG Düsseldorf, ZIP 1983 S. 1209, 1210; OLG Frankfurt a. M., ZIP 1983 S. 1211.

28 NJW 1985 S. 2253.

29 BGH, NJW 1985 S. 2253, 2256.

30 BGH, BB 1986 S. 690; BB 1986 S. 1112.

31 Eckstein, BB 1986 S. 2144; Lieb, DB 1986 S. 2167 ff.

32 BGH, NJW 1985 S. 2253, 2256.

33 BGH, BB 1987 S. 150.

34 OLG Oldenburg, NJW-RR 1987 S. 1003; LG Frankfurt a. M., NJW-RR 1986 S. 148; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986 S. 1112.

35 Vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987 S. 1006.

36 Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 394 ff.

37 BGH, NJW 1985 S. 2253, 2256; BB 1987 S. 150.

38 BGH, NJW 1985 S. 2253, 2256.

39 Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 405 ff.

40 BGH, BB 1986 S. 19, 20.

Teil des dispositiven Rechts sind. Dies aber besagt: Fehlen zureichende Indizien dafür, die nicht wirksam durch AGB-Klauseln begründete Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers zu bejahen, so ist bei allen Teilamortisationsverträgen das Ergebnis fixiert: Die Entgeltspflicht des Leasingnehmers beschränkt sich auf die Entgeltleistung, die als Nutzungsentgelt im Sinn von § 535 BGB während der Dauer der Grundmietzeit entrichtet worden ist⁴¹. Notwendigerweise hat aber ein nicht wirksam vereinbarter Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers unmittelbare Auswirkungen auf den Schadensersatzanspruch des Leasinggebers im Fall einer ordentlichen oder einer fristlosen Kündigung; denn der Nichterfüllungsanspruch ist – wie stets – durch das Erfüllungsinteresse des Leasinggebers begrenzt.

2. Das Schicksal des Leasingvertrages – § 19 KO oder § 17 KO?

a) Vollamortisationsverträge

Wie der BGH in seiner Ausgangsentscheidung vom 5. 4. 1978⁴² festgestellt hat, steht dem Konkursverwalter das Recht zu, einen Finanzierungsleasingvertrag gemäß § 19 KO zu kündigen, wenn er diesen nicht weiter erfüllen will. In diesem Zusammenhang hat der BGH hervorgehoben, daß die Anwendung von § 19 KO nicht entscheidend davon abhängig ist, „daß es sich um einen Vertrag handelt, der den §§ 535 ff. BGB in allem entspricht“⁴³. Denn Sinn und Zweck des § 19 KO ist es, im Interesse aller Konkursgläubiger zu vermeiden, daß die Konkursmasse durch das Fortbestehen eines Dauerschuldverhältnisses belastet wird, ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten oder sie angemessen nutzen zu können⁴⁴.

Wenn also Leasingverträge – gleiches gilt für Finanzierungsleasingverträge – „in erster Linie“ den mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB unterworfen sind⁴⁵, so gilt: Wird über das Vermögen eines Leasingnehmers, der die Leasing-sache bereits in Benutzung genommen hat, das Konkursverfahren eröffnet, so ist für den Fortbestand oder die vorzeitige Auflösung des Vertrages allein § 19 KO maßgebend⁴⁶. Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird⁴⁷, es sei in diesen Fällen nicht an § 19 KO, sondern an § 17 KO anzuknüpfen, widerspricht diese Einschätzung der ganz h. M. in der Literatur⁴⁸.

Auch aus dem immer wieder betonten Finanzierungsgedanken, der für das Leasing als typisch, also: typbildend angesehen wurde⁴⁹, ist es nicht zulässig, ein abweichendes Resultat zu begründen. Denn zum einen hat der BGH die Unterscheidung zwischen Hersteller- und Finanzierungsleasing verworfen, weil auch beim Herstellerleasing der Finanzierungsgedanke eine wichtige Rolle spielt⁵⁰; zum anderen ist darauf aufmerksam zu machen, daß das Finanzierungsinteresse in jedem Fall lediglich eine betriebswirtschaftliche Kategorie darstellt. Sie ist als solche nicht geeignet, den Grundgedanken jedes Leasingvertrages außer Funktion zu setzen, wonach nämlich der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts verpflichtet ist, dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut auf Dauer zum Gebrauch zu überlassen⁵¹.

b) Das Optionsrecht des Leasingnehmers

Vollamortisationsverträge enthalten mitunter ein Optionsrecht des Leasinggebers. Soweit eine erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorliegt, sind zwei Besonderheiten bei einem Konkurs des Leasingnehmers zu beachten: Das Optionsrecht steht dem Leasingnehmer erst nach Beendigung der unkündbaren Grundmietzeit zu, welche mindestens 40 % und max. 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts beträgt. Darüber hinaus bestimmt der Vollamortisationserlaß vom 19. 4. 1971⁵², daß die Höhe des Optionsentgelts sich entweder nach der AfA oder nach dem niedrigeren gemeinen Wert des Leasingguts im Fall des Verkaufs richtet. Unter

diesem Betracht ist es irrig, wenn Baumgarte⁵³ die Auffassung vertritt, daß bei einem dem Leasingnehmer zustehenden Optionsrecht der Nachweis kalkulatorisch erbracht werden kann, daß die zu zahlenden Raten mehr sind als reines Gebrauchsentgelt, so daß während der Grundmietzeit bereits Zahlungen „für die Option“^{53a} geleistet werden. Eine solche Vertragsgestaltung mag vorkommen; sie gefährdet allerdings das dem Leasinggeber zukommende wirtschaftliche Eigentum, sofern im Ergebnis die Optionszahlung dann nichts anderes ist als eine Anerkennungsgebühr⁵⁴.

Indessen ändert die Einräumung eines dem Leasingnehmer zustehenden Optionsrechts nichts daran, daß auch in diesem Fall § 19 KO zur Anwendung berufen ist⁵⁵. In den Worten des BGH gilt nämlich – bezogen auf das dem Leasingnehmer zustehende Optionsrecht –, daß diese Befugnis „nichts an dem durch Gebrauchsüberlassung gekennzeichneten bestehenden Rechtszustand“⁵⁶ ändert. Daran ist selbst für den Fall festzuhalten, daß das dem Leasingnehmer eingeräumte Optionsrecht bereits vor Eröffnung des Konkurses ausgeübt, aber noch nicht vollzogen war⁵⁷. Erst die Annahme der Optionserklärung des Leasingnehmers führt dazu, daß ein Kaufvertrag wirksam zustande kommt. Erst von diesem Zeitpunkt an gilt dann – bezogen auf einen noch nicht von beiden Seiten erfüllten Kaufvertrag – § 17 KO.

c) Der Vollamortisationsvertrag mit Mietverlängerungsoption

Bei diesem – nicht eben häufig vorkommenden – Vertragstyp ist unter Berücksichtigung seiner mietrechtlichen Qualifikation von vornherein klar, daß im Konkurs des Leasingnehmers § 19 KO Anwendung findet, und zwar auch dann, wenn der Leasingnehmer seine Option auf Verlängerung des Leasingvertrages bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeübt hat.

d) Teilamortisationsverträge

Obwohl – wie dargestellt – nicht übersehen werden darf, daß die garantiemäßige Absicherung des Vollamortisationsanspruchs des Leasinggebers gemäß § 305 BGB nicht für die Gebrauchsüberlassung des Leasingguts bezahlt wird, sondern eben der Absicherung des „Restwerts“ des Leasingguts – abhängig von der jeweils konkreten Fallgestaltung – dient, wird man auch in diesen Fällen § 19 KO zur Anwendung berufen.

aa) Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers

Fällt der Leasingnehmer während der unkündbaren Grundmietzeit in Konkurs, so gilt unmittelbar § 19 KO. Hat indessen

41 So im Ergebnis auch *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1986 S. 1112; *OLG Oldenburg*, NJW-RR 1987 S. 1003; *LG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 1986 S. 148.

42 *BGH*, WM 1978 S. 510.

43 *BGH*, WM 1978 S. 510, 511; WM 1984 S. 1217, 1219.

44 *Wolff/Eckert*, a.a.O. (Fn. 22), Rdnr. 521.

45 *BGH*, BB 1986 S. 19, 20 m. w. N.

46 *BGH*, WM 1978 S. 510.

47 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnrn. 1718 ff., 1783; *Watz*, WM-Beilage 10/1985 S. 14.

48 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 10. Aufl., § 19 Rdnr. 3 a; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 19 Anm. 12 ff.; *Baumgarte*, Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs, 1980, S. 16 ff.; *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 594.

49 Hierzu im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 20 ff. m. w. N.

50 *BGH*, WM 1985 S. 906, 909; WM 1986 S. 458, 460.

51 *BGH*, BB 1981 S. 2093; BB 1986 S. 19, 20.

52 BB 1971 S. 506.

53 *Baumgarte*, a.a.O. (Fn. 48), S. 36 ff.

53a *Baumgarte*, a.a.O. (Fn. 48), S. 37.

54 *BFH*, BStBl. II 1970 S. 264.

55 *BGH*, WM 1978 S. 510, 52.

56 *BGH*, a.a.O.

57 *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 595.

der Leasinggeber von dem ihm eingeräumten Andienungsrecht – nach Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit – Gebrauch gemacht und fällt der Leasingnehmer dann in Konkurs, bevor das Leasinggut aufgrund des Andienungsrechts des Leasinggebers zum „Restwert“ käuflich erworben worden ist, so stellt sich die Frage, ob wenigstens auf diesen Fall § 17 KO Anwendung findet⁵⁸. Dies ist jedoch abzulehnen, weil die Ausübung des Andienungsrechts durch den Leasinggeber – dogmatisch gewertet – darauf beruht, daß der Leasingnehmer seinerseits – schon bei Abschluß des Leasingvertrages – ein Angebot abgibt, an das er bis zur Ausübung bzw. Nicht-Ausübung des Andienungsrechts durch den Leasinggeber gebunden ist. Daraus folgt: In dem Zeitpunkt, in welchem der Leasinggeber sein Andienungsrecht ausübt, kommt der Kaufvertrag zu dem schon bei Abschluß des Leasingvertrages fest vereinbarten „Restwert“ bindend zustande, ohne daß es einer weiteren Erklärung des Leasingnehmers bedarf.

bb) Teilamortisationsvertrag mit Mehrerlösbeteiligung des Leasingnehmers

Daß der Leasingnehmer in diesem Fall mit max. 75 % an dem Mehrerlös beteiligt ist, ändert die mietvertragliche Qualifizierung dieses Vertragsmodells nicht, zumal der Leasinggeber – wie bereits angedeutet – nur dann als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts im Sinne von § 39 AO (1977) behandelt werden kann, wenn der Leasingnehmer die garantiemäßige Absicherung des Vollamortisationsanspruchs des Leasinggebers übernimmt, mithin also das Risiko des Wertverlustes trägt. Demzufolge hat der Leasingnehmer nur dann einen Anspruch auf den Mehrerlös, wenn die Vollamortisationsgrenze überschritten ist; doch ist die Mehrerlösbeteiligung auf 75 % des Netto-Mehrerlöses begrenzt. Liegt sie höher, so ist das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers gefährdet, es sei denn, dem Leasinggeber gelingt – und das ist in der Praxis recht häufig – der Nachweis: Dem Leasingnehmer darf deswegen der gesamte Netto-Mehrerlös zufließen, weil der Leasinggeber bei Abschluß eines Nachfolge-Leasingvertrages Betriebskosten spart.

cc) Kündbarer Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers

Auch bei diesem Modell findet § 19 KO Anwendung, zumal das Kündigungsrecht des Leasingnehmers – soweit es rechtswirksam vereinbart ist⁵⁹ – erst nach Ablauf von 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts ausgeübt werden darf⁶⁰.

e) Der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers

Gemäß § 19 KO bedarf also jeder Leasingvertrag – beim Konkurs des Leasingnehmers – entweder der Kündigung des Konkursverwalters oder der des Leasinggebers, sofern der Vertrag nicht fortgeführt werden soll.

In der Entscheidung vom 6. 6. 1984⁶¹ hatte der Konkursverwalter mit Schreiben vom 4. 12. 1981 als erster die Kündigung erklärt. Gemäß § 565 Abs. 4 BGB – und von dieser Norm ist angesichts der mietvertraglichen Qualifikation des Leasingvertrages stets auszugehen – wurde die Kündigung jedoch erst mit Ablauf zum 7. 12. 1981 wirksam. Bereits am 5. 12. 1981 hatte indessen der Leasinggeber gegenüber dem Konkursverwalter mit sofortiger Wirkung die Kündigung ausgesprochen. Der BGH stellte fest, daß es im Hinblick auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung – bezogen auf die in § 19 Satz 3 KO vorgesehene Rechtsfolge – ausschließlich auf die Kündigungserklärung des Leasinggebers ankam, weil die Kündigung des Konkursverwalters – wie die Daten ausweisen – ins Leere ging. So gesehen war maßgebend, daß in den Leasing-AGB für den Fall des Konkurses des Leasingnehmers ein fristloses Kündigungsrecht vereinbart war, das vom BGH auch als wirksam gemäß § 9 AGB-Gesetz anerkannt wurde.

aa) Der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers

Kündigt der Konkursverwalter im Konkurs des Leasingnehmers gemäß § 19 KO, so steht dem Leasinggeber ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch zu, der eine einfache Konkursforderung ist⁶². Für die Berechnung dieses Schadensersatzanspruchs hat die Rechtsprechung des BGH inzwischen Leitlinien entwickelt, die Verbindlichkeit beanspruchen:

Bei Vollamortisationsverträgen auf der Basis des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971⁶³ bemißt sich die Höhe des Nichterfüllungsschadens nach dem Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers. Nomineller Ausgangspunkt für seine Berechnungen sind dabei die vom Leasingnehmer während der Grundmietzeit zu entrichtenden Leasingraten.

Der in den einzelnen Leasingraten enthaltene Zins für den Einsatz von Refinanzierungsmitteln sowie für das eingesetzte Eigenkapital ist dabei nicht notwendigerweise nach dem Refinanzierungszinssatz abzurechnen, der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses galt⁶⁴. Denn daß der Konkursverwalter von seinem Kündigungsrecht gemäß § 19 KO Gebrauch macht, ist für den Leasinggeber nicht vorhersehbar, so daß er – anders als beim Modell des kündbaren Teilamortisationsvertrages – sich nicht auf eine Kündigung von vornherein einstellen kann oder gar muß. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, auf den Refinanzierungszinssatz im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung abzustellen, sofern dieser für den Leasinggeber günstiger ist. Soweit der Leasinggeber darüber hinaus eine Vorfälligkeitsentschädigung – wegen der Ablösung der Refinanzierungsmittel – reklamiert, liegt nur dann hierin eine zulässige Schadensersatzposition vor, wenn der Leasinggeber gleichzeitig darlegt und beweist, daß die Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung ursächlich auf der Kündigung des Leasingvertrages durch den Konkursverwalter beruht⁶⁵.

Bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung⁶⁶ entfallen notwendigerweise alle die Aufwendungen, die der Leasinggeber deswegen erspart, weil und soweit sie als Folge der Beendigung des Leasingvertrages nicht mehr anfallen. Es handelt sich hierbei insbesondere um Versicherungskosten und um Objektsteuern⁶⁷. Darüber hinaus ist daran zu denken, daß Teile der Vertriebs- und Verwaltungskosten entfallen⁶⁸. Soweit laufende Verwaltungskosten in Rede stehen, handelt es sich – betriebswirtschaftlich betrachtet – um Gemeinkosten, die nicht den Charakter von Einzelkosten aufweisen⁶⁹. Allerdings stellt sich stets die Frage, ob der Leasinggeber – als Folge der Beendigung des Leasingvertrages – nicht auch als Gemeinkosten zu qualifizierende Verwaltungsaufwendungen erspart⁷⁰. Bestreitet der Konkursverwalter jedoch substantiiert die Höhe der geltend gemachten Gemeinkosten, so ist es Sache des Leasinggebers, seine Kalkulation offenzulegen⁷¹.

Soweit im Rahmen des Vollamortisationserlasses vom 19. 4. 1971⁷² zugunsten des Leasingnehmers eine Kauf- oder Mietverlängerungsoption eingeräumt ist, handelt es sich lediglich um eine Chance. Sie stellt keine gesicherte Vermögensposition im Sinn des § 249 BGB dar. Demzufolge sind die dem Leasinggeber – möglicherweise – zufließenden Optionsentgelte nicht Teil des Schadensersatzanspruchs wegen Nichter-

58 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 598.

59 Vgl. BGH, BB 1986 S. 1112.

60 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 600.

61 BGH, BB 1984 S. 1895.

62 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Rdnrn. 3 f.

63 BB 1971 S. 562.

64 Hierzu BGH, WM 1986 S. 480, 483; WM 1984 S. 1217, 1218.

65 BGH, WM 1985 S. 628, 633.

66 Vgl. § 26 Satz 2 KO.

67 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 456.

68 BGH, WM 1986 S. 673, 675.

69 Eckstein, BB 1986 S. 2144, 2147.

70 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 421.

71 BGH, WM 1986 S. 673.

72 BB 1972 S. 562.

füllung im Sinn von § 26 Satz 2 KO⁷³. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn der Leasinggeber – und davon ist im Regelfall auszugehen – als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer das Leasinggut nach Wirksamwerden der Kündigung des Vertrages durch den Konkursverwalter an einen Dritten weiterveräußert. Denn dann realisiert er – bereits zu diesem Zeitpunkt – die in der Kauf- oder Mietverlängerungsoption liegende Chance endgültig. Hinzu kommt, daß der Leasingnehmer in diesen Fällen keineswegs verpflichtet ist, die Option auszuüben; der Leasinggeber hat folglich keinen Anspruch darauf, seine Schadensersatzansprüche auch auf den „Restwert“ des Leasingguts zu erstrecken, der ihm nach Ablauf der Grundmietzeit verbleibt.

Selbstverständlich ist der Leasinggeber gemäß §§ 254, 255 BGB verpflichtet, den Veräußerungserlös für das Leasinggut in Anrechnung zu bringen und von seinem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzuziehen. Wegen der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers ist der Leasinggeber verpflichtet, das Leasinggut optimal zu verwerten⁷⁴. Er darf es auch im Konkurs des Leasingnehmers nicht unter dem Marktpreis oder gar unter Preis verschleudern. Gleichwohl wird man es dem Leasinggeber nicht verwehren können, seine Schadensersatzforderung als einfache Konkursforderung schon vor Veräußerung/Verwertung des Leasingguts – unterlegt z. B. durch ein unabhängiges Sachverständigengutachten – anzumelden.

Ob der Leasinggeber darüber hinaus auch berechtigt ist, den für die Verwertung/Veräußerung anfallenden Aufwand als Schadensersatzposition zu behandeln, erscheint zweifelhaft, ist aber – jedenfalls bei einer nach § 19 KO ausgesprochenen Kündigung – zu bejahen, weil und soweit es sich hierbei um einen Aufwand handelt, der vom Konkursverwalter durch eine nicht vom Leasinggeber zu vertretende Kündigung gesetzt ist.

bb) Schadensersatzberechnung bei Teilamortisationsverträgen

Auch wenn die Abrechnung von kündbaren Teilamortisationsverträgen die BGH-Judikatur häufig beschäftigt hat⁷⁵, so ist doch zu unterstreichen: Gegenüber den Grundsätzen der konkreten Schadensberechnung, wie sie für Vollamortisations-Verträge kurz dargestellt worden ist, ergeben sich keine Besonderheiten. Freilich ist – modellspezifisch – der von vornherein vereinbarte „Restwert“ als Teil der – abzinsungspflichtigen – Schadensersatzposition⁷⁶ ebenso zu berücksichtigen wie die Mehrerlösverteilung zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber. Und beim kündbaren Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers ist im Auge zu behalten, daß hier nur 90 % des Veräußerungserlöses auf die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers angerechnet werden.

f) Das außerordentliche Kündigungsrecht des Leasinggebers – Die vertragliche Verankerung eines Schadensersatzanspruchs des Leasinggebers

Wie aus der BGH-Entscheidung vom 6. 6. 1984⁷⁷ hervorgeht, hat der Leasinggeber ein vitales Interesse daran, dem Kündigungsrecht des Konkursverwalters gemäß § 19 KO – im Fall des Konkurses des Leasingnehmers – durch Ausspruch eines fristlosen Kündigungsrechts zuvorzukommen. Gegen die Wirksamkeit einer AGB-Klausel, die ein fristloses Kündigungsrecht des Leasinggebers gegenüber dem Konkursverwalter vorsieht, bestehen – wie bereits angedeutet – nach § 9 AGB-Gesetz keine durchgreifenden Bedenken⁷⁸.

In diesen Fällen stellt sich aber stets die Frage, ob der Leasinggeber berechtigt ist, über die gesetzliche Bestimmung von § 19 Satz 3 KO hinaus einen Schadensersatzanspruch vertraglich zu verankern. Teilweise wird geltend gemacht, diese Bestimmung enthalte eine abschließende Regelung⁷⁹. Demgegenüber vertritt die wohl h. M. die Auffassung, daß Verträge des Gemeinschuldners grundsätzlich so hinzunehmen sind, wie sie

abgeschlossen wurden⁸⁰. Notwendigerweise bedeutet dies: Hält man § 19 Satz 3 KO nicht für eine abschließende, der Parteiautonomie daher zugängliche Regelung, so ist der Leasinggeber nicht daran gehindert, einen vertraglich vereinbarten Schadensersatzanspruch als einfache Konkursforderung – nach Kündigung gegenüber dem Konkursverwalter – zur Tabelle anzumelden. So gesehen gelten dann die gleichen Grundsätze für die konkrete Berechnung des Schadensersatzes, die zuvor entwickelt wurden.

II. Besondere Fragen der konkursrechtlichen Praxis

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist die Basis gelegt, um nunmehr verschiedene Fragen im einzelnen zu ventilieren, die in der konkursrechtlichen Praxis bedeutsam geworden sind:

1. Vorzeitige Ausübung des Optionsrechts durch den Konkursverwalter

In der Literatur⁸¹ ist vorgeschlagen worden, dem Leasinggeber in entsprechender Anwendung von § 17 Abs. 2 KO das Recht einzuräumen, den Konkursverwalter zu einer Erklärung aufzufordern, ob dieser von seinem Optionsrecht Gebrauch machen will. Gegen eine derartige Konstruktion wird man – bezogen auf das dem Leasingnehmer eingeräumte Optionsrecht – grundsätzlich keine durchgreifenden Bedenken haben, obwohl dadurch keinesfalls die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 19 KO auf Vollamortisationsverträge mit Optionsrecht des Leasingnehmers in Frage gestellt wird. Doch sind die Konsequenzen einer entsprechenden Anwendung von § 17 Abs. 2 KO eng beschränkt: Unterläßt der Konkursverwalter die rechtzeitige Erklärung gegenüber dem Leasinggeber, so verliert er das der Masse zustehende Optionsrecht⁸².

Unabhängig davon aber ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, das der Masse zustehende Optionsrecht – vor Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit – auszuüben. Denn zum einen gibt der Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971⁸³ in steuerrechtlicher Hinsicht Maß, um die Höhe des zulässigen Entgelts zu bestimmen; zum anderen ist daran zu erinnern, daß die unkündbare Grundmietzeit mindestens 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer betragen muß, weil nur so das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers im Sinne von § 39 AO (1977) nicht gefährdet ist. Gerade weil die BGH-Judikatur⁸⁴ die steuerrechtlichen Prärogativen des erlaßkonformen Leasing zivilrechtlich respektiert hat, wäre es ungeeignet, die damit vorgegebene zivilrechtliche Einordnung von Leasingverträgen wieder in Frage zu stellen, indem dem Konkursverwalter unter Anwendung der Rechtsregel des § 17 KO das Recht eingeräumt würde, das der Masse zustehende Optionsrecht vor Ablauf der unkündbaren Grundmietzeit auszuüben⁸⁵.

73 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 457.

74 Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 409 ff.

75 BGH, BB 1982 S. 695; BB 1982 S. 698; BB 1982 S. 1078; NJW 1985 S. 2253; BB 1986 S. 1112.

76 BGH, BB 1982 S. 1078.

77 BGH, WM 1984 S. 1217.

78 Baumgarte, a.a.O. (Fn. 48), S. 74 ff.; Graf von Westphalen, a.a.O.

(Fn. 20), Rz. 606; vgl. auch Wolf/Eckert, a.a.O. (Fn. 22), Rdnr. 522.

79 Reich, Vertragsschuldverhältnis, 1974, S. 71; Jaeger/Henckel, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Rdnr. 71; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 19 Anm. 8.

80 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Rdnr. 16; Flume, DB 1972 S. 54, 60; Baumgarte, a.a.O. (Fn. 48), S. 82; Sanwald, Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen mit Nicht-Kaufleuten, 1982, S. 207; Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 20), Rz. 608.

81 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Rdnr. 3 e; Jaeger/Henckel, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Anm. 18.

82 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48).

83 BB 1971 S. 562.

84 BGH, NJW 1985 S. 2253.

85 A. M. wohl Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48).

Des weiteren ist es dem Leasinggeber keineswegs verwehrt, unter Berufung auf seine AGB – im Fall des Konkurses des Leasingnehmers – von einem fristlosen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen⁸⁶, – ein Ergebnis, das auch dann gilt, wenn der Konkursverwalter gegenüber dem Leasinggeber erklärt, er werde von seinem Optionsrecht Gebrauch machen⁸⁷. Denn die Ausübung des Optionsrechts ist bei erlaßkonformer Vertragsgestaltung auf das Ende der – unkündbaren – Grundmietzeit bezogen; und die grundsätzliche Berücksichtigung von § 19 KO gebietet es, sowohl dem Leasinggeber als auch dem Konkursverwalter das Recht der Kündigung einzuräumen. Weder das ordentliche noch das fristlose Kündigungsrecht des Leasinggebers sind durch irgendwelche Erklärungen des Konkursverwalters einschränkbar.

Gerade weil der BGH⁸⁸ das fristlose Kündigungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers anerkannt und nicht nach § 9 AGB-Gesetz beanstandet hat, kann etwas anderes nur dann gelten, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls – insbesondere unter Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze der Verwirkung gemäß § 242 BGB – etwas anderes ergibt. Doch ist selbst die Veräußerung des Geschäftsbetriebes durch den Konkursverwalter nicht geeignet, eine andere Entscheidung zu rechtfertigen, zumal der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist.

2. Verschweigen eines bestehenden Leasingvertrages

In der konkursrechtlichen Praxis kommt es offenbar immer wieder vor, daß dem Konkursverwalter der Abschluß von Leasingverträgen aus dem Bereich des Gemeinschuldners nicht mitgeteilt wird. In diesen Fällen stellt sich dann regelmäßig die Frage, ob rückständige Leasingraten jedenfalls dann als Masseschulden gemäß § 59 KO zu behandeln sind, wenn der Leasinggeber den Zahlungsrückstand nicht anmahnt und auch von seinem Kündigungsrecht gemäß § 19 KO keinen Gebrauch gemacht hat.

Wenn es aber zutreffend ist, daß Leasingverträge „in erster Linie“ Mietverträge sind⁸⁹, dann folgt daraus unmittelbar und zwingend, daß auch die Bestimmung von § 557 BGB Anwendung findet: Gibt nämlich der Leasingnehmer die gemietete Sache – trotz Beendigung des Leasingvertrages – nicht rechtzeitig zurück, so ist der Leasinggeber berechtigt, als Nutzungsentschädigung die vereinbarte Leasingrate weiterhin zu reklamieren⁹⁰. Daraus aber muß folgender Schluß abgeleitet werden: Die gleiche Rechtsfolge muß auch dann gelten, wenn ein Leasinggut trotz Konkurses des Leasingnehmers weiterbenutzt wird. Zwar kann es zweifelhaft sein, ob damit eine Masseschuld vom Konkursverwalter im Sinn von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO „begründet“ wird⁹¹, doch fallen alle Geschäfte und Handlungen des Konkursverwalters unter den Begriff der Masseschuld im Sinn von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO, sofern sie nur vom Konkursverwalter für die Konkursmasse aufgrund rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Handelns vorgenommen werden⁹². Letzten Endes dürfte hier jedoch entscheidend sein, daß § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO auch gesetzliche Ansprüche erfaßt, sofern nur der sie begründende Sachverhalt nach Eröffnung des Konkurses liegt⁹³ – ein Gesichtspunkt, der für die Bewältigung der Fallkonstellation Maß gibt, daß der Leasingnehmer die Existenz eines Leasingvertrages dem Konkursverwalter verschweigt.

Ob der Leasinggeber aus gesetzlichen Gründen verpflichtet ist, den Konkursverwalter auf das Bestehen eines Leasingvertrages hinzuweisen, um so das Entstehen von Masseschulden im Sinne von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO abzuwenden, erscheint indessen fraglich. Schließlich ist der Leasingnehmer – wegen seines Konkurses – „näher daran“, seinerseits den Konkursverwalter über das Bestehen von Leasingverträgen zu informieren. Man wird es deshalb letzten Endes beim Grundgedanken des § 19 KO belassen müssen: Wenn nämlich diese

Bestimmung anerkanntermaßen während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens Anwendung findet⁹⁴, so kann dem Leasinggeber wegen seines Verschweigens eines Leasingvertrages nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ein Rechtsmißbrauch im Sinn von § 242 BGB entgegengehalten werden, sofern er sogar – trotz Kenntnis vom Konkurs des Leasingnehmers – davon Abstand nimmt, die ausstehenden Leasingraten anzumahnen und sein Kündigungsrecht gemäß § 19 KO auszuüben⁹⁵.

3. Rückgabekosten für das Leasinggut nach Beendigung des Leasingvertrages

In der konkursrechtlichen Praxis wird immer wieder darüber gestritten, ob die Kosten für die Rückgabe des Leasingguts – nach Kündigung des Leasingvertrages gemäß § 19 KO – Masseschulden im Sinn von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO sind oder ob sie als Teil der Schadensersatzforderung des Leasinggebers im Sinn von § 19 Satz 3 qualifiziert werden müssen, sofern man – wie hier geschehen – diese Bestimmung im Interesse des Leasinggebers für abänderbar hält⁹⁶. Auch hier erweist sich jedoch die rechtliche Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages als eines Vertrages, auf den „in erster Linie“ die mietrechtlichen Bestimmungen gemäß §§ 535 ff. BGB Anwendung finden⁹⁷, als zielführend:

Enthalten nämlich die Leasing-AGB eine entsprechende Klausel, wonach der Leasingnehmer verpflichtet ist, die Kosten der Rücknahme des Leasingguts zu tragen, so ist diese Verpflichtung von § 556 Abs. 1 BGB gedeckt und nicht nach § 9 AGB-Gesetz zu beanstanden. Beim Mobilienleasing gilt daher gemäß § 556 Abs. 1 BGB regelmäßig, daß eine Bringschuld vereinbart ist⁹⁸. So gesehen handelt es sich dann bei der Rückgabeverpflichtung um einen gesetzlichen Anspruch, der jedoch nach Auffassung des BGH^{98a} nicht als Masseschuld gemäß § 59 Abs. 1 KO einzuordnen ist, weil in diesem Fall der Vermieter keine der Masse zugute kommende Leistung erbringt^{98b}.

4. Fristloses Kündigungsrecht des Leasinggebers vor Konkurseröffnung

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist: Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 7. 12. 1983⁹⁹ das fristlose Kündigungsrecht des Leasinggebers für den Fall anerkannt, daß einzelne Vollstreckungsmaßnahmen in das Leasinggut betrieben werden. Unter dieser Voraussetzung wird man – ganz allgemein – zu dem Ergebnis kommen müssen, daß ein fristloses Kündigungsrecht dem Leasinggeber nicht nur unter den Tatbestandsvoraussetzungen von § 554 BGB, sondern auch dann zusteht, wenn der Tatbestand einer wesentlichen Vermögensverschlechterung – unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 321 BGB – vorliegt¹⁰⁰. Diese generelle Bewertung läßt den Schluß zu, daß dem Leasinggeber auch dann ein fristloses Kündigungsrecht zusteht, wenn über das Vermögen des Leasingnehmers der Konkurs noch nicht eröffnet, aber Antrag auf Eröffnung des Konkurses gestellt ist. Allerdings ist

86 BGH, WM 1984 S. 1217, 1219.

87 A. M. Jaeger/Henckel, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Anm. 20; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48).

88 BGH, WM 1984 S. 1217, 1219.

89 BGH, BB 1986 S. 19, 20 m. w. N.

90 Vgl. Wolf/Eckert, a.a.O. (Fn. 22), Rz. 512.

91 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 59 Rdnr. 1.

92 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 59 Rdnr. 2.

93 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), Rdnr. 2 k.

94 RG, JW 1904 S. 97.

95 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 19 Rdnr. 8.

96 Offengelassen in BGH, WM 1984 S. 1217, 1219.

97 BGH, BB 1986 S. 19, 20.

98 Erman/Schopp, BGB, 7. Aufl., § 556 Rdnr. 1.

98a BGHZ 72 S. 263, 266.

98b Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 48), § 59 Rdnr. 12.

99 WM 1984 S. 163.

100 Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 18), Rz. 465.

eine darauf abzielende Kündigungs-Klausel nur dann mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar, wenn sie so gefaßt ist, daß eine konkrete Gefährdung der Vermögensinteressen des Leasinggebers mindestens in gleichem Maße zu besorgen ist, wie in den Fällen, in denen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in ein wertvolles Leasinggut betrieben werden¹⁰¹.

Notwendigerweise löst ein fristloses Kündigungsrecht des Leasinggebers stets Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung aus¹⁰². Dies gilt immer dann, wenn die fristlose Kündigung des Leasinggebers unter Berücksichtigung der mietrechtlichen Qualifikation des Leasingvertrages berechtigt war¹⁰³. Besteht aber in diesen Fällen ein an der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers orientierter Nichterfüllungsanspruch des Leasinggebers, so wird man – auch im Fall des nachfolgenden Konkurses des Leasingnehmers – nicht so weit gehen können, dem Konkursverwalter ein Anfechtungsrecht gemäß §§ 30 ff. KO zuzubilligen. Selbst wenn die fristlose Kündigung des Leasinggebers darauf abzielte, ein dem Leasingnehmer zustehendes Optionsrecht nicht zur Entstehung gelangen zu lassen, so ist die fristlose Kündigung des Leasinggebers gleichwohl nicht als anfechtbares Rechtsgeschäft im Sinn von § 30 Nr. 1 KO oder gemäß § 30 Nr. 2 KO einzuordnen: Ist nämlich das fristlose Kündigungsrecht des Leasinggebers nach § 9 AGB-Gesetz unter Berücksichtigung der mietrechtlichen Qualifizierung des Leasingvertrages nicht zu beanstanden, so liegt in der Abwehr des dem Leasingnehmer zustehenden Optionsrechts weder eine inkongruente Deckung im Sinne von § 30 Nr. 2 KO, noch ist der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers eine Gläubigerbenachteiligung

im Sinne von § 30 Nr. 1 KO. Denn der Leasinggeber vollzieht durch die fristlose Kündigung nur ein Recht, weil und soweit es ihm nach der mietrechtlichen Qualifikation des Leasingvertrages zusteht, welche die Rechtsprechung des BGH beherrscht¹⁰⁴.

III. Zusammenfassung

Sicherlich dürften in der Praxis noch hin und wieder gewisse Schwierigkeiten auftreten, um die verschiedenen Rechtsfragen angemessen zu beantworten, die beim Konkurs des Leasingnehmers und bei dem „Wettlauf“ zwischen fristlosem Kündigungsrecht des Leasinggebers und Kündigungsrecht des Konkursverwalters gemäß § 19 KO eintreten. Es ist jedoch entscheidend, daß die überwältigende Mehrzahl der praktischen Fälle mit dem inzwischen zur Verfügung stehenden Instrumentarium angemessen gelöst werden kann: Dieses besteht zum einen in der strikten Respektierung der steuerrechtlichen Prärogativen des erlaßkonformen Leasing und zum anderen in der Einsicht, daß Finanzierungsleasingverträge keine Verträge eigener Art sind, sondern „in erster Linie“ von den mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB beherrscht werden¹⁰⁵.

101 *BGH*, WM 1984 S. 163.

102 *BGH*, NJW 1985 S. 2258.

103 Vgl. auch *BGH*, BB 1986 S. 1112.

104 *BGH*, BB 1986 S. 19, 20 m. w. N.

105 *BGH*, BB 1986 S. 19, 20 m. w. N.