

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln, und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln

in Verbindung mit Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, München · Richter am BSG Dr. Alexander Gagel, Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn · Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe · Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Düsseldorf · Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg · Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe · Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München.

## Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

### Die neuesten BGH-Entscheidungen zum Finanzierungsleasing – Konsequenzen für die Praxis

*Mit nahezu atemberaubender Geschwindigkeit hat der BGH in diesem Jahr bislang noch offene, wesentliche Fragen zum Finanzierungsleasing als ein typisches „Judge-made-law“ geklärt: BGH, Urt. v. 24. 4. 1985 – VIII ZR 65/84, ZIP 1985, 682; BGH, Urt. v. 12. 6. 1985 – VIII ZR 148/84, ZIP 1985, 868; BGH, Urt. v. 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84, ZIP 1985, 935. Daraus ergeben sich für die Praxis weitreichende Konsequenzen, die einer exakten Analyse bedürfen.*

#### I. Die BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84<sup>1)</sup>

##### 1. Die Haftung des Leasinggebers für den Lieferanten

Die Kernaussage dieser Entscheidung besagt: der Leasinggeber haftet für den Lieferanten gem. § 278 BGB, wenn der Lieferant schuldhaft Aufklärungs- oder Hinweispflichten gegenüber dem Leasingnehmer verletzt, welche den Leasingvertrag betreffen. Nachdem der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 20. 6. 1984<sup>2)</sup> das Insolvenzrisiko des Lieferanten – auch beim Finanzierungsleasing – dem Leasinggeber auferlegt hat, ist in dieser Entscheidung ein weiterer Schwerpunkt gesetzt, der eine beträchtliche *Risikoverschiebung* zur Konsequenz hat: War man früher geneigt<sup>3)</sup>, das Risiko des Leasinggebers beim Finanzierungsleasing ausschließlich als Risiko der Bonität des Leasingnehmers zu qualifizieren, so hat sich nunmehr – von der Praxis noch kaum reflektiert – das Bonitäts- und Seriositätsrisiko des Lieferanten des Leasingguts hinzugesellt – ein Gesichtspunkt, der im einzelnen vertieft werden muß.

##### 1.1 Die „typische“ Vertragsabschlußphase

Geht man davon aus, daß es für das Finanzierungsleasing charakteristisch ist, daß zwischen Leasinggeber – Lieferant des Leasingguts – Leasingnehmer ein „Dreiecksverhältnis“ besteht<sup>4)</sup>, so

kann man es als „indirektes Leasing“ umschreiben: Lieferant/Hersteller des Leasingguts und Leasinggeber sind verschiedene, voneinander unabhängige Personen.<sup>5)</sup> In seiner Entscheidung vom 16. 9. 1981<sup>6)</sup> hat der BGH diesen Tatbestand dahin umschrieben, daß es „typischerweise der Leasingnehmer“ ist, der nach seinen eigenen Vorstellungen das benötigte Leasinggut beim Hersteller bzw. Händler „aussucht“, der dann „mit diesem den Verwendungszweck erörtert und festlegt“<sup>7)</sup>; der Leasinggeber wird dann „zumeist erst später“ eingeschaltet, um die Finanzierung der Investitionsentscheidung des Leasingnehmers durch Erwerb des Leasingguts zu perfektionieren. Praktisch bedeutet dies: der Leasingnehmer legt mit dem Lieferanten des Leasingguts alle technischen und kommerziellen Details des abzuschließenden Vertrages fest; der Leasinggeber beschränkt sich dann darauf, in dieses noch nicht durch Vertragsabschluß perfektionierte Vertragsverhältnis „einzusteigen“. Abgesehen von den Fällen des „sale and lease back“ besteht also zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten des Leasingguts kein Vertragsverhältnis. Das leasingtypische „Dreiecksverhältnis“ vollzieht sich vielmehr in der Weise: der Leasinggeber erwirbt

1) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906.

2) BGH ZIP 1984, 1101 m. Anm. Graf v. Westphalen.

3) Hierzu insbesondere Bossert, BB 1981, 2038; Tacke, DB 1983, Beilage 28 m. w. N.

4) Hierzu im einzelnen auch Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rz. 126 f.

5) Graf v. Westphalen (Fußn. 4), Rz. 34.

6) BGH ZIP 1981, 1215 m. Anm. Graf v. Westphalen.

7) BGH ZIP 1981, 1215, 1216.

vom Lieferanten ein Leasinggut, das exakt den Vorstellungen des Leasingnehmers entspricht, wie sie im einzelnen zwischen Leasingnehmer und Lieferanten des Leasingguts ausgehandelt und festgelegt worden sind. Auf Geheiß des Leasinggebers liefert dann der Lieferant das Leasinggut unmittelbar an den Leasingnehmer; sobald der Leasingnehmer nach Erhalt des Leasingguts dessen Funktionstüchtigkeit/Gebrauchstauglichkeit in einer Abnahmebestätigung dem Leasinggeber gegenüber erklärt hat, tritt der auf Gebrauchsnutzung gerichtete Leasingvertrag i. S. d. §§ 535 ff BGB in Kraft, den der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts zuvor mit dem Leasingnehmer abgeschlossen hat.

Bei dieser Konstellation der Vertragsabschlußphase stellt sich regelmäßig die Frage, die nunmehr aufgrund der BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84 –<sup>8)</sup> eine abschließende Klärung erfahren hat: Unter welchen Voraussetzungen ist der Lieferant des Leasingguts – bezogen auf die von ihm mit dem Leasingnehmer geführten Vorverhandlungen – Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB?<sup>9)</sup>

## 1.2 Der – untypische – Tatbestand der BGH-Entscheidung

In dem vom BGH entschiedenen Fall war vor Abschluß des Leasingvertrages ein schriftlicher Kaufvertrag zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten des Leasingguts über die Lieferung einer Computer-Anlage sowie ein Software-Vertrag zustande gekommen. In dem Hardware-Vertrag war ein „qualifiziertes Rücktrittsrecht“ vereinbart worden, das unter dem „Vorbehalt der Organisationslösung“ für die „gleichzeitige Verarbeitung aller Geschäftsbereiche: Auftragswesen, Finanzbuchhaltung, Lohn und Gehalt“ stand. In diesen – bereits abgeschlossenen – Hardware-Vertrag stieg die Klägerin/Leasinggeberin ein; sie „vermietete“ die Anlage an die Beklagte/Leasingnehmerin, nachdem bereits im Hardware-Vertrag gegenüber dem Lieferanten vermerkt war: „Leasing-Miete p. M. DM 2 473,-“.

Lieferant und Leasingnehmer waren sich schon bei Abschluß des Hardware-Vertrages darüber einig, daß ein Leasingvertrag abgeschlossen werden sollte. Zu diesem Zweck hatten sie bereits ein Vertragsformular des Leasinggebers – diese hatte der Lieferant vorrätig – durchgesprochen und einschließlich der Leasingraten ausgefüllt. In dem Formular des Leasingvertrages war der „Firmenname der Lieferantin“ eingedruckt.

Das haftungsbegründende Verschulden des Lieferanten des Leasingguts bestand nunmehr darin, daß der zwischen dem Leasingnehmer und dem Leasinggeber abgeschlossene Leasingvertrag die Vereinbarung des „qualifizierten Rücktrittsrechts“ nicht enthielt: Der Leasingvertrag ließ also nicht erkennen, daß zwischen dem Abschluß des Hardware-Vertrages einerseits und der Lösung der betriebsspezifischen Software-Probleme andererseits ein untrennbarer Zusammenhang bestehen sollte. Unter dieser Prämisse rechtfertigt sich dann der Leitsatz der BGH-Entscheidung:

„Führt der Lieferant einer Leasingsache mit Wissen und Willen des (Finanzierungs-)Leasinggebers Vorverhandlungen mit dem Leasingnehmer über den Abschluß des Leasingvertrages, so haftet der Leasinggeber nach § 278 BGB, wenn der Lieferant schuldhaft den Leasingvertrag betreffende Aufklärungs- oder Hinweispflichten gegenüber dem Leasingnehmer verletzt.“<sup>10)</sup>

## 1.3 Konsequenzen

### 1.3.1 Keine Differenzierung zwischen Händler- und Finanzierungsleasing?

An anderer Stelle wurde im einzelnen die Auffassung entwickelt<sup>11)</sup>, der Lieferant des Leasingguts sei dann Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB, wenn die vorvertraglichen Verhandlungen zwischen Lieferant des Leasingguts und Leasingnehmer dem Zweck dienen, die technischen und kommerziellen Details eines „von vornherein beabsichtigten Leasingvertrages abzustimmen und zu fixieren“. Denn dann würden diese Vorverhandlungen „mit Willen des Leasinggebers als des Schuldners“ geführt.<sup>12)</sup> Unterstrichen wurde, daß diese Situation für das Händlerleasing „typisch“ sei. Demgegenüber sei es für das Finanzierungsleasing „typisch“, daß die technischen und kommerziellen Details des geplanten Geschäfts zuvor durch den Leasingnehmer und Lieferanten des Leasingguts abgestimmt werden, „ohne daß schon von vornherein der Abschluß eines Leasingvertrages mit einem bestimmten Leasinggeber feststeht.“<sup>13)</sup>

Der BGH<sup>14)</sup> hat – jedenfalls bezogen auf § 278 BGB – die Distinktion zwischen Händler- und Finanzierungsleasing verworfen, weil eine solche Abgrenzung zum einen zu „keiner befriedigenden Lösung“ führt, zum anderen aber würde eine „generalisierend abstrakte Abgrenzung der Leasingvertragstypen praktisch kaum überwindbare Schwierigkeiten mit sich bringen, weil es an brauchbaren Kriterien dafür fehlt, wann angesichts der vielfältigen Vertragsgestaltungen kein ‚reines‘ Finanzierungsleasing, sondern ein Händlerleasing anzunehmen ist“.

Dem ist durchaus zuzustimmen: Die Distinktion zwischen Finanzierungs- und Händlerleasing ist in erster Linie als Kategorisierung divergenter Interessen zu werten. Beim Finanzierungsleasing ist auf seiten des Leasinggebers – bezogen jeweils auf die Perspektive des Leasingnehmers – ein dominantes Finanzierungsinteresse auszumachen, demgegenüber wird das Interesse des Leasinggebers beim typischen Händlerleasing vom sach- und produktbezogenen Absatzinteresse beherrscht.<sup>15)</sup> Mehr als eine grobe Leitlinie kann eine solche – interessentypische – Differenzierung nicht sein; sie kann und soll erste Anhaltspunkte bieten, um zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen. In jedem Fall entscheiden die Umstände des Einzelfalles.<sup>16)</sup> Genau dies entspricht der Wertung des BGH. Hat ein Leasinggeber im Bereich des Finanzierungsleasing eine derart enge Geschäftsverbindung mit einem Lieferanten, daß der „Firmenname“ des Lieferanten im Text des Leasingvertrages eingedruckt ist, so erschei-

8) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906.

9) Hierzu auch im einzelnen *Graf v. Westphalen*, BB 1984, 2093.

10) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906.

11) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 127 ff.

12) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906; *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 133.

13) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 134.

14) BGH ZIP 1985, 935, 938 – WM 1985, 906, 908.

15) Hierzu *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 35 f.

16) Der BGH (ZIP 1985, 935, 938) verkennt meines Erachtens bei seiner Kritik, daß Finanzierungs- und Händlerleasing nicht ohne weiteres unterscheidbar sind, daß auch die anderenorts entwickelte Differenzierung stets auf die Umstände des Einzelfalles als letztinstanzliches Kontrollkriterium abgestellt hat; hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 31 f.

nen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts – aus der Perspektive des Leasingnehmers bewertet – als wirtschaftliche Einheit; soweit der Lieferant des Leasingguts den Leasingvertrag – z. B. durch Ausfüllen der monatlich zu zahlenden Leasingraten – bereits vorbereitet hatte, betreibt der Leasinggeber letzten Endes „materiell ein Geschäft des Herstellers“<sup>17)</sup>. Für den Bereich von § 278 BGB ist es allerdings irrelevant, ob man eine solche Sachverhaltskonstellation dem Händlerleasing<sup>18)</sup> oder – wie der BGH – noch dem „reinen“ Finanzierungsleasing zuweist, zumal der BGH den Terminus „Finanzierung“ – bezogen auf die Person des Leasinggebers, wie der Leitsatz erkennen läßt – vorsichtig in Klammern gesetzt hat.

### 1.3.2 Die „übertragene Aufgabe der Vertragsvorbereitung“<sup>19)</sup>

Gerade wenn man davon ausgeht, daß die vom BGH entschiedene Fallkonstellation – sowohl begrifflich als auch interessenspezifisch – dem Bereich des Händlerleasing hätte zugeordnet werden können, so fragt es sich, ob die Deduktionen des BGH nicht auch Auswirkungen in den Fällen zeitigen, in denen nicht der mindeste Zweifel besteht, daß es sich um „reines“ Finanzierungsleasing handelt. Denn die eingangs gestellte Frage, inwieweit die BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84 –<sup>20)</sup> ein zusätzliches, lieferantenspezifisches Bonitäts- und Seriositätsrisiko für den Leasinggeber verursacht hat, läßt sich erst dann in ihrer praktischen Auswirkung zutreffend erfassen.

Daß der Lieferant des Leasingguts Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers i. S. v. § 278 BGB ist und daß demzufolge eine Haftung des Leasinggebers aus Verschulden bei Vertragsabschluß besteht, ist im Grundsatz unproblematisch.<sup>21)</sup> Entscheidend ist die Eingrenzung der jeweiligen *Pflichten*: Der BGH bejaht eine Erfüllungsgehilfenschaft des Lieferanten des Leasingguts gem. § 278 BGB dann, wenn und soweit der Leasinggeber ihm die „Aufgabe der Vertragsvorbereitung“ übertragen hat<sup>22)</sup>, weil nämlich diese – vorbereitende – Tätigkeit des Lieferanten des Leasingguts dem Leasinggeber „eigenes Handeln erspart“<sup>23)</sup>. Eine solche Pflichtendelegation liegt jedenfalls dann vor, wenn der Leasinggeber – wie hier – dem Lieferanten Vordrucke und die Kalkulation der Leasingraten mit dem Zweck überlassen hat, diese zur Vorbereitung des Leasingvertrages bereits mit dem Leasingnehmer abzuklären und festzulegen.<sup>24)</sup> Ob – zusätzlich – zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts eine „ständige oder enge Verbindung“<sup>25)</sup> bestand, ist demgegenüber irrelevant<sup>26)</sup>.

Daraus ist für die Praxis abzuleiten: übernimmt der Lieferant des Leasingguts die Aufgabe, mit Wissen und Willen des Leasinggebers den Abschluß des Leasingvertrages durch Ausfüllen der vertragsrelevanten Daten *vorzubereiten*, so ist der Lieferant Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB. Dieses Resultat wird aber auch dann gelten, wenn der Lieferant des Leasingguts lediglich die personenspezifischen Daten des Leasingnehmers in den Vertragsvordruck einsetzt und die Festsetzung der monatlich zu zahlenden Leasingraten dem Leasinggeber überläßt. Denn auch diese Funktion erspart dem Leasinggeber „eigenes Handeln“<sup>27)</sup>; sie ist notwendige „Aufgabe der Vertragsvorbereitung“<sup>28)</sup>, die der Lieferant des Leasingguts für den Leasinggeber erfüllt. Nur dann ist es anders, wenn sich die „vertragsvorbereitende“ Tätigkeit des Lieferanten des Leasingguts ledig-

lich darauf beschränkt, empfehlend auf einen bestimmten Leasinggeber hinzuweisen.

### 1.3.3 Die „Übermittlungsgefahr“ im Verhältnis Lieferant – Leasinggeber

Das durch die BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985 – VIII ZR 102/84 –<sup>29)</sup> begründete lieferantenspezifische *Seriositätsrisiko* besteht darin, daß der Leasingnehmer gem. § 242 BGB darauf vertrauen kann und darf, daß *alle* technischen und kommerziellen Details des zwischen ihm und dem Lieferanten im einzelnen verhandelten Geschäfts unmittelbar Gegenstand des Vertrages zwischen Lieferant und Leasinggeber werden. Dies entspricht dem Befund, daß der Leasinggeber lediglich in das zwischen Lieferant und Leasingnehmer vorverhandelte Vertragsverhältnis „einsteigt“; es findet praktisch – dies sei keine rechtliche Wertung – eine Vertragsübernahme<sup>30)</sup> statt. Folglich muß der Leasingnehmer darauf vertrauen dürfen, daß das mit dem Lieferanten des Leasingguts vereinbarte *gesamte Verhandlungsergebnis* Gegenstand des Kauf- oder Werkvertrages zwischen Leasinggeber und Lieferant und damit auch Gegenstand des *Leasingvertrages* wird.

Der Leasinggeber trägt also die „Übermittlungsgefahr“. Dies gilt – wie der BGH ausdrücklich festgestellt hat<sup>31)</sup> – auch dann, wenn eine bestimmte zwischen Lieferant des Leasingguts und Leasingnehmer getroffene Vereinbarung *nicht* ausdrücklich Gegenstand des Leasingvertrages geworden ist. Dies trifft jedenfalls uneingeschränkt dann zu, wenn diese Vereinbarung – aus der Sicht des Leasingnehmers – für den Abschluß des Leasingvertrages kardinale Bedeutung hatte, wie es im vorliegenden Fall im „qualifizierten Rücktrittsrecht“ zum Ausdruck kam.

Man wird diesen Gedanken jedoch auch auf andere Fälle erstrecken müssen: Gerade weil der Leasinggeber – und dies entspricht üblicher Vertragspraxis – die Vorverhandlungen mit dem Leasingnehmer dem Lieferanten überläßt, trägt der Lieferant die „Übermittlungsgefahr“. Er ist verpflichtet, dem Leasinggeber uneingeschränkt und wahrheitsgemäß Aufklärung über alle kommerziellen und technischen Details zu geben, die das Leasinggut und dessen Verwendungszweck betreffen. Dies gilt unter Berücksichtigung der gewillkürten Schriftform auch insoweit, als mündlich getroffene Vereinbarungen zwischen Liefere-

17) *Flume*, DB 1972, 1, 2.

18) Hierzu *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 26.

19) BGH ZIP 1985, 935, 938 f – WM 1985, 906, 909.

20) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906.

21) Hierzu auch *Graf v. Westphalen*, BB 1984, 2093.

22) BGH ZIP 1985, 935, 938 f – WM 1985, 906, 909.

23) BGH ZIP 1985, 935, 938 f – WM 1985, 906, 909.

24) Es entspricht weitverbreiteter Praxis, daß Leasinggeber, die mehr oder weniger eng mit Händlern/Herstellern zusammenarbeiten, diesen die jeweils gültigen Leasing-Zinssätze zur Kenntnis geben.

25) Anderer Meinung *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 26 – jedoch mit der Relativierung, die sich aus Rz. 32 ergibt.

26) BGH ZIP 1985, 935, 938 – WM 1985, 906, 908 f.

27) BGH ZIP 1985, 935, 938 – WM 1985, 906, 909.

28) BGH ZIP 1985, 935, 939 – WM 1985, 906, 909.

29) BGH ZIP 1985, 935 – WM 1985, 906.

30) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 143.

31) BGH ZIP 1985, 935, 938 f – WM 1985, 906, 908 f.

rant und Leasingnehmer in Rede stehen. Freilich trifft den Leasingnehmer nach Übersendung des Leasingvertrages eine Kontrollpflicht; diese ist jedoch auf den Inhalt des Vertragsdokuments beschränkt. Gleiches gilt für die vom Leasingnehmer nach Erhalt des Leasingguts auszufüllende Abnahme- oder Übernahmebestätigung; diese ist jedoch in der Praxis in der Regel keine klassische Abnahme i. S. v. § 640 BGB, sondern hat im wesentlichen die Funktion einer Quittung gem. § 367 BGB bei vorgeschalteten Untersuchungspflichten, die an den §§ 377, 378 HGB orientiert sind.

### 1.3.4 Zwischenergebnis

Soweit der Lieferant des Leasingguts aufgrund der vorstehenden Darlegungen Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gem. § 278 BGB ist, ist der *Leasinggeber* verpflichtet, den Leasingnehmer von den Verpflichtungen aufgrund des Leasingvertrages freizustellen, soweit der Lieferant schuldhaft die ihn treffende Aufklärungs- und Hinweispflicht aufgrund der mit dem Leasingnehmer geführten Vorverhandlungen verletzt, so daß die *Inkongruenz* zwischen dem Ergebnis der Vorverhandlungen und dem Leasingvertrag dem Lieferanten des Leasingguts anzulasten ist. Erfüllungsgehilfenschaft in diesem Sinne ist immer dann zu bejahen, wenn und soweit der Lieferant Tätigkeiten entfaltet, die unmittelbar den Abschluß des Leasingvertrages vorbereiten und demzufolge dem Leasinggeber „eigenes Handeln ersparen“<sup>32)</sup>. Voraussetzung ist dabei, daß derartige Tätigkeiten des Lieferanten des Leasingguts mit Wissen und Willen des Leasinggebers geschehen, z. B. Überlassung von Vertragsformularen, Bekanntgabe der Leasingkalkulation. Ist hingegen der Lieferant des Leasingguts *nicht* Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, so hat der Leasingnehmer – wie anderenorts im einzelnen dargelegt<sup>33)</sup> – unmittelbar einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts, sofern eine von diesem zu vertretende Inkongruenz zwischen dem Ergebnis der mit dem Lieferanten geführten Vorverhandlungen und dem Leasingvertrag besteht.

## 2. Verbot der Haftungsfreizeichnung

Es entspricht weitgehend üblicher Vertragsgestaltung, daß sich der Leasinggeber von jeglicher Haftung für Dritte, insbesondere für den Lieferanten des Leasingguts, freizeichnet. Allerdings blieb die Streitfrage, ob gem. § 9 AGBG auch eine Freizeichnung für grobes Verschulden nichtleitender Erfüllungsgehilfen hinsichtlich solcher Pflichten, die nicht als Hauptpflichten zu qualifizieren sind, wirksam ist<sup>34)</sup>, erneut offen. Unabhängig davon wird man unter Berücksichtigung der Leitlinien der BGH-Judikatur<sup>35)</sup> die Haftung des Leasinggebers – bezogen auf ein Verschulden des Lieferanten des Leasingguts als eines Erfüllungsgehilfen – nicht nur außerhalb der Grenzen von § 11 Nr. 7 AGBG tolerieren dürfen. Vielmehr hat der Leasingnehmer ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse daran, in seinem Vertrauen geschützt zu werden, daß der Lieferant des Leasingguts das Ergebnis der Vorverhandlungen ungeschmälert und wahrheitsgemäß dem Leasinggeber zur Kenntnis bringt. Dieser Gedanke rechtfertigt es, auch eine im Bereich leichter Fahrlässigkeit liegende Haftungsfreizeichnung als mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unvereinbar zu bewerten.<sup>36)</sup> Denn der Abschluß eines vom Lieferanten des Leasingguts vorbereiteten Leasingvertrages darf

nicht dazu führen, daß der Leasingnehmer ein Leasinggut erhält, das nicht in allen Einzelheiten das Ergebnis der kommerziellen und technischen Vorverhandlungen mit dem Lieferanten des Leasingguts reflektiert. Alles andere wäre eine nicht hinzunehmende unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers.

Das Seriositätsrisiko des Lieferanten trägt eben der Leasinggeber, weil er – dies ist die Konsequenz der Anwendung des § 278 BGB – „näher daran“ ist.

## II. Die BGH-Entscheidung vom 24.4.1985 – VIII ZR 65/84<sup>37)</sup>

Quintessenz dieser Entscheidung ist: § 11 Nr. 10 a AGBG ist auf Leasingverträge nicht anwendbar – ein Ergebnis, das in der Literatur lebhaft begrüßt wurde<sup>38)</sup>. Indessen ist zu fragen, ob dazu wirklich Anlaß besteht, ob nicht vielmehr die praktischen Konsequenzen dieser Entscheidung wesentlich nachteiliger sind als die Berücksichtigung der subsidiären Eigenhaftung des Leasinggebers gem. § 11 Nr. 10 a AGBG.

### 1. Die Argumentation des BGH

Man mag trefflich darüber streiten, ob die Fassung von § 11 Nr. 10 a AGBG wirklich auf einem „redaktionellen Versehen“<sup>39)</sup> beruht. Jedenfalls ist die Argumentation des BGH, es sei von einem – engen – Begriff in der Interpretation des Terminus „Leistung“ in § 11 Nr. 10 a AGBG auszugehen, für Leasingverträge nicht überzeugend. Anerkanntermaßen beruhen diese nämlich darauf, daß der Leasinggeber die ihm gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehenden *Gewährleistungsansprüche* abtritt.<sup>40)</sup> Diese Ansprüche resultieren aus dem zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts abgeschlossenen Kauf- oder Werkvertrag.<sup>41)</sup> Die damit dem Leasingnehmer zur Verfügung stehenden Gewährleistungsansprüche sind *Kompensation* dafür, daß sich der Leasinggeber seinerseits von der mietvertraglichen Eigenhaftung gem. §§ 535 ff BGB freizeichnet.<sup>42)</sup> Wegen dieses – vom BGH immer wieder anerkannten – Freizeichnungseffekts<sup>43)</sup> ist es unverständlich, daß der BGH gleichwohl die Aufassung vertritt, die Regelung der §§ 11 Nr. 10 a–f AGBG passe „ersichtlich nicht auf Leasingverträge“<sup>44)</sup>. Damit verkennt der BGH sowohl die Struktur des Leasingvertrages als auch die von

32) BGH ZIP 1985, 935, 938 = WM 1985, 906, 909.

33) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 135.

34) BGH ZIP 1985, 935, 939 = WM 1985, 906, 909 f.

35) BGH ZIP 1984, 457 = WM 1984, 477; BGH ZIP 1984, 1098 = WM 1984, 1053; BGH ZIP 1985, 687, jeweils m. w. N.

36) Der auf dem Vertrauensgedanken beruhende Schutz des *Frustrationsinteresses* wird in der BGH-Judikatur zunehmend betont: BGH ZIP 1984, 971; BGH EWiR § 633 BGB 1/85, 77 (*Graf v. Westphalen*).

37) BGH ZIP 1985, 682 = EWiR § 11 Nr. 10 AGBG 1/85, 239 (*Hensen*).

38) *Ziganke*, BB 1985, 1087, 1091 ff.

39) BGH ZIP 1985, 682, 685.

40) BGH ZIP 1981, 1215, 1216; BGH ZIP 1984, 1101, 1104; BGH ZIP 1985, 682, 686.

41) Hierzu auch *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 156 ff – bezogen auch auf die besonders schwierige Problematik von § 2 AGBG.

42) BGH ZIP 1985, 682, 685.

43) BGH ZIP 1985, 682, 686.

44) BGH ZIP 1985, 682, 686.

§ 11 Nr. 10 AGBG: Der Kontrolle des § 11 Nr. 10 AGBG sind nämlich nach dem übereinstimmenden Willen von Leasinggeber und Leasingnehmer *ausschließlich* die Gewährleistungsbestimmungen unterworfen, die im Rahmen der „Abtretungskonstruktion“ bzw. der „Ermächtigungskonstruktion“ dem Leasingnehmer anstelle der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers zur Verfügung stehen.<sup>45)</sup>

Daran ändert sich auch durch die subsidiäre Eigenhaftung des Leasinggebers i. S. v. § 11 Nr. 10 a AGBG nichts. Denn diese bewirkt lediglich, daß die in der „Abtretungskonstruktion“ bzw. „Ermächtigungskonstruktion“ verankerte „Dritthaftungsklausel“ zugunsten der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gem. §§ 536 ff BGB zurücktritt.<sup>46)</sup> Auch bei strikter Anwendung von § 11 Nr. 10 a AGBG auf Leasingverträge schuldet der Leasinggeber niemals eine „Nachbesserung“ i. S. v. § 11 Nr. 10 c AGBG, sondern die ungeschmälerte Gebrauchsüberlassung, wie sie dem dispositiven Recht der §§ 536 ff BGB entspricht. Auch schuldet der Leasinggeber keine „Rückgängigmachung“ des Leasingvertrages, sondern dessen Erfüllung, soweit nicht der Leasingnehmer – wegen „Wiederauflebens“ der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers – Kündigung gem. § 542 BGB begehrt.

Sicherlich, die Argumentationskette des BGH trifft auf *gewöhnliche* Gebrauchsüberlassungsverträge zu, soweit diese keine gewährleistungsspezifischen, an § 11 Nr. 10 a–f AGBG ausgerichteten Gewährleistungsregeln enthalten.<sup>47)</sup> Doch für Leasingverträge ist sie nicht überzeugend, weil diese unter Verdrängung der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gewährleistungsspezifisch aufgebaut und insoweit an den Tatbeständen von § 11 Nr. 10 a–f AGBG orientiert sind.

## 2. Praktische Konsequenzen

### 2.1 Aus der Sicht des Leasingnehmers

Es ist betrüblich, daß ein ganz wesentliches Argument dem BGH aus dem Blick geraten ist: Immer wieder – neuestens noch – betonte der BGH das Erfordernis einer „*durchschaubaren*“ Vertragsgestaltung.<sup>48)</sup> Zu Recht will der BGH den Leasingnehmer davor schützen, das Opfer einer intransparenten, nicht nachvollziehbaren Vertragsgestaltung zu werden. Die tägliche Praxis beweist indessen, daß die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“ und „Ermächtigungskonstruktion“ für den Leasingnehmer – besonders im nicht-kaufmännischen Bereich – nur schwer durchschaubar ist. Der „rechtlich nicht vorgebildete“ Leasingnehmer hält den Leasinggeber für seinen – alleinigen – Vertragspartner und versteht es nur mit großer Mühe, daß er verpflichtet ist, Gewährleistungsansprüche unmittelbar gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen, ohne daß dies ein Recht auf Zahlungsverweigerung auslöst.<sup>49)</sup> Dies ist freilich hinzunehmen, weil es die übliche Crux von „Dritthaftungsklauseln“ ist, die auch § 11 Nr. 10 a AGBG nicht vollständig verbietet.<sup>50)</sup>

Völlig *unverständlich* ist jedoch dem „rechtlich nicht vorgebildeten“<sup>51)</sup> Leasingnehmer, daß der Vollzug der Wandelung zum einen das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant des Leasingguts betrifft, zum anderen die Konsequenz hat, daß dem Leasingvertrag „von vornherein“<sup>52)</sup> die Geschäfts-

grundlage gem. § 242 BGB fehlt, so daß dem Leasingnehmer Ansprüche aus § 812 BGB wegen zurückzugewährender Leasingraten und dem Leasinggeber Ansprüche wegen tatsächlich gezogener Nutzung zustehen<sup>53)</sup>. Diese Rechtskonstruktion – einschließlich ihrer Implikationen – ist bereits für versierte Juristen nur schwer nachvollziehbar; für den „rechtlich nicht vorgebildeten“ Leasingnehmer ist sie eine Überforderung seiner intellektuellen Fähigkeiten. Dies gilt deswegen uneingeschränkt, weil man davon ausgehen muß, daß der AGB-Verwender zu einer Vertragsgestaltung verpflichtet ist, die es dem „rechtlich nicht vorgebildeten“<sup>54)</sup> Leasingnehmer gestattet, *ohne Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe* die ihm zustehenden Rechte selbstständig geltend zu machen. Indessen bleibt ihm nunmehr keine andere Wahl – ob mit oder ohne Rechtsschutzversicherung, gilt gleich –, weil nach Auffassung des BGH § 11 Nr. 10 a AGBG auf Leasingverträge keine Anwendung findet.

Damit setzt sich der BGH in eklatanten Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers, „Dritthaftungsklauseln“ *schlechthin* im nicht-kaufmännischen Verkehr, wie sich unmittelbar aus § 11 Nr. 10 a AGBG ergibt, restriktiv zu begegnen.<sup>55)</sup> Es ist ja der erklärte Sinn und Zweck von § 11 Nr. 10 a AGBG, „Dritthaftungsklauseln“ lediglich insoweit zu akzeptieren, als der AGB-Kunde nicht gehalten ist, gerichtliche Hilfe gegenüber dem „Dritten“ in Anspruch zu nehmen.<sup>56)</sup> Bei Leasingverträgen zwingt indessen der BGH den gewährleistungsberechtigten Leasingnehmer dazu, die „Dritthaftungsklausel“ in vollem Umfang auszuschöpfen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und ein rechtskräftiges Wandelungsurteil zu erstreiten, um gem. § 894 ZPO die Wandelung zu vollziehen. Damit schafft er im Rahmen der leasingspezifischen „Dritthaftungsklausel“ Voraussetzungen, die der gesetzlichen Wertung von § 11 Nr. 10 a AGBG diametral widersprechen. Und er zwingt den Leasingnehmer auch dazu, in bezug auf die *Rechtsfolgen* einer vollzogenen Wandelung Ansprüche durchzusetzen, die Konsequenz einer komplizierten BGH-Judikatur sind.

Die darin liegende *Schlechterbehandlung* des Leasingnehmers – verglichen mit allen anderen Adressaten einer „Dritthaftungsklausel“ – ist schwer nachvollziehbar. Sie ist insbesondere nicht gerechtfertigt, wenn man aufgrund der BGH-Judikatur davon ausgeht, daß § 9 AGBG Auffangtatbestand in all den Fällen ist, in denen die strikten Verbotstatbestände der §§ 10, 11 AGBG keine Anwendung finden.<sup>57)</sup> Dabei liegt die unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG sicherlich nicht darin, daß

45) Im einzelnen auch *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 401 ff.

46) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 405.

47) BGH ZIP 1985, 682, 686.

48) So insbesondere noch BGH ZIP 1985, 868, 871.

49) Hierzu auch OLG Hamburg WM 1985, 586.

50) Im einzelnen auch *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, AGBG, 2. Aufl., § 11 Nr. 10 a Rz. 1 f m. w. N.

51) BGH ZIP 1981, 285 = BB 1981, 389.

52) BGH ZIP 1981, 1215, 1217.

53) BGH ZIP 1985, 226 = EWiR § 537 BGB 1/85, 71 (*Graf v. Westphalen*).

54) BGH ZIP 1981, 285 = BB 1981, 389.

55) *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner* (Fußn. 50), § 11 Nr. 10 a Rz. 1 f m. w. N.

56) Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 44. Aufl., § 10 AGBG Anm. 1 b bb.

57) Statt aller *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 56), § 9 AGBG Anm. 7 m. w. N.

der Lieferant des Leasingguts, wie der BGH insinuiert, nicht in der Lage sein kann, den Anspruch des Leasingnehmers zu erfüllen.<sup>58)</sup> Nicht das Insolvenzrisiko des „Dritten“ charakterisiert die unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers, sondern die ihm zwingend aufgrund der BGH-Entscheidungen<sup>59)</sup> auferlegte Rechtsverfolgung, für die es in den Klauseln des Leasinggebers – dies entspricht der Praxis – nicht den mindesten Hinweis oder Anhaltspunkt gibt: Voraussetzungen und Auswirkungen einer vollzogenen Wandelung werden in Leasing-AGB nicht reflektiert, weil sie sich – bezogen auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages gem. § 242 BGB – offenbar als nicht „regelungsbedürftig“ erweisen.

## 2.2 Aus der Sicht des Leasinggebers

Kalkulatorisch betrachtet ist die Nichtanwendbarkeit von § 11 Nr. 10 a AGBG für den Leasinggeber von hohem Nachteil: Die Einforderung der durch § 11 Nr. 10 a AGBG bedungenen subsidiären Eigenhaftung führt dazu, daß der Leasingvertrag *auf Dauer* erfüllt werden kann – vorausgesetzt, Mangelbeseitigung durch einen Dritten auf Kosten des Leasinggebers ist möglich. Abzüglich des damit verbundenen Aufwandes erhält der Leasinggeber aber volle Amortisation, einschließlich des kalkulierten Gewinns. Nichts davon steht dem Leasinggeber zu, wenn dem Leasingvertrag „von vornherein“<sup>60)</sup> wegen vollzogener Wandelung die Geschäftsgrundlage i. S. v. § 242 BGB fehlt<sup>61)</sup>. Der Leasinggeber kann nicht einmal die bereits erhaltenen Leasingraten behalten; er muß sie zurückgewähren und ist gegenüber dem Leasingnehmer auf einen Anspruch gem. § 812 BGB – bezogen auf die tatsächlich gezogene Nutzung (vergleichbar einer Miete?) – beschränkt. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns steht dem Leasinggeber nicht zur Seite; die Refinanzierungsaufwendungen sind seinem Geschäftsrisiko zuzurechnen; gleiches gilt für den allgemeinen Verwaltungsaufwand<sup>62)</sup>: Vorbehalten bleibt ihm, das – jedenfalls mangelhafte – Leasinggut zu verwerten.

Auf die Führung des Gewährleistungsprozesses hat der Leasinggeber keinen unmittelbaren Einfluß; er ist vielmehr verpflichtet, das Ergebnis des Gewährleistungsprozesses gegen sich gelten zu lassen.<sup>63)</sup> Demgegenüber ist er – Anwendbarkeit von § 11 Nr. 10 a AGBG vorausgesetzt – ohne weiteres in der Lage, durch Beauftragung eines geeigneten, zuverlässigen Dritten dafür Sorge zu tragen, daß die Gewährleistung erfolgreich durchgeführt wird – notfalls durch Lieferung eines Ersatzgutes. Selbst in diesen Fällen dürfte das kalkulatorische Ergebnis für den Leasinggeber – in der Regel – noch günstiger sein, sofern das (mangelhafte) Leasinggut nicht völlig wertlos ist. Jedenfalls aber ist das Zugeständnis der subsidiären Eigenhaftung des Leasinggebers wesentlich *kundenfreundlicher* als die prozessuale Rückabwicklung fehlgeschlagener Leasingverträge. Und dem doch inzwischen etwas stark angekratzten Image der Leasinggesellschaften wäre eine solche Haftungszusage gewiß förderlich.

## III. Die BGH-Entscheidung vom 12.6.1985 – VIII ZR 148/84<sup>64)</sup>

Ungeheuer detailliert hat der BGH seine Auffassung erneut<sup>65)</sup> auseinandergelassen, in welcher Weise der Leasinggeber bei fristloser Kündigung des Leasingvertrages berechtigt ist, Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Die

Deduktionen des BGH verdienen jedoch nicht in allen Punkten Zustimmung, und es steht zu befürchten, daß die möglicherweise erhoffte Bereinigung kontroverser Fragen nicht eingetreten ist.

## 1. Neue Tendenzen

Die BGH-Entscheidung vom 12. 6. 1985 – VIII ZR 148/84 –<sup>66)</sup> enthält eine dezidierte Abweichung von der Begründung in der BGH-Entscheidung vom 31. 3. 1982<sup>67)</sup>, was sich aus folgenden Ableitungen erkennen läßt:

### 1.1 Der Grundgedanke der Vollamortisation

Auch wenn der BGH – bezogen auf den „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag – seine schon früher geäußerte Auffassung bestätigt<sup>68)</sup>, daß nämlich die Koppelung zwischen Kündigung und Abschlußzahlungen, welche auf die Restamortisation bezogen sind, unwirksam ist, so ist doch für die Praxis von entscheidender Bedeutung, daß der BGH nunmehr den Gedanken der *Vollamortisation* zugunsten des Leasinggebers eindeutig in den Vordergrund rückt: Sowohl bei Leasingverträgen im Bereich des Vollamortisationserlasses vom 19. 4. 1971<sup>69)</sup> als auch im Bereich des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975<sup>70)</sup> hat der Leasinggeber Anspruch auf „volle Amortisation der Gesamtkosten“, einschließlich des kalkulierten Gewinns<sup>71)</sup>. Der Unterschied zwischen einem Vollamortisations- und einem Teilamortisationsvertrag – erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorausgesetzt – ist dabei lediglich, daß der Leasingnehmer bei einem Vollamortisationsvertrag die „volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers“, einschließlich des kalkulierten Gewinns<sup>72)</sup>, ausschließlich durch Zahlung der Leasingraten bewirkt, während bei einem Teilamortisationsvertrag die Leasingraten lediglich eine Teilamortisation darstellen, so daß der Anspruch auf Vollamortisation zusätzlich durch eine Abschlußzahlung oder durch Ausübung des dem Leasinggeber zustehenden Andienungsrechts bewirkt wird.<sup>73)</sup>

Von diesem Ausgangspunkt her ist es uneingeschränkt zu begrüßen, daß der BGH seine frühere Judikatur<sup>74)</sup> ausdrücklich aufgegeben hat, wonach der Leasinggeber – bei vorzeitiger Been-

58) BGH ZIP 1985, 682, 686.

59) BGH ZIP 1981, 1215; BGH ZIP 1984, 1101, 1104.

60) BGH ZIP 1981, 1215, 1217.

61) Hierzu auch im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 377 m. w. N.

62) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 382.

63) Hierzu auch insbesondere BGH ZIP 1985, 546.

64) BGH ZIP 1985, 868; hierzu auch *Bernstein*, DB 1985, 1734 – zustimmend.

65) BGH ZIP 1985, 868, 870 ff.

66) BGH ZIP 1985, 868.

67) BGH ZIP 1982, 700.

68) BGH ZIP 1982, 64, 67; BGH ZIP 1985, 868, 871.

69) Erlaß des Bundesministers der Finanzen v. 19. 4. 1971 – IV B/2 – S 2170 – 31/71 (Vollamortisationserlaß), BB 1971, 506.

70) Erlaß des Bundesministers der Finanzen v. 22. 12. 1975 – IV B/2 – S 2170 – 161/75 (Teilamortisationserlaß), BB 1976, 72.

71) BGH ZIP 1985, 868, 872.

72) BGH ZIP 1985, 868, 872.

73) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 93 ff.

74) BGH ZIP 1982, 64, 67; BGH ZIP 1982, 700; insbesondere aber BGH ZIP 1985, 868, 871 f.

digung eines „kündbaren“ Teilamortisationsvertrages – verpflichtet ist, „einen Teil der Gesamtkosten, einschließlich seiner Gewinnerwartung“, selbst zu tragen<sup>75)</sup>. Zu diesem Ergebnis war der BGH aufgrund ergänzender Vertragsauslegung gelangt, weil die zivilrechtliche Ausgestaltung des „kündbaren“ Teilamortisationsvertrages – Koppelung eines dem Leasingnehmer zustehenden Kündigungsrechts bei gleichzeitiger Verpflichtung, eine Abschlußzahlung in Höhe der Restamortisation zu zahlen – wegen Verstoßes gegen § 9 bzw. § 10 Nr. 7 a AGBG unwirksam war.<sup>76)</sup> Nunmehr gilt: Erfüllungsinteresse und Nichterfüllungsschaden decken einander; dieser allgemein gültige Satz ist jetzt für den Bereich des Leasing ausdrücklich bestätigt.<sup>77)</sup>

## 1.2 Der steuerrechtliche Ausgangspunkt

Anerkennenswert ist des weiteren, daß der BGH – erstmals – bestätigt, daß der „steuerrechtliche Gesichtspunkt“ des Voll- und des Teilamortisationserlasses „maßgeblich das Wesen des Finanzierungsleasingvertrages“<sup>78)</sup> bestimmt. In der Sache bedeutet dies: leasingtypisch ist nur eine solche Vertragskonstruktion, die den Tatbestandselementen des Vollamortisations- und des Teilamortisationserlasses entspricht. Deshalb darf eine ergänzende Vertragsauslegung – Unwirksamkeit der Vertragsgestaltung vorausgesetzt – auch nur zu solchen Ergebnissen führen, die erlaßkonform sind. Dies setzt voraus und schließt ein, daß der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist.<sup>79)</sup>

## 2. Die Anrechnung des Verwertungserlöses

So begrüßenswert die vorstehenden Klarstellungen, insbesondere im Hinblick auf die zivilrechtliche Kongruenz zu den steuerlichen Gegebenheiten des Vollamortisations- und des Teilamortisationserlasses sind, so wenig vermögen die Erwägungen zu befriedigen, die der BGH in bezug auf die Anrechnung des Verwertungserlöses – ganz generell und losgelöst von dem zu entscheidenden Fall – anstellt.

### 2.1 Die – erlaßwidrige – Vertragsgestaltung

Nachdrücklich muß unterstrichen werden, weil der BGH diesen Gesichtspunkt nicht voll reflektiert: die Gestaltung des Teilamortisationsvertrages in der BGH-Entscheidung vom 12. 6. 1985 – VIII ZR 148/84 –<sup>80)</sup> war in dreifacher Hinsicht erlaßwidrig. Damit soll nicht gesagt sein, daß diese Vertragsgestaltung nicht „Leasing“ in dem Sinne ist, daß auch hier der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, so daß der Leasingnehmer seinerseits berechtigt ist, die zu zahlenden Leasingraten als Betriebsausgaben sofort abzusetzen.<sup>81)</sup> Denn der Teilamortisationserlaß vom 22. 12. 1975<sup>82)</sup> enthält keine abschließende Regelung, sondern ermöglicht unter Berücksichtigung von § 39 AO eine davon abweichende Vertragsgestaltung. Indessen: es ist erlaßwidrig, daß der Verwertungserlös bei einem „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag lediglich zu 75 % auf die Abschlußzahlung in Anrechnung gebracht wird. Es ist erlaßwidrig, daß – im Falle des Abschlusses eines neuen, gleichwertigen Leasingvertrages – 100 % des Verwertungserlöses dem Leasingnehmer zugute kommen. In gleicher Weise ist es erlaßwidrig, bei Abschluß eines neuen, gleichwertigen Mietvertrages dem Leasingnehmer dann einen Bonus zuzugestehen, sofern der Verwertungserlös die noch ausstehende Restamortisation

übersteigt. Denn das Wesensmerkmal des „kündbaren“ Leasingvertrages mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers besteht aufgrund des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975<sup>83)</sup> darin, daß dem Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung ausschließlich zusteht; ihm verbleibt folglich „in vollem Umfang“<sup>84)</sup> der Differenzbetrag zwischen Gesamtkosten des Leasinggebers und der Summe aus 90 % des anrechnungspflichtigen Verwertungserlöses und den gezahlten Leasingraten. Demgegenüber sieht der BGH eine „nicht erlaßkonforme Regelung“<sup>85)</sup> darin, daß die Abschlußzahlung im vorliegenden Leasingvertrag auf den „Anschaffungswert des Leasingobjekts“, nicht aber auf die „Gesamtkosten des Leasinggebers“ bezogen war. Diese Distinktion ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, sofern man – dem üblichen Sprachgebrauch entsprechend – unter „Anschaffungswert“ die gesamten Herstellungskosten des Leasinggebers, einschließlich aller Nebenkosten und Finanzierungskosten, sieht.

### 2.2 Die Tatbestandselemente des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975<sup>86)</sup>

Daß der BGH im vorliegenden Fall die erlaßwidrige Vertragsgestaltung nicht analysierte, hat unmittelbare Folgen, weil dadurch die – schadensersatzspezifische – Anrechnung des Verwertungserlöses des Leasingguts undifferenziert behandelt wird, wenn gleich sie im tatsächlichen Resultat für den Sonderfall des „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag im Ergebnis zutreffend ist.

#### 2.2.1 Die Differenzierungsmerkmale des Teilamortisationserlasses

Gerade weil der BGH – insoweit durchaus zutreffend – davon ausgeht, daß zwischen der zivilrechtlichen Gestaltung und den steuerrechtlichen Prämissen des Vollamortisations- und des Teilamortisationserlasses Kongruenz bestehen muß, ist es bedauerlich, daß er die Differenzierungsmerkmale des Teilamortisationserlasses vom 22. 12. 1975<sup>87)</sup> ignoriert:

Ausgangspunkt ist und bleibt: der im Leasinggut verkörperte Vermögenswert steht uneingeschränkt dem Leasinggeber als rechtlichem und wirtschaftlichem Eigentümer zu. Dem Leasinggeber, nicht aber dem Leasingnehmer, gebührt deshalb auch der Verkehrswert/Zeitwert, wie er im Leasinggut – nach ordnungsgemäßer Beendigung des Leasingvertrages – deswegen verkörpert ist, weil die Dauer des Leasingvertrages – erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorausgesetzt – maximal auf 90 % der betriebsge-

75) BGH ZIP 1982, 700, 702; im einzelnen auch *Graf v. Westphalen*, ZIP 1983, 1021.

76) BGH ZIP 1982, 700.

77) BGH ZIP 1985, 868.

78) BGH ZIP 1985, 868, 872.

79) Vgl. auch neuestens *Spittler*, Leasing für die Praxis, 2. Aufl., S. 68 ff m. w. N.

80) BGH ZIP 1985, 868.

81) Hierzu auch *Spittler* (Fußn. 79), S. 90.

82) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

83) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

84) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

85) BGH ZIP 1985, 868, 871.

86) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

87) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

wöhnlichen Nutzungsdauer des Leasinggutes begrenzt ist. Dieser Verkehrswert/Zeitwert des Leasingguts ist – bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Leasingvertrages – eine unbekannte Größe; er hängt entscheidend von den dann herrschenden, nicht vorherzusehenden Marktverhältnissen ab. Dies reflektiert der Vollamortisationserlaß vom 19.4.1971<sup>88)</sup> zutreffend in der Weise, daß z. B. in bezug auf die Bemessung der Kaufoption zugunsten des Leasingnehmers entweder der jeweilige Buchwert (ermittelt aufgrund der linearen Absetzung für Abnutzungen (AfA) nach der amtlichen AfA-Tabelle) oder „der niedrigere gemeine Wert“ des Leasingguts Maß gibt. Entscheidend aber hierfür ist der „Zeitpunkt der Veräußerung“, also ein künftiges, bei Abschluß des Vertrages noch nicht vorhersehbares Ereignis. Demgegenüber orientiert der BGH den Zeitwert/Verkehrswert des Leasingguts – bezogen auf den Zeitpunkt der Veräußerung – ausschließlich an dem Buchwert entsprechend der Rest-AfA.

Schon für den Bereich von Vollamortisationsverträgen ist dieses Ergebnis für den Leasingnehmer nachteilig, wenn nämlich der „gemeine Wert“ bei Beendigung des Leasingvertrages niedriger ist. Im Bereich der Teilamortisationsverträge aber ist die Sicht des BGH teilweise schlicht erlaßwidrig: Handelt es sich um das Vertragsmodell mit *Andienungsrecht* des Leasinggebers, so ist – ordnungsgemäße Vertragsbeendigung vorausgesetzt – der Buchwert des Leasingguts *identisch* mit dem Preis, der schon bei Abschluß des Leasingvertrages zwischen beiden Parteien vereinbart wurde, um auf diese Weise die auf Vollamortisation gerichtete Gegenleistung des Leasingnehmers zu bestimmen. Dieser „Preis“ ist ausschließlich durch die Kalkulation des Leasinggebers bestimmt; mit der Rest-AfA hat die Höhe dieses „Preises“ nicht unbedingt etwas zu tun. Denn die Leasingraten werden linear kalkuliert; der Aufwand des Leasinggebers ist demgegenüber linear in bezug auf die Abschreibung (AfA), degressiv aber in bezug auf die für das investierte Kapital zu berechnenden Zinsen.

Mehr noch: haben beide Parteien das Vertragsmodell mit Aufteilung des *Mehrerlöses* vereinbart, so ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Erlasses der „*Veräußerungserlös*“ – also der Zeitwert/Verkehrswert des Leasingguts – maßgebend, um den Anspruch des Leasinggebers auf Vollamortisation zu ermitteln. Gleiches gilt dann, wenn der „kündbare“ Teilamortisationsvertrag mit *Abschlußzahlung* vereinbart wurde. Auch hier ist ausschließlich der „Veräußerungserlös“ des Leasingguts in bezug auf die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers einschlägig.

Daß indessen in *allen diesen Fällen* die Rest-AfA, bezogen auf die restlichen 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts, irrelevant ist, erhellt unmittelbar, wenn man sich vor Augen hält: es ist das Charakteristikum des dem Leasinggeber zuzurechnenden wirtschaftlichen Eigentums, daß ausschließlich der Leasinggeber die *Chance der Wertsteigerung* – bezogen auf einen nach Beendigung des Leasingvertrages vorliegenden, erhöhten Zeitwert/Verkehrswert des Leasingguts – hat. Demgegenüber ist der vom BGH anerkannte Grundsatz der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers davon abhängig, daß der Leasingnehmer das *Risiko des Wertverfalls* ausschließlich trägt. Dies sagt der Teilamortisationserlaß vom 22.12.1975<sup>89)</sup> überdeutlich. Nur dann wird ja der Leasinggeber von dem ihm

zustehenden Andienungsrecht Gebrauch machen, wenn *kein* „über dem Andienungspreis liegender Preis am Markt erzielt werden kann“. Und die äußerst komplizierte Anrechnungsmodalität beim „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers stellt kategorisch fest: „Bei diesem Vertragsmodell kommt eine während der Mietzeit eingetretene Wertsteigerung in vollem Umfang dem Leasinggeber zugute. Der Leasinggeber ist daher nicht nur rechtlicher, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstandes.“<sup>90)</sup>

## 2.2.2 Partizipation des Leasingnehmers am Verwertungserlös zu 90 %?

Der Irrtum des BGH, dessen zivilrechtliche Konsequenzen noch darzulegen sind, erweist sich in folgenden Sätzen:

„Dem Leasinggeber steht der ‚nicht verbrauchte‘ Teil von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer und dessen wirtschaftlicher Gegenwert zu. Dieser Umstand sichert ihm im steuerrechtlichen Bereich die Position des wirtschaftlichen Eigentümers des Leasingobjekts. Es erscheint gerechtfertigt, der an der Abschreibung orientierten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer entsprechende Prozentsätze von dem bei einer Verwertung erzielten Erlös, also vom verbliebenen Handelswert des Leasingobjekts, zuzuordnen. Das bedeutet, daß dem ‚nicht verbrauchten‘ Teil von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ein Anteil von 10 % am Verwertungserlös entspricht.“<sup>91)</sup>

Indes: weder bei ordnungsgemäßer Erfüllung eines Leasingvertrages noch bei Berechnung des Nichterfüllungsschadens ist es vertretbar, angesichts sich ständig ändernder Marktverhältnisse Buchwert und Zeitwert/Verkehrswert eines Wirtschaftsguts gleichzusetzen. Vielmehr ist es so: Bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung hat der Leasinggeber Anspruch auf Vollamortisation; darüber hinaus hat er – dies verkennt der BGH<sup>92)</sup> – die Chance, den nach Beendigung des Leasingvertrages noch vorhandenen Verkehrswert/Zeitwert des Leasingguts *ungeschmälert* (ausgenommen: Mehrerlösbeteiligung des Leasingnehmers zu 75 %) zu realisieren.

Hat sich der Leasinggeber im Bereich des Vollamortisationserlasses durch eine Kauf- oder Mietverlängerungsoption gebunden, so steht von vornherein fest, wie hoch der Zeitwert/Verkehrswert des Leasingguts ist. Ist jedoch weder eine Kauf- noch eine Mietverlängerungsoption vereinbart, dann entscheidet schlechthin der bei Abschluß des Leasingvertrages nicht vorhersehbare – künftige – Verkehrswert/Zeitwert ohne Rücksicht auf den an der Rest-AfA orientierten Buchwert. Exakt dies ist auch die Grundlage des Teilamortisationserlasses vom 22.12.1975.<sup>93)</sup> Deshalb ist die auf die Rest-AfA bezogene Gleichsetzung von „Handelswert“ und dem „nicht verbrauchten Teil von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer“ – bezogen auf den Verwertungserlös – nicht zu rechtfertigen. Also steht dem Leasinggeber beim Vollamortisationsvertrag der *gesamte* Veräußerungs-

88) Vollamortisationserlaß v. 19.4.1971, BB 1971, 506.

89) Teilamortisationserlaß v. 22.12.1975, BB 1976, 72.

90) Teilamortisationserlaß v. 22.12.1975, BB 1976, 72.

91) BGH ZIP 1985, 868, 873 f.

92) BGH ZIP 1985, 868, 873 f.

93) Teilamortisationserlaß v. 22.12.1975, BB 1976, 72.

erlös zu, nicht aber, wie der BGH meint, lediglich 10 %. Dies wird unmittelbar einsichtig, wenn man bedenkt, daß ein Vollamortisationsvertrag mit *Kaufoption* des Leasingnehmers vorgesehen ist, die sich – bezogen auf den „Zeitpunkt der Veräußerung“<sup>94)</sup> – an dem „niedrigen gemeinen Wert“, nicht aber an der Rest-AfA ausrichtet.

Auch für den „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag ist die Argumentation des BGH nicht schlüssig.<sup>95)</sup> Zweifelsfrei kann der Leasingnehmer – erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorausgesetzt – den Leasingvertrag beenden, sobald 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer abgelaufen sind. Doch – bezogen auf die Erfüllungsebene – ist es keineswegs zwingend, daß Leasingverträge stets auf 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ausgelegt sein müssen. Dies ist ja lediglich eine Obergrenze; die Untergrenze ist 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer. Zwischen diesen beiden Extremen kann – Gesamtamortisation des Leasinggebers vorausgesetzt – Beliebiges vereinbart werden. Geschieht aber dies – und dies ist in der Praxis keineswegs selten (z. B. im Immobilien-Leasing) –, so ist es ungereimt, die Berechnung des Nichterfüllungsschadens gleichwohl und kategorisch auf ein Vertragsverhältnis zu beziehen, das auf 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts ausgelegt ist. Abgesehen davon: die Korrelation zwischen Rest-AfA und anrechenbarem Teil des Verwertungserlöses des Leasingguts würde ja bedeuten, daß maximal 60 % des Verwertungserlöses anzurechnen sind, sofern die Vertragsdauer nur 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ausmacht. Und das ist zwingend, weil auch bei Beurteilung der Ansprüche, die dem Leasinggeber bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages zustehen, nicht außer acht gelassen werden darf, daß dem Leasingnehmer ein Beendigungsrecht nach Ablauf von 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts zusteht. Nur das entspricht dem Teilamortisationserlaß vom 22. 12. 1975<sup>96)</sup>, der bei einem „kündbaren“ Leasingvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers kategorisch – unabhängig von den Kündigungszeitpunkten – bestimmt, daß *in jedem Fall* nur 90 % des Veräußerungserlöses auf die vom Leasingnehmer geschuldete Abschlußzahlung anzurechnen sind.

Vor allem aber: daß dem Leasinggeber der „wirtschaftliche Gegenwert“ von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts zusteht, hat mit dem wirtschaftlichen Eigentum des Leasinggebers nichts zu tun. Hierfür ist allein entscheidend, daß dem Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung bei Beendigung des Leasingvertrages verbleibt und daß der Herausgabeanspruch des Leasinggebers nach § 985 BGB wirtschaftlich ins Gewicht fällt, also nicht nur auf dem Papier steht, sondern wirtschaftlich vernünftigerweise geltend gemacht wird.

### 2.2.3 Zwischenergebnis

Gleichwohl – und dies mag überraschend sein –: das vom BGH letzten Endes für die Berechnung eines *Nichterfüllungsschadens* gefundene Ergebnis ist zutreffend. Beim „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers werden aufgrund des Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>97)</sup> – das ist eine Besonderheit – 90 % des Verwertungserlöses auf die – abgezinst – Abschlußzahlung angerechnet; die Abschlußzahlung ihrerseits ist folglich, wie der BGH zutreffend feststellt, „Ausgleichsleistung“<sup>98)</sup> für die Differenz zwischen den Gesamtko-

sten des Leasinggebers einschließlich des kalkulierten Gewinns und den Leasingraten nebst 90 % des Verwertungserlöses des Leasingguts. Nur, dieses Resultat ist außerhalb des „kündbaren“ Leasingvertrages und der konkreten Berechnung des Anspruchs auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens keiner Verallgemeinerung zugänglich; denn in allen anderen Fällen kommt der Veräußerungserlös *ungeschmälert* oder doch zumindest in Höhe von 25 % (Mehrerlösbeteiligung) dem Leasinggeber als dem rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümer des Leasingguts zugute, weil der Leasinggeber die Chance der *Wertsteigerung* haben muß, während der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung während der Dauer des Leasingvertrages allein trägt. Die tendenzielle Verallgemeinerung – stets sind 90 % des Verwertungserlöses dem Leasingnehmer gutzubringen – mißachtet deshalb die Ausgangsbasis des erlaßkonformen Leasing: das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers. Denn der dem Leasinggeber verbleibende Anteil von 10 % jedweden Verwertungserlöses des Leasingguts fällt – wirtschaftlich betrachtet – nicht entscheidend ins Gewicht, so daß der bürgerlichrechtliche Herausgabeanspruch des Leasinggebers gem. § 985 BGB auch wirtschaftlich in vernünftiger Weise durchzusetzen wäre.

### 3. Konkrete Schadensberechnung

Gerade weil die Höhe des Nichterfüllungsschadens von den Unwägbarkeiten des aktuell erzielten Veräußerungserlöses abhängt, verbietet sich jegliche abstrakte Schadenspauschalierung.<sup>99)</sup> Diese ist Spiegelbild des Erfüllungsinteresses des Leasinggebers, so daß der – ungekürzte – Vollamortisationsanspruch dem Leasinggeber auch dann zusteht, wenn die Vertragsgestaltung zivilrechtlich wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG bzw. gegen § 10 Nr. 7 a AGBG – Koppelung von Kündigungsrecht und Restamortisation – nicht anzuerkennen ist.<sup>100)</sup> Dies ist für die Praxis von ungeheurer Wichtigkeit, weil nach wie vor die übliche Vertragsgestaltung eines „kündbaren“ Teilamortisationsvertrages mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers dem Typus entspricht, den der BGH in ständiger Judikatur<sup>101)</sup> für unwirksam erklärt hat.

#### 3.1 Vertragsgestaltung<sup>101 a)</sup>

Zwar hat der BGH<sup>102)</sup> festgestellt, daß die „Vollamortisation der vom Leasinggeber aufgewandten Gesamtkosten – kalkulierten Gewinn inbegriffen – für den kündbaren Teilamortisationsvertrag *leasingtypisch* und damit vertragsimmanent“ ist, doch sollte gerade dies Ansporn sein, künftig eine zivilrechtlich wirksame

94) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

95) Vgl. die Schadensersatzberechnung in BGH ZIP 1985, 682, 686 f, obwohl aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht deutlich wird, ob es sich um einen „kündbaren“ Teilamortisationsvertrag handelt.

96) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

97) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.

98) BGH ZIP 1985, 868, 874.

99) Anderer Meinung *Gerth/Panner*, BB 1984, 813; im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 532 m. w. N.

100) BGH ZIP 1982, 700.

101) Bestätigt von BGH ZIP 1985, 868, 871.

102) BGH ZIP 1985, 868, 873.

101 a) Vgl. hierzu auch *Bernstein*, Auswirkungen der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die Vertragsgestaltung des Mobilien-Finanzierungsleasingvertrages, DB 1985, 1877.

Vertragsgestaltung zu wählen. Diese muß zwei generelle Gesichtspunkte berücksichtigen:

– In transparenter Weise sind die „Gesamtkosten“ des Leasinggebers, einschließlich des kalkulierten Gewinns, anzugeben; es ist die Amortisationsdauer festzulegen. Und es ist darüber hinaus zu bestimmen, welche „Abzinsungsmodalitäten“ gelten.<sup>103)</sup> Gleichzeitig ist vorzusehen, daß die Abschlußzahlung in Wirklichkeit eine „Ausgleichszahlung“<sup>104)</sup> ist, auf die 90 % des Verwertungserlöses des Leasingguts angerechnet werden. Damit sind alle Tatbestandselemente der Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers erfaßt.

– Diese Vollamortisationspflicht gilt aber auch bei einer – vorfristigen – Beendigung des Leasingvertrages, sofern 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingvertrages abgelaufen sind. Ungeachtet der Entscheidung des OLG Hamm<sup>105)</sup> steht zu erwarten, daß der BGH<sup>106)</sup> an seiner bisherigen Judikatur festhält, wonach die Koppelung zwischen ordentlichem Kündigungsrecht und „Ausgleichszahlung“ dem Wesen des Mietvertrages fremd und daher nicht zu akzeptieren ist. Zur Konsequenz hat dies, daß dann eine anderweitige Vertragsgestaltung zu wählen ist – etwa in Form einer Aufhebungsvereinbarung –, deren wirtschaftlicher und steuerrechtlicher Zweck dem der einseitigen Kündigung gleichkommt.<sup>107)</sup>

### 3.2 Das Abzinsungserfordernis

Es ist für die Praxis nicht unbedingt hilfreich, daß der BGH erklärt, die „Abzinsungsmethode“ müsse „nach beiden Seiten interessengerecht“ sein<sup>108)</sup>; der „sachgerechte Abzinsungssatz“ hänge von den Umständen des Einzelfalls, die notfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zu ermitteln sind, ab<sup>109)</sup>.

Sachgerechter erscheint es, dem Leasinggeber aufzugeben, seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung unter Berücksichtigung eines Abzinsungssatzes vorzusehen, der seinem Refinanzierungszinssatz im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages entspricht, was einer neuen – rechtskräftigen – Entscheidung des OLG Hamm<sup>110)</sup> zu entnehmen ist<sup>111)</sup>. Abzuzinsen ist der Restamortisationsanspruch des Leasinggebers, einschließlich seines Gewinns.<sup>112)</sup> Aufwendungen, die erspart werden, sind zu berücksichtigen<sup>113)</sup>; es ist nicht von vornherein eindeutig, daß der zusätzliche Aufwand aufgrund einer fristlosen Kün-

digung des Leasingvertrages dem Verwaltungsaufwand entspricht, der bei ordnungsgemäßer Abwicklung entstanden wäre; notfalls ist auf § 287 ZPO zurückzugreifen<sup>114)</sup>.

### IV. Gesamtergebnis

Die Weiterentwicklung der Leasing-Judikatur des BGH hat im Jahr 1985 neue Impulse erhalten. Die gefundenen Ergebnisse sind durchweg sachgerecht. Bedenken bestehen jedoch sowohl in dogmatischer als auch in praktischer Hinsicht, § 11 Nr. 10 a AGBG nicht auf Finanzierungsleasingverträge gegenüber Nichtkaufleuten anzuwenden, sofern dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts abgetreten sind. Dogmatische und steuerrechtliche Bedenken bestehen vor allem gegen die – generellen – Voraussetzungen der Berechnung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung des Leasinggebers bei fristloser Kündigung des Vertragsverhältnisses, soweit der Verwertungserlös des Leasingguts anzurechnen ist. Denn die Relation zwischen Rest-AfA – Buchwert – und Verkehrswert/Zeitwert des Leasingguts bei Ablauf des Leasingvertrages (90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer) ist nicht vertretbar. Daß 90 % des Verwertungserlöses des Leasingguts auf die „Ausgleichszahlung“ zur Anrechnung gebracht werden, ist lediglich eine Spezialität des „kündbaren“ Teilamortisationsvertrages auf Basis des Erlasses vom 22. 12. 1975.<sup>115)</sup>

103) BGH ZIP 1985, 868, 874.

104) BGH ZIP 1985, 868, 874.

105) OLG Hamm EWiR § 535 BGB 1/85, 143 (*Graf v. Westphalen*).

106) BGH ZIP 1985, 868, 871.

107) Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 112 ff.

108) BGH ZIP 1985, 868, 873.

109) BGH ZIP 1985, 868, 873.

110) OLG Hamm EWiR § 535 BGB 2/85, 145 (*Graf v. Westphalen*).

111) Vgl. Erläuterungen von *Graf v. Westphalen*, OLG Hamm EWiR § 535 BGB 2/85, 145.

112) BGH BB 1984, 1641, 1642.

113) Hierzu BGH ZIP 1984, 1107, 1112 – BB 1984, 1641, 1643.

114) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 4), Rz. 537.

115) Teilamortisationserlaß v. 22. 12. 1975, BB 1976, 72.