

Rechtsanwalt Dr. *Friedrich Graf von Westphalen*, Köln

# Leitlinien und Tendenzen der BGH-Judikatur zum Leasingvertrag

## INHALT

<b>I. Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung vom 16.9.1981</b> . . . . .	2
1. Der Vertragstypus des Finanzierungsleasingvertrages . . . . .	2
2. Die Gewährleistungsregelung . . . . .	3
a) Der Mängelbeseitigungsanspruch . . . . .	3
b) Wandlung – Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages . . . . .	4
c) Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage – Aufwendungsersatzansprüche des Leasinggebers? . . . . .	6
d) Mängel des Leasingguts – Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers? . . . . .	6
<b>II. Leasingvertrag – Kündigungsregelung</b> . . . . .	7
1. Ordentliches Kündigungsrecht des Leasinggebers . . . . .	7
a) Vollamortisationsverträge . . . . .	7
b) Teilamortisationsverträge . . . . .	7
aa) Kündbarer Vertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers . . . . .	8
bb) Teilamortisationsvertrag und Mehrerlösbeteiligung . . . . .	9
cc) Andienungsrecht des Leasinggebers . . . . .	9
2. Rechte im Fall der fristlosen Kündigung des Leasingvertrages durch den Leasinggeber . . . . .	9
a) Fristlose Kündigung – Rücknahme des Leasingguts . . . . .	10
b) Fristlose Kündigung – »Verfallklauseln« . . . . .	10
c) Gesichtspunkte der Schadensberechnung . . . . .	10

Es ist von höchster Bedeutung, sich im einzelnen vor Augen zu führen, welche praktischen Auswirkungen die BGH-Urteile des VIII. Senats vom 16.9.1981<sup>1)</sup> sowie die beiden weiteren Entscheidungen vom 28.10.1981 (VIII ZR 302/80<sup>2)</sup> und (VIII ZR 175/80)<sup>3)</sup> für die Leasingpraxis haben. Denn die Rechtsentwicklung scheint aufgrund dieser Entscheidungen – jedenfalls im Bereich des Finanzierungsleasings – zu einem gewissen Abschluß gekommen zu sein, obwohl noch verschiedene Fragen auf eine abschließende Klärung durch die BGH-Judikatur warten.

Indessen die Feststellung drängt sich auf: Die Judikatur des VIII. Senats zeichnet eine nahezu gnadenlose Unbarmherzigkeit gegenüber den weithin üblichen AGB-Klauseln der Leasinggesellschaften. Es geht keineswegs zu weit festzustellen, daß jetzt sogar einige festgefügte Fundamente der Vertragspraxis der Leasinggesellschaften zerstört, jedenfalls aber ins Wanken geraten sind. Gewiß, ein gravierender Befund, der im folgenden näher analysiert werden soll, indem gleichzeitig Leitlinien und Tendenzen der BGH-Judikatur zum Leasingvertrag herausgearbeitet und verdeutlicht werden sollen – mit Blick auf die Zukunft, weil es ja – trotz allem – keinen ernsthaften Zweifel daran geben dürfte, daß das Leasinggeschäft weiterhin überaus expansiv sein wird.

## I. Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung vom 16.9.1981

### 1. Der Vertragstypus des Finanzierungsleasingvertrages

Es dürfte als gesichert anzusehen sein<sup>4)</sup>, daß Finanzierungsleasingverträge – unter Berücksichtigung ihrer vertragstypischen Ausgestaltung – als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sind, auf die »in erster Linie« die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden<sup>5)</sup>. Der BGH sieht dabei – durchaus zutreffend – die besondere Typizität des Finanzierungsleasingvertrages darin, daß zum einen die »Abwälzung der Sach- und Preisgefahr vom Vermieter auf den Mieter nach kaufrechtlichem Vorbild«<sup>6)</sup> ausgestaltet ist, und daß sich der Leasinggeber zum anderen von der ihn treffenden Gewährleistungspflicht gem. §§ 537 ff. BGB freizeichnet und zum Ausgleich dafür den Leasingnehmer diejenigen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche einschließlich der Wandlungsbefugnis abtritt, die ihm selbst gegenüber dem Hersteller/Lieferanten des Leasingguts zustehen<sup>7)</sup>. Folglich erfährt der typische Finanzierungsleasingvertrag – sowohl im Bereich der Sach- und Preisgefahrtragung als auch im Bereich der Gewährleistungshaftung – eine Ausprägung, die dem Kaufrecht entspricht. Freilich führt dies nicht dazu, daß der Finanzierungsleasingvertrag als Kaufvertrag gem. §§ 433 ff. BGB zu qualifizieren ist<sup>8)</sup>. Vielmehr werden die »in erster Linie«<sup>9)</sup> geltenden mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB bei einem Finanzierungsleasingvertrag – im Hinblick auf die Tragung der Sach- und Preisgefahr sowie in bezug auf die Gewährleistungsregelung – durch die Vereinbarung kaufrechtlicher Bestimmungen verdrängt. Diese Überlagerung des mietvertraglichen Fundaments des Leasingvertrages aber ist gegenständlich limitiert; im übrigen geben die mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB dem Finanzierungsleasingvertrag sein Gepräge.

Folglich: Der Finanzierungsleasingvertrag erschöpft sich nicht in der vertraglichen Ausgestaltung der Finanzierungsfunktion, welche vom Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer durch Abschluß des Finanzierungsleasingvertrages übernommen wird<sup>10)</sup>. Alle dogmatischen Bemühungen, den Finanzierungsaspekt – unter Vernachlässigung der Vertragstypen des BGB im übrigen – zu absolutieren, sind damit als gescheitert anzusehen<sup>11)</sup>. Denn der BGH hat eindeutig erklärt – und dies ist für die Praxis von wegweisender Bedeutung –, daß es der mietvertraglichen »Hauptpflicht«<sup>12)</sup> des Leasinggebers entspricht, dem Leasingnehmer das Leasinggut in einem für den Vertragszweck geeigneten Zustand zur Verfügung zu stellen – eine »Hauptpflicht«, von der dieser sich nicht wirksam freizeichnen kann<sup>13)</sup>. Kein Zweifel, dies ist zutreffend, doch dürfte es schwierig werden, von dieser Position aus eine praktisch nachvollziehbare Unterscheidung zwischen dem Vertragstypus des Finanzierungsleasing auf der einen und dem des Operating-Leasing auf der anderen Seite zu vollziehen. Denn der BGH scheint die Bedeutung der Finanzierungsfunktion des Leasinggebers als maßgebendes Unterscheidungskriterium gegenüber anderen Erscheinungsformen des Leasing zu diskontieren. Er meint nämlich, es sei »typischerweise«<sup>14)</sup> der Leasingnehmer, welcher »nach seinen Vorstellungen die benötigte Ware beim Hersteller bzw. Händler aussucht, mit diesem den Verwendungszweck erörtert und festlegt und daher in erster Linie, jedenfalls aber besser als der zumeist erst später eingeschaltete Leasinggeber, beurteilen kann, ob die ihm übergebene Sache gebrauchstauglich ist, dem besonderen Vertragszweck entspricht und ob ein etwaiger Mangel so gewichtig ist, daß er eine Wandelung des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Hersteller bzw. Händler geboten erscheinen läßt«<sup>15)</sup>. Analysiert man diese Sentenz, so reduziert sich die Finanzierungsfunktion praktisch darauf, daß der Leasingnehmer das Leasinggut beim jeweiligen Hersteller bzw. Händler »aussucht«, also autonom festlegt, daß die ihm angebotene Ware/Leistung für seine besonderen Zwecke geeignet ist. Die Begründung hierfür: Der Leasinggeber wird »zumeist erst später«<sup>16)</sup> eingeschaltet; dem Leasinggeber fehlt folglich die sachlich-technische Kompetenz, Gebrauchstauglichkeit und Verwendungszweck des Leasingguts – bezogen auf die besonderen Bedürfnisse des Leasingnehmers – in gleicher Weise zu beurteilen wie dies dem Leasingnehmer möglich ist.

Sieht man von Fällen des »Sale and Lease Back« ab, so trifft die vom BGH vorgenommene Umschreibung ohne Abstriche auch auf alle Fälle des Hersteller- und des Händler-Leasings zu<sup>17)</sup>; und sie ist in gleicher Weise für die Vertragsgestaltung des Operating-Leasing als zutreffend heranzuziehen<sup>18)</sup>. Es könnte also durchaus sein, daß der BGH eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des Leasing und der daraus resultierenden – interessengerechten – unterschiedlichen Vertragstypizität ablehnt, um alle Leasingverträge – möglicherweise sogar über die Fallkonstellation des erlaßkonformen Leasing hinausgehend<sup>19)</sup> – als Verträge zu qualifizieren, welche »in erster Linie« den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB unterworfen sind. Dafür könnte sprechen, daß der BGH die vorerwähnte Interessenkonstellation zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer als »typische Interessenlage«<sup>20)</sup> qualifiziert und diese, was entscheidend sein könnte, nicht dem Finanzierungsleasingvertrag zuordnet, sondern – ganz allgemein und pauschal – dem »Leasingvertrag«<sup>21)</sup>, so daß eben der generelle Typus des »Leasingvertrages« hierdurch »grundlegend von anderen

<sup>1)</sup> BGH, DB 1982, S. 40 = WM 1981 S. 1219.

<sup>2)</sup> BGH, DB 1982, S. 480 = WM 1981 S. 1378.

<sup>3)</sup> BGH, DB 1982, S. 589 = WM 1982 S. 7.

<sup>4)</sup> BGH, DB 1975 S. 2366 = WM 1975 S. 1203; BGH, DB 1977 S. 815 = WM 1977 S. 473; BGH, WM 1978 S. 510; BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570; BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>5)</sup> Im einzelnen Graf von Westphalen, Der Leasing-Vertrag, S. 26 ff. m.w.N.

<sup>6)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>7)</sup> Insbesondere BGH, WM 1982 S. 7, 8 = DB 1982, 589.

<sup>8)</sup> Hierzu aber Staudinger/Emmerich, Vorbem. 47 ff. vor §§ 535, 536 (2. Bearbeitung) m.w.N.

<sup>9)</sup> S. Fn. 5.

<sup>10)</sup> Hierzu insbesondere BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>11)</sup> So aber Stoppok, in: Hagenmüller/Stoppok, Leasing-Handbuch, 4. Aufl., S. 131.

<sup>12)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>13)</sup> Ebenda.

<sup>14)</sup> DB 1982 S. 41 = WM 1981 S. 1221.

<sup>15)</sup> Ebenda.

<sup>16)</sup> Ebenda.

<sup>17)</sup> Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., S. 117 ff. m.w.N.

<sup>18)</sup> S. 119 ff.

<sup>19)</sup> Vgl. BGH, DB 1975 S. 2366 = WM 1975 S. 1203.

<sup>20)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>21)</sup> Ebenda.

Vertragstypen<sup>22)</sup> unterschieden wird. Zugegeben, dies mag ein sehr formalistisches Argument sein, welches möglicherweise sogar als Wortklauberei zu diskreditieren ist; aber es ist auffallend, daß der BGH im Ausgangspunkt seiner Erwägungen von »Finanzierungsleasingvertrag« und seinen »Besonderheiten« spricht, um dann – nachdem diese dargelegt worden sind – die Schlußfolgerung generell-pauschal auf den Vertragstypus des »Leasingvertrages« zu beziehen. Hingegen könnte man dies auch durchaus als konsequent ansehen, weil der BGH das wesentliche Merkmal des dem Finanzierungsleasing eigentümlichen Finanzierungsaspekts darin begründet sieht, daß sich der Leasingnehmer das Leasinggut beim jeweiligen Hersteller bzw. Händler »aussucht«. Diese Vokabel ist indessen – wie bereits an anderer Stelle angemerkt<sup>23)</sup> – farblos-neutral. Diese Vokabel paßt im Grunde genommen für alle Verträge, in denen die eine Vertragspartei als Nachfrager auftritt – gleichgültig, ob es sich um Waren oder Dienstleistungen handelt. Es ist immer und überall der Nachfrager, der ein auf dem Markt angebotenes Produkt »aussucht«. Und auch die Feststellung, daß der Leasinggeber »zumeist erst später«<sup>24)</sup> eingeschaltet wird, ist in der Sache konturenlos: Natürlich kann der Leasinggeber immer erst dann eingeschaltet werden, wenn feststeht, welches Produkt der Leasingnehmer sich »ausgesucht« hat, weil dann erst abgeklärt ist, ob ein Geschäft überhaupt zustande kommt, bei dem der Leasinggeber als Financier es übernimmt, die eigentlich vom Leasingnehmer/Kunden geschuldete Entgeltleistung gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zu erbringen. Bleibt auch festzuhalten, daß die Vertragsgestaltung – im Bereich der Sach- und Gefahrtragung sowie im Zusammenhang mit der nach kaufrechtlichem Vorbild ausgestalteten Gewährleistungsregelung – in allen Leasingverträgen, faktisch gesehen, identisch ist – unabhängig davon, ob es sich um Vollamortisations- oder um Teilamortisationsverträge handelt, und unabhängig davon, ob ein Finanzierungs-Leasingvertrag oder ein Operating-Leasingvertrag anzunehmen ist, und auch Fälle des Hersteller- bzw. des Händler-Leasing machen insoweit keinen Unterschied.

Anders gewendet: Die vom BGH herausgearbeiteten Differenzierungsmerkmale sind in der Sache nicht geeignet, Fälle des Finanzierungsleasings gegenüber anderen Erscheinungsformen abzugrenzen. Dies läßt die Schlußfolgerung zu, daß der BGH auch Teilamortisationsverträge als vertragliche Vereinbarungen beurteilt, auf die »in erster Linie« Mietrecht Anwendung findet, was immerhin auch in der Entscheidung vom 28. 10. 1980 (VIII ZR 302/80)<sup>25)</sup> angedeutet wird, ohne daß freilich Anlaß bestand, sich der in der Literatur vertretenen, hiervon abweichenden Auffassung auseinanderzusetzen<sup>26)</sup>. Von daher ist es dann nur noch ein kleiner Schritt, auch Operating-Leasingverträge in gleicher Weise wie Finanzierungs-Leasingverträge, also nicht als reine Mietverträge, zu klassifizieren, was aber der völlig h. M. widersprechen würde<sup>27)</sup>. Daß sich daraus – vor allem im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 9 AGB-Gesetz – ganz weitreichende Konsequenzen ergeben, liegt auf der Hand: Unterliegen nämlich auch Operating-Leasingverträge (ebenso wie Teilamortisationsverträge) nur »in erster Linie« den Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB, dann ist es unbedenklich, wenn sich der Leasinggeber – wie der Verkäufer – von der ihn treffenden Gefahrtragung freizeichnet. Und es ist auch von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden, daß sich der Leasinggeber von der mietvertraglichen Haftung gem. §§ 537 ff. BGB freizeichnet und dem Leasingnehmer dafür die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Hersteller bzw. Lieferanten des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche abtritt – mit der Folge, daß die Eigenhaftung des Leasinggebers auch für die Schäden wirksam abbedungen werden kann, die erst nach Verstreichen der kaufvertraglichen bzw. werkvertraglichen Gewährleistungs-

fristen aufgetreten sind<sup>28)</sup>. Doch entspricht es kaum der bisherigen Tendenz des VIII. Senats, derart Grundlegendes in verkappten Worten zu sagen, ohne sich mit der Literatur im einzelnen auseinanderzusetzen, woraus abzuleiten ist: Bis zum Erweis des Gegenteils ist deshalb daran festzuhalten, daß es eine – auch im Hinblick auf die Vertragstypizität – maßgebende Differenzierung zwischen Finanzierungs-Leasing gibt, und daß die nach § 9 AGB-Gesetz zu beurteilende Vertragspraxis eine jeweils unterschiedliche Ausgestaltung verlangt – ein Befund übrigens, der nach der Auffassung des Verfassers auch für Fälle des Hersteller- und Händler-Leasing fruchtbar gemacht werden muß<sup>29)</sup>.

## 2. Die Gewährleistungsregelung

Es gehört – ganz allgemein – zu der faktischen Typizität von Leasingverträgen, daß sich der Leasinggeber von allen mietvertraglichen Haftungen gem. §§ 537 ff. BGB freizeichnet. Statt dessen ermächtigt der Leasinggeber entweder den Leasingnehmer auf eigene Kosten, die ihm, den Leasinggeber, gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend zu machen<sup>30)</sup>, oder der Leasinggeber tritt dem Leasingnehmer die ihm insoweit zustehenden Gewährleistungsansprüche ab<sup>31)</sup>. Aus der Entscheidung des BHG vom 16. 9. 1981<sup>32)</sup> ergeben sich jedoch weitreichende praktische Konsequenzen, die im folgenden verdeutlicht werden müssen:

### a) Der Mängelbeseitigungsanspruch

Üblicherweise ist der Mängelbeseitigungsanspruch der Kern der dem Leasingnehmer abgetretenen Gewährleistungsansprüche, welche dem Leasinggeber gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zustehen. Fest steht nunmehr: Der Leasinggeber anerkennt in diesen Fällen – gleiches gilt selbstverständlich für den Fall, daß der Leasinggeber den Leasingnehmer zur Wahrnehmung der Gewährleistungsansprüche ermächtigt –, daß alle rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen für ihn verbindlich sind, welche sich aus der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts ergeben<sup>33)</sup>. Folglich müssen die dem Leasingnehmer zustehenden Gewährleistungsansprüche – im Fall der Mangelhaftigkeit des Leasingguts – den Anforderungen von § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz sowohl im nicht-kaufmännischen Verkehr als auch im kaufmännischen Bereich<sup>34)</sup> genügen. Dies bedingt u. a., daß die Anzahl der zulässigen Mängelbeseitigungsversuche – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – beschränkt sind<sup>35)</sup>. Dies bedingt weiter, daß dann im Fall des »Fehlgeschlagens« der Nachbesserung<sup>36)</sup> die dem Leasingnehmer zustehenden Ansprüche – in Übereinstimmung mit der Wortwahl von § 11 Nr. 10 lit. b. AGB-Gesetz – auf »Rückgängigmachung des Vertrages« oder auf »Herabsetzung der Vergütung« gerichtet sein müssen<sup>37)</sup>, was allerdings im kaufmännischen Verkehr nicht gilt<sup>38)</sup>. Dies ist gerade deswegen anzumerken, weil im Verhältnis Hersteller/Lieferant – Leasinggeber regelmäßig § 24 AGB-Gesetz eingreift – eine Konsequenz, die allerdings im Rahmen der typischen Abtretungs- oder Ermächtigungskonstruktion dann

<sup>22)</sup> Ebenda.

<sup>23)</sup> Graf von Westphalen, WM 1980 S. 942/943.

<sup>24)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>25)</sup> S. Fn. 2.

<sup>26)</sup> Vgl. Staudinger/Emmerich, a.a.O.

<sup>27)</sup> Soergel/Kummer, Vorbem. 105 vor § 535; Staudinger/Emmerich, Vorbem. 45 a. ff. vor §§ 535, 536 (2. Bearbeitung m.w.N.).

<sup>28)</sup> Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O., S. 125.

<sup>29)</sup> Ebenda; vgl. auch Koch, Störungen beim Finanzierungs-Leasing, S. 104 ff.; Kurstedt, Finanzleasing beweglicher Güter, S. 107 ff. (Diss. Hamburg 1980).

<sup>30)</sup> Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., S. 46.

<sup>31)</sup> Vgl. BGH, DB 1977 S. 813 = WM 1977 S. 447, 449.

<sup>32)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219. Kritisch: Canaris, NJW 1982 S. 305 ff.

<sup>33)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1221.

<sup>34)</sup> Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 10 Rdnr. 56; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 10 Rdnr. 56; Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 10h; Schmidt-Saizer, F 75 ff.

<sup>35)</sup> Vgl. OLG Stuttgart, BB 1963 S. 1115; OLG Hamm, NJW 1974 S. 909; Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 10 Rdnr. 36 f.; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 10 Rdnr. 45; Koch/Stübing, § 11 Nr. 10 Rdnr. 35; vgl. auch OLG Nürnberg, DAR 1980 S. 345.

<sup>36)</sup> Hierzu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 10b Rdnr. 3 ff.

<sup>37)</sup> BGH, WM 1982 S. 9, 12; DB 1982, 427.

<sup>38)</sup> Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 10 Rdnr. 56; Koch/Stübing, § 11 Nr. 10 Rdnr. 43.

nicht gilt, wenn der Leasingnehmer Nicht-Kaufmann ist. Denn der Leasingnehmer als Nicht-Kaufmann hat Anspruch auf Beachtung der §§ 9 ff. AGB-Gesetz, und zwar unabhängig davon, ob die jeweils zu beurteilende AGB-Klausel unmittelbarer Bestandteil eines ihn verpflichtenden Vertrages ist oder ob sie – bei Freizeichnung des Leasinggebers/AGB-Verwenders im übrigen – nur aufgrund abgetretenen Rechtes den Leasingnehmer verpflichtet<sup>39)</sup>. In gleicher Weise gilt § 11 Nr. 10 c AGB-Gesetz, und zwar sowohl im nicht-kaufmännischen Bereich als auch im kaufmännischen Verkehr<sup>40)</sup>: Der Leasingnehmer darf nicht mit den zum Zweck der Mangelbeseitigung erforderlich werdenden Aufwendungen belastet werden.

Soweit die dem Leasingnehmer abgetretenen Gewährleistungsansprüche den Anforderungen des AGB-Gesetzes nicht genügen, greift grundsätzlich § 6 Abs. (2) AGB-Gesetz ein. Dies bringt es mit sich, daß der Hersteller bzw. Händler des Leasingguts dann im Verhältnis zum Leasingnehmer aufgrund gesetzlicher Bestimmungen der §§ 459 ff., 633 ff. BGB verpflichtet ist. Weder die Wirksamkeit der Abtretung noch eine evtl. vorhandene Ermächtigung zur Ausübung der Gewährleistungsrechte gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts wird dadurch berührt; sie bleibt intakt. Es ist nämlich uneingeschränkt dem Risikobereich des Herstellers bzw. Händlers als AGB-Verwender zuzurechnen, wenn eine von ihm verwendete AGB-Klausel unwirksam ist. Doch stellt sich die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn die Unwirksamkeitssanktion nur daraus resultiert, daß der Leasingnehmer – im Gegensatz zum Leasinggeber – dem Personenkreis von § 24 AGB-Gesetz nicht unterfällt. Teilt man – nach der hier vertretenen Auffassung – den Ausgangspunkt, daß sich nämlich die Unwirksamkeitssanktion einer AGB-Klausel stets, also auch im Fall der Abtretung bzw. Ermächtigung aus der Perspektive des AGB-Kunden/Leasingnehmers ergibt, dann ist es schlicht unangemessen, dieses Risiko dem Hersteller bzw. Händler als AGB-Verwender zuzuweisen. Denn es ist schließlich Sache des Leasinggebers als AGB-Verwender, wenn er – unter Freizeichnung von den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 537 ff. BGB – dem Leasingnehmer als Nicht-Kaufmann Gewährleistungsansprüche abtritt, die gemessen an den §§ 9 ff. AGB-Gesetz unwirksam sind. Der Leasingnehmer ist Vertragspartner des Leasinggebers; der Hersteller bzw. Händler des Leasingguts ist seinerseits Vertragspartner des Leasinggebers. Dies ist das für das »indirekte« Leasing maßgebende Dreiecksverhältnis<sup>41)</sup>. Folglich ist es stets dem Risikobereich des Leasinggebers zuzuweisen, wenn er mit einem Leasingnehmer kontrahiert, der Nicht-Kaufmann ist; er kann und muß dafür Sorge tragen, daß dem Leasingnehmer Gewährleistungsansprüche zustehen, die den Anforderungen von § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz genügen. Dies bedeutet: Die Unwirksamkeitssanktion von § 6 Abs. (2) betrifft in diesen Fällen *unmittelbar* das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer – ein Befund im übrigen, der auch durch die Fassung von § 11 Nr. 10 a AGB-Gesetz vorgezeichnet ist: Erweisen sich nämlich die dem Leasingnehmer/AGB-Kunden abgetretenen Rechte gegenüber einem Dritten – im Verhältnis zum Leasinggeber/AGB-Verwender – als »Beschränkung« der Rechte des AGB-Kunden, dann ist die Eigenhaftung des AGB-Verwenders auf Basis der dispositiven Bestimmungen des Gesetzes eingefordert.

### b) Wandlung – Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages?

Auch wenn nicht unmittelbar Anlaß bestand, aufgrund der zu entscheidenden Tatsache eine – allgemeine – Schlußfolgerung aufzustellen<sup>42)</sup>, so hat der BGH gleichwohl seine Position fixiert: Sofern der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts die Wandlung erklärt, bewirkt dies: Die Geschäftsgrundla-

ge, auf die der Leasingvertrag aufbaut – nämlich: der käufliche Erwerb einer gebrauchsfähigen und gebrauchstauglichen Sache durch den Leasinggeber zum Zweck der Weitergabe an den Leasingnehmer – fehlt »von vornherein«<sup>43)</sup> dem Leasingvertrag, sofern die Wandlung wegen Gebrauchsuntauglichkeit des Leasingguts vollzogen wird. Damit hat sich der BGH deutlich zur Entscheidung des OLG Hamm vom 3. 2. 1981<sup>44)</sup> abgegrenzt, und auch die in der Literatur vertretene, gegenteilige Auffassung zurückgewiesen<sup>45)</sup>. Kein Zweifel, für den zu entscheidenden Sachverhalt ist die vom BGH gewählte dogmatische Begründung zutreffend: Immer dann, wenn das Leasinggut – im praktischen Ergebnis – von vornherein gebrauchsuntauglich ist, führt der Vollzug des dem Leasingnehmer eingeräumten Wandlungsrechts dazu, daß – bei Vollzug der Wandlung – dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage fehlt. Der BGH tendiert offenbar dahin, dieses Ergebnis auch für die Fälle zu bejahen, in denen erst ein »Fehlschlagen« der Nachbesserung dazu geführt hat, daß der Leasingnehmer von seinem Wandlungsrecht gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts Gebrauch gemacht hat<sup>46)</sup>. Doch diese – noch nicht abschließend – beantwortete Frage zielt letztlich in eine andere Richtung: Fehlt dem Leasingvertrag auch dann »von vornherein«<sup>47)</sup> die Geschäftsgrundlage, wenn das dem Leasingnehmer zum Gebrauch überlassene Leasinggut – jedenfalls für eine gewisse Zeit – gebrauchstauglich war und auch vom Leasingnehmer benutzt wurde? Hierüber hatte der BGH nicht zu befinden, so daß die Antwort auf diese Frage noch offen ist. Doch spricht einiges dafür, aus den Entscheidungsgründen des BGH einen allgemeinen Trend abzulesen: Gerade weil der BGH darauf abhebt, daß dem Leasingvertrag »von vornherein«<sup>48)</sup> die Geschäftsgrundlage fehlt, falls das ihm überlassene Leasinggut gebrauchsuntauglich ist, wird man diese Erwägung auch in den Fällen für wahrscheinlich ansehen müssen, in denen das Leasinggut zwar anfangs gebrauchstauglich war und auch vom Leasingnehmer genutzt wurde, später aber solche Mängel aufwies, daß die Voraussetzung eines »Fehlschlagens« der Nachbesserung zum Zuge kamen – mit der Folge, daß auch der Leasingnehmer von der ihm eingeräumten Wandlungsbefugnis Gebrauch gemacht hat. Dann aber entsteht – jedenfalls nach der insoweit nicht ganz unbedenklichen Auffassung des BGH, wonach ja ein aus § 542 BGB abzuleitendes außerordentliches Kündigungsrecht in diesen Fällen nicht eingreift<sup>49)</sup> – ein gesetzliches Rückabwicklungsschuldverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer. Vorzuziehen wäre freilich in diesen Fällen, ein Kündigungsrecht dann eingreifen zu lassen, wenn der Leasingvertrag bereits in Vollzug gesetzt und das Leasinggut – wenn auch nur kurzfristig – gebrauchstauglich war.

Von besonderer Bedeutung ist allerdings, daß der BGH die Konsequenzen aus dem Fehlen der Geschäftsgrundlage in der Weise fixiert: Ist das dem Leasingnehmer überlassene Leasinggut gebrauchsuntauglich, dann ist der Leasingnehmer nicht zur Zahlung von Leasingraten verpflichtet, weil die Zahlungspflicht Äquivalent der vom Leasinggeber als »Hauptpflicht«<sup>50)</sup> geschuldeten Gebrauchsüberlassungspflicht ist. Stellt aber der Leasinggeber in seinen Leasing-AGB darauf ab, daß der Leasingnehmer – gleichwohl – zur Zahlung von Leasingraten (etwa: bis zum Vollzug der Wandlung) verpflichtet ist, so ist eine solche AGB-Klausel nach eindeutiger Aussage des BGH<sup>51)</sup> gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam – mit der Folge, daß auch die formularmäßige Freizeichnung des Leasinggebers von der ihm treffenden Gewährleistungspflicht gem. §§ 537 ff. BGB unwirksam ist<sup>52)</sup>. Die Konsequenz daraus: Gem. § 6 Abs. (2) AGB-Ge-

<sup>39)</sup> Hierzu auch *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 108f. Dies gilt m. E. auch für die Einbeziehung der Lieferanten-AGB, auf die § 2 AGB-Gesetz Anwendung finden dürfte.

<sup>40)</sup> BGH DB 1981 S. 1515 = BB 1981 S. 815.

<sup>41)</sup> Vgl. *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 7ff.

<sup>42)</sup> Vgl. auch *Graf von Westphalen*, ZIP 1981 S. 1215.

<sup>43)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1222.

<sup>44)</sup> OLG Hamm, ZIP 1981 S. 631.

<sup>45)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 50ff.; 87ff.; vgl. auch *Koch*, a.a.O., S. 134ff. m.w.N.; maßgebende Bedenken jetzt auch bei *Canaris*, a.a.O.

<sup>46)</sup> DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1222.

<sup>47)</sup> Ebenda.

<sup>48)</sup> Ebenda.

<sup>49)</sup> Ebenda.

<sup>50)</sup> DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1220.

<sup>51)</sup> DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1221f.

<sup>52)</sup> Ebenda.

setz kommen die dispositiven – mietvertraglichen – Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB zum Zuge; und dem Leasingnehmer stehen dann entweder ein Minderungsanspruch gem. § 537 zur Seite oder – nach zutreffender Ansicht<sup>53)</sup> – das Recht zur Leistungsverweigerung gem. § 320 BGB, auf das neben den mietvertraglichen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 537 ff. BGB zurückgegriffen werden kann. Umgekehrt: ist das dem Leasingnehmer zum Gebrauch überlassene Leasinggut – jedenfalls für eine gewisse Zeit – gebrauchstauglich und hat der Leasingnehmer es auch entsprechend genutzt, so ist er zur Zahlung der Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber insoweit verpflichtet.

Die entscheidende Frage ist freilich: Entfällt diese Zahlungspflicht des Leasingnehmers erst dann, wenn bei anfänglicher Gebrauchstauglichkeit infolge des »Fehlschlagens« der Mangelbeseitigung im Sinn von § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz das dem Leasingnehmer eingeräumte Wandlungsrecht vollzogen ist<sup>54)</sup>, oder ist der Leasingnehmer schon dann von der Entgeltspflicht befreit, wenn er die Wandlung gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts erklärt hat? Der BGH läßt diese Frage offen<sup>55)</sup>. Mit allem Vorbehalt, daß diese Frage noch nicht vom BGH abschließend geklärt ist, muß man indessen einräumen: Die Argumentationskette des BGH deutet in der Sache darauf hin, daß der Leasingnehmer stets im Fall der Gebrauchsuntauglichkeit des Leasingguts von der Zahlung der Leasingraten entbunden ist, weil nur so eine sonst zu bejahende Äquivalenzstörung im Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beseitigt werden kann. Dies aber besagt: Gerade weil die Verschaffung eines gebrauchstauglichen Leasingguts »Hauptpflicht«<sup>56)</sup> des Leasinggebers ist, muß es dem Leasingnehmer möglich sein, die Zahlung weiterer Leasingraten – selbst bei zeitweise vorhandener Gebrauchstauglichkeit des Leasingguts – von dem Zeitpunkt an zu verweigern, in welchem er gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts die Wandlung erklärt hat.

Dies belastet den Leasinggeber keineswegs unangemessen. Erweist sich nämlich die Wandlungserklärung des Leasingnehmers gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts als unberechtigt, weil z. B. die Voraussetzungen des »Fehlschlagens« der Nachbesserung im Sinne von § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz nicht vorliegen, dann befindet sich der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber mit der Zahlung der Leasingraten in Verzug (vgl. §§ 284 ff. BGB). Folglich riskiert der Leasingnehmer auch, daß der Leasinggeber den Leasingvertrag – wegen Zahlungsverzug – fristlos kündigt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB geltend macht. Diese Sicht ist jedenfalls dann sach- und interessegerechter, wenn man – und dies tut ja der BGH – grundsätzlich auf das rückwirkend eingreifende Fehlen bzw. auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages, nicht aber auf ein ex nunc wirkendes Kündigungsrecht im Sinn von § 542 BGB abhebt<sup>57)</sup>. Gerade wenn man – wie der BGH – die Regeln über das Fehlen bzw. den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendet und folglich zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ein gesetzliches Rückabwicklungs-Schuldverhältnis – durch den Vollzug der Wandlung – zur Entstehung gelangen läßt, wäre es ungereimt, würde man in diesen Fällen – zunächst – den Leasingnehmer für verpflichtet halten, ungeachtet der von ihm erklärten Wandlung weiterhin Leasingraten an den Leasinggeber zu entrichten, um dann – nach Vollzug der Wandlung – den Leasinggeber zu verpflichten, die Leasingraten an den Leasingnehmer insoweit wieder zurückzuzahlen, als der Zeitraum betroffen ist, innerhalb dessen das Leasinggut sich für den Leasingnehmer als gebrauchsuntauglich erwies. Abgesehen davon, daß man bei einer solchen Argumentation das Insolvenzrisiko des Leasinggebers auf den Lea-

singnehmer verlagert, erscheint es wenig sachgerecht, vermeidbare Hin- und Her-Zahlungen nur deswegen zu postulieren, um den Leasinggeber bis zum Vollzug der Wandlung in den Genuß der Leasingraten zu bringen. Eingeräumt sei freilich: Gewährt man dem Leasingnehmer schon dann gegenüber dem Leasinggeber ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn und sobald der gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts die Wandlung (bzw. Minderung) erklärt hat, dann trägt der Leasinggeber das Insolvenzrisiko des Leasingnehmers. Doch dies ist – aufgrund der interessetypischen Risikoverteilung des Leasingvertrages – ohnehin das geschäftstypische Risiko, welches den Leasinggeber trifft<sup>58)</sup>. Anders gewendet: Der Leasinggeber wird keineswegs unangemessen benachteiligt, wenn man den Leasingnehmer für berechtigt hält, von dem Augenblick die Zahlung weiterer Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber zu verweigern, indem er gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts die Wandlung erklärt hat.

Dies wirft die praktische Frage auf, wie die Vertragsbedingungen der Leasinggesellschaften in diesem Punkt zu gestalten sind. Klar und eindeutig ist: Sowohl im kaufmännischen als auch im nicht-kaufmännischen Verkehr ist es unbedenklich, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche abtritt bzw. den Leasingnehmer ermächtigt, diese Ansprüche auf eigene Kosten und eigenes Risiko geltend zu machen. Bleibt indessen die Vertragsgestaltung des Leasinggebers – unter Ausschluß der mietvertraglichen Eigenhaftung gem. §§ 537 ff. BGB – hierbei stehen, so wird man jetzt freilich eine solche Klauselgestaltung als unwirksam ansehen müssen. Für den nicht-kaufmännischen Bereich folgt dies bereits daraus, daß nach der an anderer Stelle<sup>59)</sup> im einzelnen begründeten Auffassung § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz gilt: Im Fall des »Fehlschlagens« der Nachbesserung des Leasinggebers gem. § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz unwirksam, woran ungeachtet entgegenstehender instanzgerichtlicher Entscheidungen<sup>60)</sup> festzuhalten ist. Hinzuzufügen ist allerdings ein weiteres Argument, das für die unmittelbare Anwendbarkeit von § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz auch im Bereich des Finanzierungs-Leasingvertrages spricht: Im wachsenden Maß tendiert der BGH dazu, AGB-Klauseln aus der Perspektive des »rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden«<sup>61)</sup> zu interpretieren. Es fügt sich in dieses Bild, daß es deshalb auch geboten ist, anstelle der BGB-Terminologie von »Wandlung« und »Minderung« die umschreibenden Begriffe der »Rückgängigmachung des Vertrages« bzw. der »Herabsetzung der Vergütung« zu verwenden<sup>62)</sup>. Wenn aber diese Perspektive – eindeutig zum Schutz des AGB-Kunden – schon im Rahmen unmittelbarer Vertragsbeziehungen gilt, so muß das gleiche Argument – erst recht – in Bezug auf das den Finanzierungs-Leasingvertrag beherrschende »Dreiecksverhältnis« zutreffen. Denn es ist in der Tat für den »rechtsunkundigen« Leasingnehmer nicht möglich, und es ist ihm auch nicht zumutbar, angesichts des Ausschlusses der Eigenhaftung des Leasinggebers zu erkennen, daß er in dem Augenblick berechtigt ist, die Zahlung weiterer Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber zu verweigern, in welchem er gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts (anstelle des Leasinggebers handelnd) die Wandlung des Kauf- oder Werkvertrages zwischen Leasinggeber und Hersteller-Händler des Leasingguts bewirkt. Schon gar nicht ist es dem »rechtsunkundigen« Leasingnehmer einsichtig, daß dann – als rechtliche Konsequenz dieser Wandlungserklärung – dem Leasingvertrag – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – entweder von vornherein die Geschäftsgrundlage fehlt oder dann in Fortfall gerät, wenn die Wandlung vollzogen ist. Keine Frage: Dies ist, mangels eindeutiger Vertragsgestaltung verwirrend; und es widerspricht dem immer wieder vom BGH betonten Transparenzgebot,

<sup>53)</sup> Hierzu Staudinger/Emmerich, § 537 Rdnr. 31 – unter ausdrücklicher Aufgabe der in der Vorauflage vertretenen Ansicht; Sterne, Mietrecht, Rdnr. II 150; Soergel/Kummer, § 537 Rdnr. 6; a. M. Voelskow, in: MünchKomm, Vorbem. 13 vor §§ 537 ff.

<sup>54)</sup> So OLG Hamm, a. a. O.

<sup>55)</sup> BGH, DB 1982, S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1222. Canaris, a. a. O., S. 305, 311 stellt zutreffend auf den Zeitpunkt der Wandlungserklärung ab.

<sup>56)</sup> DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1220.

<sup>57)</sup> DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1221 f.

<sup>58)</sup> Vgl. auch Koch, a. a. O., S. 141.

<sup>59)</sup> Graf von Westphalen, a. a. O., S. 109 ff. m. w. N. a. M. auch LG Hannover, DB 1981 S. 1664; OLG Hamm, DB 1980 S. 393.

<sup>60)</sup> OLG Hamm, a. a. O.; LG Hannover, a. a. O.

<sup>61)</sup> BGH, DB 1981 S. 1130 = BB 1981 S. 389, 390.

<sup>62)</sup> S. Fn. 37.

welches der AGB-Verwender in seiner Vertragsgestaltung berücksichtigen muß<sup>63)</sup>. Mithin ist im nicht-kaufmännischen Bereich nur die Vertragsgestaltung – nach der hier vertretenen Auffassung – sachlich angemessen, welche in Übereinstimmung mit § 11 Nr. 10 a AGB-Gesetz subsidiär die Eigenhaftung des Leasinggebers begründet. Für den kaufmännischen Bereich wird man – jedenfalls nach der vom BGH angedeuteten Auffassung – verlangen müssen, daß der Leasinggeber in seinen AGB ausreichend transparent macht, daß der Leasingnehmer jedenfalls von dem Zeitpunkt an berechtigt ist, die Zahlung weiterer Leasingraten zu verweigern, in welchem er gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts wegen Gebrauchsuntauglichkeit bzw. wegen »Fehlschlagens« der Nachbesserung die Wandlung erklärt hat. Desweiteren erscheint es geboten, die sich daraus ergebenden Konsequenzen – im Hinblick auf das Fehlen bzw. den Fortfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages – ausreichend klar zu verankern, um dem Leasingnehmer Gewißheit zu verschaffen, welche Rechtsposition er dann hat, wenn der Leasinggeber nicht in der Lage ist, die ihn treffende »Hauptpflicht«<sup>64)</sup> in Bezug auf die Überlassung eines gebrauchstauglichen Leasingguts zu erfüllen; denn die Erfüllung dieser Pflicht ist Wesensmerkmal des Äquivalenzverhältnisses des Leasingvertrages.

### c) Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage – Aufwendungsersatzansprüche des Leasinggebers?

Der BGH hat unmißverständlich klargestellt: Soweit dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage fehlt, ist eine »gesetzliche«<sup>65)</sup> Anspruchsgrundlage zugunsten des Leasinggebers nicht erkennbar, ihm gegenüber dem Leasingnehmer einen Anspruch auf Erstattung des aufgewandten Kaufpreises, einschließlich der damit verbundenen Kosten sowie einen Anspruch auf angemessene Kapitalverzinsung und entgangenen Gewinn zuzubilligen. Vielmehr ist der Leasinggeber – abschließend – nach Vollzug der Wandlung des Vertrages mit dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts darauf verwiesen, die ihm zustehenden Ansprüche innerhalb dieses Vertragsverhältnisses zu realisieren; »gesetzliche« Ansprüche gegenüber dem Leasingnehmer bestehen nicht. Ausgenommen sind freilich die Fallgestaltungen – und dies ist ein Sonderproblem, welches eine differenzierende Behandlung beim Finanzierungs-Leasingvertrag gegenüber anderen Erscheinungsformen des Leasing erfordert<sup>66)</sup> –, in denen der Hersteller bzw. Händler des Leasingguts insolvent geworden ist – mit der Folge, daß der Leasinggeber mit seiner Entgelt-Rückforderung gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts ausfällt. Begrenzt auf diese Fallgestaltung erscheint es – beim Finanzierungsleasing – angemessen und nach § 9 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden, wenn sich der Leasinggeber für diese Fälle beim Leasingnehmer schadlos hält. Da es jedoch in allen übrigen Fällen – wie der BGH zutreffend betont<sup>67)</sup> – an einer »gesetzlichen« Anspruchsgrundlage für Aufwendungsersatzansprüche des Leasinggebers fehlt, folgt daraus bereits: Der Leasinggeber ist auch nicht berechtigt, eine entsprechende – vertragliche – Anspruchsgrundlage in seinen AGB zu verankern, ohne daß dies gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam wäre. Hier fordert die vertragstypische Einordnung des Leasing als ein Vertragsverhältnis, auf welches »in erster Linie« die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden, ihren Tribut: Eine so weitreichende Abweichung von den dispositiven Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB führt zwangsläufig dazu, daß der Leasingnehmer unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz benachteiligt ist, soweit der Leasinggeber von ihm – im Fall der Wandlung und dem dadurch bedingten Fehlen bzw. dem Fortfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages – ver-

langt, daß der Leasingnehmer ihm den Kaufpreis zurückzahlen, Verwaltungs- und Refinanzierungsaufwand erstatten, eine angemessene Kapitalverzinsung bewirken und entgangenen Gewinn zahlen soll. Folglich: Das Risiko des Fehlschlagens bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage – infolge der Wandlung des Vertrages zwischen Leasinggeber und Hersteller bzw. Händler des Leasingguts – ist dem Risikobereich des Leasinggebers zuzuweisen. Auch wenn der BGH seine Entscheidung nur auf den Sachverhalt gestützt hat, daß das dem Leasingnehmer überlassene Leasinggut von vornherein gebrauchsuntauglich war, so daß dem Leasingvertrag – »von vornherein«<sup>68)</sup> – die Geschäftsgrundlage fehlte, so gilt in der Sache insoweit das gleiche in den Fällen, in denen das Leasinggut zunächst gebrauchstauglich war, dann aber z. B. wegen »Fehlschlagens« der Nachbesserung seine Gebrauchstauglichkeit für den Leasingnehmer verlor. In diesen Fällen verbleibt dem Leasinggeber lediglich das Recht, die Leasingraten behalten zu dürfen, welche der Leasingnehmer ihm – bis zur Erklärung der Wandlung – gezahlt hat. Soweit der Leasinggeber weitere Aufwendungen hatte oder gar – z. B. im Hinblick auf die Refinanzierung – einen Schaden erlitt, fällt das eine wie das andere in die Risikosphäre des Leasinggebers, was an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt wurde<sup>69)</sup>. Es entspricht, wie der BGH betont hat, einfach nicht der Billigkeit, dem Leasingnehmer für ein fehlgeschlagenes Rechtsgeschäft die Haftung für Aufwand und entgangenen Gewinn des Leasinggebers aufzuerlegen, soweit der Hersteller bzw. Händler des Leasingguts nicht insolvent geworden ist.

### d) Mängel des Leasingguts – Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers?

Aufgrund der BGH-Entscheidung vom 28. 10. 1981 (VIII ZR 175/80)<sup>70)</sup> dürfte es abschließend geklärt sein: Jedenfalls im Bereich des Finanzierungs-Leasingvertrages steht dem Leasingnehmer im Fall der Mangelhaftigkeit des Leasingguts kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Leasinggeber zu. Vielmehr ist die als typisch zu klassifizierende Vertragsgestaltung – Abtretung der dem Leasinggeber gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer – hinzunehmen, sie ist keine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 AGB-Gesetz. Insoweit ist es auch nicht möglich, auf die Grundsätze des »Einwendungsdurchgriffs«<sup>71)</sup> zurückzugreifen, wie sie die Rechtsprechung des BGH zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelt hat. Dem Leasingnehmer erwachsen demzufolge unmittelbare Rechte gegenüber dem Leasinggeber erst dann, wenn er infolge einer Gebrauchsuntauglichkeit des Leasingguts bzw. wegen »Fehlschlagens« der Nachbesserung gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts die Wandlung erklärt hat; von diesem Zeitpunkt an greift gegenüber dem Leasinggeber das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers Platz.

Offen ist es, ob diese Rechtsfolge auch im nicht-kaufmännischen Verkehr gilt<sup>72)</sup>. Geht man von der subsidiären Eigenhaftung des Leasinggebers gem. § 11 Nr. 10 a AGB-Gesetz aus<sup>73)</sup>, dann spricht vieles dafür, dem Leasingnehmer – ähnlich wie im kaufmännischen Verkehr – erst dann ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Leasinggeber einzuräumen, wenn und soweit die Voraussetzungen erfüllt sind, bei deren Vorliegen die subsidiäre Eigenhaftung des Leasinggebers als AGB-Verwender eingreift. Freilich ist einschränkend festzuhalten, daß die Rechtsprechung des BGH zum finanzierten Abzahlungskauf davon ausgeht, daß durch die Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis zwischen Abzahlungsverkäufer und Abzahlungskäufer begründet wird – mit der Folge, daß

<sup>63)</sup> BGH, DB 1981 S. 1130 = BB 1981 S. 389.

<sup>64)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>65)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1222. A. M. jetzt *Canaris* in NJW 1982 S. 305, 306 f., der auf § 670 BGB zurückgreift.

<sup>66)</sup> Hierzu im einzelnen auch *Koch*, a. a. O., S. 82 ff. m. w. N.

<sup>67)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1222; a. M. *Stoppok*, in: *Hagenmüller/Stopok*, a. a. O., S. 20 f.

<sup>68)</sup> BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1222.

<sup>69)</sup> Hierzu auch *Graf von Westphalen*, a. a. O., S. 54 ff. m. w. N.

<sup>70)</sup> BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7.

<sup>71)</sup> BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7/8. Kritisch: *Canaris*, a. a. O., S. 308 f.

<sup>72)</sup> BGH, a. a. O.

<sup>73)</sup> Kritisch hierzu *Koch*, a. a. O., S. 146 m. w. N.

der Abzahlungsverkäufer verpflichtet ist, mündlich oder durch einen deutlichen schriftlichen Hinweis den Abzahlungskäufer darauf aufmerksam zu machen, daß er auch bei Mängeln der Kaufsache verpflichtet ist, die Darlehnsraten gegenüber dem Darlehnsgeber weiterhin zu entrichten<sup>74)</sup>. Indessen hat der BGH<sup>75)</sup> bislang keine Veranlassung gehabt, diese Rechtsfigur auch auf Fälle des Leasingvertrages – insbesondere auf die des Finanzierungs-Leasingvertrages – zur Anwendung zu bringen. Auch ist es aus zwei Gründen nicht geboten, zwischen der Judikatur zum finanzierten Abzahlungsgeschäft und dem Finanzierungs-Leasingvertrag eine Parallele zu ziehen. Zum einen ist das Finanzierungsleasing – im Gegensatz zum Abzahlungsgeschäft – keine dem »finanzierten Abzahlungskauf ähnliche Form der Absatzförderung«<sup>76)</sup>, so daß schon im Hinblick auf die Interessenwertung eine beträchtliche Divergenz zwischen beiden Erscheinungsformen besteht. Zum anderen beruhen die dem Leasingnehmer zufließenden steuerlichen Vorteile<sup>77)</sup> darauf, daß – jedenfalls regelmäßig – ein »Dreiecksverhältnis« zwischen Leasinggeber/Lieferant/Leasingnehmer vorhanden ist<sup>78)</sup>. Der Leasingnehmer erstrebt jedoch regelmäßig<sup>79)</sup> bei Abschluß eines Finanzierungs-Leasingvertrages die steuerlichen Vorteile, welche das erlaßkonforme Leasing bietet. Deshalb wird man für gewöhnlich davon ausgehen müssen, daß der Leasingnehmer – schon bei Abschluß des Leasingvertrages – darüber unterrichtet ist, daß zwei separate Rechtsverhältnisse bestehen. Dies schließt – jedenfalls für gewöhnlich – auch das Wissen ein, daß aufgrund der als »typisch« zu bezeichnenden Gewährleistungskonstruktion dem Leasingnehmer nicht das Recht zusteht, wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingguts gegenüber dem Leasinggeber die Zahlung der Leasingraten zu verweigern. Deshalb ist der Leasinggeber auch nicht verpflichtet, entsprechend dem zum finanzierten Abzahlungskauf von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen den Leasingnehmer ausdrücklich – mündlich oder schriftlich – bei Abschluß des Vertrages darauf hinzuweisen, daß er auch im Fall der Mangelhaftigkeit des Leasingguts verpflichtet ist, die Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber weiterhin zu entrichten<sup>80)</sup>.

Diese generelle Aussage bedarf freilich einer dogmatischen Einschränkung: Sie ist dann nicht richtig, wenn man mit einer weithin in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>81)</sup> dem Mieter das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB – auch nach Vollzug des Mietvertrages – einräumt, um auf diese Weise eine Parallelschaltung zwischen dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB und den Gewährleistungsansprüchen der §§ 537 ff. BGB zu erreichen. Nach dieser Auffassung ist der Mieter – im Fall der Mangelhaftigkeit der Mietsache – berechtigt, neben einem Gewährleistungsanspruch gem. § 537 BGB im Hinblick auf den – gesamten – Mietzins von seinem Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB Gebrauch zu machen. Während der Ausschluß der mietvertraglichen Gewährleistungshaftung gem. §§ 537 ff. BGB beim Leasingvertrag der typischen Interessenkonstellation entspricht, sofern der Leasinggeber die ihm gegenüber dem Hersteller bzw. Händler des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abtritt<sup>82)</sup>, scheidet der Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB an der Sperre von § 11 Nr. 2 a AGB-Gesetz. Daraus resultiert ersichtlich eine Wertungsdiskrepanz. Denn die beim Leasing typische – kaufvertragliche – Ausgestaltung der Gewährleistungshaftung des Leasinggebers gestattet es ohne weiteres, das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB auszuschließen, weil

es – soweit ein Mangel vorliegt – von den Spezialnormen der §§ 459 ff. BGB verdrängt wird<sup>83)</sup>. Beim Mietvertrag scheidet allerdings der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts – jedenfalls nach dieser Ansicht – an § 11 Nr. 2 a AGB-Gesetz – ein Resultat, das wohl kaum als gewollt angesehen werden kann, aber aus dogmatischen Gründen nicht zu vermeiden ist. Es erscheint jedoch in Übereinstimmung mit der kaufvertraglichen Komponente des Finanzierungsleasing geboten, auch im nicht-kaufmännischen Bereich den Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts gem. § 320 BGB – ungeachtet des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 2 a AGB-Gesetz – als tolerabel anzusehen. Denn wenn die kaufrechtliche Ausgestaltung der Gewährleistungshaftung des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer der typischen Interessenlage – jedenfalls beim Finanzierungs-Leasingvertrag – entspricht, dann ist es nur konsequent, dem Leasingnehmer insoweit keine weiteren Rechte einzuräumen, als er sie dann hätte, wenn er – anstelle des Finanzierungsleasingvertrages – einen Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Doch zwingend ist die Argumentation nicht, so daß die weitere Entwicklung dieser Problemstellung den Ergebnissen der Judikatur überlassen werden muß.

## II. Leasingvertrag – Kündigungsregelung

Das Schwergewicht der BGH-Urteile vom 28.10.1981 (VIII ZR 302/80)<sup>84)</sup> und (VIII ZR 175/80)<sup>85)</sup> liegt ersichtlich in der Erörterung der Frage, welche Kündigungsregelungen bei einem Leasingvertrag als wirksam anzusehen sind. Um für die Praxis ausreichend verlässliche Schlußfolgerungen aus dem bisherigen Trend der BGH-Judikatur abzuleiten, empfiehlt es sich, danach zu differenzieren, ob der Leasinggeber von einem ordentlichen oder einem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch macht.

### 1. Ordentliches Kündigungsrecht des Leasinggebers

#### a) Vollamortisationsverträge

Auf Basis des erlaßkonformen Leasing<sup>86)</sup> sind in diesem Zusammenhang lediglich die Fälle der Vollamortisationsverträge interessant, in denen dem Leasingnehmer weder eine Kaufoption noch eine Mietverlängerungsoption nach Ablauf der Grundmietzeit eingeräumt ist. Soweit dann bestimmt ist, daß der Leasingnehmer verpflichtet ist, das Leasinggut in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben, bestehen gegen eine solche Vertragsgestaltung unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes keinerlei Bedenken<sup>87)</sup>. Bereits die gesetzliche Rückgabepflichtung des Mieters (vgl. § 556 Abs. (1) BGB) entspricht in ihrer dispositiven Ausgestaltung den Interessen des Leasinggebers als AGB-Verwender, so daß es schwerlich vorstellbar ist, bei Vollamortisationsverträgen eine Vertragsbeendigungsklausel zu finden, welche aufgrund der §§ 9–11 AGB-Gesetz als unwirksam zu qualifizieren wäre.

#### b) Teilamortisationsverträge

Auf Basis des erlaßkonformen Leasing<sup>88)</sup> sind hier drei Fallkonstellationen zu unterscheiden, welche gerade im Hinblick auf die Bestimmungen des AGB-Gesetzes eine differenzierte Betrachtungsweise nach sich ziehen:

<sup>74)</sup> Hierzu BGHZ 47 S. 207, 210 = DB 1967 S. 945; BGHZ 33 S. 293 = DB 1961 S. 29; BGH, WM 1971 S. 1265; BGH, DB 1973 S. 515 = WM 1973 S. 233; BGH, DB 1977 S. 813 = WM 1977 S. 447, 449.

<sup>75)</sup> BGH, WM 1982 S. 7, 8.

<sup>76)</sup> Hiddemann, WM 1978 S. 834, 840.

<sup>77)</sup> Vgl. auch BGH, WM 1982 S. 7, 8.

<sup>78)</sup> Hierzu auch Kurstedt, a.a.O., S. 145 f.; Zur Problematik von § 6 AbzG vgl. auch Graf von Westphalen, MDR 1980 S. 441 ff.

<sup>79)</sup> Vgl. auch die Einschränkungen bei Hiddemann, a.a.O.

<sup>80)</sup> So auch in der Sache BGH, WM 1982 S. 7, 8.

<sup>81)</sup> Hierzu Fn. 53.

<sup>82)</sup> Hierzu BGH, WM 1982 S. 7, 8 m.w.N.

<sup>83)</sup> Statt aller Palandt/Putzo, Vorbem. 2a vor § 459.

<sup>84)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378.

<sup>85)</sup> BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7.

<sup>86)</sup> Hierzu die Schreiben des Bundesministers der Finanzen, DB 1971 S. 795 = BB 1971 S. 506; DB 1972 S. 651 = BB 1972 S. 433; DB 1976 S. 173 = BB 1976 S. 72.

<sup>87)</sup> Hierzu auch Kurstedt, DB 1981 S. 2525 f. m.w.N.

<sup>88)</sup> S. Fn. 86.

#### aa) Kündbarer Vertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers

Auf Basis des Schreibens des Bundesministers der Finanzen vom 22. 12. 1975<sup>89)</sup> ist Voraussetzung für die Ausübung des Kündigungsrechts des Leasingnehmers, daß die Grundmietzeit abgelaufen ist, welche »40% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer beträgt«<sup>90)</sup>. Gestaffelt nach dem jeweiligen – nach Ablauf dieser Grundmietzeit – einsetzenden Kündigungsrecht des Leasingnehmers ist dieser verpflichtet, eine Abschlußzahlung zu entrichten, und zwar in Höhe der durch die Leasingraten nicht gedeckten Gesamtkosten des Leasinggebers. Voraussetzung eines erlaßkonformen Leasing ist es weiter, daß auf die vom Leasingnehmer zu leistende Abschlußzahlung »90% des vom Leasinggeber erzielten Veräußerungserlöses angerechnet«<sup>91)</sup> werden. Darüber hinaus gilt:

»Ist der anzurechnende Teil des Veräußerungserlöses zuzüglich der vom Leasing-Nehmer bis zur Veräußerung entrichteten Leasing-Raten niedriger als die Gesamtkosten des Leasing-Gebers, so muß der Leasing-Nehmer in Höhe der Differenz eine Abschlußzahlung leisten. Ist jedoch der Veräußerungserlös höher als die Differenz zwischen Gesamtkosten des Leasing-Gebers und den bis zur Veräußerung entrichteten Leasing-Raten, so behält der Leasing-Geber diesen Differenzbetrag in vollem Umfang«<sup>92)</sup>.

Obwohl der BGH in seiner Entscheidung vom 28. 10. 1981<sup>93)</sup> den Fall einer fristlosen Kündigung eines Teilamortisationsvertrages zu beurteilen hatte, ist es gleichwohl von höchster Wichtigkeit zu konstatieren: Das vom BGH ausgesprochene Unwirksamkeits-Verdict bezieht sich auf eine völlig gängige, übliche Teilamortisations-Kündigungs-Klausel mit Abschlußzahlung. Der BGH<sup>94)</sup> sieht darin eine »einseitig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführte Erschwerung des Kündigungsrechts«, und zwar mit der Begründung, daß »der Beklagte (Leasingnehmer) entgegen der im Mietrecht üblichen Ausgestaltung einer Kündigungsbefugnis trotz Vertragsbeendigung noch erhebliche Leistungen aufbringen muß«<sup>95)</sup>. Dies bietet den dogmatischen Ansatz, schlechthin alle Teilamortisationsverträge mit nach Kündigungszeitpunkten gestaffelter Abschlußzahlung des Leasingnehmers insoweit für unwirksam zu halten – ein Befund, der einer vertieften Begründung bedarf:

Ersichtlich handelt es sich bei den vom Leasingnehmer zu zahlenden Abschlußzahlungen nicht um eine Schadensersatzpauschale, welche gem. § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz zu beurteilen wäre. Denn § 11 Nr. 5 geht anerkanntermaßen davon aus, daß ein Schadensersatzanspruch aufgrund der dispositiven Bestimmungen des Gesetzes zugunsten des AGB-Verwenders entstanden ist<sup>96)</sup>. Daran aber fehlt es, sofern der Leasingnehmer – wegen der Kündbarkeit des Teilamortisationsvertrages – von seinem Kündigungsrecht nach Ablauf der Grundmietzeit Gebrauch macht. Es gibt eben keine Norm des dispositiven Rechts, die die Forderung des Leasinggebers nach einer Abschlußzahlung stützen könnte; und es ist auch kein Ansatzpunkt dafür ersichtlich, daß die vertraglich vorgesehene Kündigung des Leasingnehmers als »vertragswidriges« Verhalten zu beurteilen sein könnte<sup>97)</sup>. Die gleiche Erwägung gilt in der Sache für den Anwendungsbereich von § 10 Nr. 7 AGB-Gesetz<sup>98)</sup>: Ob dem AGB-Verwender ein Anspruch auf Vergütung oder auf Aufwendungsersatz zusteht, beurteilt sich – insoweit handelt es sich erneut um eine Vorfrage – nicht unmittelbar nach § 10 Nr. 7 AGB-Gesetz, sondern ausschließlich auf Basis der jeweils eingreifenden Bestimmungen des

dispositiven Rechts. Diese aber kennen – jedenfalls nicht im Rahmen einer ordentlichen Kündigung des Vertrages – keine wie auch immer geartete zusätzliche Vergütungs- oder Aufwendungsersatzpflicht des AGB-Kunden/Leasingnehmers; dergleichen ist dem Mietrecht der §§ 535 ff. BGB fremd. Dabei ist zusätzlich darauf aufmerksam zu machen, daß bei einem Teilamortisationsvertrag die vom Leasingnehmer zu entrichtenden Leasingraten keineswegs – wie der BGH offenbar meint – »bewußt niedrig«<sup>99)</sup> gehalten sind. Wie bei allen Vertragsmodellen des erlaßkonformen Leasing sind sie auch bei diesem Modell des Teilamortisationsvertrages so kalkuliert, daß die in der Grundmietzeit zu entrichtenden Leasingraten – zuzüglich der jeweiligen Abschlußzahlung des Leasingnehmers – die Gesamtkosten des Leasinggebers decken. Daher ist es auch verfehlt, in den Abschlußzahlungen eine zusätzliche – über die Grundmietzeit hinausreichende – Nutzungsvergütung zu sehen, zu deren Zahlung sich der Leasingnehmer verpflichtet hat, um dann eine Unwirksamkeitskontrolle an § 10 Nr. 7 AGB-Gesetz vornehmen zu können<sup>100)</sup>.

Weil der BGH jedoch – dies in ständiger Rechtsprechung<sup>101)</sup> – auch Teilamortisationsverträge im Hinblick auf die Wirksamkeit von AGB-Klauseln jedenfalls »in erster Linie« den Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB unterwirft, bleibt kein Ausweg: Das steuerrechtlich sanktionierte Teilamortisationsmodell<sup>102)</sup>, verfolgt wirtschaftlich den Zweck, dem Leasingnehmer das Risiko einer – nach Ablauf der Grundmietzeit – sich herausstellenden Unveräußerlichkeit des Leasingguts ebenso aufzuerlegen wie das Risiko eines etwaigen Wertverfalls. Demgegenüber kommt eine Wertsteigerung »in vollem Umfang dem Leasinggeber zugute«<sup>103)</sup>. Doch steht dieses wirtschaftlich sicher sehr sinnvolle Resultat in einem unaufhebbareren Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB, welche insoweit Anwendung finden, als eine »Erschwerung des Kündigungsrechts« des AGB-Kunden an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitert. Dieses Ergebnis hat der BGH auch offenbar beabsichtigt; denn es heißt weiterhin:

»Darüber hinaus ist diese Regelung für den Beklagten nicht hinreichend durchschaubar. Er kann nicht erkennen, welche Ausfälle und Nachteile die Klägerin in ihre Berechnung einbezogen und ob sie auch die ihr durch die Kündigung entstandenen Vorteile hinreichend berücksichtigt hat, insbesondere den ihr erwachsenen Zinsvorteil und den Restwert der nach § 17 AVB zurückzugebenden Leasingssache«<sup>104)</sup>.

Demzufolge bleibt den Leasinggesellschaften – zur Rettung dieses Teilamortisationsmodells – nur die Möglichkeit, sowohl die Kündigungszeitpunkte als auch die gestaffelten Abschlußzahlungen *individualvertraglich* festzulegen. Es ist hierfür nicht ausreichend, wenn diese Bestimmungen – was bislang der Vertragspraxis entspricht – lediglich in den AGB-Klauseln aufgeführt sind, weil dann § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unmittelbar zum Zuge gelangt. Nicht ausreichend dürfte es aber auch für die Annahme eines Individualvertrages sein, wenn und soweit Kündigungszeitpunkte und gestaffelte Abschlußzahlungen lediglich auf der Vorderseite des Leasingvertrages abgedruckt sind. Zwar wird hierdurch ein höherer Aufmerksamkeitswert erreicht, doch ist dieser – wenn überhaupt – nur geeignet, das im vorerwähnten BGH-Zitat anklingende Überraschungsargument gem. § 3 AGB-Gesetz zu beseitigen. Unabdingbare Voraussetzung ist es also, daß die Tatbestandselemente der individualvertraglichen Vereinbarung erfüllt sind: Kündigungszeitpunkt und gestaffelte Abschlußzahlungen müssen demnach wenigstens Gegenstand der leistungsbeschreibenden Individualvereinbarung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sein. Anerkanntermaßen ist hierfür der Leasinggeber darlegungs- und beweispflichtig, was die unmittelbare Konsequenz von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ist<sup>105)</sup>; denn es wird sich

<sup>89)</sup> DB 1976 S. 173 = BB 1976 S. 72; abgedruckt auch bei Graf von Westphalen, a.a.O., S. 211 ff.

<sup>90)</sup> S. 212.

<sup>91)</sup> Ebenda.

<sup>92)</sup> S. 212 f.

<sup>93)</sup> S. Fn. 84.

<sup>94)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1380.

<sup>95)</sup> Ebenda.

<sup>96)</sup> Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5 Rdnr. 11; Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 5a, aa; Koch/Stübing, § 11 Nr. 5 Rdnr. 9; vgl. aber auch Kötz, in: MünchKomm., § 11 Rdnr. 35, der insoweit die §§ 3 ff. AGB-Gesetz zum Zuge gelangen lassen will.

<sup>97)</sup> Hierzu auch Kurstedt, DB 1981 S. 2525, 2526.

<sup>98)</sup> Staudinger/Schlosser, § 10 Nr. 7 Rdnr. 3; Koch/Stübing, § 10 Nr. 7 Rdnr. 5; Dietlein/Rebmann, § 10 Nr. 7 Rdnr. 2.

<sup>99)</sup> BGH, WM 1981 S. 1378, 1381.

<sup>100)</sup> Vgl. hierzu aber auch Kurstedt, DB 1981 S. 2525, 2527 ff. m.w.N.

<sup>101)</sup> BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570; BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1979 S. 1385.

<sup>102)</sup> Schreiben des Bundesministers der Finanzen, DB 1976 S. 173 = BB 1976 S. 72.

<sup>103)</sup> Ebenda; vgl. auch Graf von Westphalen, a.a.O., S. 213.

<sup>104)</sup> BGH, WM 1981 S. 1378, 1380.

<sup>105)</sup> Hierzu Palandt/Heinrichs, § 1 Anm. 4 m.w.N.



in der Praxis nie und nimmer vermeiden lassen, daß die Prozentsätze der Abschlußzahlungen in einer »Vielzahl« von Anwendungsfällen identisch sind. Zu überlegen ist auch, ob die Leasinggesellschaften – zur Rettung dieses Teilamortisationsmodells – nicht dafür Sorge tragen, daß die Tatbestandselemente der »Tarifwahl« im einzelnen Fall beachtet werden. Dies setzt voraus, daß der Leasingnehmer – vor Abschluß des Vertrages – klar, durchschaubar und transparent vor Augen führt, welche Vorteile und welche Nachteile sich aus den ihm im Rahmen einer »Tarifwahl« angebotenen Vollamortisations- oder Teilamortisationsmodellen ergeben – mit der Folge, daß der Leasingnehmer eine autonome Entscheidung trifft. Fällt diese – oft aus betriebswirtschaftlich zwingenden Gründen – zugunsten des Teilamortisationsmodells mit Abschlußzahlung aus, so greift § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht ein; die für Leasinggeber und Leasingnehmer vorhandenen Vorteile dieses Leasingmodells sind dann gewahrt.

#### bb) Teilamortisationsvertrag und Mehrerlösbeteiligung

Die gegen das Teilamortisationsmodell mit Abschlußzahlung vorgebrachten Bedenken gelten indessen nicht für den Teilamortisationsvertrag mit Aufteilung des Mehrerlöses. Denn in diesem Fall besteht zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer schon bei Abschluß des Vertrags Einvernehmen darüber, daß nach Ablauf der Grundmietzeit der Leasinggeber berechtigt ist, das Leasinggut zu veräußern. Der Leasingnehmer ist nur dann verpflichtet, eine Abschlußzahlung in Höhe der Differenz zwischen Restamortisation und Veräußerungserlös zu zahlen, wenn der vom Leasinggeber erzielte Veräußerungserlös niedriger ist als die Differenz zwischen den Gesamtkosten des Leasinggebers und den in der Grundmietzeit entrichteten Raten<sup>106)</sup>. Übersteigt jedoch der Veräußerungserlös die Restamortisation, so erhält der Leasinggeber 25% dieses Betrages, während dem Leasingnehmer 75% hiervon zustehen. Leasinggeber und Leasingnehmer bilden in diesem Fall praktisch eine Art Risikogemeinschaft, so daß kein unmittelbarer Ansatzpunkt besteht, die in diesen Fällen – möglicherweise – vom Leasingnehmer zu entrichtende Abschlußzahlung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden. Denn im Gegensatz zum Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung ist hier die Abschlußzahlung keine »Erschwerung« des Kündigungsrechts des Leasingnehmers. Vielmehr steht von vornherein fest, daß das Leasinggut vom Leasinggeber nach Ablauf der Grundmietzeit veräußert werden soll. Freilich ist anzumerken, daß die risikobehafteten Nachteile dieses Modells ausschließlich beim Leasingnehmer lokalisiert sind, weil ja der Leasinggeber allemal Anspruch darauf hat, daß ihm die Differenz zwischen den Gesamtkosten und der in der Grundmietzeit angefallenen Restamortisation zugute kommt. Indessen handelt es sich insoweit um eine vertragstypische Besonderheit dieses Modells, so daß es auch insoweit an einer unangemessenen Benachteiligung des Leasingnehmers gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz fehlt.

#### cc) Andienungsrecht des Leasinggebers

Kurstedt<sup>107)</sup> hat mit beachtlichen Gründen darauf aufmerksam gemacht, daß der Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers – angesichts der Grundwertungen des dispositiven Rechts in § 147 BGB – mit § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht in Einklang steht, und zwar nicht nur im nicht-kaufmännischen Bereich, sondern auch gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 des AGB-Gesetzes im kaufmännischen Verkehr. Zuzugeben ist sicherlich, daß die aus dem Andienungsrecht des Leasinggebers resultierende Annahmepflicht des Leasingnehmers erst nach Ablauf der Grundmietzeit, also nach Verstreichen einer beträchtlichen Zeit, eintritt. Doch führt dies – entgegen der von Kurstedt<sup>108)</sup> vertretenen Auffassung – nicht dazu, daß § 10 Nr. 1

AGB-Gesetz zur Anwendung gelangt. Denn das Teilamortisationsmodell mit Andienungsrecht des Leasinggebers basiert darauf, daß der Leasinggeber als AGB-Verwender seinerseits ein Angebot dem Leasingnehmer unterbreitet, so daß genau der umgekehrte Fall vorliegt, den § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz im Auge hat. Es ist insbesondere nicht zutreffend, daß das Andienungsrecht des Leasinggebers bereits die »einseitige Verpflichtungserklärung des Leasingnehmers« zum Gegenstand hat, welche ihrerseits »aufschiebend bedingt durch die Willenserklärung des Leasinggebers«<sup>109)</sup> ist, das jeweilige Leasinggut käuflich zu erwerben. Vielmehr: Voraussetzung für die Ausübung des Andienungsrechts des Leasinggebers ist es – bei diesem Modell des erlaßkonformen Leasing –, daß ein Verlängerungsvertrag nicht zustande kommt, und daß dann »auf Verlangen des Leasinggebers« der Leasingnehmer verpflichtet ist, den Leasinggegenstand zu einem schon bei Abschluß des Leasingvertrages fest vereinbarten Preis zu erwerben. Ausdrücklich heißt es im Schreiben des Bundesministers der Finanzen: »Der Leasingnehmer hat kein Recht, den Leasing-Gegenstand zu erwerben«<sup>110)</sup>. Daß der Leasinggeber als AGB-Verwender sich in diesem Fall langfristig gebunden hat, kann also nach § 9 AGB-Gesetz nicht dazu führen, eine solche Klausel als unwirksam zu bewerten, weil es dem AGB-Verwender ja freisteht, seine eigenen Interessen hintanzusetzen, solange keine unangemessene Benachteiligung des AGB-Kunden daraus resultiert. Diese aber ist hier nicht vorhanden, weil der Leasingnehmer – bei Vereinbarung dieses Modells – in seiner rechtsgeschäftlichen Dispositionsfreiheit nicht beeinträchtigt ist: Er hat die Wahl, ob er einen Verlängerungsvertrag abschließen, oder ob er das Andienungsrecht des Leasinggebers annehmen will. Daß er nicht das Recht hat, das Leasinggut käuflich zu erwerben – sofern der Leasinggeber von seinem Andienungsrecht keinen Gebrauch macht –, entspricht der besonderen Typizität dieses Teilamortisationsmodells, gibt also nachgerade diesem Vertragstyp sein Gepräge. Nicht anders ist es im Hinblick darauf, daß der Leasingnehmer in diesen Fällen nicht das Recht hat, nach Ablauf der Grundmietzeit den Vertrag zu kündigen; denn er hat ja eben dieses Modell gewählt, welches durch die Alternativität von möglichem Verlängerungsvertrag und Andienungsrecht des Leasinggebers charakterisiert ist.

## 2. Rechte im Fall der fristlosen Kündigung des Leasingvertrages durch den Leasinggeber

Zweifelsfrei: Der Schwerpunkt der Entscheidung des BGH vom 28. 10. 1981 (VIII ZR 302/80) liegt bei der Erörterung der Rechtsfolgen, welche bei einem Leasingvertrag – resultierend aus einer fristlosen Kündigung des Leasinggebers – mit § 9 AGB-Gesetz im Einklang stehen. Dabei ist freilich wegen der Kontinuität der BGH-Judikatur zu betonen, daß der BGH in der materiell-rechtlichen Begründung der jeweiligen Entscheidungen keinen maßgeblichen Unterschied macht, ob die richterliche Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln auf § 242 BGB gestützt werden<sup>111)</sup> oder ob die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im kaufmännischen Bereich unmittelbar Anwendung findet, weil der jeweilige Vertrag den Bestimmungen des AGB-Gesetzes unterliegt, was auch im Hinblick auf § 28 AGB-Gesetz Bedeutung hat<sup>112)</sup>. Zwar mögen hier – dogmatisch gewertet – Differenzierungsmöglichkeiten bestehen<sup>113)</sup>; allein, der BGH hat diese noch nicht im einzelnen fruchtbar gemacht, was auch – durchaus begrüßenswert – im Hinblick auf die Rechtssicherheit von hoher Bedeutung ist. Dessen ungeachtet ist im Hinblick auf die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten, wie sie üblicherweise in Leasingverträgen vorkommen, eine Differenzierung vorzunehmen:

<sup>106)</sup> S. 2529.

<sup>110)</sup> Bundesminister der Finanzen, DB 1976 S. 173 = BB 1976 S. 72.

<sup>111)</sup> Hierzu BGH, DB 1977 S. 813 = WM 1977 S. 447; BGH, WM 1978 S. 406; BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219.

<sup>112)</sup> So insbesondere BGH, DB 1982 S. 40 = WM 1981 S. 1219, 1220.

<sup>113)</sup> Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., S. 641. m.w.N.

<sup>106)</sup> Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., S. 212.

<sup>107)</sup> Kurstedt, DB 1981 S. 2525, 2529.

<sup>108)</sup> Ebenda.

### a) Fristlose Kündigung – Rücknahme des Leasingguts

Inzwischen entspricht es gefestigter Judikatur<sup>114)</sup>, daß der Leasinggeber im Fall der fristlosen Kündigung nicht berechtigt ist, das Leasinggut als Konsequenz der fristlosen Kündigung des Vertrages zurückzunehmen und gleichzeitig – praktisch aufgrund einer »Verfallklausel« (vgl. sub b) – alle künftig anfallenden Leasingraten zur Zahlung fällig zu stellen. Eine solche Kumulation von Rechten des Leasinggebers, wie sie allerdings in Leasingverträgen durchaus nicht selten anzutreffen ist, ist schon aus dogmatischen Gründen zu beanstanden. Die Kündigung führt unmittelbar zu einer Beendigung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien für die Zukunft<sup>115)</sup>. Demzufolge ist es ausgeschlossen, daß der Leasinggeber – dessen ungeachtet – Erfüllung des Vertrages im übrigen verlangt, weil durch die Kündigung der Leasingvertrag mit Wirkung für die Zukunft beendet worden ist. Unwirksam ist es aber auch, wie der BGH in der jüngsten Entscheidung konstatiert hat<sup>116)</sup>, wenn der Leasinggeber in seinen AGB vorsieht, daß der Leasingnehmer berechtigt ist, das Leasinggut – trotz der fristlosen Kündigung – weiter zu benutzen, sofern er die restlichen noch ausstehenden Leasingraten bezahlt. Denn ein solches Recht steht lediglich auf dem Papier: Ein Leasingnehmer, der in Zahlungsverzug geraten ist, so daß der Leasinggeber Veranlassung hatte, den Leasingvertrag fristlos zu kündigen, ist – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – auch nicht in der Lage, die restlichen Leasingraten auf einmal zu zahlen, um den Zahlungsverzug als Grund der fristlosen Kündigung des Leasingvertrages wieder zu heilen. Daß eine solche Klausel im übrigen auch dem Leasinggeber mehr gewährt, als er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Leasingvertrages erhalten würde wird vom BGH zutreffend herausgestellt<sup>117)</sup> (vgl. sub b). Die fristlose Kündigung eines Leasingvertrages führt also – zwangsläufig – zur Beendigung des Leasingvertrages; der Leasinggeber ist dann nicht berechtigt, weiterhin Erfüllung des Vertrages zu fordern. Dies ist nur dann anders, wenn der Leasinggeber – anstelle der fristlosen Kündigung – das Leasinggut zur Sicherheit an sich nimmt, um dann vom Leasingnehmer weitere Erfüllung des Vertrages zu verlangen – mit der eindeutigen Maßgabe, daß der Leasingnehmer dann wieder gegenüber dem Leasinggeber zur Gebrauchsbenutzung des Leasingguts berechtigt ist, wenn er die rückständigen Leasingraten entrichtet hat<sup>118)</sup>. Eine solche Fallgestaltung entspricht dem auch für das Mietrecht geltenden Grundsatz des § 320 BGB<sup>119)</sup>.

### b) Fristlose Kündigung – »Verfallklauseln«

Ungeachtet der BGH-Entscheidung vom 5. 4. 1978<sup>120)</sup> ist die Kopplung von fristlosem Kündigungsrecht und eine die vertraglich geschuldeten Mietzinsraten erfassende »Verfallklausel« eine durchaus typische Vertragsgestaltung, wie man sie in Leasingverträgen regelmäßig antrifft<sup>121)</sup>. Indessen hat der BGH in beiden Entscheidungen, welche am 28. 10. 1981<sup>122)</sup> verkündet worden sind, klargestellt: Die Kumulation zwischen fristlosem Kündigungsrecht, Wegnahmebefugnis des Leasinggebers und Fälligkeitstellung aller noch ausstehenden Leasingraten, einschließlich der Abschlußzahlung, verstößt gegen das den Leasingvertrag beherrschende Leitbild des Mietvertrages gem. §§ 535 ff. BGB, was auch für das Finanzierungs-Leasing unmittelbar Bedeutung besitzt<sup>123)</sup>. Klargestellt hat der BGH dabei auch, daß der Leasinggeber am »Wortlaut«<sup>124)</sup> seiner AGB-

Klausel festgehalten wird; eine Umdeutung der »Verfallklausel« in eine Schadensersatzpauschale ist unzulässig. Dogmatisch gewertet handelt es sich hierbei – und dies hat allgemeine Bedeutung – um eine eindeutige Absage an die geltungserhaltende Reduktion von AGB-Klauseln<sup>125)</sup>. Denn wenn der AGB-Verwender bereits am »Wortlaut« einer AGB-Klausel festgehalten wird, so daß deren Umdeutung in eine – möglicherweise wirksame – Klausel nicht in Betracht kommt, dann ist darin ein sehr deutliches Indiz dafür zu sehen, daß der VIII. Senat unwirksame AGB-Klauseln ohne großes Federlesen kassiert, was im übrigen die zwingende Konsequenz von § 6 Abs. (2) AGB-Gesetz ist<sup>126)</sup>. Demzufolge ist der Leasinggeber darauf angewiesen, entweder eine den Anforderungen von § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz entsprechende Schadensersatzpauschale in seinen AGB zu verankern, oder er muß den ihm durch die Vertragsverletzung des Leasingnehmers entstehenden Schaden konkret berechnen.

### c) Gesichtspunkte der Schadensberechnung

Zunächst erscheint es erforderlich, sich klar vor Augen zu führen, daß der BGH den Schadensersatzanspruch des Leasinggebers als »Nichterfüllungsschaden«<sup>127)</sup> bezeichnet hat. Dies wirft die Frage auf, welche dogmatische Grundlage für die Geltendmachung eines solchen Nichterfüllungsschadens in Betracht kommt. Da das fristlose Kündigungsrecht des Leasinggebers in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle dadurch ausgelöst wird, daß der Leasingnehmer in Zahlungsverzug gerät, spricht vieles dafür, als Anspruchsgrundlage eines derartigen Schadensersatzanspruchs des Leasinggebers § 326 BGB heranzuziehen. Dies könnte allerdings deswegen problematisch sein, weil der Leasingvertrag ein typisches Dauerschuldverhältnis ist, so daß nach allgemeiner Ansicht das in den § 325, 326 BGB verankerte Rücktrittsrecht durch das Kündigungsrecht ersetzt wird<sup>128)</sup>. Doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß – jedenfalls bei den hier interessierenden Fällen – der Zahlungsverzug in Form des Schuldnerverzugs die Vertragsverletzung ist, auf die der Schadensersatzanspruch des Leasinggebers aufbaut. Verschiedentlich wird allerdings in der Literatur<sup>129)</sup> die Auffassung – regelmäßig unter Berufung auf die Entscheidung des RG vom 13. 6. 1911<sup>130)</sup> – vertreten, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung könne bei einem Dauerschuldverhältnis nur auf das Institut der positiven Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlage gestützt werden. Dies ist jedoch, wie sich insbesondere auch aus dieser RG-Entscheidung<sup>131)</sup> ergibt, unzutreffend, so daß mit *Emmerich*<sup>132)</sup> festzuhalten ist: Bei Dauerschuldverhältnissen wird lediglich das in § 326 BGB verankerte Rücktrittsrecht durch das Kündigungsrecht ersetzt; der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bleibt hiervon unberührt<sup>133)</sup>. Dies besagt zwingend: Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist in diesen Fällen abhängig davon, daß die Tatbestandselemente von § 326 BGB vorliegen, also: Schuldnerverzug, angemessene Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung.

Im Hinblick auf das Erfordernis der Nachfristsetzung gilt im nicht-kaufmännischen Bereich § 11 Nr. 4 AGB-Gesetz unmittelbar. Und es entspricht durchaus der überwiegenden Meinung in der Literatur, daß auf das Erfordernis der Nachfristsetzung gem. § 326 BGB auch im kaufmännischen Verkehr nicht wirksam verzichtet werden kann,

<sup>114)</sup> BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570, 573; BGH, WM 1978 S. 961; BGH, WM 1981 S. 1378, 1380; *Hiddemann*, WM 1978 S. 834, 841.

<sup>115)</sup> BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570, 573.

<sup>116)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1380.

<sup>117)</sup> Ebenda.

<sup>118)</sup> BGH, DB 1978 S. 1338 = WM 1978 S. 406, 408.

<sup>119)</sup> Ebenda.

<sup>120)</sup> BGH, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570.

<sup>121)</sup> Vgl. auch das Vertragsformular in: *Hagenmüller/Stoppok*, Leasing-Handbuch, S. 283 ff.

<sup>122)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378; BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7.

<sup>123)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1380 f.

<sup>124)</sup> BGH, DB 1982 S. 480, 481; DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7, 9.

<sup>125)</sup> Hierzu im einzelnen *Ulmer*, NJW 1981 S. 2025, 2027 ff. m.w.N. Etwas anderes gilt im Fall der Teilbarkeit einer AGB-Klausel: BGH, BB 1981 S. 2090 ff.

<sup>126)</sup> Hierzu auch *Willenbruch*, BB 1981 S. 1776 ff.; *Löwe*, BB 1982 S. 152, 158; *Palandt/Heinrichs*, Vorbem. 3 vor § 8; vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1106; a.M. *Thümmel/Oldenburger*, BB 1979 S. 1067 ff.

<sup>127)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1380; BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7, 9.

<sup>128)</sup> Hierzu *Palandt/Heinrichs*, § 326 Anm. 1; *Emmerich*, in: MünchKomm., § 326 Rdnr. 23.

<sup>129)</sup> *Staudinger/Otto*, § 326 Rdnr. 27; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O.; so wohl auch *Jauernig, Vollkommer*, § 326 Anm. 1c.

<sup>130)</sup> RGZ 76 S. 367 ff.

<sup>131)</sup> Ebenda.

<sup>132)</sup> *Emmerich*, in: MünchKomm., § 326 Rdnr. 27.

<sup>133)</sup> A.M. *Doerner*, WM 1978 S. 961; Anm. zu BGH, 5. 4. 1978, DB 1978 S. 1337 = WM 1978 S. 570, deren Anspruch aus positiver Vertragsverletzung für begründet erachtet.

ohne daß diese Klausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz verstößt<sup>134)</sup>. Denn die der Nachfristsetzung zukommende Warnfunktion ist derart wesentlich, daß – wegen der dadurch ausgelösten weitreichenden Rechte des Gläubigers – auch im kaufmännischen Verkehr dieses Erfordernis beachtet werden muß. Im nicht-kaufmännischen Bereich ist auch die Ablehnungsandrohung gem. § 326 BGB zu berücksichtigen; eine entgegenstehende AGB-Klausel ist entweder gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam<sup>135)</sup> oder aufgrund einer analogen Anwendung von § 11 Nr. 4 AGB-Gesetz<sup>136)</sup>. Ob im kaufmännischen Verkehr das gleiche gilt, erscheint zweifelhaft<sup>137)</sup>. Allerdings dürfte sich der Leasinggeber auf der »sicheren Seite« bewegen, wenn er zur Begründung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung – und damit auch als Voraussetzung des außerordentlichen Kündigungsrechts wegen Zahlungsverzugs – eine Ablehnungsandrohung dem Leasingnehmer zukommen läßt.

Es ist ein verführerischer, aber irriger Gedanke: Sofern der Leasinggeber glaubt, die vom BGH für unwirksam erklärten »Verfallklauseln« dadurch als – wirksame – Schadensersatzpauschalen retten zu können, daß eine Abzinsungsvereinbarung vorgesehen wird. Daß eine solche Abzinsungsvereinbarung, wenn sie nicht ausdrücklich in den AGB des Leasinggebers verankert ist, nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung konstruiert werden kann<sup>138)</sup>, dürfte angesichts der eindeutigen Haltung des BGH, der den Leasinggeber am »Wortlaut« der AGB-Klausel festhält, ernstlich nicht mehr zweifelhaft sein. Doch die Abzinsungsvereinbarung ist – für sich allein genommen – keineswegs ausreichend, eine wirksame Schadensersatzpauschale auszumachen<sup>139)</sup>. Ganz im Gegenteil: Auf Basis der tragenden BGH-Entscheidung vom 11. 7. 1979<sup>140)</sup> geht der BGH davon aus, daß der durch Mietausfall geschädigte Vermieter nach §§ 249, 251 BGB nur so zu stellen ist, wie er stünde, wenn die Vertragsverletzung nicht eingetreten, also der Vertrag fortgeführt worden wäre, der Vermieter folglich die fortlaufenden Mietzinsraten erhalten hätte<sup>141)</sup>. Deshalb aber – und dies ist im Hinblick auf eine etwaige Schadensersatzpauschalierung gem. § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz von maßgebender Bedeutung – kann der Vermieter/Leasinggeber vom Mieter/Leasingnehmer nur verlangen, daß der Schuldner die Mietzinsrate/Leasingrate in dem Zeitpunkt zahlt, der dem jeweiligen Fälligkeitstermin entspricht. Konsequenz hat deshalb dies der BGH – bezogen auf die bei Leasingverträgen typische »Grundmietzeit« – zur Anwendung gebracht<sup>142)</sup>. Dies besagt: Auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB ist – sofern er bei einem Leasingvertrag für die »Grundmietzeit« geltend gemacht wird – jeweils erst dann fällig, wenn der Zeitpunkt eingetreten ist, an dem die jeweilige monatliche Leasingrate zu zahlen war. Diese Sicht der Dinge aber hat zur Konsequenz, daß eine Abzinsungsvereinbarung nicht geeignet ist, auch insoweit eine Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen vorzunehmen, als diese noch nicht fällig geworden sind. Sinn und Zweck einer Abzinsungsvereinbarung ist es ja – lediglich –, die in den jeweiligen Leasingraten enthaltenen Finanzierungszinsen auszuscheiden, so daß der Leasinggeber – bezogen auf den jeweiligen Fälligkeitstermin – das eingesetzte, noch nicht getilgte Kapital erhält.

Keine Frage: Dies ist für den Leasinggeber ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis. Da die Grundsätze der §§ 249, 251 BGB auch den

Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB beherrschen, führt dies – es handelt sich hier um eine auf Basis des dispositiven Rechts zu beantwortende Vorfrage, welche der Schadensersatzpauschalierung gem. § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz vorgreift – zwingend dazu, daß jegliche Schadensersatzpauschale, welche noch nicht fällige Schadensersatzpositionen einschließt, gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Indessen ist dies nur eine Argumentation, um durchgreifende Bedenken gegen eine Schadensersatzpauschalierung gem. § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz anzumelden. Entscheidend ist letzten Endes, daß die verschiedenen Modelle des erlaßkonformen Leasing so unterschiedlich ausgestaltet sind, – daß aus diesem Grunde – eine generelle abstrakte Schadenspauschalierung nicht in Betracht kommt, ohne letzten Endes auf eine konkrete Schadensberechnung hinauszulaufen (vgl. § 11 Nr. 5b AGB-Gesetz).

Bei Teilamortisationsverträgen, die nach Ablauf der »Grundmietzeit« ein Kündigungsrecht des Leasingnehmers mit Abschlußzahlung vorsehen, ergibt sich dies bereits daraus, daß die Abschlußzahlung – nach Auffassung des BGH – überhaupt nur insoweit als Schadensposten in Betracht kommt, als – eben im Hinblick auf diese Abschlußzahlung – die Leasingraten während der »Grundmietzeit« »bewußt niedrig«<sup>143)</sup> angesetzt worden sind. Diese Prämisse erweist sich jedoch in der Praxis als fehlerhaft; die Abschlußzahlung ist nichts anderes als die Fortschreibung der Leasingraten, bezogen auf den jeweiligen Kündigungszeitpunkt. Außerdem: Auch dieses Modell geht davon aus, daß 90 % des vom Leasinggeber erzielten Veräußerungserlöses auf die Abschlußzahlung angerechnet werden, es sei denn, der Leasingnehmer ist – wegen eines zu geringen Veräußerungserlöses – verpflichtet, »in Höhe der Differenz eine Abschlußzahlung«<sup>144)</sup> zu leisten. Dies aber besagt in der Sache: Es handelt sich um den klassischen Fall einer lediglich konkret durchzuführenden Schadensberechnung. Genau das gleiche gilt beim Vertragsmodell mit Aufteilung des Mehrerlöses, was unmittelbar evident ist<sup>145)</sup>. Lediglich beim Vertragsmodell mit Andienungsrecht des Leasinggebers liegt dann, wenn der Leasinggeber von seinem Andienungsrecht Gebrauch macht, eine Ausnahme vor, da ja der vom Leasingnehmer zu entrichtende Kaufpreis bereits bei Abschluß des Leasingvertrages fest vereinbart worden ist.

Bei den Vollamortisationsmodellen liegen freilich die Dinge einfacher: Der nach Ablauf der »Grundmietzeit« verbleibende »Restwert« ist dem Risikobereich des Leasinggebers zuzurechnen. Deshalb kann – unter Berücksichtigung der jeweiligen Fälligkeitsdaten der Leasingraten – insoweit eine abstrakte Schadenspauschalierung vorgenommen werden. Doch muß sie in jedem Fall – als Abzugsposten – den als Folge der fristlosen Kündigung ersparten Refinanzierungs- und Verwaltungsaufwand in Abzug bringen, weil es sich insoweit um ersparte Aufwendungen handelt<sup>146)</sup>. Selbstverständlich ist allerdings auch, daß der Leasinggeber schon aus Gründen der Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. (2) BGB verpflichtet ist, das wiedererlangte Leasinggut so rasch wie möglich günstig zu verwerten, so daß der Verwertungserlös dem Leasingnehmer zugute kommt<sup>147)</sup>. Lassen sich Höhe der Abzinsung, ersparte Aufwendungen im Bereich der Refinanzierungs- und Verwaltungskosten sowie der entgangene Gewinn noch einigermaßen verlässlich abstrakt – generell im vorhinein festlegen, so ist dies – mit Sicherheit – nicht möglich, wenn es um die Erfüllung der dem Leasinggeber obliegenden Pflicht zur Schadensminderung gem. § 254 Abs. (2) BGB, d. h. um die optimale Verwertung des Leasingguts geht. Die Fallgestaltungen sind einfach zu vielschichtig, daß sie sich – bereits aus diesem Grund – einer Pauschalierung entziehen dürften. Offen ist also aus praktischen Gründen nur der Weg der konkreten Schadenberechnung.

<sup>134)</sup> Hierzu *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 8; *Koch/Stübing*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 10; *Stein*, § 11 Rdnr. 28; *Ermann/Battes*, § 284 Rdnr. 35; a. M. *Palandt/Heinrichs*, § 11 Anm. 4c; Differenzierend *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 10ff.

<sup>135)</sup> So *Stein*, § 11 Rdnr. 26.

<sup>136)</sup> So *Koch/Stübing*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 7; a. M. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 2; *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 8; *Palandt/Heinrichs*, § 11 Nr. 4 Anm. 4a; *Ermann/Battes*, § 326 Rdnr. 34.

<sup>137)</sup> Vgl. hierzu *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 11 Nr. 4 Rdnr. 24.

<sup>138)</sup> BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7, 9; abweichend und nicht haltbar OLG Frankfurt, WM 1982 S. 107, 109.

<sup>139)</sup> Hierzu auch BGH DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1381; BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7, 9.

<sup>140)</sup> BGH, WM 1979 S. 1104.

<sup>141)</sup> Ebenda.

<sup>142)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1381 – Teilamortisationsvertrag; BGH, DB 1982 S. 589 = WM 1982 S. 7, 9 – wohl Vollamortisationsvertrag.

<sup>143)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1381.

<sup>144)</sup> Hierzu Bundesminister der Finanzen, DB 1976 S. 173 = BB 1976 S. 72.

<sup>145)</sup> Schreiben des Bundesministers der Finanzen, a. a. O.

<sup>146)</sup> BGH, DB 1982 S. 480 = WM 1981 S. 1378, 1381.

<sup>147)</sup> Hierzu auch *Doerner*, WM 1978 S. 961, 962.

Davon abgesehen: Auch unter Berücksichtigung der den Leasinggeber als AGB-Verwender treffenden Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Schadenshöhe<sup>148)</sup> sowie unter besonderer Berücksichtigung der Grenzen des Gegenteilbeweises gem. § 11 Nr. 5 b AGB-Gesetz<sup>149)</sup> wird man dem Leasinggeber zweckmäßigerweise raten müssen, von einer abstrakt-generellen Schadenspauschalierung in seinen AGB abzusehen, um künftig eine konkrete Schadensberechnung jeweils vorzunehmen. Auch im kaufmännischen Verkehr ist dies – wie ergänzend festgestellt werden soll – nicht anders:

<sup>148)</sup> Hierzu BGHZ 67 S. 312 = DB 1977 S. 247; hierzu im einzelnen auch *Hensen*, DB 1977 S. 1689; *Frank/Werner*, DB 1977 S. 2171, 2173 ff.; *Weyer*, NJW 1977 S. 2237; *Reich*, NJW 1978 S. 1570 jeweils m.w.N.

<sup>149)</sup> Hierzu OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105; OLG Hamburg, DB 1981 S. 1718, 1719; OLG Koblenz, ZIP 1981 S. 509, 511; vgl. aber auch BayOLG, DB 1981 S. 1616 = BB 1981 S. 1418, 1419 jeweils m.w.N.

Gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gelten die Grundsätze der Schadenspauschalierung gem. § 11 Nr. 5 a AGB-Gesetz<sup>150)</sup>, und daß auch der in § 11 Nr. 5 lit. b AGB-Gesetz vorgesehene Gegenteilbeweis – gerichtet auf einen wesentlich niedrigeren Schaden oder auf den Fortfall des Schadens – darf dem Leasingnehmer im kaufmännischen Bereich deswegen nicht abgeschnitten werden, weil dies gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot verstoßen würde<sup>151)</sup>. Dieses aber ist Wesensprinzip der §§ 249 ff. BG, so daß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz durchgreift.

<sup>150)</sup> *Palandt/Heinrichs*, § 11 Anm. 5b; *Kötz*, in: MünchKomm., § 11 Rdnr. 44; *Koch/Stübing*, § 11 Rdnr. 5 Rdnr. 20; *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 24f.; BGHZ 67 S. 312, 317 = DB 1977 S. 247.

<sup>151)</sup> Bejahend *Palandt/Heinrichs*, § 11 Anm. 5b; *Kötz*, a.a.O., § 11 Rdnr. 44; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 23; *Koch/Stübing*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 20; *Stein*, § 11 Rdnr. 39; verneinend *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 25; vgl. auch *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 11 Nr. 5 Rdnr. 45.