

käufe von nicht im Management vertretenen Altaktionären treten bei Unterschreiten der jeweiligen Beteiligungsschwellen durch die Meldepflichten nach § 21 ff. WpHG zutage, die sich seit neuerem auch auf den geregelten Markt erstrecken¹⁴⁰. Eine Pflicht zur Ad-hoc-Publizität lässt sich demgegenüber *de lege lata* nicht begründen, weil der bevorstehende Ablauf der Sperrfrist keine neue Tatsache darstellt¹⁴¹. Weil die Marktteilnehmer nach den empirischen Befunden das Ausmaß der Anteilsveräußerungen von Altaktionären systematisch unterschätzen¹⁴², fordern Stimmen im ökonomischen Schrifttum jedoch *de lege ferenda* eine abermalige Erweiterung der Mitteilungspflichten¹⁴³. Ob tatsächlich ein solcher Handlungsbedarf besteht, lässt sich zuverlässiger beurteilen, wenn hierzulande erste Erfahrungen mit dem neuen § 15a WpHG gesammelt wurden.

V. Gesellschaftsrechtliche Folgefragen

Verlangt die Börsenordnung für einzelne Marktsegmente den Abschluss einer Marktschutzvereinbarung, so stellen sich eine Reihe gesellschaftsrechtlicher Folgefragen¹⁴⁴, von denen hier nur zwei herausgegriffen und vertieft werden können.

1. Mitgliedschaftliche Pflicht zum Abschluss einer Haltevereinbarung?

Was zunächst die Haltevereinbarungen anlangt, mag es vorkommen, dass sich einzelne Altaktionäre weigern, eine entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben, und der mehrheitlich gebilligte Börsengang daran zu scheitern droht¹⁴⁵. Die verbandsrechtliche Schlüsselfrage lautet dann: Sind die betreffenden Altaktionäre gegebenenfalls verpflichtet, eine Haltevereinbarung einzugehen? Den dogmatischen Rahmen, innerhalb dessen man solche Mitwirkungspflichten zu erörtern pflegt, bildet die mitgliedschaftliche Treuepflicht. Ihre Geltung für den Mehrheitsaktionär steht schon seit längerem außer Zweifel¹⁴⁶, und seit der grundlegenden Girmes-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1995¹⁴⁷ gehört auch die Treubindung des Minderheitsaktionärs zum gesicherten Bestand des Aktienrechts¹⁴⁸. Aus ihr können sich im Einzelfall nicht nur Unterlassungsgebote, sondern auch positive Mitwirkungspflichten ergeben¹⁴⁹. Einer stehenden Rechtsprechungsformel zufolge kommt dies allerdings nur ausnahmsweise in Betracht, nämlich dann, wenn die Mitwirkung zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks oder sonst mit Rücksicht auf die Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten dringend erforderlich und dem widerstrebenden Gesellschafter *zumutbar* ist¹⁵⁰. In unserem Zusammenhang wird vielfach schon das Erforderlichkeitskriterium nicht erfüllt sein. Es fehlt dort, wo die Börsenordnung Kleinaktionäre von einer Haltepflicht gänzlich ausnimmt¹⁵¹ oder ihnen, wie bislang im privatrechtlichen Regelwerk Neuer Markt, in begründeten Einzelfällen eine Befreiung in Aussicht stellt¹⁵². Sollte dieser (Aus-)Weg versperrt sein, ist sorgfältig zu prüfen, ob die Gesellschaft auf die Notierung in einem speziellen Börsensegment angewiesen ist oder ob ihr Zulassungsalternativen offenstehen. Daran zu erinnern, ist gerade nach der Neuordnung des Börsenorganisationsrechts angezeigt, weil *lock-up*-Vereinbarungen als zusätzliche Zulassungsvoraussetzung gemäß § 50 Abs. 3 BörsG immer nur für *Teilbereiche* des gere-

gelten Marktes eingeführt werden können¹⁵³. Die Begründungslast dafür, warum ein Ausweichen auf andere Marktsegmente ausscheidet, liegt bei der Gesellschaft und lässt sich wohl nur selten erfüllen¹⁵⁴. Wo dies einmal gelingen sollte, warten aus der Sicht widerstrebender Altaktionäre weitere (Zumutbarkeits-)Bedenken, die nur schwer zu entkräften sind. Sie zeigen sich namentlich bei einem wertenden Abgleich mit einer Vinkulierung von Aktien, die - ähnlich einer Haltepflicht - Austrittsbarrieren errichtet¹⁵⁵ und gemäß § 180 Abs. 2 AktG einer Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf¹⁵⁶. In die Gesamtabwägung einzustellen ist schließlich, dass überstimmte Altaktionäre bei einer Mitwirkungspflicht eine Öffnung des Gesellschafterkreises hinnehmen müssen, ohne gleichzeitig die Vorteile eines Börsenganges in Form einer besseren Handelbarkeit ihrer Anteile nutzen zu können¹⁵⁷. Zusammengenommen wird man einzelnen Altaktionären daher nur in seltenen Ausnahmefällen abverlangen können, eine *lock-up*-Verpflichtung einzugehen¹⁵⁸. Kautelarjuristisch ist es daher unter Umständen empfehlenswert, schon weit im Vorfeld eines Börsenganges eine Aktionärsvereinbarung mit entsprechendem Inhalt anzustreben¹⁵⁹.

¹⁴⁰ Dazu Witt, AG 2001, 233, 234 ff.

¹⁴¹ So auch Hausmaninger/Splechna, ÖBA 2002, 37, 42. Zum - weithin redundanten - Tatbestandsmerkmal „neu“ Geibel, in: Schäfer, WpHG/BörsG/VerkProspG, 1999, § 15 WpHG Rdn. 36.

¹⁴² Von einer Kapitalmarktanomalie sprechen Nowak/Gropp, ZfBf 54 (2002) 19, 23; sowie Espenlaub/Goergen/Khursheed, a.a.O. (Fn. 11) im Titel ihres Beitrages: „Is there a fourth IPO anomaly?“

¹⁴³ Vgl. Bassen/Kurth/Thies, in: Achleitner/Bassen, a.a.O. (Fn. 29), S. 225, 261; Nowak/Gropp, ZfBf 54 (2002) 19, 43 f. Fragend auch Bradley/Jordan/Roten/Ha-Chin Yi, a.a.O. (Fn. 52), S. 24 f.: „Although the relevant date is, in principle, public knowledge, should firms be required to inform shareholders just prior the expiration? At a minimum, it would seem reasonable for firms to disclose, in advance, when a lock-up is going to be released earlier than originally scheduled. Similarly, should insiders be required to disclose, in advance, their intentions once the lock-up expires? Whether such disclosures would eliminate the losses suffered by shareholders around lock-up expiration is an open question, but the possibility exists.“

¹⁴⁴ Zur zuletzt kontrovers erörterten Grundfrage, ob die Entscheidung über den Börsengang den ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten unterfällt, OLG München WM 2002, 662 = WuB I G 7 - 3.02 Pluskat = ZIP 2001, 700; umfassende Schrifttumsnachweise bei Mühlert, in: Großkomm. zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1999, § 119 Rdn. 30 mit Fn. 48.

¹⁴⁵ Zu dieser Konfliktlage Kullmann/van Aerssen, ZBB 2000, 10, 15; für eine hellsichtige Vorwegnahme der Frontenstellung bereits Lutter/Drygala, a.a.O. (Fn. 7), S. 239, 251 f.

¹⁴⁶ Vgl. BGHZ 103, 184; Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. 2002, § 53a Rdn. 13 ff.

¹⁴⁷ Vgl. BGHZ 129, 136 = WM 1995, 882 = WuB II A. § 135 AktG 1.95 Henrichs.

¹⁴⁸ Statt vieler K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 20 IV 3, S. 594 f.

¹⁴⁹ Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 146), § 179 AktG Rdn. 30; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 148), § 5 IV, S. 133 ff.

¹⁵⁰ Vgl. BGHZ 98, 276, 278 f. = WM 1986, 1348 = WuB II C. § 53 GmbHG 1.87 U.H. Schneider = NJW 1987, 189 = ZIP 1986, 1383; BGH WM 1987, 1153 = WuB 1987, 1153 I G 5 - 2.88 Rössner/Lachmair = NJW 1987, 3192; jeweils zur GmbH; Wiedemann, in: Großkomm. zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1995, § 179 Rdn. 157.

¹⁵¹ Dazu vorstehend bei Fn. 91-92.

¹⁵² Dazu vorstehend bei Fn. 56.

¹⁵³ Vgl. Fenchel, DStR 2002, 1355, 1356; Beck, BKR 2002, 699, 706.

¹⁵⁴ Wie hier Fredebeil, a.a.O. (Fn. 19), S. 257; Noack, in: Achleitner/Bassen Investor Relations am Neuen Markt, 2001, S. 335, 348; abweichend Korfmeyer, Finanz Betrieb 1999, 205, 210 f.; allgemein zu Kotierungsstrategien Achleitner, a.a.O. (Fn. 21), S. 277 ff.

¹⁵⁵ Zu den Gemeinsamkeiten von Vinkulierungen und Marktschutzvereinbarungen Hausmaninger/Splechna, ÖBA 2002, 37, 41.

¹⁵⁶ Darauf mit Recht hinweisend Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 347 f.

¹⁵⁷ Vgl. Lutter/Drygala, a.a.O. (Fn. 7), S. 239, 252.

¹⁵⁸ Im Ergebnis wie hier Fredebeil, a.a.O. (Fn. 19), S. 245, 257; Lutter/Drygala, a.a.O. (Fn. 7), S. 239, 251 f.; Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 348; Schanz, a.a.O. (Fn. 7), § 11 Rdn. 74; weniger streng dagegen Korfmeyer, Finanz Betrieb 1999, 205, 209 ff.; ohne eigene Positionierung Kullmann/van Aerssen, ZBB 2000, 10, 15.

¹⁵⁹ So der Ratschlag bei Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 348; ebenso Schanz, a.a.O. (Fn. 7), § 11 Rdn. 71.

2. Statthaftigkeit von Verwässerungsschutzvereinbarungen

Schwierige und noch wenig erörterte Fragen der Verbandsouveränität werden berührt, wo es um den Abschluss von Verwässerungsschutzvereinbarungen geht. Wie erwähnt, enthalten Übernahmeverträge nicht selten die Verpflichtung des Emittenten, für eine bestimmte Zeit nach dem Börsengang auf Kapitalerhöhungen zu verzichten¹⁶⁰. Der Vorstand, der eine solche Erklärung namens der Gesellschaft abgibt, handelt innerhalb seiner Kompetenzen, wenn sich die Abrede allein darauf erstreckt, von der Ausübung eines genehmigten Kapitals abzusehen¹⁶¹. Eine Bindung der Hauptversammlung, auf ordentliche Kapitalerhöhungen zu verzichten, lässt sich auf diese Weise allerdings nicht erreichen¹⁶². Darüber hinaus hat man in der Literatur vorgetragen, dass ein Hauptversammlungsbeschluss, für einen überschaubaren Zeitpunkt auf Kapitalerhöhungen zu verzichten, mit tragenden Grundsätzen des deutschen Aktienrechts unvereinbar sei¹⁶³. Die geäußerten Bedenken stützen sich namentlich auf den Gesichtspunkt der Verbandsautonomie: Eine Aktiengesellschaft könne sich nicht ihrer Entscheidungsfreiheit begeben, Kapitalmaßnahmen durchzuführen, weshalb Klauseln in Übernahmeverträgen, nach denen weitere Kapitalerhöhungen nur mit Zustimmung der Emissionsbanken beschlossen werden dürften, unwirksam seien¹⁶⁴. Daran ist richtig, dass Satzungsänderungen nicht in die Hände Dritter gelegt werden dürfen¹⁶⁵, weil das Verbandsrecht auf Konflikte zwischen der Gesellschafterversammlung und außenstehenden Dritten nicht eingerichtet ist¹⁶⁶. Ebenso wird man es einer Hauptversammlung grundsätzlich verwehren, sich selbst gegenüber Dritten auf eine Satzungsänderung festzulegen oder von einer solchen abzusehen: Die Freiheit der Selbstbestimmung schließt die der Neube-

stimmung mit ein¹⁶⁷. Jedoch kommt dieser Grundsatz nicht ohne Ausnahmen aus: Eine durch Zeit- oder Sachbedingungen genau umrissene Selbstbindung der Mitgliederversammlung wird jedenfalls für eine überschaubare Zukunft als zulässig erachtet¹⁶⁸. Diesen Voraussetzungen genügt ein Hauptversammlungsbeschluss, für einen Zeitraum von sechs Monaten nach dem Börsengang auf Kapitalerhöhungen zu verzichten; er bildet gleichsam die folgerichtige Fortführung der vorangegangenen Strukturentscheidung, den Gang an die Börse zu unternehmen¹⁶⁹. Verstöße hiergegen machen schadensersatzpflichtig; gerichtlich zur Satzungsänderung oder Unterlassung gezwungen werden kann die Gesellschaft freilich nicht¹⁷⁰. Auch von den strengeren Schriftstimmungen als unbedenklich eingestuft werden schließlich Vereinbarungen in Übernahmeverträgen, die lediglich eine breite Aktienstreuung von Aktien im Wege des öffentlichen Angebots von einer Zustimmung der Emissionsbanken abhängig machen und sonstige Kapitalmaßnahmen, insbesondere Paketplazierungen, nicht ausschließen¹⁷¹.

¹⁶⁰ Vgl. den Text zu Fn. 20 sowie Schanz, a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rdn. 36, S. 282.

¹⁶¹ Vgl. Fredebeil, a.a.O. (Fn. 19), S. 235 f.; Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 349; Technau, AG 1998, 445, 457. Äußere Grenzen zieht allein das hier nicht verletzte Selbstbindungsverbot; zu ihm ausführlich Fleischer, ZIP 2003 (im Druck).

¹⁶² Vgl. Fredebeil, a.a.O. (Fn. 19), S. 236 f.; Picot/Land, DB 1999, 570, 573; Technau, AG 1998, 445, 457.

¹⁶³ Vgl. Technau, AG 1998, 445, 457; dem folgend Picot/Land, DB 1999, 570, 573; Schanz, a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rdn. 37 mit Fn. 82.

¹⁶⁴ In diesem Sinne Technau, AG 1998, 445, 457.

¹⁶⁵ Vgl. BGHZ 43, 261, 264 = WM 1965, 422; RGZ 169, 65, 79 ff.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. 2001, § 33 Rdn. 52.

¹⁶⁶ Eingehend Wiedemann, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. 1995, § 179 Rdn. 9.

¹⁶⁷ Vgl. Wiedemann, a.a.O. (Fn. 166), § 179 AktG Rdn. 8.

¹⁶⁸ So ausdrücklich Wiedemann, a.a.O. (Fn. 166), § 179 AktG Rdn. 8.

¹⁶⁹ Ganz ähnlich bereits Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 349.

¹⁷⁰ Vgl. allgemein Wiedemann, a.a.O. (Fn. 166), § 179 AktG Rdn. 8; im vorliegenden Zusammenhang Noack, a.a.O. (Fn. 154), S. 335, 349.

¹⁷¹ Vgl. Technau, AG 1998, 445, 457; zustimmend Picot/Land, DB 1999, 570, 573; wohl auch Schanz, a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rdn. 37 mit Fn. 82.

Die Gestaltung von Finanzierungsleasingverträgen nach der Schuldrechtsreform

Von Priv.-Doz. Dr. Günter Reiner, Konstanz, und Rechtsanwalt Clemens R. Kaune, Frankfurt a. M.

Einleitung

Die am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform¹ brachte weitreichende Veränderungen des Kaufrechts, die sich auf Leasingverträge auswirken. Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht wurde systematisch in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert; inhaltlich wurden die Rechte des Käufers erweitert. Ferner ist nun ausdrücklich klargestellt, dass sich die Pflicht des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache nicht nur auf Rechtsmängel (§ 434 BGB a.F.), sondern auch auf Sachmängel erstreckt (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB)².

Im Schrifttum werden die Auswirkungen der neuen Rechtslage auf Leasingverträge und speziell auf die bisher übliche sog. Abtretungskonstruktion im Bereich der Mängelhaftung beim Finanzierungsleasing mit unterschiedlichen Ergebnissen diskutiert³; mitunter wird die Wirksamkeit der Abtretungskonstruktion insgesamt in Frage gestellt⁴. Die möglichen Konsequenzen der neuen Rechtslage für die Gestaltung von Finanzierungsleasingverträgen sind Gegenstand dieses Beitrags.

A. Vertragsrechtliche Qualifikation des Leasing

Nach ständiger Rechtsprechung und h.M. in der Literatur waren Finanzierungsleasingverträge bisher atypische Mietverträge⁵, die, abgesehen von der leasingtypischen Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers, im Wesentlichen nach den Vorschriften des Mietrechts behandelt wurden⁶. Neuerdings werden Finanzierungsleasingverträge vereinzelt als reine Darlehensverträge eingestuft, weil der Leasingnehmer durch die leasingtypische Abtretung der nunmehr erweiterten

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - SMG) v. 26.11.2001, BGBl. I, 2001, S. 3138.

² Zum bisherigen Streit zwischen „Erfüllungs-“ und „Gewährleistungstheorie“ siehe z.B. MünchKommWestermann, BGB, 3. Aufl. 1995, § 459 BGB a.F. Rdn. 1 ff.

³ Vgl. Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293; Gebler/Müller, ZBB 2002, 107; Zahn, DB 2002, 985; Beckmann, FLF 2002, 46; Assies, BKR 2002, 317; Reinking, ZGS 2002, 229; Schmalenbach/Sester, WM 2002, 2184.

⁴ Vgl. Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293.

⁵ Z.B. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl. 1997, Rdn. 1526. A.A. Canaris, NJW 1982, 305, 306 (Geschäftsbesorgung).

⁶ Z.B. BGH WM 1996, 1690, unter III. 1. = WuB I J 2. - 10.96 E. Martens = NJW 1996, 2860; BGHZ 97, 135, 139 unter II.1. = WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 Emmerich = NJW 1986, 1744 = ZIP 1986, 716 m.w.N.

kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers gegen den Lieferanten uneingeschränkt die Stellung eines Käufers erlangen soll⁷. Zur Begründung heißt es, durch die Abtretung des Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB und des Anspruchs auf Nacherfüllung aus § 439 Abs. 1 BGB unterliege der Leasinggeber keiner mietvertraglichen Sachverschaffungspflicht mehr, vielmehr gehe diese auf den Lieferanten des Leasingobjekts über. Dadurch sei die Funktion des Leasinggebers auf die Finanzierung beschränkt⁸.

Nicht die wirtschaftliche Zielsetzung indessen, sondern die von den Parteien zulässigerweise und wirklich gewollten Rechte und Pflichten prägen die vertragsrechtliche Qualifikation eines Vertrags. Die genannten Neuregelungen ändern nichts an dem Umstand, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer den alleinigen Gebrauch des Leasingobjekts gegen Zahlung der Leasingraten auf Zeit gewährt. Die damit verbundene Finanzierungsfunktion des Leasinggebers wird durch die Einführung des § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB und des Nacherfüllungsanspruchs in § 439 Abs. 1 BGB in keiner Weise verstärkt⁹.

Die Erfüllungstheorie galt für den Miet- und Leasingvertrag bereits vor der Schuldrechtsreform¹⁰. Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 536 BGB a. F.) hat der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber einen Anspruch auf Überlassung einer mangelfreien Sache. Im Rahmen der Abtretungskonstruktion wurde die mietvertragliche Mängelgewährleistung bislang wirksam durch die Allgemeinen Leasingbedingungen (ALB) des Leasinggebers ausgeschlossen und durch die abgetretenen kaufvertraglichen Rechtsbehelfe des Leasinggebers ersetzt (hierzu nachstehend B.III.2.b) mit der Folge, dass der Leasingnehmer bei Lieferung einer mangelhaften Sache insoweit gegenüber dem Lieferanten die Rolle des Käufers übernahm. Dass die abgetretenen Gewährleistungsrechte des Käufers durch die Schuldrechtsreform in ihrem Umfang erweitert wurden, ändert allein qualitativ nichts an der Beurteilung des vertraglichen Dreiecksverhältnisses. Es macht aus dem Leasingnehmer im Verhältnis zum Lieferanten noch keinen Käufer und im Verhältnis zum Leasinggeber noch keinen Darlehensnehmer.

Im Übrigen gab es einen kaufrechtlichen, an den Leasingnehmer abgetretenen Nachlieferungsanspruch auf der Basis der Erfüllungstheorie schon nach altem Recht, nämlich nach § 480 Abs. 1 BGB a. F. bei der Gattungsschuld, dem praktisch wohl wichtigsten Fall des Finanzierungsleasings¹¹. Nach Ansicht des BGH war dieser Anspruch des Käufers „der ursprüngliche Erfüllungsanspruch“¹². Dennoch wurde die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings bei Gattungsschulden nicht anders als bei Speziesschulden beurteilt.

B. Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers

I. Abtretung nach den bisherigen Klauseln

Gängige Klauseln im Rahmen der bislang üblichen Abtretungskonstruktion sahen vor, dass dem Leasingnehmer vorbehaltlos und unbedingt „alle Ansprüche aus Sachgewährleistung“ gegen den Lieferanten abgetreten werden. Für die Zeit nach der Schuldrechtsreform ist nun zunächst einmal fraglich, ob Klauseln dieser Art in Finanzierungsleasingverträgen ohne Anpassung sämtliche Rechte des Käufers bei Mängeln nach

§ 437 BGB erfassen. Immerhin müssen die neuen kaufrechtlichen Rechtsbehelfe und insbesondere der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB rechtssystematisch nunmehr als Ausprägung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs betrachtet werden (§ 433 Absatz 1 Satz 1 BGB)¹³; nach dem Wortlaut der bisherigen Klauseln werden aber nur „Sachgewährleistungsansprüche“ und keine „Erfüllungsansprüche“ abgetreten. Andererseits sind die Rechtsbehelfe des § 437 BGB mit dem ursprünglichen Lieferanspruch nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB doch nicht völlig identisch¹⁴. Das ergibt sich aus den zum Teil unterschiedlichen Rechtsfolgen, z.B. im Hinblick auf Verjährung und Abdingbarkeit, und aus der Gesetzesterminologie entsprechend der nunmehr amtlichen Überschrift des § 438 BGB („Verjährung der Mängelansprüche“ [Hervorhebung durch die Verf.]) sowie des § 309 Nr. 8 lit. b BGB, in dem Ansprüche wegen „Mängeln“ offensichtlich als Unterfälle einer „Haftung bei Pflichtverletzung“ betrachtet werden. Der Begriff der „Mängelansprüche“ entspricht funktionell dem in den einschlägigen ALB-Klauseln angesprochenen Begriff der „Gewährleistung“ nach altem Recht, wie er z.B. in der Überschrift zum Zweiten Buch des BGB, Erster Titel, II. („Gewährleistung wegen Mängel der Sache“) sowie in § 476 BGB a.F., aber auch in § 11 Nr. 10 AGBG enthalten war. Das gilt gleichermaßen für den Nachlieferungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Fall 2 BGB), mag er auch bislang bei der Gattungsschuld (§ 480 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.) nur als „unechter Gewährleistungsanspruch“ qualifiziert worden sein¹⁵. Das zeigt die Formulierung des § 11 Nr. 10 lit. a AGBG, in dem von „Gewährleistungsansprüchen [...] einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche“ [Hervorhebung durch die Verf.] die Rede war. Noch deutlicher ist die Gesetzesterminologie des § 365 BGB, denn dort ist nach wie vor von der Pflicht des Verkäufers die Rede, „Gewähr zu leisten“. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, die ebenfalls von „Gewährleistungsansprüchen“ des Käufers und „Gewährleistungsfristen“ spricht¹⁶, zeigt, dass der Gesetzgeber in § 365 BGB nicht einfach nur vergessen hat, das Gesetz entsprechend der neuen Terminologie zu ändern. Nach alledem werden die Rechtsbehelfe des § 437 BGB durch die bisher üblichen Abtretungsklauseln vollständig erfasst, so dass sich insofern eine Anpassung der Leasingverträge an das neue Recht erübrigt.

Bei Garantien, die im Kaufvertrag zusätzlich zu den gesetzlichen Rechtsbehelfen nach §§ 437 ff. BGB vereinbart werden können, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um selbständige oder um unselbständige Versprechen handelt. Wie bisher¹⁷ wird man auch in Zukunft im Zweifel von Garantien unselb-

⁷ Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293.

⁸ Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293.

⁹ Vgl. BGH WM 1991, 954, 958 = WuB I J 2. - 6.91 Ullrich, zur „bloßen Finanzierungsfunktion“ nach bisherigem Recht.

¹⁰ Siehe BGHZ 84, 42, 45 = WM 1982, 910, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG und die Gesetzesmaterialien.

¹¹ So Graf v. Westphalen, Leasingvertrag, 5. Aufl. 1998, Rdn. 459; Gebler/Müller, ZBB 2002, 107, 111.

¹² BGHZ 142, 36, 39, unter I.1., m.w.N. = WM 1999, 1895 = WuB IV A. § 477 BGB 2.99 Singer/Benedict.

¹³ Nach BGHZ 142, 36, 39 (= WM 1999, 1895 = WuB IV A. § 477 BGB 2.99 Singer/Benedict) soll es sich bei dem Ersatzlieferungsanspruch aus § 480 Abs. 1 BGB a. F. um den „ursprünglichen Erfüllungsanspruch“ handeln.

¹⁴ So auch Canaris, Schuldrechtsreform, 2002, S. XXV.

¹⁵ Z.B. Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl. 2002, § 480 Rdn. 4.

¹⁶ Siehe z.B. Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 91, 95.

¹⁷ Z.B. Palandt/Putzo, a.a.O. (Fn. 15), § 477 BGB Rdn. 19: Selbständige Garantien seien beim Kauf nur ausnahmsweise anzunehmen.

ständiger Natur ausgehen müssen. *Selbständige* Garantien stehen definitionsgemäß außerhalb der gesetzlichen Mängelhaftung, sie haben einen über die Mängelhaftung hinausgehenden Erfolg zum Gegenstand¹⁸. Deshalb werden sie im Gegensatz zu unselbständigen Garantien von Klauseln zur Abtretung von Ansprüchen aus „Sachgewährleistung“ regelmäßig nicht erfasst, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte gegeben sind. Die Reformierung des Kaufrechts hat daran nichts geändert. *Unselbständige* Garantien knüpfen an bestehende gesetzliche Mängelansprüche an, ohne dass ein eigenständiger Haftungsgrund geschaffen werden soll. Sie erweitern deren tatbestandlichen Anwendungsbereich (z.B. Schadensersatz ohne Verschulden; Haftung für erst nach Gefahrübergang entstehende Mängel) oder deren Rechtsfolgen (Verlängerung der Gewährleistungsfrist), sind deshalb grundsätzlich unter den Begriff der „Mängelhaftung“ bzw. „Gewährleistung“ subsumierbar. Nach altem Kaufrecht ergab sich dies für den Sonderfall der sog. „zugesicherten Eigenschaften“ bereits aus den §§ 459 Abs. 2, 463, 477 Abs. 1 BGB a.F., welche die Haftung für unselbständige Eigenschaftsgarantien dieser Art ausdrücklich in das Sachmängelgewährleistungsrecht integrierten (anders noch § 536 Abs. 2 BGB). Mit der Schuldrechtsreform hat sich die gesetzliche Systematik verändert. Die kaufrechtlichen „Mängelansprüche“ i.S. des § 438 BGB knüpfen ausschließlich an (Sach- oder Rechts-) Mängel an, aber nicht mehr zusätzlich an das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Die bisherige Eigenschaftszusicherung geht unter dem terminologischen Einfluss der VerbrGüKRL¹⁹ in der Kategorie der „Garantie“ (§§ 276, 442, 444 BGB) auf²⁰, und zwar in Gestalt der „Beschaffheitsgarantie“ (§§ 443 Abs. 1, 477 BGB) als Sonderfall der gewährleistungsrechtlichen Beschaffheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB)²¹. Da allerdings die Abgrenzung zwischen unselbständigen und selbständigen Garantien im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, sollten die Parteien des Leasingvertrags zur Sicherheit Garantieansprüche soweit gewünscht ausdrücklich abtreten²².

II. Inhalt der abgetretenen Ansprüche

Von den Rechtsbehelfen, die dem Käufer nach der Schuldrechtsreform zustehen, werden im Folgenden zwei Arten herausgegriffen, die es bislang schon gab, die aber nunmehr zu gesteigener praktischer Bedeutung gekommen sind und deren Abtretung mit Rechtsanwendungsproblemen verbunden ist: Schadensersatzansprüche (1.) und Nachlieferungsansprüche (2.).

1. Schadensersatzansprüche

a) Schadensberechnung

Die Abtretung der Schadensersatzansprüche des Käufers nach § 437 Nr. 3 BGB an den Leasingnehmer wirft die Frage auf, ob der Leasingnehmer seinen eigenen oder den Schaden des Leasinggebers ersetzt verlangen kann. Im engen Rahmen des § 463 BGB a.F. stellte sich das Problem für Leasingverträge bereits nach bisherigem Recht. Die Schadensbemessung bei der Abtretung von Schadensersatzansprüchen ist seit langem umstritten²³. Aus der Entscheidung des BGH vom 9. Februar 1995²⁴ zur Schadensbemessung beim Anspruch des Sicherungszessionars gegen den Dritt-

schuldner wegen Zahlungsverzugs lassen sich für die Leasingproblematik keine Erkenntnisse ableiten. Dort war bereits der Primäranspruch und nicht erst der sekundäre Schadensersatzanspruch Gegenstand der Abtretung; der Zessionar verlangte Schadensersatz also aus originär eigenem Recht. Außerdem spielten treuhänderrechtliche Besonderheiten der Güterzurechnung eine Rolle.

Nach der Theorie vom *Durchgangserwerb*²⁵ entsteht der Schadensersatzanspruch zunächst in der Person des Abtretenden und geht dann innerhalb einer logischen Sekunde auf den Zessionar über. Demnach müsste sich der Inhalt des Schadensersatzanspruchs nach dem Schaden des Leasinggebers bestimmen. Letzterem aber ist durch den zu vertretenden Sachmangel wegen des Ausschlusses der mietvertraglichen Gewährleistung ein eigener Schaden (positives oder negatives Interesse) regelmäßig nicht entstanden. Der Lieferant wird sich indes gegenüber dem Zessionar nicht auf diesen Gewährleistungsausschluss im Innenverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer berufen dürfen. Ebenfalls erwägenswert ist, den Schaden des Leasingnehmers zum Anspruch des Leasinggebers zu „ziehen“ und dann den so in der Person des Leasinggebers entstandenen, auf Ersatz des Schadens des Leasingnehmers gerichteten Ausgleichsanspruch der vertraglich vereinbarten Abtretung an den Leasingnehmer zu unterwerfen. Die Interessenlage liegt hier ähnlich wie in den bisher anerkannten Fällen der Drittschadensliquidation²⁶ und kommt wertungsmäßig vor allem der Fallgruppe der „obligatorischen Gefahrenentlastung“ nahe²⁷: Der mietvertragliche Gewährleistungsausschluss führt zu einer „Schadensverlagerung“, aus der der Schädiger „keinen Vorteil ziehen darf“²⁸. Auf der anderen Seite sollte der Lieferant aus der Abtretung auch keine Nachteile erleiden. Der Leasingnehmer kann folglich vom Lieferanten immer dann keinen vollen Ersatz seines eigenen Schadens verlangen, wenn Letzterer ausnahmsweise nichts vom Leasingverhältnis weiß und der Schaden seiner Natur und seinem Umfang nach grundlegend von dem Schaden abweicht, der auch in der Person des Leasinggebers hätte eintreten können²⁹. Die Rechtsprechung, wonach es für den Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Grundstücks gegen den Mieter wegen Räumungsverzugs nach §§ 571 Abs. 1, 557 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. (§§ 566 Abs. 1, 546a Abs. 2 BGB n.F.) nicht darauf an-

¹⁸ So z.B. Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 237; *Palandt/Putzo*, Ergänzungsband zu *Palandt*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 443 BGB Rdn. 4.

¹⁹ RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171, S. 12.

²⁰ Vgl. Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 236.

²¹ Wohl a.A. *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2263: Eine Garantie in Form einer Zusicherung habe nichts mit der Mängelhaftung zu tun.

²² So auch *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2263.

²³ Hierzu z.B. *MünchKomm/Roth*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 398 Rdn. 93.

²⁴ BGHZ 128, 371, unter II.3. = WM 1995, 608 = WuB IV A, § 398 BGB 1.96 *Rommel*.

²⁵ Siehe zum Meinungsstreit zwischen den Anhängern des Durchgangserwerbs bzw. Direkterwerbs bei der Abtretung künftiger Forderungen *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 398 Rdn. 11 f.; offen gelassen in BGH WM 1997, 1709, unter 3.b. (= WuB II H. § 235 HGB 1.98 *Feischer* = NJW 1997, 3370), zur Vorausabtretung einer Auseinandersetzungsforderung.

²⁶ Hierzu z.B. der Überblick bei *Palandt/Heinrichs*, BGB, a.a.O. (Fn. 25), vor § 249 BGB a.F. Rdn. 112-118.

²⁷ Gegen die Drittschadensliquidation beim Leasing *Beckmann*, in: *Büschgen, Praxishandbuch Leasing*, 1998, § 6 Rdn. 46.

²⁸ So allgemein zur Rechtsfigur der Drittschadensliquidation *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 25), vor § 249 BGB a.F. Rdn. 112.

²⁹ Ähnlich *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 25), § 398 BGB Rdn. 18: Der Gedanke, dass sich die Rechtslage des Schuldners „durch die Abtretung nicht verschlechtern“ dürfe, spreche dafür, „den Ersatzanspruch des Zessionars auf die Höhe des Schadens zu beschränken, der hypothetisch auch dem Zedenten entstanden wäre“.

kommt, ob der Mieter im Zeitpunkt der noch durch den Veräußerer ausgesprochenen Kündigung den Umfang des Schadens des Erwerbers *voraussehen* konnte³⁰, lässt sich nicht auf die Abtretungskonstruktion beim Leasing übertragen. Bei den §§ 566 ff. BGB (§§ 571 ff. BGB a.F.) handelt es sich um eine den Vertrauensschutz der Mietvertragsparteien abschließend bestimmende Spezialregelung, bei der der Gesetzgeber bewusst von den allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts abgewichen ist. In der Regel wird der Leasingnehmer ohnehin ausdrücklich in den Kaufvertrag einbezogen, so dass eine Begrenzung des Schadensersatzanspruchs beim Leasingnehmer nicht angezeigt ist.

Im Ergebnis nichts anderes gilt, wenn man vom *Direkterwerb* der abgetretenen (zukünftigen) Forderung ausgeht. Dann entsteht die Schadensersatzforderung in der Person des Leasingnehmers, so dass dessen Schaden den Inhalt des Anspruchs unmittelbar bestimmt. Die Schwierigkeit besteht hier allerdings darin zu begründen, warum die Forderung überhaupt abtretbar war, obwohl die Abtretung zu einer „Veränderung des Inhalts“ der Forderung zu führen scheint (§ 399 BGB)³¹. Eine Inhaltsänderung ist immer dann anzunehmen, wenn der Schuldner aufgrund der Abtretung „etwas anderes als ursprünglich geschuldet zu leisten hat“³². Eine weite Auslegung des Kaufvertrags hinsichtlich der Verkäuferpflichten bietet hier einen möglichen Lösungsansatz. Dazu wird man ähnlich wie oben bei der Drittschadensliquidation entweder voraussetzen müssen, dass der Lieferant vom Leasinggeschäft wusste, oder dass der Schaden im Wesentlichen noch im Rahmen des Schadens liegt, der auch in der Person des Leasinggebers hätte eintreten können. Der Unterschied zur Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegt darin, dass der Kaufvertrag dem Leasingnehmer keinen *originären* eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Lieferanten einzuräumen braucht und dass auf der anderen Seite nicht nur Integritäts-, sondern auch Erfüllungsinteressen geschützt sind.

Aus der Maßgeblichkeit der Person des Leasingnehmers für die Schadensermittlung ergibt sich zugleich, dass es dem Leasingnehmer verwehrt ist, vom Lieferanten Schadensersatz statt der Erfüllung des Kaufvertrags nach §§ 437 Nr. 3, 440, 281, 283 BGB zu verlangen, *soweit* dieser Anspruch über das Interesse des Leasingnehmers an der Erfüllung des Leasingvertrags hinausgeht. Damit wird eine Überkompensation des Leasingnehmers vermieden. Zu demselben Ziel gelangt man über eine restriktive Auslegung der Abtretungsvereinbarung.

b) Vertragsgestaltung

Für die Vertragspraxis ergibt sich aus den vorstehenden Überlegungen folgender Befund: Die bisher üblichen Abtretungsvereinbarungen sind dazu geeignet, die Schadensersatzansprüche des Leasinggebers wirksam auf den Leasingnehmer übergehen zu lassen und versetzen Letzteren in die Lage, seinen eigenen Nichterfüllungs- und Integritätsschaden zu liquidieren. Etwas anderes gilt nur, wenn dieser Schaden als Folge der Abtretung außerhalb dessen liegt, was für den Verkäufer vernünftigerweise voraussehbar war.

Mit einer bloßen Einziehungsermächtigung, welche die Parteien des Leasingvertrags statt der Abtretung vereinbaren, gelangt man zu demselben Ergebnis. Voraussetzung ist allerdings, dass man hier wiederum den

Gedanken der Drittschadensliquidation zulässt, wie es weiter oben (a) im Rahmen der Abtretungskonstruktion bereits für die Theorie vom Durchgangserwerb angesprochen wurde. Andernfalls könnte der ermächtigte Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten nur den Schaden des Leasinggebers, nicht aber seinen eigenen geltend machen. Eine ausreichende, den Anforderungen der AGB-Kontrolle genügende Kompensation des Leasingnehmers für den mietvertraglichen Gewährleistungsausschluss wäre dann nicht mehr sichergestellt³³. Trotz der guten Argumente, die für eine Anwendung der Drittschadensliquidation auf den Schadensersatzanspruch des Leasinggebers sprechen, ist es zweifelhaft, ob die Rechtsprechung diesem Weg folgen wird. Da die Wirksamkeit der Ermächtigungskonstruktion aber mit diesem Punkt steht und fällt, ist die Abtretungskonstruktion aus Sicht der Vertragspraxis hinsichtlich der Schadensersatzansprüche vorzugswürdig.

2. Nachlieferungsansprüche

a) Eigentumserwerb

Nach wie vor kann man nicht davon ausgehen, dass der Leasingnehmer durch die Abtretung des Nachlieferungsanspruchs einen Anspruch auf Übereignung der nachgelieferten Sache an sich selbst erhält und durch die Nachlieferung Eigentümer dieser Sache wird³⁴. Für die vergleichbare (Kaufpreis) bzw. umgekehrte (Leasingobjekt) Problematik bei der Durchführung einer vom Leasinggeber geltend gemachten Wandelung hat der BGH bereits vor längerer Zeit festgestellt, dass es der Leasinggeber und nicht der Leasingnehmer ist, dem der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zusteht und der verpflichtet ist, die Sache an den Lieferanten zurück zu übereignen³⁵. Zur Begründung gibt es zwei mögliche Ansätze:

Erstens lässt sich argumentieren, dass sich Nachlieferungsansprüche *als Vollrechte*, also soweit sie nicht nur die bloße Entscheidung über das Nachlieferungsbegehren, sondern auch dessen weitere Rechtsfolgen betreffen, nicht separat vom dazugehörigem Erfüllungsanspruch abtreten lassen, weil es sich dabei, wie auch bei anderen Mängelansprüchen, um akzessorische Gestaltungsrechte handelt³⁶. Während der BGH diese Frage für die Wandelung noch offen gelassen hat³⁷, hat er für das Rücktrittsrecht bereits entschieden, dass es *zusammen* mit der Forderung oder zumindest einem Teil von ihr abgetreten werden muss³⁸. Dass die-

³⁰ BGHZ 72, 147, unter I.2.b. = WM 1978, 1159.

³¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 25), § 398 BGB Rdn. 12: Soweit Direkterwerb stattfindet, seien die §§ 399 ff. BGB entsprechend anwendbar.

³² BGHZ 96, 146 unter II.2.b.bb. = WM 1986, 70 = WuB IV A. § 633 BGB 1.86 *Bunte* = NJW 1986, 713 = ZIP 1986, 234. In der Abtretung eines werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs sieht das Gericht keine Veränderung des Anspruchsinhalts (ebda., unter II.2.b.bb.).

³³ Vgl. *Graf v. Westphalen*, Leasingvertrag, 5. Aufl. 1998, Rdn. 439, der die Erteilung einer Einziehungsermächtigung für keine ausreichende Kompensation hält.

³⁴ A.A. *Graf v. Westphalen*, DB 2001, 1291, 1292, der jedoch bereits zum Nachlieferungsanspruch nach § 480 Abs. 1 BGB a.F. eine abweichende Auffassung vertrat, vgl. *ders.*, Leasingvertrag (Fn. 33), Rdn. 643.

³⁵ BGHZ 68, 118, 125 = WM 1977, 447; im Schrifttum wird hierzu schlagwortartig zwischen dem Recht auf Wandelung und dem Recht aus der Wandelung unterschieden (z.B. *Reinicke/Tiedtke*, a.a.O. [Fn. 5], Rdn. 1540).

³⁶ Siehe z.B. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 25), § 399 Rdn. 7, zur fehlenden Abtretbarkeit akzessorischer Gestaltungsrechte.

³⁷ BGHZ 68, 118, 125, unter II.4.d. = WM 1977, 447; ähnlich auch BGHZ 81, 298, 305 = WM 1981, 1219.

³⁸ BGH NJW 1973, 1793, 1794 (vertragliches Rücktrittsrecht); BGH WM 1985, 1106 = WuB IV A. § 326 BGB 1.85 *Herrmann* = NJW 1985, 2640, unter II.2.b.bb. (Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.).

ser Gedanke auch für die Nachlieferung richtig sein muss, zeigt sich an folgender Überlegung: Ließe sich der Nachlieferungsanspruch als isolierter Anspruch auf Übereignung einer mangelfreien Sache an einen Dritten abtreten, würde das Recht des Verkäufers beschränkt, nach §§ 439 Abs. 4, 348, 320, 322 BGB Zugum-Zug die Rückgewähr der mangelhaften Sache zu verlangen.

Zweitens jedenfalls wollen die Parteien des Leasingvertrags keine Vollabtretung in dem Sinne, dass der Leasingnehmer berechtigt sein soll, Übereignung an sich zu verlangen³⁹. Das ergibt sich aus einer teleologischen Auslegung der Abtretungsvereinbarung (§§ 133, 157 BGB). Zweck der Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche ist es, den mietvertraglichen Gewährleistungsausschluss im Leasingvertrag zu kompensieren. Nicht beabsichtigt ist jedoch, dem Leasingnehmer durch die Abtretung eine Position zu verschaffen, die den Zweck des Leasinggeschäfts und die Rollenverteilung der Parteien auf den Kopf stellen sowie die Stellung des Leasinggebers als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingobjekts gefährden würde. Genau dazu würde es aber kommen, wenn der Leasingnehmer durch die Nachlieferung Eigentümer an der mangelfreien Sache würde, obwohl ihm nach dem Leasingvertrag für die Dauer des Leasingvertrages kein Übereignungs-, sondern nur ein Nutzungsrecht zusteht.

Die Abtretungsklausel ist demnach hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs dahingehend auszulegen, dass der Leasingnehmer dazu berechtigt werden soll, zwar Lieferung an sich selbst, aber Übereignung nur an den Leasinggeber zu verlangen. Diese Übereignung vollzieht sich dann nach den Grundsätzen des Geheißerwerbs, wobei der Leasingnehmer stellvertretend für den Leasinggeber handelt. Selbst wenn der Leasingnehmer abredewidrig im Rahmen der Nachlieferung ausdrücklich seinen Willen erklären sollte, selbst Eigentümer an der mangelfreien Sache zu werden, könnte er dadurch mangels übereinstimmender Gegenerklärung keine Übereignung an sich selbst bewirken. Ausdrücklich erklärter oder konkludent zu erschließender Wille des Lieferanten wird es nämlich sein, an den Leasinggeber und nicht an den Leasingnehmer zu übereignen, weil der Lieferant nur so sicherstellen kann, durch die Nachlieferung von seiner Erfüllungspflicht befreit zu werden.

b) Vertragsgestaltung

Nach den vorstehenden Ausführungen bedarf es kautelarjuristisch bezüglich der Eigentumsfrage an sich keiner Anpassungen der bisherigen Musterverträge an die neue Rechtslage. Für die Praxis ist es jedoch wichtig, das verbleibende Restrisiko auszuschalten, das darin besteht, dass Gerichte die Abtretungsklausel in diesem Punkte für mehrdeutig i.S. des § 305c Abs. 2 BGB halten und zu Ungunsten des Leasinggebers auslegen. Vorzugswürdig ist es daher, im Leasingvertrag ausdrücklich klarzustellen, dass der Nachlieferungsanspruch nur insoweit abgetreten wird, als der Leasingnehmer Lieferung an sich selbst und Übereignung an den Leasinggeber verlangen kann. Alternativ kann dem Leasingnehmer anstelle der (Teil-)Abtretung eine unwiderrufliche Ermächtigung (§ 185 BGB) erteilt werden, den Nachlieferungsanspruch des Leasinggebers im eigenen Namen außergerichtlich und gerichtlich geltend zu machen. Mangels dinglicher Drittwirkung

gegenüber dem Lieferanten weniger sicher und daher nicht zu empfehlen ist dagegen die Möglichkeit, die Befugnis des Leasingnehmers zur Ausübung der abgetretenen Nachlieferungsansprüche nur schuldrechtlich im Innenverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar zu beschränken⁴⁰.

Wer für die Schadensersatzansprüche wie vorstehend (1.b) empfohlen die Abtretungskonstruktion, für Nachlieferungsansprüche aber die Ermächtigungskonstruktion wählt, muss besonders darauf achten, dass die entsprechenden ALB-Klauseln eindeutig (vgl. § 305c Abs. 2 BGB) sowie klar und verständlich (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) formuliert werden. Demgegenüber dürfte die Kombination von Abtretungs- und Ermächtigungskonstruktion per se keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot begründen⁴¹.

In jedem Falle ist dem Leasinggeber zu empfehlen, den Leasingnehmer zu verpflichten, bei Annahme einer nachgelieferten Sache eine neue Übernahmebestätigung auszustellen⁴² und ihm eine Untersuchungs- und Rügeverpflichtung aufzuerlegen. Damit lässt sich die Beweislast für Mängel im Zeitpunkt der Übergabe auf den Leasingnehmer verschieben, sofern er Unternehmer ist (vgl. § 476 BGB).

III. Folgewirkungen für Leasingverträge

1. Erhöhtes Risiko eines Scheiterns

Die Stärkung der gesetzlichen Käuferrechte schlägt über die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf den Bestand des Leasingvertrags durch und erhöht für den Leasinggeber das Risiko eines Scheiterns des Leasingvertrags. Im Schrifttum werden diesbezüglich Punkt verschiedene Argumente angeführt, die der Klarstellung bedürfen. Dies betrifft insbesondere Schadensersatzansprüche (a) sowie das Rücktrittsrecht des Käufers (b).

a) Schadensersatzansprüche

Teilweise wird vertreten, der Lieferant hafte nunmehr für jeden Sachmangel und den sich hieraus ergebenden Schaden ohne Rücksicht auf sein Verschulden⁴³. Bereits deshalb erhöhe sich für den Leasinggeber das Risiko einer vorzeitigen Beendigung des Kauf- und damit auch des Leasingvertrags. Diese Ansicht wird damit gerechtfertigt, dass der Verkäufer bei Gattungsschulden, wie sie regelmäßig beim Leasing anzutreffen sind⁴⁴, das Beschaffungsrisiko i.S. des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB und insoweit eine Risiko- und Garantiehaftung übernimmt. Was aber für das Vertretenmüssen hinsichtlich der Pflicht, eine der Gattung nach bestimmte Sache zu lie-

³⁹ Vgl. für die Wandlung BGHZ 68, 118, 125 = WM 1977, 447: Der Leasinggeber verliere „mit der Übertragung der Wandlungsbefugnis an den Leasingnehmer“ nicht „seine eigene Käuferstellung“.

⁴⁰ Zur Zulässigkeit solcher Abreden Beckmann, in: Büschgen, § 6 Rdn. 42; Hoffmann, WM 1994, 1464.

⁴¹ Ebenso Graf v. Westphalen, ZIP 2001, 2258, 2263; a.A. Apel, in: Büschgen, Praxishandbuch Leasing, 1998, § 9 Rdn. 133; Palandt/Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 307 BGB Rdn. 18, m.w.N.

⁴² Zum Rechtscharakter der Übernahmebestätigung als Quittung (§ 368 BGB) siehe BGH WM 1987, 1131, 1133 = WuB I J 2. - 9.87 Emmerich = NJW 1988, 204 = ZIP 1987, 1187; Engel, Leasing in der anwaltlichen Praxis, 1999, S. 54 Rdn. 19.

⁴³ Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293; einschränkend Canaris, DB 2001, 1815, unter II.1., der zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden differenziert.

⁴⁴ Siehe die Nachweise vorstehend in Fn. 11.

fern, gelte, müsse wegen § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für den Haftungsmaßstab hinsichtlich der geschuldeten Freiheit von Sachmängeln im Rahmen des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB richtig sein. Diese Argumentation ist wegen ihres fehlerhaften Ausgangspunktes abzulehnen⁴⁵: Die für Gattungsschulden typische Selbstverpflichtung des Verkäufers zur Beschaffung von Gattungssachen mittlerer Art und Güte (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Übernahme [...] eines Beschaffungsrisikos“) begründet nur *insofern* eine „verschuldensunabhängige“ Garantiehaftung, als der Verkäufer „bei marktbezogenen Geschäften seine Fähigkeit zur Überwindung der typischen Beschaffungshindernisse“ garantiert⁴⁶. Man würde den typischen Parteiwillen bei Gattungsschulden überspannen, wollte man die Übernahme des Beschaffungsrisikos im Sinne einer absoluten Erfolgshaftung auslegen. Bereits nach der alten Rechtslage war die verschuldensunabhängige Beschaffungshaftung bei Gattungssachen bekannt (§ 279 BGB a.F.), ohne dass man daraus wegen § 243 Abs. 1 BGB auf eine verschuldensunabhängige Mängelhaftung geschlossen hätte. Mit der Streichung des § 279 BGB und der Ergänzung des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB um den Gesichtspunkt des Beschaffungsrisikos wollte der Gesetzgeber lediglich die Maßgeblichkeit des Parteiwillens besser als bisher umschreiben⁴⁷. Eine – womöglich sogar zwingende⁴⁸ – Verschärfung der Verkäuferhaftung war nicht beabsichtigt. Will der Leasinggeber in diesem Punkt ganz sicher gehen, kann er ausdrücklich vereinbaren, dass der Lieferant nur bei Verschulden auf Schadensersatz für Mängel der gekauften Gattungssache haftet⁴⁹.

b) Rücktritt statt Wandelung

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann einer im Schrifttum vorgetragene Einschätzung, etwaige Rückabwicklungs- oder Schadensersatzansprüche gemäß § 440 BGB stünden dem Leasingnehmer jetzt „tendenziell wohl zu einem früheren Zeitpunkt zu“, weil der Leasingnehmer nicht mehr darauf angewiesen sei, das Einverständnis des Lieferanten mit der Wandelung „durchzusetzen“, während er früher die Zahlung der Leasingraten gegenüber dem Leasinggeber erst *nach* Erheben der Wandelungsklage gegen den Lieferanten verweigern konnte⁵⁰. Bereits bisher konnte die Klage auf Erteilung der Zustimmung zu Wandelung und Minderung nämlich entsprechend der sog. modifizierten Vertragstheorie des BGH mit der Rückgabeklage verbunden werden⁵¹; so dass insofern kein Zeitverlust eintrat. Darüber hinaus befreit der Verzicht auf die vertragsrechtliche Konstruktion der Wandelung zugunsten eines Rücktrittsrechts den Käufer bzw. Leasingnehmer nicht von der Last, die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts zu beweisen. Im Gegensatz zum Wandelungsbegehren entfaltet der Rücktritt zwar bereits mit seinem Zugang ipso-iure-Wirkung (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB), so dass der Käufer schon von diesem Zeitpunkt an die Zahlung des Kaufpreises und der Leasingnehmer über § 313 Abs. 1 BGB die Zahlung der Leasingraten verweigern kann. Im praktischen Ergebnis ändert dieser Systemwechsel freilich nicht viel: Sollten Leasinggeber und Lieferant die Mangelhaftigkeit bestreiten, kommt es zu einem Prozess, in dem der Leasingnehmer den Mangel zu beweisen hat. Stellt sich dabei heraus, dass er die Zahlungen zu Unrecht zurückbehalten hat, muss er gegebenenfalls gegenüber dem Leasinggeber die Verzugsfolgen tragen. Umgekehrt hatte der Leasing-

nehmer auch bisher schon faktisch die Möglichkeit, die Leasingraten *vor* Erhebung der Wandelungsklage zurück zu halten. Er riskierte dann zwar, auf Zahlung verklagt zu werden. Sobald der Leasingnehmer aber seinerseits Wandelungsklage gegen den Lieferanten erhob, wurde das Parallelverfahren über die Zahlungsklage bis zur endgültigen Entscheidung über die Wandelungsklage gemäß § 148 ZPO ausgesetzt⁵². War die Wandelungsklage erfolgreich, konnte sich der Leasingnehmer gegenüber dem Zahlungsbegehren des Leasinggebers auf den rückwirkenden Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen.

Die inhaltliche Umgestaltung der Rechtsbehelfe des Käufers nach neuer Rechtslage könnte im Gegenteil sogar bewirken, dass der Kauf- und damit auch der Leasingvertrag eher *später* bzw. *seltener* als bisher wegen Sachmängeln des Leasingobjekts beendet wird. Anders als das Wandelungsbegehren nach bisherigem Recht (§§ 462, 465 BGB a.F.) setzen Rücktritt und Schadensersatz grundsätzlich voraus, dass der Verkäufer zuvor ausreichende Gelegenheit zur Nacherfüllung hatte (§§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1, 440, 439 BGB)⁵³.

Die vorstehende Aussage gilt allerdings nur für die ersten sechs Monate nach Übergabe des Leasingobjekts. In dem darüber hinaus gehenden Zeitraum bis zu zwei Jahren ab Ablieferung der Sache (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB), in dem die Durchsetzung der Mängelansprüche nach bisherigem Recht bereits an der Verjährung scheiterte (§ 477 Abs. 1 BGB a.F.), hat sich hingegen das Risiko eines nachträglichen Scheiterns der Kauf- und Leasingverträge stark erhöht. Insofern ist es zutreffend, dass sich durch die Reform die Rahmenbedingungen sowohl für den Lieferanten, als auch für den Leasinggeber verschlechtert haben⁵⁴.

2. Vertragliche Korrekturen

Angesichts des erhöhten Risikos einer vorzeitigen und rückwirkenden Beendigung des Finanzierungsleasingvertrags stellt sich für den Leasinggeber die Frage, ob und inwieweit er mit kautelarjuristischen Mitteln den Umfang der abgetretenen Gewährleistungsansprüche beschränken kann, insbesondere, ob sich der Schutz des Leasingnehmers vor Mängeln des Leasingobjekts zulässigerweise auf das bisherige Niveau zurückfahren lässt.

a) Regelungstechnische Ansatzpunkte

Entsprechende Beschränkungen könnten an zwei verschiedenen Stellen anknüpfen: beim Umfang der Abtretung im Leasingvertrag oder unmittelbar beim Entstehen der abzutretenden Gewährleistungsansprüche im Kaufvertrag.

⁴⁵ Ebenso ablehnend *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535, 2536.

⁴⁶ So Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 132 zur Aufhebung des § 279 BGB.

⁴⁷ Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 299.

⁴⁸ So *Graf v. Westphalen*, DB 2001, 1291, 1293.

⁴⁹ So auch (ohne Bezug zum Leasing) *Ayad*, DB 2001, 2697, unter V.3.c.

⁵⁰ *Graf v. Westphalen*, DB 2001, 1291, 1293. Vgl. auch BGHZ 97, 135; 140 = WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 *Emmerich* = NJW 1986, 1744 = ZIP 1986, 716.

⁵¹ Siehe z.B. BGHZ 29, 148, 153 ff. m.w.N. u.a. zu den Gesetzesmaterialien.

⁵² BGHZ 97, 135, 145 = WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 *Emmerich* = NJW 1986, 1744 = ZIP 1986, 716.

⁵³ Hierzu Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 222.

⁵⁴ So auch *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2260.

Abtretungsvereinbarungen, die sich inhaltlich auf einzelne, abtrennbare Gewährleistungsansprüche oder Mängelarten beschränken, sind dinglich wirksam⁵⁵. Unmittelbare Beschränkungen der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Leasinggebers im Vertrag mit dem Lieferanten (ggf. gegen Herabsetzung des Preises) lassen sich in den Grenzen des § 444 BGB sowie der §§ 309 Nr. 8 lit. b, 307 BGB ebenfalls wirksam vereinbaren. Fraglich ist jedoch, ob die soeben beschriebenen Beschränkungen die *Wirksamkeit* des mietvertraglichen Gewährleistungsausschlusses im Leasingvertrag und damit die Zulässigkeit der Abtretungskonstruktion gefährden.

b) Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses

Gängige Klauseln in Finanzierungsleasingverträgen bestimmen, dass der Leasinggeber nicht „für Mängel des Leasingobjekts oder daraus entstehende Folgeschäden haftet“ oder dass der Leasinggeber „keinerlei Gewährleistung bezüglich Zustand, Qualität oder Eigenschaften des Leasingobjekts oder in Bezug auf seine Tauglichkeit für den vorgesehenen Einsatz“ übernimmt. Die Wirksamkeit eines solchen Gewährleistungsausschlusses in ALB hängt davon ab, ob dem Leasingnehmer in Gestalt der abgetretenen Gewährleistungsrechte des Leasinggebers aus dem Kaufvertrag ein ausreichender, den Anforderungen des § 307 BGB (bislang: § 9 AGBG) genügender Ersatz für die ausgeschlossene, ihrer Natur nach mietvertragliche (vorstehend A.) Mängelhaftung des Leasinggebers verschafft wird, durch den die Interessen des Leasingnehmers „in angemessener Weise“ gewahrt werden. Der BGH hat dies für die Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche nach altem Recht angenommen⁵⁶.

Die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe wurden durch die Schuldrechtsreform aus Käufersicht erheblich gestärkt. Wenn die Rechtsprechung das formularmäßige Ersetzen der mietvertraglichen durch die kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche schon in ihrer bisherigen Form akzeptierte und sich fallweise sogar mit einer nur teilweisen Abtretung begnügte⁵⁷, dürfte sie beim neuen Kaufrecht erst recht keine Bedenken zeigen. Diese Aussage bezieht sich zunächst auf die gängige Abtretung *sämtlicher* Gewährleistungsansprüche. Darüber hinaus scheint die Aussage auf den ersten Blick auch dann zu gelten, wenn die Parteien die Verträge so ändern, dass die abgetretenen Gewährleistungsansprüche im Ergebnis nur noch dem *bisherigen* kaufrechtlichen Schutzniveau entsprechen. Denn dieses Schutzniveau wurde von der Rechtsprechung als angemessener Ersatz der mietvertraglichen Gewährleistung angesehen. Solange jedenfalls, wie der BGH den Leasingvertrag als atypischen Mietvertrag einordnet und grundsätzlich Mietrecht anwendet, scheint kein Anlass zu bestehen, beim Finanzierungsleasing die *neuen* kaufvertraglichen Wertungen in das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer zu importieren.

Bei genauerer Betrachtung sind indes Zweifel an dieser Sichtweise geboten. Sie unterstellt nämlich, dass die Bewertungsmaßstäbe für die Beurteilung der angemessenen Berücksichtigung der Leasingnehmer-Interessen auch nach der Reform gleich geblieben sind. Genau das aber ist fraglich. Vielmehr lässt sich die Schuldrechtsreform auch als Korrektur eines aus heutiger Sicht unzureichenden, gegenüber anderen Vertragstypen (z.B. Mietvertrag) zu Unrecht qualitativ abfallenden Schutzes des Kunden betrachten. Eine solche Verschiebung

des schuldvertraglichen Wertesystems müsste dann konsequenterweise auch in der AGB-Klausel-Kontrolle berücksichtigt werden. Von daher spricht viel dafür, dass die Rechtsprechung bei der Prüfung der Zulässigkeit der leasingvertraglichen Abtretungskonstruktion und der Angemessenheit des Ersatzes für den Mietrechtsausschluss in Zukunft den *jetzigen* kaufrechtlichen Schutzstandard als Maßstab zugrunde legen wird.

Falls man die Gewährleistungsrechte in der Person des Leasingnehmers wenigstens teilweise einschränken möchte, bestehen hierzu zwei gestaltungstechnische Möglichkeiten: Die Teilabtretung bzw. Teil(einziehungs)ermächtigung und die Vereinbarung von Beschränkungen der gesetzlichen Gewährleistung im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant.

Die zuletzt genannten *kaufrechtlichen* Beschränkungen sind nur dann wirksam, wenn sie die Grenzen der §§ 444, 475 BGB sowie der §§ 309 Nr. 8 lit. b, 307 BGB einhalten. § 309 BGB gilt zwar unmittelbar nicht gegenüber Unternehmern (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB (bislang: § 24 Satz 2 Halbs. 1 AGBG) stellt aber klar, dass die in den §§ 308 f. BGB genannten Klauseln im kaufmännischen Verkehr der Kontrolle anhand der Generalklausel des § 307 BGB (früher: § 9 AGBG) unterliegen. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 11 Nr. 10 AGBG waren deshalb das Verbot, die Gewährleistung ganz auszuschließen, das Verbot des Ausschlusses der Wandelung⁵⁸ sowie das Verbot der Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungspflichten⁵⁹ auch im Verkehr zwischen Unternehmern zu beachten.

Leasinggeber, die das Funktionieren der leasingrechtlichen Abtretungskonstruktion wegen § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB und insbesondere wegen des Nachlieferungsanspruchs nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Fall 2 BGB für gefährdet halten (siehe vorstehend A., B.II.2.a), werden bestrebt sein, die (an den Leasingnehmer abzutretenden) kaufrechtlichen Nacherfüllungsansprüche gegen den Lieferanten auf die Variante der Nachbesserung zu beschränken oder jedenfalls die Nachbesserung gegenüber der Nachlieferung für vorrangig zu erklären. Zur letzteren Möglichkeit ist im Schrifttum behauptet worden, sie sei mit „wesentlichen Grundgedanken“ des neuen Rechts nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)⁶⁰. Gegen diese Einschätzung spricht jedoch die Rechtsprechung zum Nachlieferungsanspruch des Leasinggebers aus § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F., die eine vertragliche Beschränkung auf ein vorrangiges Nachbesserungsrecht zuließ⁶¹. Danach ist es „unerheblich“, ob „die kaufrechtliche Gewährleistung auf ein Nachbesserungsrecht beschränkt“ ist, „weil die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche dann, wenn die Nachbesserung einer als fabrikmäßig verkauften Ware endgültig fehlschlägt, wieder aufleben“, sofern diese Ansprüche mit auf den Leasingnehmer übertragen werden⁶². Eine Einschränkung des Nacherfüllungsanspruchs nach § 437 Nr. 1 BGB auf die Variante der Nachbesserung sollte gleichermaßen zulässig sein. Es ist lediglich sicherzustellen, dass dem Leasingnehmer

⁵⁵ Zur Zulässigkeit von Teilabtretungen z.B. *Staudinger/Busche*, BGB, 13. Aufl. 1999, Einl. zu § 398 ff. Rdn. 43.

⁵⁶ BGHZ 97, 135, unter II.1. = WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 *Emmerich* = NJW 1986, 1744 = ZIP 1986, 716.

⁵⁷ Z.B. OLG Celle VersR 1996, 1115.

⁵⁸ Siehe die Nachweise bei *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 25), § 11 AGBG Rdn. 55.

⁵⁹ BGH WM 1992, 661 = NJW 1992, 1236, zu § 11 Nr. 10 lit. f. AGBG.

⁶⁰ *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2259. A.A. *Zahn*, DB 2002, 985, 988, *Assies*, BKR 2002, 317, 318.

⁶¹ Z.B. BGH DB 1977, 813, 814.

⁶² BGHZ 68, 118, unter II.4.c. = WM 1977, 447.

die Möglichkeit verbleibt, bei Fehlschlagen der Nachbesserung vom Vertrag zurückzutreten und so dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage zu entziehen.

§ 309 Nr. 8 lit. b aa BGB („Ausschluss und Verweisung auf Dritte“ bei Mängeln) steht dem leasingvertraglichen Gewährleistungsausschluss im Rahmen der Abtretungskonstruktion nicht entgegen. Nach der genannten Vorschrift lassen sich Mängelansprüche zwar nicht wirksam „auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte“ beschränken. Die Regelung gab es aber bereits insofern wortgleich nach altem Recht (§ 11 Nr. 10 lit. a AGBG). § 11 Nr. 10 AGBG war nach h.M. im nichtkaufmännischen Verkehr nicht auf Leasingverträge anwendbar, da es sich hierbei nicht um „Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen oder Leistungen“ handelt⁶³. Schon aus diesem Grund kam eine Übertragung der Wertung dieser Norm auf die Generalklausel des § 9 AGBG nicht in Frage.

C. Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages

Nach bisheriger Rechtsprechung führte die Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Ausübung abgetretener kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte durch den Leasingnehmer zum rückwirkenden Wegfall der Geschäftsgrundlage des Finanzierungsleasingvertrags⁶⁴. Im Zuge der Schuldrechtsreform wurde das bislang auf § 242 BGB gestützte Rechtsinstitut des Fehlens und Wegfalls der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB ausdrücklich gesetzlich normiert. Dabei hatte der Gesetzgeber keinerlei inhaltliche Korrekturen der bisherigen Rechtsprechung im Sinn⁶⁵. Er beabsichtigte auch nicht etwa, die bisherigen Gewichte bei der Abgrenzung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur nunmehr ebenfalls ausdrücklich geregelten „Kündigung von Dauer-schuldverhältnissen aus wichtigem Grund“ (§ 314 BGB) zu verschieben⁶⁶.

Auf zwei weitere Fragestellungen ist im Folgenden noch näher einzugehen: Den Einfluss der Nachlieferung auf die Geschäftsgrundlage (I.) und die Besonderheiten hinsichtlich des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei Verbraucherverträgen (II.).

I. Nachlieferung als zusätzlicher Beendigungsgrund

Im Schrifttum wird behauptet, die Nachlieferung bewirke, ähnlich wie bisher der Vollzug der Wandelung, wegen der notwendigen Rückgabe der mangelbehafteten Lieferung (§§ 439 Abs. 4, 346 ff. BGB) einen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Finanzierungsleasingvertrags gemäß § 313 BGB⁶⁷. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden⁶⁸. Die Möglichkeit einer Nachlieferung verbunden mit der Verpflichtung zur Rückgabe der mangelhaften Sache gab es schon nach altem Recht (§§ 480 Abs. 1 Satz 2, 467 Satz 1, 346 Satz 1 BGB a.F.). Dass die Nachlieferung „den Bestand des Kaufvertrages und damit die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages unberührt“ ließ, hielt der BGH für „selbstverständlich“⁶⁹. Davon unabhängig sind die Rückgabe der Kaufsache nach Wandelung (§§ 462, 465, 467 BGB a.F.) bzw. Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. V, 346 ff. BGB bei Rücktritt) einerseits und die Rückgabe bei Nachlieferung (§ 439 Abs. 4 BGB) andererseits in ihren Wirkungen auf das Gleichgewicht des Leasingvertrages nicht miteinander vergleichbar⁷⁰. Die

Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB bezüglich des Inhalts und Umfangs der Rückgabepflicht ändert nichts daran, dass der Käufer mit seinem Verlangen nach Nacherfüllung regelmäßig nicht die Rückgängigmachung des Kaufvertrags, sondern dessen Erfüllung wünscht.

Grundlage des Leasingvertrags ist, jedenfalls in der Konsequenz der BGH-Rechtsprechung zur Wandelung, die Beschaffung des Leasingobjekts durch den Leasinggeber sowie der fortdauernde Besitz des Leasingobjekts in den Händen des Leasingnehmers nach Übergabe des Leasingobjekts an ihn. In den Fällen, in denen sich der Leasingnehmer bei Mängeln für den Rechtsbehelf der Nachlieferung entscheidet, ist das Leasingobjekt für den Leasingnehmer typischerweise nur durch seine Gattungsmerkmale bestimmt, also fungibel. Wird ein mangelhafter Gegenstand im Rahmen der Nacherfüllung durch einen mangelfreien ausgetauscht, handelt es sich keineswegs um einen Umstand, der die Grundlage des Vertrags „schwerwiegend verändern“ würde (§ 313 Abs. 1 Satz 1 BGB), zumal es der Lieferant ist, der nach § 439 Abs. 2 BGB die Kosten zu tragen hat. Die Nachlieferung liegt somit im Rahmen der im Vertrag vereinbarten Risikoverteilung bei Leistungsstörungen. Die Parteien haben die Abtretung der kaufrechtlichen Mängelansprüche an den Leasinggeber gerade auch deshalb vereinbart, damit der Leasingnehmer bei Mängeln Nachlieferung verlangen kann.

Die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags wird ebenfalls nicht durch die Frage berührt, ob der Leasinggeber oder der Leasingnehmer die im Falle der Nachlieferung bestehende Pflicht des Käufers zur Herausgabe der aus der mangelhaften Sache gezogenen Nutzungen trägt bzw. wer zur Leistung entsprechenden Wertersatzes (§§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. § 100 BGB) verpflichtet ist. Ob der Leasinggeber im Innenverhältnis mit dem Leasingnehmer zum Ausgleich oder zur Freistellung verpflichtet ist, ist unmittelbar - ggf. durch Auslegung - dem Leasingvertrag zu entnehmen. Auf jeden Fall empfiehlt es sich, die Nutzungserstattung bei Nachlieferung in den ALB ausdrücklich zu regeln. Dabei dürfte es zulässig sein, die Last der Nutzungsherausgabe intern dem Leasingnehmer aufzulegen⁷¹, zumindest, wenn dieser von einem höheren Restwert des nachgelieferten Leasingobjekts profitiert.

II. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen

Im Bereich der Verbraucherleasingverträge ist der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch die Reform sogar zu-

⁶³ BGHZ 94, 180 = WM 1985, 638 = WuB I J 2. - 8.85 Konzen = NJW 1985, 1547 = ZIP 1985, 682.

⁶⁴ Siehe z.B. BGHZ 114, 57, 61 = WM 1991, 954 = WuB I J 2. - 6.91 Ullrich; BGH WM 1997, 1996, 1998 = WuB I J 2. - 1.98 Götz. Kritisch z.B. Flume, DB 1991, 265, unter III.

⁶⁵ Siehe Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 93.

⁶⁶ Siehe Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 94.

⁶⁷ Graf v. Westphalen, ZIP 2001, 2258, 2260, der dem § 439 Abs. 4 BGB deshalb „Sprengwirkung“ bescheinigt.

⁶⁸ Ebenso Zahn, DB 2002, 985, 987; Gebler/Müller, ZBB 2002, 107, 113; Beckmann, FLF 2002, 46, 50; Assies, BKR 2002, 317, 318.

⁶⁹ BGH WM 1997, 1996, 1998 = WuB I J 2. - 1.98 Götz. A.A. Graf v. Westphalen, a.a.O. Fn. 33), Rdn. 643.

⁷⁰ Vgl. auch Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, zu § 439, S. 230: Bestehen und Inhalt des Nachlieferungsanspruchs und des Rücktrittsrechts seien zwar miteinander verbunden, aber nicht völlig identisch.

⁷¹ Vgl. BGH WM 1990, 25 = WuB I J 2. - 3.90 v. Westphalen = NJW 1990, 314, 316: Anrechnung von Nutzungsvorteilen des Leasingnehmers im Rahmen des leasingvertraglichen Bereichsausgleichs nach Wandelung; Beckmann, in: Büschgen, a.a.O. (Fn. 27), § 10 Rdn. 85, § 11 Rdn. 45.

rückgedrängt worden. Im Ergebnis ändert sich daraus aber für die leasingvertragliche Risikoverteilung nichts, so dass sich insoweit für die Vertragspraxis kein Anpassungsbedarf ergibt.

Für die alte Rechtslage war streitig, ob § 9 VerbrKrG (verbundene Geschäfte) auf Finanzierungsleasingverträge mit Verbrauchern anwendbar war⁷². Diese Norm gehörte zwar nicht zu den in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG für Finanzierungsleasingverträge ausdrücklich ausgeschlossenen Vorschriften. Auf der anderen Seite passte aber der Wortlaut des § 9 VerbrKrG nicht auf das Leasinggeschäft, weil dort der Verbraucher entweder von vornherein nur einen Vertrag mit dem Leasinggeber abschließt oder aber jedenfalls die Rechte aus dem zuvor selbst abgeschlossenen Kaufvertrag an den Leasinggeber abtritt. Die Interessenlage gestaltet sich beim Finanzierungsleasing jedoch ähnlich wie beim finanzierten Abzahlungskauf, der dem § 9 VerbrKrG Modell stand. Schließlich wird der Verbraucher durch die Abtretung wirtschaftlich und rechtlich bis zu einem gewissen Maß in den Kaufvertrag einbezogen. Deshalb war es wohl kein Zufall, dass die Leasing-Rechtsprechung - ohne den Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG anzuwenden - über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangte.

Nach dem neuen Recht verweisen die §§ 499, 500 BGB ausdrücklich auf § 359 BGB („Einwendung bei verbundenen Verträgen“). Der Wortlaut der Vorschriften über „verbundene Verträge“ (§§ 358 f. BGB) passt zwar nach wie vor nicht auf das Finanzierungsleasing; die Ausgliederung der „Finanzierungsleasingverträge“ in eine eigene Vorschrift mit einem im Vergleich zum bisherigen § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG positiv formulierten Anwendungsbereich hatte zudem ausweislich der amtlichen Begründung der Bundesregierung „lediglich systematische Gründe“ und sollte „die Übersichtlichkeit verbessern“, ohne „inhaltliche Änderungen im Vergleich zum geltenden Recht“ zu bewirken⁷³. Dennoch wäre es angesichts der aufgezeigten Interessenverwandtschaft zwischen finanziertem Kauf und Leasing wohl falsch, hier die subjektive Ansicht des historischen Gesetzgebers für ausschlaggebend zu erachten und die unzweideutige Verweisung in § 500 BGB auf § 359 BGB als sog. „Redaktionsversehen“ einfach zu ignorieren. Vielmehr muss man davon ausgehen, dass § 359 BGB auf Finanzierungsleasingverträge sinngemäß anzuwenden ist⁷⁴. Damit braucht man bei Verbraucherleasingverträgen nach Scheitern des Kaufvertrags nicht mehr auf die bisherige Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückzugreifen. Besondere Anforderungen an die Verbundenheit von Kauf und Finanzierungsleasingvertrag (§§ 500, 358 Abs. 3 BGB) dürften in der Regel für den Einwendungsdurchgriff vom Kauf auf den Finanzierungsleasingvertrag nicht zu stellen sein, da beide Verträge beim typischen Geschäft jedenfalls aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Leasingnehmers eine wirtschaftliche Einheit bilden.

D. Einrede des nicht erfüllten Vertrags

I. Leasinggeber gegenüber Lieferanten

Nach *bisherigem* Recht stand dem Käufer gegenüber dem Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wegen Mängeln der Kaufsache grundsätzlich nur bis zum Gefahrübergang zu⁷⁵. Die Abtretung der Gewähr-

leistungsrechte an den Leasingnehmer beim Leasinggeschäft hatte keinen Einfluss auf das Leistungsverweigerungsrecht des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten. Die Rechtsprechung begründete dies mit dem fortbestehenden Anspruch des Lieferanten auf Kaufpreiszahlung, dem der Leasinggeber die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstand entgegenhalten können müsse⁷⁶.

Nach *neuem* Recht ergeben sich hinsichtlich der Wirkungen der Abtretung auf das Leistungsverweigerungsrecht des Leasinggebers keine Änderungen⁷⁷. Insbesondere folgt aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht, dass mit Abtretung der Mängelansprüche auch der primäre Leistungsanspruch (Erfüllungsanspruch) des Leasinggebers gegen den Lieferanten abgetreten würde, mit der Folge, dass der Leasinggeber selbst die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr geltend machen könnte. Die Mängelansprüche i.S. der §§ 437 ff. BGB sind nicht mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch identisch (vorstehend B.I.). Im Übrigen stellte sich diese Problematik wegen § 480 Abs. 1 BGB bereits nach bisherigem Recht. Dort ging die Rechtsprechung trotz Abtretung der Gewährleistungsansprüche einschließlich des Nachlieferungsanspruchs stets davon aus, dass der Leasinggeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber dem Lieferanten behält⁷⁸. Ein kautelarjuristischer Anpassungsbedarf ergibt sich aus der Sicht des Leasinggebers durch die Rechtsänderung nicht.

II. Leasingnehmer gegenüber Leasinggeber

Nach *bisherigem* Recht stand dem Leasingnehmer ein unmittelbares Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln des Leasingobjekts nur bis zu dessen Übergabe zu. *Danach* konnte der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber nur noch die Einrede der unvollständigen (Teil-) Lieferung geltend machen⁷⁹. Eine Verweigerung der Leasingraten wegen Mängeln des Leasingobjekts war nur durch den Vollzug der Wandelung und den damit verbundenen Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich⁸⁰. Die Rechtsprechung begründete dies mit der vertraglichen Freizeichnung des Leasinggebers von der Mängelhaftung⁸¹. Darin lag eine Abweichung von der insoweit dispositiven⁸² Rechtslage beim typischen Mietvertrag, bei dem der Mieter bei Mängeln die Miete nach § 320 Abs. 1 BGB zurückbehalten kann, soweit die Miete nicht bereits nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.) ipso iure weggefallen ist.

Für das *neue* Recht wird die Auffassung vertreten, die Mangelhaftigkeit des bereits gelieferten Leasingobjekts eröffne dem Leasingnehmer gegenüber dem Lea-

⁷² Zum Streitstand z.B. MünchKomm/Habersack, 3. Aufl. 1995, Bd. 3, § 9 VerbrKrG Rdn. 143-148.

⁷³ Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 256 f.

⁷⁴ Ebenso z.B. Palandt/Putzo, Ergänzungsband, a.a.O. (Fn. 18), § 500 BGB Rdn. 2; Hk-BGB/Ebert, 2. Aufl. 2002, § 500 Rdn. 2; AnwKom-BGB/Reiff, 2002, § 500 Rdn. 1.

⁷⁵ Z.B. BGHZ 113, 232 = WM 1991, 545.

⁷⁶ BGH WM 1995, 111 = WuB I J 2. - 1.95 Martinek = NJW 1995, 187, unter II.2.c.cc.

⁷⁷ So auch Assies, BKR 2002, 317, 318.

⁷⁸ Z.B. BGH WM 1995, 111 = WuB I J 2. - 1.95 Martinek = NJW 1995, 187, unter II.2., vor a.

⁷⁹ Z.B. BGH WM 1997, 1996 = WuB I J 2. - 1.98 Götz = ZIP 1997, 1703, unter II.1.d.aa.

⁸⁰ Vgl. BGHZ 97, 135, 140 = WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 Emmerich.

⁸¹ BGH WM 1991, 1416 = NJW 1991, 2135, 2136 m.w.N.

⁸² Z.B. Palandt/Weidenkaff, BGB, 61. Aufl. 2002, § 535 Rdn. 32.

singgeber *zwingend* die Einrede des nicht erfüllten Vertrages⁸³. Anders als bislang könne dieses Recht des Leasinggebers wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht wirksam abbedungen werden⁸⁴. Dies folge aus der in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Erfüllungspflicht des Verkäufers⁸⁵. Es sei eine unangemessene Benachteiligung, wenn dem Leasingnehmer in Anbetracht der Nacherfüllungspflicht gem. § 439 Abs. 1 BGB die Einrede des § 320 BGB abgeschnitten werde⁸⁶.

Diese Argumentation differenziert nicht ausreichend zwischen den beiden beteiligten Vertragsverhältnissen⁸⁷. Die Vorschrift des § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB ändert nichts an der Frage der Anwendbarkeit des § 320 BGB im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer⁸⁸. Der abgetretene *kaufvertragliche* Nachlieferungsanspruch nach § 439 BGB besteht gegenüber dem Lieferanten, nicht aber gegenüber dem Leasinggeber. Nicht mit dem Lieferanten, sondern mit dem Leasinggeber befindet sich der Leasingnehmer in einer synallagmatischen Verbindung. Demgemäß besteht die behauptete zwingende Einrede ja auch nicht gegenüber dem Lieferanten, sondern gegenüber dem Leasinggeber. Der *mietrechtliche* Mängelbeseitigungsanspruch dagegen, der schon vor der Schuldrechtsreform nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 536 BGB a.F.) Ausprägung des primären Erfüllungsanspruchs war, wird im Leasingvertrag wirksam ausgeschlossen (siehe vorstehend B.III.2.b). Wo aber kein Mängelbeseitigungsanspruch besteht, kann es auch keine Einrede der Nichterfüllung geben⁸⁹. Denn Nichterfüllung heißt hier nichts anderes als nicht vollzogene Mängelbeseitigung. Deshalb sind die AGB-rechtlichen Beschränkungen des Gewährleistungsausschlusses (hierzu vorstehend B.III.2.b) in ihrem Anwendungsbereich gegenüber den Beschränkungen des Ausschlusses des Leistungsverweigerungsrechts (§§ 309 Nr. 2 lit. a, 307 BGB) vorrangig⁹⁰. Dementsprechend wurde nach altem Recht § 11 Nr. 2 lit. a AGBG (jetzt: §§ 309 Nr. 2 lit. a BGB) im Zusammenhang mit der leasingrechtlichen Abtretungskonstruktion nicht problematisiert.

Eine gesetzliche Bestätigung findet dieses Ergebnis in § 359 Satz 3 BGB⁹¹. Überträgt man diese, ihrem Wortlaut nach auf Verbraucherdarlehensverträge (§ 358 Abs. 3 BGB) abzielende Vorschrift entsprechend der Verweisung des § 500 BGB sinngemäß auf das Verbraucherfinanzierungsleasing, kann der Verbraucher, sofern ihm ein Nacherfüllungsanspruch gegen den Lieferanten zusteht, die Bezahlung der Leasingraten „erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist“. Wenn sich also selbst Verbraucher auf die Geltendmachung der abgetretenen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche verweisen lassen müssen, muss dies erst recht für unternehmerische Leasingnehmer gelten. Falsch wäre es, dem zitierten Wortlaut des § 359 Satz 3 BGB zu entnehmen, dass der Leasingnehmer zumindest *nach* Fehlschlagen der Nacherfüllung (§ 440 Satz 2 BGB) die Zahlung der Leasingraten ohne weiteres, also ohne Rücktritt vom Vertrag verweigern darf. § 359 Satz 3 BGB ist nämlich in den Kontext des Einwendungsdurchgriffs nach § 359 Satz 1 BGB eingebettet, so dass dem Darlehensnehmer (Leasingnehmer) keine Einwendungen gewährt werden, die diesen Personen nicht auch gegen den Verkäufer (Lieferanten) zustehen.

Somit entfaltet die Schuldrechtsreform mit ihrem Bekenntnis zur kaufrechtlichen Erfüllungstheorie keine Auswirkungen auf das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber nach § 320 BGB. Ein vertragstechnischer An-

passungsbedarf an die neue Rechtslage besteht insoweit nicht.

E. Bilanzrechtliche Zuordnung des Leasingobjektes

I. Zuordnungskriterien

Die Frage der handels- und steuerbilanzrechtlichen Zuordnung des Leasingobjektes zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen erfolgt nach wirtschaftlichen Kriterien. Maßgebend ist nicht das zivilrechtliche, sondern das sog. „wirtschaftliche Eigentum“⁹². Für die Handelsbilanz folgt dies aus den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB), für die bilanzsteuerliche Gewinnermittlung ergibt sich dies aus dem Verweis auf die GoB in §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EStG, § 8 Abs. 1 KStG sowie aus § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO ist das steuerrechtliche („wirtschaftliche“) Eigentum an einem Wirtschaftsgut gegebenenfalls nicht dem zivilrechtlichen Eigentümer, sondern demjenigen zuzurechnen, der „die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise“ ausübt, „dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann“. Ein wirtschaftlicher Ausschluss des zivilrechtlichen Eigentümers in diesem Sinne wird u.a. angenommen, wenn dem Herausgabeanspruch des Eigentümers keine wirtschaftliche Bedeutung mehr zukommt⁹³. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, soll „nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen“ sein⁹⁴. Wer wie z.B. ein Mieter aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags zur Nutzung einer Sache berechtigt ist, hat in der Regel noch kein wirtschaftliches Eigentum an dieser Sache⁹⁵. Eine Zurechnung von Wirtschaftsgütern zum Betriebsvermögen eines *Leasingnehmers* kommt nach der Rechtsprechung des BFH vor allem dann in Betracht, „wenn sich bei einem Leasingverhältnis betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasinggegenstandes und die Grundmietzeit *annähernd decken* oder zwar die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer erheblich länger als die Grundmietzeit ist, jedoch dem Leasingnehmer ein Recht auf Mietverlängerung oder Kauf zusteht und bei Ausübung dieser Optionen nur noch ein geringer Mietzins oder ein einer Anerkennungsgebühr gleichkommender Kaufpreis zu entrichten ist“⁹⁶. Ohne besondere Bedeutung für die wirtschaftliche Zurechnung ist das

⁸³ *Graf v. Westphalen*, DB 2001, 1291, 1293. A.A. *Assies*, BKR 2002, 317 und *Gebler/Müller*, ZBB 2002, 107, 108.

⁸⁴ *Graf v. Westphalen*, DB 2001, 1291, 1292.

⁸⁵ *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2260.

⁸⁶ *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2259.

⁸⁷ Im Ergebnis ebenso *Gebler/Müller*, ZBB 2002, 107, 114; *Zahn*, DB 2002, 985, 986; *Beckmann*, FLF 2002, 46, 50; *Assies*, BKR 2002, 317, 318.

⁸⁸ A.A. *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2259 sowie *ders.*, a.a.O. (Fn. 33), Rdn. 461.

⁸⁹ Siehe BGHZ 97, 135, 140 unter II.2. (= WM 1986, 591 = WuB I J 2. - 6.86 *Emmerich*): Bei der Abtretungskonstruktion könnten die Leasingnehmer die Unbrauchbarkeit der geleasten Computer-Anlage „nicht unmittelbar dem Leasingratenanspruch“ der Leasinggeberin „entgegenhalten“.

⁹⁰ A.A. *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258, 2259.

⁹¹ Ähnlich *Zahn*, DB 2002, 985, 986.

⁹² BFH/NV 2001, 1041, unter II.1.b., m.w.N.

⁹³ BFH/NV 2001, 1041, unter II.1.b., m.w.N.

⁹⁴ BFH DB 2001, 1121, unter II.2.a.

⁹⁵ BFH DB 2001, 1121, unter II.2.c., vor aa., m.w.N., zur Nutzung einer Wohnung.

⁹⁶ BFH/NV 2001, 1041, unter II.1.b., m.w.N.; grundlegend zum Finanzierungsleasing i.e.S. (Vollamortisation) BFH BStBl II 1970, 264.

Verhältnis von Grundmietzeit und betriebsgewöhnlicher Nutzungsdauer dort, wo „der Leasinggegenstand in einem solchen Maße auf die speziellen Anforderungen und Verhältnisse des Leasingnehmers zugeschnitten ist, dass eine wirtschaftlich sinnvolle anderweitige Nutzung oder Verwendung nicht möglich erscheint“⁹⁷. Demnach ist eine „generelle Beurteilung aller Leasingfälle“ nicht möglich⁹⁸. Das Bundesministerium der Finanzen hat diese Grundsätze in seinen sog. „Leasing-Erlassen“ noch näher konkretisiert⁹⁹. Auf die Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

II. Auswirkungen der Schuldrechtsreform

Im Schrifttum wird behauptet, die Schuldrechtsreform führe generell - also ohne Differenzierung zwischen unterschiedlichen Arten des Leasing - dazu, dass der Leasingnehmer beim Finanzierungsleasingvertrag für die Zwecke des Steuerrechts nunmehr regelmäßig rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts (i.S. des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) werde¹⁰⁰. Zur Begründung wird auf die bereits in Zusammenhang mit der vertragsrechtlichen Qualifikation des Leasing (siehe vorstehend A.) wiedergegebene Auffassung verwiesen, der Leasingnehmer erlange „auf der Ebene des Erfüllungsanspruchs uneingeschränkt die Stellung eines Käufers“, soweit der Leasinggeber als Käufer des Leasingguts seinen kaufvertraglichen Erfüllungsanspruch im Wege der leasingtypischen Abtretungskonstruktion an den Leasingnehmer abtrete¹⁰¹. Dieser Ansicht ist zu widersprechen.

Zunächst wurde bereits dargelegt (siehe vorstehend B.II.2.a), dass der Leasingnehmer durch eine Nachlieferung kein zivilrechtliches Eigentum am Leasingobjekt erhält und dass demgemäß ein dem Leasingnehmer abgetretener Nachlieferungsanspruch keinem Anspruch auf Übereignung an ihn selbst gleichkommt. Ferner ist der Nachlieferungsanspruch, wie ebenfalls schon ausgeführt (siehe vorstehend A.), keine Neuheit der Schuldrechtsreform, sondern bestand für die Gattungsschuld bereits nach bisherigem Recht in Gestalt des § 480 Abs. 1 BGB a.F.

Vor allem aber spielt das zivilrechtliche Eigentum als solches für die bilanz- und steuerbilanzrechtliche Zuordnung keine entscheidende Rolle (siehe vorstehend E.I.). Auf das wirtschaftliche Eigentum am Leasingobjekt entfaltet die Schuldrechtsreform aber ebenso wenig Einfluss wie auf das zivilrechtliche. Durch die Stärkung der Position des Leasingnehmers in seiner Rolle als Zessionar der Mängelansprüche gegen den Lieferanten einschließlich der damit verbundenen Rückwirkungen auf die Geschäftsgrundlage des Finanzierungsleasingvertrags (siehe vorstehend C.) ändert sich nichts an der Abgrenzung der tatsächlichen Herrschaftssphären von Leasingnehmer und Leasinggeber bezüglich des Leasingobjekts. Diese bemisst sich nicht nach den abgetretenen Mängelansprüchen, sondern vor allem nach den Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten, die dem Leasinggeber nach Ablauf der Laufzeit noch verbleiben. Die hierfür entscheidenden Kriterien „betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasingobjekts“, „Grundmietzeit“, „Recht auf Mietverlängerung oder Kauf“ sowie „Möglichkeit einer anderweitigen Nutzung oder Verwendung des Leasingobjekts nach Vertragsablauf“ werden durch die Neufassung der §§ 433 ff. BGB nicht berührt.

Bilanz- oder steuerrechtliche Gründe erzeugen somit keinen Bedarf nach Anpassung der bisher gebräuchlichen Leasingverträge an die neue Rechtslage.

Zusammenfassung

Die Schuldrechtsreform 2002 brachte systematische und inhaltliche Veränderungen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, die sich jedoch nur teilweise auf die Gestaltung von Leasingverträgen auswirken.

1. Das in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommende Bekenntnis zur kaufrechtlichen *Erfüllungstheorie* entfaltet für sich keinen Einfluss auf das Regelgefüge beim herkömmlichen Finanzierungsleasing.

2. Die kaufrechtlichen Neuregelungen beeinflussen die *vertragsrechtliche Qualifikation* von Finanzierungsleasingverträgen als atypische Mietverträge nicht. Kautelarjuristische Anpassungen, mit denen etwaige Rechtsänderungen neutralisiert werden könnten, sind insofern derzeit nicht erforderlich.

3. Die bisher üblichen Klauseln zur *Abtretung* der kaufrechtlichen *Gewährleistungsansprüche* des Leasinggebers nach altem Recht an den Leasingnehmer erfassen auch die erweiterten Mängelansprüche nach neuem Recht.

4. Die Abtretung der Nachlieferungsansprüche verschafft dem Leasingnehmer bei verständiger Auslegung der Abtretungsvereinbarung keinen Anspruch auf *Übereignung* der mangelfreien Sache an ihn selbst; durch die Nachlieferung wird der Leasingnehmer nicht Eigentümer dieser Sache. Zur Sicherheit sollte dies in den ALB ausdrücklich klargestellt werden.

5. Die Schuldrechtsreform hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit gängiger Klauseln zum *Ausschluss* der mietvertraglichen *Gewährleistung* des Leasinggebers im Rahmen des Abtretungsmodells. Die Ausweitung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche erzeugt jedoch, sofern sie ungemindert an den Leasingnehmer weitergegeben wird, für den Leasinggeber ein erhöhtes Risiko der vorzeitigen und rückwirkenden Beendigung des Leasingvertrags.

6. Die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zum *Wegfall der Geschäftsgrundlage* des Leasingvertrags bei Scheitern des Kaufvertrags bleiben im Rahmen des neuen § 313 BGB der Sache nach weiterhin anwendbar, so dass ein Rückgriff auf das Kündigungsrecht nach § 314 BGB nur ausnahmsweise in Betracht kommen dürfte. Im Bereich der Verbraucherverträge wird § 313 BGB allerdings durch den Einwendungsdurchgriff nach den §§ 500, 359 BGB verdrängt.

7. Änderungen im Hinblick auf das *Leistungsverweigerungsrecht* (§ 320 BGB) des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten bzw. des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber ergeben sich nicht.

8. Die Schuldrechtsreform entfaltet keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Beurteilung des „*wirtschaftlichen Eigentums*“ am Leasingobjekt. Aus handels- oder steuerbilanzrechtlicher Sicht besteht kein Bedarf nach Anpassung der bisher gebräuchlichen Leasingverträge.

⁹⁷ BFH/NV 2001, 1041, unter II.1.b.

⁹⁸ BFH/NV 2001, 1041, unter II.1.b.

⁹⁹ BMF 19.4.1971 - IV B/2-S 2170-31/71, BStBl I, 264; BMF 21.3.1972 - F/IV B 2-S 2170-11/72, BStBl I 1972, 188; BMF 22.12.1975 - IV B 2-S 2170-161/75; BMF 23.12.1991 - IV B 2-S 2170-115/91.

¹⁰⁰ Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1292.

¹⁰¹ Graf v. Westphalen, DB 2001, 1291, 1293.