

wenn nach der herkömmlichen Methode nur eine Abrechnung nach den Grundsätzen des wirtschaftlichen Total Schadens in Betracht käme.

2. Dagegen kann der Geschädigte, der seinen Schaden fiktiv abrechnet, regelmäßig unter Schadensminderungsgesichtspunkten (§ 254 Abs. 2 BGB) auf die Kosten einer Reparatur nach Smart Repair verwiesen werden, wenn die Smart-Repair-Methode technisch gleichwertig und für den Geschädigten mühelos und ohne weiteres zugänglich ist. Dem Geschädigten bleibt aber seinerseits der Nachweis möglich, dass er ein besonderes Interesse an der herkömmlichen Reparatur hat. Umgekehrt kann der Geschädigte die fiktiven Kosten einer fachgerechten und gleich-

wertigen Reparatur nach Smart Repair auch dann verlangen, wenn unter Zugrundelegung der (fiktiven) Kosten einer Reparatur nach herkömmlichen Methoden nur der Wiederbeschaffungsaufwand schadensrechtlich geschuldet wäre.

3. Die Grundsätze zur Ersatzfähigkeit von Kosten für die Einholung eines Schadensgutachtens durch den Geschädigten bleiben von Smart Repair weitgehend unberührt. Diese Kosten sind insbesondere auch dann vom Schadensersatz nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB umfasst, wenn der Sachverständige in seinem Gutachten nicht auf den möglichen Einsatz einer günstigeren Smart-Repair-Methode hingewiesen hat.

## Fahrzeugrückgabe beim Leasingvertrag\*

RA und FA für Verkehrsrecht und Erbrecht Tobias Goldkamp und Rechtsreferendarin Nadine Reimer

### A. Der Rückgabeanpruch

Endet der Leasingvertrag, ist der Leasingnehmer verpflichtet, das Fahrzeug dem Leasinggeber zurückzugeben. Der Anspruch folgt aus § 546 Abs. 1 BGB und aus § 985 BGB sowie § 812 BGB. Die Anspruchsgrundlagen aus Eigentum und ungerechtfertigter Bereicherung erlangen Bedeutung, wenn sich der Leasingvertrag als unwirksam erweist. Außerdem verjährt der eigentumsrechtliche Herausgabeanpruch gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst nach 30 Jahren, während der vertragliche Rückgabeanpruch der Regelverjährung von drei Jahren unterliegt (§§ 195 ff. BGB). Der Anspruch entsteht, wenn der Vertrag geschlossen und das Fahrzeug übergeben ist. Er wird mit Beendigung des Leasingvertrages fällig, also durch Ablauf der Leasinglaufzeit oder durch vorzeitige Beendigung. Es handelt sich, wie bei den Leasingraten,<sup>1</sup> um eine betagte Forderung, nicht eine befristete.

Gegenstand des Rückgabeanpruchs ist stets das konkrete Fahrzeug. Der Leasingnehmer kann ihn nicht durch Rückgabe eines gleichartigen anderen Fahrzeugs erfüllen.

Rückgabe bedeutet grundsätzlich, dem Leasinggeber den unmittelbaren Besitz einzuräumen. In der Praxis ist – davon zulässig abweichend – regelmäßig vertraglich vereinbart, dass das Fahrzeug an den Lieferanten zurückzugeben ist. Die Lieferanten sind häufig durch Rahmenvereinbarungen oder Rückkaufvereinbarungen mit dem Leasinggeber diesem gegenüber verpflichtet, die Fahrzeugrücknahme zu organisieren und die Fahrzeugverwertung vorzubereiten oder das Fahrzeug selbst zurück zu kaufen.<sup>2</sup>

Für den Leasinggeber ist die Rücknahme des Fahrzeugs keine Pflicht, sondern nur eine Obliegenheit. Nimmt er das angebotene Fahrzeug nicht zurück, gerät er als Gläubiger in Annahmeverzug (§ 293 BGB). Ist vertraglich vereinbart, dass das Fahrzeug beim Lieferanten zurückgegeben wird, kommt der Leasinggeber auch in Annahmeverzug, wenn der Lieferant die Rücknahme verweigert, etwa, weil er die Annahme des Fahrzeugs unberechtigter Weise davon abhängig macht, dass der Leasingnehmer ein Schuldanerkenntnis bezüglich angeblich am Fahrzeug vorhandener Schäden unterzeichnet. Da die Rücknahme nur eine Obliegenheit ist, steht dem Leasingnehmer kein Schadensersatz aus Pflichtverletzung zu. Er kann die Rücknahme auch nicht gerichtlich erzwingen. Er kann jedoch den Besitz an dem Fahrzeug aufgeben. Ab Annahmeverzug hat der Leasingnehmer nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 Abs. 1 BGB), so dass danach eintretende Schäden am Fahrzeug nicht mehr vom Leasingnehmer zu verantworten sind, wenn ihm keine Schuld oder nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Aufwendungen für die Aufbewahrung, etwa Stellplatzkosten, muss der Leasinggeber für die Zeit seines Annahmeverzuges ersetzen. Insoweit kann der Leasingnehmer auch bereits während der Zeit

\* Der Folgebeitrag zu leasingtypischen Ausgleichsansprüchen bei Fahrzeugrückgabe im Rahmen eines Leasingvertrags erscheint in einem der nächsten Hefte.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 28.03.1990 - VIII ZR 17/89 Rn. 43.

<sup>2</sup> Beispielsweise aufgrund eines Andienungsrechtes des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten: OLG München, Urt. v. 10.08.2011 - 7 U 1505/11 Rn. 24 ff.

des Annahmeverzuges gemäß § 257 BGB Freistellung verlangen. Der Leasingnehmer kann auch das Fahrzeug versteigern lassen und den Verkaufserlös hinterlegen (§ 383 BGB).

Hat ein Dritter das Fahrzeug in Besitz, kann der Leasinggeber von ihm die Rückgabe verlangen (§ 546 Abs. 2 BGB).

Der Rückgabeanspruch erlischt durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB). Er erlischt außerdem durch Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB), beispielsweise wenn das Fahrzeug gestohlen oder zerstört wurde. Unmöglichkeit liegt dabei nicht bereits vor, wenn das Fahrzeug einen wirtschaftlichen Totalschaden erlitten hat, sondern erst, wenn es in seiner Sachsubstanz so angegriffen ist, dass es als tatsächlich zerstört anzusehen ist.

Sind ein Andienungsrecht oder eine Kaufoption vereinbart, erlischt der Rückgabeanspruch, wenn diese Rechte ausgeübt werden. Es bestehen dann auch keine weiteren Ausgleichsansprüche, etwa wegen Schäden oder Mehr- oder Minderkilometern, mehr.<sup>3</sup> Die wechselseitigen Rechte und Pflichten richten sich nach Kaufvertragsrecht.

Hingegen führt die bloße wirtschaftliche Vollamortisation des Leasinggebers nicht dazu, dass der Leasingnehmer das Fahrzeug behalten darf,<sup>4</sup> es sei denn, es ergibt sich aus weiteren Umständen, dass die Parteien einen Verbleib beim Leasingnehmer nach Ende der Laufzeit wollten.<sup>5</sup>

Erfüllungsort der Rückgabe ist der Ort, an dem der Leasingnehmer das Fahrzeug erhalten hat; es handelt sich um eine Bringschuld des Leasingnehmers.<sup>6</sup> Hat der Leasingnehmer das Fahrzeug beim Lieferanten erhalten, hat er es auch dort wieder zurückzugeben. In einer solchen Situation kann eine AGB-Klausel, nach der der Leasingnehmer verpflichtet wird, das Fahrzeug beim Leasinggeber zurückzugeben, wegen unangemessener Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein, wenn der Leasinggeber weit vom Sitz des Leasingnehmers und des Lieferanten entfernt sitzt. Behält sich der Leasinggeber vertraglich vor, den Rückgabeort zu bestimmen, gerät der Leasingnehmer nicht in Rückgabeverzug, solange der Leasinggeber die Bestimmung nicht getroffen hat.<sup>7</sup>

Der Leasinggeber muss sich Verschulden des Lieferanten im Zuge der Rücknahme zurechnen lassen wie eigenes Verschulden, da § 278 BGB auch für die Annahmepflicht gilt. So wirkt ein vom Lieferanten zu vertretender Annahmeverzug ebenso gegen den Leasinggeber<sup>8</sup> wie die vorbehaltlose Unterzeichnung eines Rückgabeprotokolls ohne vermerkte Schäden<sup>9</sup>.

Gibt der Leasingnehmer das Fahrzeug beim Lieferanten unberechtigt vorzeitig zurück und nimmt dieser es ent-

gegen, ist darin keine Zustimmung des Leasinggebers zu einer Vertragsbeendigung zu sehen und es erfolgt auch kein Gefahrübergang auf den Leasinggeber, denn der Lieferant ist nicht ohne Weiteres als Vertreter des Leasinggebers für eine vorzeitige Vertragsbeendigung anzusehen.

Die Rückgabeklage kann der Leasinggeber am allgemeinen Gerichtsstand des Leasingnehmers oder am Rückgabeort – also am besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 29 Abs. 1 ZPO – erheben.

Gibt der Leasingnehmer das Fahrzeug aufgrund eines unberechtigten Rückgabeverlangens des Leasinggebers vorzeitig zurück – etwa nach einer unberechtigten Kündigung des Leasinggebers – verliert der Leasinggeber für die Folgezeit den Anspruch auf Leasingraten.<sup>10</sup>

## **B. Rückgabemöglichkeiten aus Verbraucherdarlehensrecht**

Ist der Leasingnehmer Verbraucher, so können ihm Rechte zur vorzeitigen Rückgabe zustehen. Das Verbraucherdarlehensrecht findet gemäß § 506 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 BGB auf Leasingverträge mit Andienungsrecht oder Restwertabrechnung Anwendung.

Umstritten ist, ob auch die Kilometerabrechnung noch in den Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensrechtes fällt. Während in der bis zum 10.06.2010 geltenden Gesetzesfassung geregelt war, dass ein Teil der Vorschriften zu Verbraucherdarlehensverträgen auch auf „Finanzierungsleasingverträge“ anzuwenden ist (§ 500 BGB a.F.), ist in der seit dem 11.06.2010 geltenden Fassung des § 506 BGB nur noch von einer Anwendung auf „entgeltliche Finanzierungshilfen“ die Rede. Als entgeltliche Finanzierungshilfe gilt nach der Neufassung ein Vertrag, bei dem der Verbraucher zum Vertragsende wirtschaftlich für den Wert des Gegenstands einstehen muss, sei es durch eine Erwerbspflicht (Nr. 1), ein Andienungsrecht (Nr. 2) oder eine Restwertgarantie (Nr. 3). Der BGH verhandelte Revisionen zu einem die Anwendbarkeit befürwortenden Urteil des OLG Düsseldorf<sup>11</sup> und einem ablehnenden Urteil des

<sup>3</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L626.

<sup>4</sup> Ball in: Eckert/Wolf/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 1995 f.

<sup>5</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L621.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.06.2007 - I-24 U 226/06 Rn. 15.

<sup>7</sup> Eckert in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 1071.

<sup>8</sup> Heinrichs in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 278 Rn. 24.

<sup>9</sup> OLG Celle, Ur. v. 16.07.1997 - 2 U 70/96 Rn. 7.

<sup>10</sup> BGH, Ur. v. 28.06.2000 - VIII ZR 240/99 Rn. 30.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Ur. v. 02.10.2012 - I-24 U 15/12; m. Anm. von Reinking, DAR 2012, 703.

LG Bielefeld<sup>12</sup>. Im Verfahren VIII ZR 332/12, die Entscheidung des OLG Düsseldorf betreffend, nahm die Leasingbank die Klage gegen den Leasingnehmer zurück. Im Verfahren VIII ZR 333/12 zur Entscheidung des LG Bielefeld erkannte die Leasingbank den Anspruch des Leasingnehmers auf Widerruf des Leasingvertrages in der mündlichen Verhandlung vollumfänglich an. Da durch diese Schritte die Verfahren im Sinne der Leasingnehmer erledigt waren, kam es nicht mehr zu einer Sachentscheidung des BGH. Es ist davon auszugehen, dass der Senat sich in der Verhandlung für eine Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts auf Kilometerleasingverträge aussprach.<sup>13</sup>

Dem ist zuzustimmen. Trotz des veränderten Gesetzeswortlauts sind auch Kilometerleasingverträge entgeltliche Finanzierungshilfen i.S.d. § 506 BGB, weil ihnen ebenfalls eine Finanzierungsfunktion zukommt, sie ebenso auf Vollamortisation des Leasinggebers ausgerichtet sind, der Leasingnehmer die Sach- und Preisgefahr für Untergang, Verlust und Verschlechterung der Sache trägt und kein gesetzgeberischer Wille bestand, sie aus dem Schutzbereich herauszunehmen und den bisherigen Standard des Verbraucherschutzes einzuschränken.

### I. Rückgabe- und Widerrufsrecht

Danach steht Verbrauchern ein Widerrufsrecht nach §§ 506 Abs. 1, 495, 355 ff. BGB zu, das gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB derzeit geltender Gesetzesfassung auch durch Rückgabe des Fahrzeugs ausgeübt werden kann. Allerdings tritt am 13.06.2014 eine Novellierung des Verbraucherwiderrufsrechtes in Kraft. Dann kann das Widerrufsrecht nur noch durch „Erklärung gegenüber dem Unternehmer“ (§ 355 Abs. 1 Satz 2 n.F.) ausgeübt werden, aus der der Wille zum Widerruf „eindeutig“ hervorgehen muss (Absatz 1 Satz 3 n.F.). Die Rückgabe ist in der Regel mehrdeutig, weil sie auch zum Zweck der Nacherfüllung, des Rücktritts oder eines angestrebten Austauschs des Leasingobjekts erfolgen kann. Auch die Auslegung der zugrunde liegenden Richtlinie spricht dagegen, dass die bloße Rückgabe des Fahrzeugs als Widerruf ausreichen wird.<sup>14</sup> Die Rückgabe kann in Kombination mit weiteren Umständen mit Erklärungswert den eindeutigen Widerrufswillen ergeben und damit eine bis dahin uneindeutige Widerrufserklärung vervollkommen.

Nicht nur der neue Gesetzeswortlaut, auch die Auslegung der zugrunde liegenden Richtlinie sprechen dagegen, dass die bloße Rückgabe des Fahrzeugs als Widerruf ausreichen wird.<sup>15</sup> Da der Widerruf der Textform bedarf, wird eine konkludente Erklärung nicht ausreichen. Gleichwohl wird die Rückgabe zur Auslegung von formgültigen Erklärungen des Verbrauchers mit heranzuziehen sein. Danach kann die Rückgabe als bei der Auslegung zu berücksichtigender

Umstand eine Erklärung zum Widerruf vervollkommen, wenn der Wille zum Widerruf in der Textformerklärung zumindest eine Andeutung findet.<sup>16</sup>

In der Praxis besteht ein Widerrufsrecht oft länger, als es die zweiwöchige Widerrufsfrist vermuten lässt. Denn sie beginnt gemäß § 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 b) BGB erst zu laufen, wenn der Leasinggeber den Leasingnehmer über das Widerrufsrecht und alle Pflichtangaben aus § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB unterrichtet hat. Die meisten Leasinggeber nehmen die Unterrichtung nur unvollständig vor. Die sonst für Widerrufsrechte geltende Höchstfrist von sechs Monaten ab Vertragsschluss (§ 355 Abs. 4 Satz 1 BGB), neu ein Jahr und vierzehn Tage ab Vertragsschluss (§ 356 Abs. 3 Satz 2 BGB n.F.), findet beim Widerruf von Verbraucherdarlehen keine Anwendung (§ 495 Abs. 2 Satz 2 BGB, §§ 356 Abs. 3 Satz 3 sowie 356b BGB n.F.). Dies kann zu Ergebnissen führen, die unvertretbar erscheinen. So erklärte in einem Fall der Leasingnehmer den Widerruf mehr als sechs Jahre nach Erhalt der Widerrufsbelehrung und vier Jahre, nachdem die beiderseitigen Pflichten aus dem Leasingvertrag vollständig erfüllt waren. Das Gericht sah das Widerrufsrecht als gemäß § 242 BGB verwirkt an.<sup>17</sup> Von solchen Extremfällen abgesehen ist die Einschränkung des Widerrufsrechts über § 242 BGB problematisch, weil Art. 14 Abs. 1 der zugrunde liegenden Richtlinie 2008/48/EG und das BGB für Verbraucherdarlehen gerade keine Höchstfrist vorsehen, obwohl eine solche Höchstfrist für andere Widerrufssituationen ausdrücklich vorgesehen ist.

Der Leasingnehmer muss Wertersatz für eine durch Nutzung des Fahrzeugs entstandene Verschlechterung leisten (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB, §§ 357a Abs. 2 Satz 2, 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB n.F.). Die Ersatzpflicht geht über die Herausgabe gezogener Nutzungen nach § 346 Abs. 1 BGB hinaus, weil sie nicht an den Wert der Nutzungen, sondern an den Wertverlust des Fahrzeugs anknüpft.<sup>18</sup> Die Wert-

<sup>12</sup> LG Bielefeld, Urt. v. 19.09.2012 - 22 S 178/12.

<sup>13</sup> Schattenkirchner, Die aktuellen Entwicklungen im Leasingrecht, NJW 2013, 2398, 2399. Seit dem 01.01.2014 ist es nicht mehr möglich, BGH-Entscheidungen durch solche Verfahrensmanöver zu verhindern. Die Revision kann jetzt nur noch mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden (§ 565 Satz 2 ZPO n.F.). Eine Beendigung durch Anerkenntnisurteil ist nur möglich, wenn der Kläger dem durch Antrag zustimmt (§ 555 Abs. 3 ZPO n.F.).

<sup>14</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 355 n.F. Rn. 6.

<sup>15</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 355 n.F. Rn. 6.

<sup>16</sup> Ellenberger in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 133 Rn. 19.

<sup>17</sup> KG Berlin, Urt. v. 16.08.2012 - 8 U 101/12.

<sup>18</sup> A.A. offenbar LG Köln, Urt. v. 22.05.2009 - 24 O 21/09 Rn. 27 ff., das ohne Begründung die übliche Formel zur Ermittlung von Nutzungsvorteilen nach § 346 Abs. 1 BGB anwendet (Bruttokaufpreis \* gefahrene Kilometer / erwartete Gesamtlauflistung).

ersatzpflicht setzt wiederum voraus, dass der Leasingnehmer über sie im Rahmen der Widerrufsbelehrung ausdrücklich und in Textform informiert wurde (§ 357 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB). Außerdem sind von der Wertersatzpflicht Verschlechterungen ausgenommen, die aus der bloßen Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise resultieren (§ 357 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB, § 357 Abs. 7 Nr. 2 BGB n.F.). Damit kann der durch die Erstzulassung entstehende erhebliche Wertverlust nicht beim Leasingnehmer geltend gemacht werden. Die Gegenmeinung, der Leasingnehmer müsse sich entgegenhalten lassen, das Fahrzeug auch ohne Zulassung auf einem Privatgelände testen zu können,<sup>19</sup> überzeugt nicht. Üblicherweise wird dem Leasingnehmer das Fahrzeug schon zugelassen übergeben. Um ein für den Straßenverkehr bestimmtes Fahrzeug sachgemäß zu testen, müsste der Leasingnehmer das Fahrzeug im Straßenverkehr, wenn gewünscht auch mit hohen Geschwindigkeiten auf der Autobahn, fahren können, um die Fahreigenschaften und die Geräusentwicklung zu prüfen. Von der Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise ist mindestens der Umfang einer ausgiebigen Probefahrt gedeckt. Vergleichbar hat der BGH für Wasserbetten entschieden, dass das Befüllen mit Wasser und drei Nächte Probeschlafen als Prüfung entschädigungsfrei sind, auch wenn das Bett danach als gebraucht anzusehen war.<sup>20</sup> Der Leasingnehmer wird auch nach der Novellierung des Verbraucherwiderrufsrechts zum Wertersatz verpflichtet bleiben.

## II. Ablösungsrecht

Nach dem Gesetzeswortlaut erscheint es möglich, dass dem Verbraucher gemäß § 500 Abs. 2 BGB ein Ablösungsrecht bei einem Leasingvertrag mit Andienungsrecht zusteht. Das Ablösungsrecht aus § 500 Abs. 2 BGB scheint für diese Verträge nicht ausgeschlossen, da sie nicht von den §§ 506 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 506 Abs. 2 Satz 2 BGB erfasst werden. Die Ausübung des Ablösungsrechts hätte zur Folge, dass der Verbraucher die Leasingraten weiter zahlen müsste. Die Zahlungen würden sich jedoch gemäß § 501 BGB um die Zinsen und Kosten verringern, die aufgrund der vorzeitigen Rückgabe nicht mehr anfallen. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>21</sup>, von dem die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags<sup>22</sup> an dieser Stelle nicht mehr abweicht, wollte der Gesetzgeber Leasingverträge insgesamt vom Anwendungsbereich des § 500 Abs. 2 BGB ausschließen. Das Ablösungsrecht sei auf Leasingverträge nicht sinnvoll zugeschnitten, da der Leasingnehmer auch bei vorzeitiger Fahrzeugrückgabe nicht von der Zahlung der weiteren Leasingraten befreit werden kann.

Dies überzeugt nicht, weil der Leasingnehmer durch die vorzeitige Rückgabe immerhin die Sach- und Preisgefahr

nicht weiter tragen muss. Die Rückgabe kann deshalb für einen Leasingnehmer, der das Fahrzeug nicht mehr nutzen kann oder will, trotz fortlaufender Ratenzahlungsverpflichtung sinnvoller sein, als das Fahrzeug auf eigene Gefahr und Kosten bis zum regulären Laufzeitende abzustellen. Hinzu kommt, dass der Wortlaut des § 506 Abs. 2 BGB die Anwendbarkeit auf Verträge mit Andienungsrecht offen lässt und auch im Rahmen der Novellierung des Verbraucherschutzrechtes nicht geändert wurde.

## C. Gefahrtragung und Beweislast

Nur bei Leasingverträgen mit Kilometerabrechnung kommt es mit der Rückgabe zu einem Gefahrübergang. Will der Leasinggeber Minderwertansprüche wegen Schäden geltend machen, muss er nachweisen, dass sich diese vor der Rückgabe ereignet haben. Dies liegt in der Praxis nicht in allen Fällen auf der Hand, weil die Fahrzeuge häufig erst nach einigen Wochen begutachtet werden.

Bei Leasingverträgen mit Restwertabrechnung verbleibt die Gefahr bis zur Feststellung des tatsächlichen Restwerts – je nach vertraglicher Gestaltung durch Verwertung oder bloße Begutachtung – beim Leasingnehmer. Erleidet das Fahrzeug in dieser Zeit Schäden, fallen diese dem Leasinggeber nur zur Last, wenn er sie zu vertreten hat, etwa weil der Autohändler als sein Erfüllungsgehilfe bei der Rücknahme und Aufbewahrung das Fahrzeug fahrlässig beschädigt hat oder weil der Leasinggeber keine Vorkehrungen veranlasst hat, das Fahrzeug ausreichend zu sichern. Die Darlegungs- und Beweislast liegt grundsätzlich beim Leasingnehmer, wobei den Leasinggeber eine sekundäre Beweislast bezüglich der in seiner Sphäre liegenden Umstände trifft.

Daraus folgt, dass das Beweissicherungsinteresse bei der Leasingrückgabe bei Kilometerverträgen eher auf Seiten des Leasinggebers liegt, bei Restwertverträgen eher auf Seiten des Leasingnehmers.

## D. Rückgabedokumentation

Leasinggebern ist zu empfehlen, die Zustandsfeststellung nicht hinauszuschieben, sondern dafür Sorge zu tragen, dass zumindest offensichtliche Schäden und Fehlteile schon bei der Rückgabe durch den Händler festgestellt werden.

Leasingnehmer müssen auf die Beweissicherung bei der Rückgabe noch höheres Augenmerk legen, weil sie danach

<sup>19</sup> Wildemann in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 357 Rn. 56.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 03.11.2010 - VIII ZR 337/09 Rn. 18 f.

<sup>21</sup> BT-Drs. 16/11643, S. 92.

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/13669, S. 21.

den Besitz am Fahrzeug verlieren und versäumte Feststellungen meist nicht mehr nachholen können. Zu empfehlen ist,

- vor der Rückgabe alle Fahrzeugunterlagen zu kopieren oder lesbar abzufotografieren, insbesondere Zulassungsbescheinigung Teil I (ehemals Kraftfahrzeugschein), Inspektionsheft, TÜV-Plakette, Reparaturrechnungen,
- zur Rückgabe einen Zeugen mitzunehmen,
- bei der Rückgabe das Fahrzeug mit dem Beauftragten der Leasingbank zu besichtigen und gründlich zu fotografieren, d.h. von vorne, hinten, links und rechts, aber auch Dach, Innenraum und Kilometerstandanzeige,
- Schadstellen oder vermeintliche Schadstellen aus verschiedenen Winkeln bei guten Lichtverhältnissen zu fotografieren und zu notieren.
- Zeichnet sich ein Streit schon ab, ist es nicht übertrieben, einen Kfz-Sachverständigen zu bitten, unmittelbar vor der Rückgabe das Fahrzeug zu begutachten oder sogar die Rückgabe zu begleiten.

Ein Rückgabeprotokoll kann je nach Inhalt als bloßes Beweismittel oder als deklaratorisches Schuldanerkenntnis anzusehen sein. Die vorbehaltlose Unterzeichnung des Rückgabeprotokolls ohne vermerkte Schäden durch einen Beauftragten des Leasinggebers schließt die spätere Geltendmachung von Schadensausgleichsansprüchen aus.<sup>23</sup> Das Unterschreiben eines auf einem Formular des Leasinggebers gefertigten Rückgabeprotokolls erweist sich für den Leasingnehmer oft als problematisch. Die Protokollmuster enthalten häufig für den Leasingnehmer nachteilige Klauseln, die dazu führen, dass er sich bezüglich angeblicher Schäden bindet und diese allesamt als übermäßige Abnutzung anerkennt, während sich der Leasinggeber vorbehält, weitere Schäden nachzuschieben. Für den Leasingnehmer ist es deshalb leider meist besser, Protokolle des Leasinggebers nicht zu unterschreiben. Der Leasingnehmer kann stattdessen mit seinem Zeugen ein eigenes Protokoll erstellen und vom Zeugen unterschreiben lassen.

### E. Rückgabemaßstab und leasingtypische Ausgleichsansprüche

Beim Kfz-Finanzierungsleasing plant der Leasinggeber regelmäßig den Erlös aus der Veräußerung nach Vertragsende in seine Kalkulation ein. Diese Kalkulation ist auf Vollamortisation gerichtet, also darauf, dass etwaige Sonderzahlung, Leasingraten und Verwertungserlös seine Aufwendungen decken und den erstrebten Gewinn ergeben. Das Vollamortisationsprinzip liegt allen Finanzierungsleasingverträgen zugrunde, auch solchen mit Kilometerabrechnung.<sup>24</sup>

Den Verwertungserlös sichert der Leasinggeber, indem er mit dem Leasingnehmer einen Rückgabemaßstab in Bezug

auf das Fahrzeug vereinbart. Bei Kilometerverträgen wird der Rückgabe- und Abrechnungsmaßstab typischerweise durch Zustand und Laufleistung definiert, bei Restwertleasingverträgen durch den vertraglich festgelegten Restwert, der bei Abweichung vom zu erwartenden Gebrauchtwagenerlös besser Restschuld genannt werden sollte.

Der Leasingnehmer kann den Rückgabeanpruch auch erfüllen, wenn das Fahrzeug hinter den als Rückgabemaßstab vereinbarten Eigenschaften zurückbleibt. Dem Leasinggeber steht dann jedoch eine Kompensationszahlung zu. Der Anspruch ergibt sich aus ausdrücklicher vertraglicher Regelung, ausgeformt als Zustandsausgleich, Kilometerausgleich oder Restwertausgleich. Alternativ ergibt er sich aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit der vertraglichen Wartungs-, Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Ersatzbeschaffungspflicht oder in Verbindung mit § 538 BGB. Weil der Leasingnehmer immer Vollamortisation schulden soll, sehen die üblichen Vertragsklauseln vor, dass es nicht auf ein Verschulden ankommt.

Der jeweilige Ausgleichsanspruch ist ein Erfüllungsanspruch, mit der Konsequenz, dass für ihn nicht die kurze Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB gilt, sondern der Regelverjährung.<sup>25</sup>

Die Vollamortisation ist nicht selbstverständlich, sondern bedarf wirksamer vertraglicher Vereinbarung<sup>26</sup>, zumal der Leasingvertrag als Oberbegriff verschiedene, in ihrer Auswirkung für den Leasingnehmer höchst unterschiedliche Abrechnungsarten zusammenfasst. Ein Vollamortisationsanspruch ist leasingtypisch, hingegen ist die Charakterisierung als „leasingimmanent“ zumindest missverständlich.<sup>27</sup> Fehlt es an einer wirksamen Vereinbarung, etwa weil die Abrechnungsklausel der AGB-Kontrolle nicht standhält, bleibt der Rückgriff auf § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 538 BGB, wonach der Leasingnehmer jedoch weder für einen kalkulierten Restwert noch verschuldensunabhängig haftet. Zudem unterliegt der gesetzliche Anspruch, da er

<sup>23</sup> OLG Celle, Urt. v. 16.07.1997 - 2 U 70/96.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 24.04.1996 - VIII ZR 150/95 Rn. 14 und 16, und BGH, Urt. v. 11.03.1998 - VIII ZR 205/97 Rn. 25 ff.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2012 - VIII ZR 22/12 Rn. 16 ff.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 12.06.1985 - VIII ZR 148/84 Rn. 39: Die Vertragsparteien „sind nicht der Mühe enthoben, die die volle Amortisation herbeiführende Berechnung dergestalt zu vereinbaren, dass sie zivilrechtlichen Wirksamkeitsanforderungen genügt“; vgl. zu einer Unwirksamkeit nach § 305c Abs. 2 BGB: BGH, Urt. v. 09.05.2001 - VIII ZR 208/00.

<sup>27</sup> Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 1936; a.A. Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 8. Aufl. 2013, Anh. zu §§ 488-515, Rn. 40.

nicht Teil einer wirksamen Vollamortisationsvereinbarung ist, der kurzen Verjährung nach § 548 Abs. 1 BGB.

Der an den Fahrzeugzustand angeknüpfte Ausgleichsanspruch erlangt bei der Restwertabrechnung regelmäßig keine Bedeutung, weil Minderwerte bereits im verringerten Verwertungserlös eingepreist sind. Wäre allerdings der Verwertungserlös bei Rückgabe in vertragsgemäßem Zustand höher gewesen als der vertraglich kalkulierte Restwert, steht dem Leasinggeber neben dem Restwertausgleich ein Zustandsausgleichsanspruch zu dem Anteil, den er gemäß Restwertausgleichsklausel am Mehrerlös hätte behalten dürfen, in der Regel 25 %.

Der Fahrzeugwert bei der Rückgabe hat nur bei der Restwertabrechnung Bedeutung. Erzielt der Leasinggeber beim Kilometerleasing oder Leasingvertrag mit Andienungsrecht und ohne Restwertabrechnung einen besseren Verwertungserlös, als er zu Vertragsbeginn intern als Restwert kalkulierte, steht der Mehrerlös allein ihm zu und muss nicht auf den Ausgleichsanspruch in Bezug auf Zustandsmängel angerechnet werden.<sup>28</sup> Erzielt er einen schlechteren Erlös, ist der Leasingnehmer nicht zum Ausgleich verpflichtet. Aus der Eigentümerstellung des Leasinggebers und der Risikoverteilung bei Kilometerabrechnung folgt, dass Wertsteigerungen wie Wertverluste grundsätzlich allein ihn treffen. Dies entspricht auch dem gesetzlichen Leitbild nach § 538 BGB. Anders ist es nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung, wie sie insbesondere bei Restwertverträgen vorliegt.

Zahlungen, die der Leasinggeber für Beschädigung oder Zerstörung des Fahrzeugs von Dritten, insbesondere Versicherungen, erhalten hat, sind auf den Restwertausgleichsanspruch oder die Kaufpreiszahlung nach Andienung anzurechnen. Hierzu zählt insbesondere eine aufgrund eines Verkehrsunfallschadens vereinnahmte Schadensersatzzahlung für merkantile Wertminderung. Auf den Zustandsausgleichsanspruch sind Zahlungen nur anzurechnen, wenn sie sich auf die konkret bei Rückgabe vorhandenen Mängel beziehen, beispielsweise eine Zahlung der Vollkaskoversicherung für vorhandene Fahrzeugschäden.

## F. Rückgabemaßstab

Welche Eigenschaften das Fahrzeug bei der Rückgabe haben soll, können die Parteien aufgrund der Privatautonomie grundsätzlich frei vereinbaren. Sie könnten als Maßstäbe also beim Kilometerleasing einen Schrottzustand oder übersteigerten Idealzustand, beispielsweise den Neuzustand, und beim Restwertleasing einen Restwert von 0 oder unrealistisch überhöhten Restwert, beispielsweise den Neupreis, vereinbaren. Solche Gestaltungen werden nicht sittenwidrig sein, solange die Leasingraten

entsprechend angepasst sind. Der Ausgleichsanspruch ist bei überhöhtem Rückgabemaßstab insoweit als Entgelt anzusehen, wie der vereinbarte Maßstab über das realistisch zu Erwartende hinausgeht. Nur beim überhöhten Teil handelt es sich um einen Zwangsschaden, also eine vorprogrammierte Zahlung, die von vorneherein angelegt ist. Der auf diesen Teil entfallende Ausgleich unterliegt daher der Umsatzsteuer und der erhöhten Verzinsung nach § 288 Abs. 2 BGB.

In den letzten Jahren werden Fahrzeuge immer mehr über die Rate verkauft. Die Durchschnittspreise der verkauften Neuwagen stiegen 1,7 % stärker als die allgemeinen Verbraucherpreise.<sup>29</sup> 1980 mussten Käufer durchschnittlich 9,4 Nettomonatsgehälter für ein Neufahrzeug zahlen, 2011 waren es 15,7 Nettomonatsgehälter. In dieser Situation sind viele Kunden nur noch über Finanzierungen zu gewinnen. Der Absatzwettbewerb wird über die Monatsraten geführt, die in den Autohäusern prominent an den Fahrzeugen angebracht sind und von den Kunden verglichen werden. Dabei ist die Versuchung groß, das in der Rate gewährte vermeintlich günstige Angebot durch einen gesteigerten Rückgabemaßstab zu kompensieren. Eine solche Kompensation ist aus Kundensicht problematisch, weil das Leasing letztlich teurer wird, als ihm beim Vertragsschluss vor Augen geführt wurde.

Gibt der Leasinggeber übersteigerte Zustandsdefinitionen oder einen überhöhten vertraglichen Restwert AGB-mäßig vor, z.B. in einem Vertragsformular oder in Leasingbedingungen, sind Überraschungsverbot (§ 305c Abs. 1 BGB) und Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu beachten. § 307 Abs. 3 BGB steht nicht entgegen, zumal er die Transparenzkontrolle ohnehin unberührt lässt.<sup>30</sup> Auch die Feststellung des BGH aus dem Jahr 1996, dass eine Restwertgarantie seitens des Leasingnehmers „leasingtypisch und auch sonst rechtlich unbedenklich“ ist,<sup>31</sup> befreit nicht von der auf die Umstände des Einzelfalls zu beziehenden Überraschungs- und Transparenzkontrolle. Letztlich kommt es darauf an, ob die Übersteigerung bzw. Überhöhung beim Vertragsschluss für den Kunden hinreichend deutlich erkennbar ist.<sup>32</sup> Dabei sind neben dem Vertragsformular

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 21.09.2011 - VIII ZR 184/10 Rn. 11, und BGH, Urt. v. 24.04.2013 - VIII ZR 336/12 Rn. 25.

<sup>29</sup> Durchschnittspreise für Neuwagen um 3,9 Prozent auf 25,893 Euro gestiegen, marke41 2012, 66, unter Bezugnahme auf Erhebungen des Center Automotive Research, Universität Duisburg-Essen.

<sup>30</sup> Koch in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, Leasing (3. Bd.), Rn. 128.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 04.06.1997 - VIII ZR 312/96 Rn. 21.

<sup>32</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 18.11.2011 - 13 S 123/11 Rn. 31 ff.; Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 1721; Martinek/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch, 2. Aufl. 2008, Rn. 8.

die Werbung und der Inhalt des Vertragsgesprächs zu berücksichtigen, auch wenn die Werbung vom Lieferanten geschaltet und das Vertragsgespräch von ihm geführt wird.<sup>33</sup> Die Berücksichtigung eines Umstandes i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB oder des § 307 Abs. 3 Nr. 3 BGB setzt nicht voraus, dass dieser vom Verwender zu verantworten ist, sondern allein, dass er bei Abgabe der Vertragserklärung des Kunden obwaltete. Keine Rolle spielt, ob der überhöhte Rückgabemaßstab durch abgesenkte Leasingraten kompensiert wird. Das Überraschungsverbot und das Transparenzgebot sollen nicht wirtschaftliche Adäquanz herbeiführen, sondern die Vertragsentschlussfreiheit des Kunden schützen,<sup>34</sup> also sein Recht, vor der Unterschrift von der durch einen überhöhten Maßstab vorprogrammierten Nachbelastung zu erfahren und zu dem Vertrag Nein zu sagen.

Gleiches gilt für Aufklärungs- und Hinweispflichten. Die Leasingbanken, die durch die Leasingrückläufer über umfangreiche statistische Erfahrung zu Fahrzeugpreisen verfügen, können regelmäßig einschätzen, ob ein angesetzter Restwert dem zu erwartenden Gebrauchtwagenerlös entspricht oder ob er unrealistisch überhöht ist. Jedenfalls erwecken sie gegenüber dem Kunden den Eindruck, sie seien zu einer solchen Schätzung in der Lage.<sup>35</sup> Der Leasingnehmer ist – ob Unternehmer oder Verbraucher – regelmäßig Fahrzeuggläubiger und verfügt über keine Daten zu Fahrzeugrestwerten. Insofern sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anzuwenden: Erkennt der Leasinggeber Fehlvorstellungen des Leasingnehmers, die für den Vertragsschluss maßgeblich sind, muss er sie ausräumen.<sup>36</sup> Dies gilt insbesondere für Fehlvorstellungen, die der Leasinggeber durch seine Werbung weckt. Zudem muss er Hinweise erteilen, wenn er in Bezug auf die Vertragsrisiken einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Leasingnehmer hat.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> LG Berlin, Urt. v. 30.05.2013 - 7 O 159/12 - n.v.; KG Berlin, Beschl. v. 15.10.2013 - 7 U 112/13 - n.v.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 12.10.2005 - IV ZR 245/03 Rn. 43.

<sup>35</sup> „Wir kalkulieren vorher den Wert Ihres Volkswagen zum Vertragsende. Wenn Sie den Wagen zurückgeben, vergleichen wir diesen Wert mit dem tatsächlichen Verkaufserlös. Die Differenz rechnen wir gemeinsam mit Ihnen zu fairen Konditionen ab.“ ([https://www.volkswagenbank.de/de/privatkunden/Produkte/automobil\\_leasing/privatleasing/auf\\_einen\\_blick.html](https://www.volkswagenbank.de/de/privatkunden/Produkte/automobil_leasing/privatleasing/auf_einen_blick.html)); „Restwert: Voraussichtlicher Marktwert des Fahrzeuges (Händlereinkaufspreis) bei Vertragsablauf. Ihr Toyota-Händler kalkuliert den Restwert auf Basis der von der Toyota Leasing GmbH vorgegebenen Werte. Diese werden ständig auf ihre Aktualität und Marktgerechtigkeit hin geprüft; dies gibt Ihnen finanzielle Sicherheit.“ (<http://web.archive.org/web/20070509205921/http://www.toyota.de/finance/glossar/restwert.aspx>).

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 11.03.1987 - VIII ZR 215/86 Rn. 33.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 03.06.2008 - XI ZR 131/07; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 8. Aufl. 2013, Anh. zu §§ 488-515, Rn. 85.

## Zustimmungsbedürftigkeit der Errichtung von Mobilfunksendeanlagen auf Wohnungseigentumsanlagen

BGH, Urt. v. 24.01.2014 - V ZR 48/13

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L.

Der BGH hat in einer viel beachteten Entscheidung entschieden, dass die Anbringung einer Mobilfunkanlage auf einem Haus eine bauliche Veränderung sei, die nach § 22 Abs. 1 WEG in Verbindung mit § 14 Nr. 1 WEG der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer bedarf.

### A. Sachverhalt

Die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft fassten 2010 mehrheitlich den Beschluss, einem Unternehmen die Aufstellung und den Betrieb einer Mobilfunkanlage auf dem Fahrstuhldach der Wohnungseigentumsanlage zu gestatten. Die Klägerin - ebenfalls Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft - war damit nicht einverstanden. Der von ihr gegen den Beschluss erhobene Anfechtungsklage haben beide Vorinstanzen mit der Begründung stattgegeben, die Anbringung der Mobilfunkanlage sei eine bauliche Veränderung, die nach § 22 Abs. 1 WEG in Verbindung mit § 14 Nr. 1 WEG der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer bedürft hätte.

### B. Entscheidung des BGH

Der V. Zivilsenat des BGH hat die Revision zurückgewiesen und die Rechtsauffassung der Vorinstanzen bestätigt. Zur Begründung führte der BGH zunächst aus, dass es sich bei der Errichtung einer Mobilfunkanlage um eine bauliche Veränderung im Sinne der vorgenannten Vorschriften handele. Es spreche schon vieles dafür, dass selbst eine - nicht lediglich völlig unerhebliche - Erweiterung einer bereits vorhandenen Anlage an dem bisherigen Standort eine bauliche Veränderung darstelle. Dass dies jedenfalls für die erstmalige Anbringung von Sendeanlagen auf dem bislang nicht mit solchen Anlagen versehenen Dach des Aufzugshauses gilt, liege ebenso auf der Hand wie der Umstand, dass es vorliegend nicht um eine (modernisierende) Instandhaltung oder Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums nach den §§ 22 Abs. 1 u. 3, 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG gehe, die mit einfacher Mehrheit beschlossen werden könnte. Ebenso wenig liege eine Modernisierung nach § 22 Abs. 2 WEG vor, die dem Willen einer qualifizierten Mehrheit der Wohnungseigentümer unterläge. Sodann hält der BGH fest, dass auf der Grundlage des allgemein-kundigen wissenschaftlichen Streits um die von Mobilfunksendeanlagen ausgehenden Gefahren und daraus resultierenden Befürchtungen zumindest die ernsthafte Möglich-