

## Die leasingtypischen Ausgleichsansprüche bei Fahrzeugrückgabe im Rahmen eines Leasingvertrags\*

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

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 Sonderzahlungen, Leasingraten und Verwertungserlöse seine Aufwendungen decken und den erstrebten Gewinn ergeben. Deshalb wird im Vertrag regelmäßig ein Rückgabemaßstab definiert, der durch das Fahrzeug und ansonsten durch Ausgleichszahlung erreicht werden soll. Der Rückgabeanpruch wird vertraglich durch leasingtypische Ausgleichsansprüche ergänzt, die auf durch Zustandsmängel bedingte Wertminderung, Ausgleich von Mehr- oder Minderkilometern oder Ausgleich einer Differenz zwischen kalkuliertem und tatsächlichem Restwert gerichtet sind.

### A. Zustandsausgleich

Regelmäßig wird vereinbart, dass das Fahrzeug in einem seinem Alter und der vereinbarten Fahrleistung entsprechenden Zustand sein muss, jedenfalls aber verkehrs- und betriebssicher. Die Verkehrs- und Betriebssicherheit gibt also die absolute Untergrenze des Zustands vor. Üblicher Verschleiß ist zu akzeptieren,<sup>1</sup> aber nur solange, wie die Verkehrs- und Betriebssicherheit aufrechterhalten ist. Dabei ist unter Verkehrs- und Betriebssicherheit nicht ein wünschenswerter Idealzustand zu verstehen, sondern der durch das Straßenverkehrsrecht vorgegebene Mindeststandard. Deshalb müssen beispielsweise Reifen die Mindestprofiltiefe i.S.d. § 36 Abs. 2 Satz 3 StVZO aufweisen, also 1,6 Millimeter am ganzen Umfang der breiten Profilrillen im mittleren Bereich der Lauffläche, der etwa 3/4 der Laufflächenbreite einnimmt. Wird diese Profiltiefe nicht erreicht, muss der Leasingnehmer den Reifen ersetzen. Allerdings muss er keinen neuen Reifen kaufen. Ein verkehrs- und betriebssicherer Gebrauchtreifen genügt.<sup>2</sup>

Einbauten und selbst eingebrachtes Zubehör muss der Leasingnehmer vor der Rückgabe entfernen, und zwar unabhängig davon, ob der Leasinggeber die Veränderungen gestattet hat. Der Leasingnehmer hat keinen Anspruch auf Erstattung von Wertverbesserungen, andererseits kann der Leasinggeber nicht verlangen, dass Einbauten und Zubehör im Fahrzeug verbleiben.<sup>3</sup>

Die Kosten der Abmeldung sind grundsätzlich vom Leasinggeber zu tragen. Erhält der Leasingnehmer das Fahrzeug wie üblich in angemeldetem Zustand, schuldet er

auch nur Rückgabe in angemeldetem Zustand und nicht die Abmeldung.<sup>4</sup>

Kosten für die Aufbereitung des Fahrzeugs kann der Leasinggeber nicht verlangen, da der Leasingnehmer regelmäßig keinen verkaufsfertigen Rückgabezustand schuldet.<sup>5</sup> Bei sonstigen Verwertungskosten sollte ebenfalls ein strenger Maßstab angelegt werden, und zwar nicht nur beim Kilometervertrag, sondern auch beim Restwertvertrag. Denn auch beim Restwertvertrag ist die bestmögliche Verwertung Pflicht des Leasinggebers. Er kann deshalb die Erledigung der dabei anfallenden Aufgaben grundsätzlich auch dann nicht gesondert in Rechnung stellen, wenn er sie gegen Entgelt einem Dritten als Dienstleister überträgt.

Genügt das Fahrzeug dem vertraglichen Rückgabemaßstab nicht, schuldet der Leasinggeber nicht die Kosten der Mängelbehebung, also z.B. Reparaturkosten, sondern den merkantilen Minderwert,<sup>6</sup> d.h. den Unterschiedsbetrag zwischen dem mit den Mängeln erzielbaren Verwertungserlös und dem ohne die Mängel erzielbaren Verwertungserlös.<sup>7</sup> Hintergrund ist, dass Leasinggeber das Fahrzeug regelmäßig weder behalten noch reparieren, sondern es unrepariert verwerten. Ein erneutes Verleasen scheitert regelmäßig daran, dass keine kaufrechtlichen Sachmängelansprüche gegen den Lieferanten mehr bestehen, auf deren Abtretung der Leasinggeber zum Ausschluss seiner mietrechtlichen Sachmängelhaftung angewiesen ist. Der merkantile Minderwert liegt meist unterhalb der Schadensbehebungskosten, weil Gebrauchtwagenkäufer die Schäden teilweise selbst, zu geringeren Kosten oder gar nicht beheben. Im Einzelfall kann der merkantile Minderwert auch größer sein als der Betrag, den der Leasingnehmer zur Erfüllung seiner Pflichten hätte aufwenden müssen. Beispielsweise kann der aus unterlassenen Wartungen und Inspektionen eintretende Wertverlust des nicht mehr als

\* Folgebeitrag zu dem in jM 2014, 189 veröffentlichten Aufsatz „Fahrzeugrückgabe beim Leasingvertrag“.

<sup>1</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung zur Abgrenzung bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L657.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.08.2012 - 17 U 242/11 Rn. 13.

<sup>3</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L613.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.2008 - I-24 U 144/07 Rn. 19.

<sup>5</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L661.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.08.2012 - 17 U 242/11 Rn. 10.

<sup>7</sup> Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 2004.

scheckheftgepflegt geltenden Fahrzeugs größer sein, als die Inspektionen gekostet hätten.

Der Leasinggeber trägt die Darlegungs- und Beweislast. Den Darlegungen muss sich entnehmen lassen, welchen vertragsgemäßen Sollzustand das Fahrzeug am regulären Vertragsende habe aufweisen sollen, worin die konkreten Zustandsmängel bestehen und dass sie nicht auf normalem Verschleiß, sondern übermäßiger Abnutzung beruhen.<sup>8</sup> Die Fragen an einen Sachverständigen lauten: Sind am Fahrzeug übermäßige Abnutzungen oder Schäden oder Wartungs- oder Instandhaltungsmängel vorhanden, die über bei einem X Jahre alten Fahrzeug mit einer geplanten Laufleistung von Y Kilometern zu erwartende Gebrauchsspuren hinausgehen oder die Verkehrs- oder Betriebssicherheit entfallen lassen? Würde ein Gebrauchtwagenkäufer am Gebrauchtwagenmarkt aufgrund dieser Mängel einen Kaufpreinsnachlass durchsetzen können, und wenn ja, in welcher Höhe (netto)?

Viele Gutachten leiden daran, dass die vertragliche Laufleistung und die schon daraus folgende Abnutzung beim Bewertungsmaßstab außer Acht gelassen werden und stattdessen auf eine durchschnittliche Laufleistung oder die tatsächliche Laufleistung abgestellt wird, dass nicht ausreichend zwischen Reparaturkosten und Minderwert differenziert wird, dass „Minderwerte“ schlicht addiert werden, statt den merkantilen Minderwert in der gebotenen Gesamtschau zu bestimmen.

Solche eklatanten Fehler führen gemäß § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Unverwertbarkeit als Schiedsgutachten. Überhaupt halten Schiedsklauseln aufgrund der an sie zu stellenden hohen Anforderungen regelmäßig der AGB-Kontrolle nicht stand. Oft ist nicht erkennbar, ob es sich um eine Schlichtungsklausel, eine materiellrechtliche Fälligkeit voraussetzung oder eine nebenvertragliche Pflicht handelt. Bei solchen Unklarheiten ist gemäß § 305c Abs. 2 BGB regelmäßig von der für den Leasingnehmer günstigsten Auslegung auszugehen. Ein Schiedsgutachtenvertrag nach § 317 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nur vor, wenn auf diese Bedeutung des Gutachtens ausdrücklich hingewiesen wird.<sup>9</sup> Eine Gutachterklausel kann wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein, wenn die Neutralität, vollständige Unabhängigkeit und Sachkunde des Schiedsgutachters bezogen auf den Interessenkreis des Leasinggebers nicht gewährleistet ist,<sup>10</sup> etwa weil der Leasinggeber den Gutachter allein aussucht.

Der Zustandsausgleichsanspruch ist keine Entgeltforderung, weil die Parteien grundsätzlich von einer Rückgabe in vertragsgemäßem Zustand ausgehen. Daher unterliegt er weder der Umsatzsteuer<sup>11</sup> noch der erhöhten Entgeltverzinsung nach § 288 Abs. 2 BGB<sup>12</sup>.

Umstritten ist, ob die Geltendmachung des Zustandsausgleiches eine Nachfristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt.<sup>13</sup> Der BGH hat dies nun verneint.<sup>14</sup> Mit der Entscheidung schreibt er seine aus Wohnraummietangelegenheiten bekannte Linie fort, wonach im Auszug des Mieters ohne Vornahme der ihm obliegenden Schönheitsreparaturen bereits eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu sehen sei.<sup>15</sup>

Letztlich stellt der BGH auf das Argument ab, eine Nacherfüllung komme nicht in Betracht, weil der Leasingnehmer kein Recht mehr zum Besitz habe. Das verblüfft, denn in Nacherfüllungssituationen hat der zur Nacherfüllung Verpflichtete regelmäßig kein Besitzrecht mehr.

In der Praxis steht das Fahrzeug meist einige Wochen beim Händler, bevor es weiter verwertet wird. Einige Mängel werden auch dort durch den Leasingnehmer oder von ihm Beauftragte behebbare sein, ohne dass der Leasinggeber das Fahrzeug aus der Hand geben muss. Dies gilt beispielsweise für die Nachlieferung fehlender oder schadhafter Teile oder für die Behebung leichter Lackschäden. Jedenfalls in diesen Fällen sollte der Rechtsgedanke des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB beachtet und eine Nachfristsetzung vorausgesetzt werden.

Auch der geäußerte Zweifel, ob die schadensrechtliche Norm auf den leasingtypischen Ausgleichsanspruch anwendbar ist, ist auszuräumen. Der Grundgedanke, einen Schaden möglichst zu mindern, gilt bei garantiemäßigen Einstandspflichten entsprechend und ist nicht von der Einordnung des Ausgleichsanspruchs als Schadensersatzanspruch oder Erfüllungsanspruch abhängig.<sup>16</sup> Steht das Fahrzeug nicht mehr zur Nacherfüllung zur Verfügung, weil es sofort verwertet wurde, ist dies ein besonderer Umstand i.S.d. § 281 Abs. 2 BGB, der die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigt. Das Vollamortisationsprinzip und die Bedeutung der Verwertung rechtfertigen, dass der Leasingnehmer auf eine Verwertungschance nicht zugunsten der Nachfristsetzung verzichten muss.

<sup>8</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 06.02.2014 - 17 U 232/11; Hoffmann-Benz, jurisPR-VerkR 9/2014 Anm. 4.

<sup>9</sup> LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.07.1988 - 2/24 S 102/87 Rn. 16.

<sup>10</sup> LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.07.1988 - 2/24 S 102/87 Rn. 17.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2011 - VIII ZR 260/10 Rn. 16 ff.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 17.07.2013 - VIII ZR 334/12 Rn. 10 und 13.

<sup>13</sup> Befürwortend AG Blomberg, Urt. v. 20.04.2011 - 4 C 324/10 Rn. 29 ff.; AG Zerbst, Urt. v. 16.11.2011 - 6 C 307/09 Rn. 24.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 17.07.2013 - VIII ZR 334/12 Rn. 12.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 19.11.1997 - XII ZR 281/95 Rn. 13.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 25.10.1990 - VII ZR 230/88 Rn. 30.

## B. Ausgleich von Mehr- und Minderkilometern

Beim Kilometervertrag ist regelmäßig ein Ausgleich von Mehr- und Minderkilometern vereinbart. Der Ausgleichsanspruch entsteht, wenn die Zahl der tatsächlich während der Leasingzeit gefahrenen Kilometer von der Zahl der vertraglich vereinbarten Kilometer abweicht. Er kann zu einer Erstattung (Minderkilometer) oder Nachzahlung (Mehrkilometer) führen. In der Regel werden im Vertrag unterschiedliche Beträge in Cent pro Mehr- und pro Minderkilometer festgelegt. Dies kann den Leasingnehmer unangemessen benachteiligen,<sup>17</sup> weil der Wertverlust pro Mehrkilometer nicht wesentlich vom Wertgewinn pro Minderkilometer abweichen dürfte. Außerdem wird häufig eine Toleranz vereinbart, innerhalb derer Abweichungen keinen Ausgleichsanspruch begründen. Der Mehr- und Minderkilometerausgleichsanspruch ist im Gegensatz zum Zustandsausgleichsanspruch ein Entgeltanspruch, denn er steht in unmittelbarer Wechselbeziehung zur Fahrzeugnutzung. Er unterliegt deshalb der Umsatzsteuer und – bei gewerblichen Leasingnehmern – der erhöhten Verzinsung nach § 288 Abs. 2 BGB.

## C. Restwertausgleich

Der Rückgabewert wird geprägt durch die Pflicht des Leasinggebers zur „bestmöglichen“ Verwertung. Danach muss der Leasinggeber zumutbaren Möglichkeiten nachgehen, einen über dem begutachteten Händlereinkaufspreis liegenden Erlös zu erzielen, insbesondere wenn ihm vom Leasingnehmer weitere Interessenten genannt werden.<sup>18</sup> Besteht eine Rückkaufverpflichtung des Lieferanten, muss der Leasinggeber von ihr Gebrauch machen, wenn sich sonst kein höherer Erlös erzielen lässt.<sup>19</sup> Lädt der Leasinggeber den Leasingnehmer ein, ein Kaufangebot abzugeben oder zu vermitteln, und erfolgt dann kein höheres Angebot, darf der Leasinggeber zum Händlereinkaufspreis verwerten.<sup>20</sup> Eine Zweiwochenfrist ist zu kurz.<sup>21</sup>

In der Praxis setzen die Leasinggeber die BGH-Rechtsprechung um, indem sie dem Leasingnehmer das Fahrzeug zum Händlereinkaufspreis anbieten, den sie zuvor durch einen regelmäßig für sie tätigen Sachverständigen schätzen lassen. Weil der Leasingnehmer meist weder über die Liquidität verfügt, das Fahrzeug zu kaufen – ein Grund für das Leasing – noch das abgegebene Fahrzeug Dritten präsentieren kann, um sie als Kaufinteressenten zu werben, kann er den niedrig angesetzten Händlereinkaufspreis nicht überbieten. Der Leasinggeber verkauft das Fahrzeug dann regelmäßig an seinen Lieferanten, der den günstigen Einkaufspreis gewissermaßen als nachlaufende Provision<sup>22</sup> verbuchen kann.

Dieses Ergebnis ist mit der vertraglichen Aufgabenverteilung, nach der der Leasinggeber die Verwertung übernimmt, nicht mehr in Einklang zu bringen. Seit der BGH-Entscheidung 1997 hat das Internet zu einem grundlegenden Umbruch des Gebrauchtwagenhandels geführt. Die Fahrzeugbörsen im Internet ermöglichen, Gebrauchtwagen mit geringem Aufwand einzustellen und anzubieten. Kfz-Haftpflichtversicherungen überbieten bei der Totalschadensabrechnung regelmäßig die von Sachverständigen geschätzten Restwerte durch über Internetbörsen eingeholte Angebote. Leasinggebern ist im Rahmen „bestmöglicher“ Verwertung nicht weniger zumutbar.

Ob der Restwertausgleichsanspruch der Umsatzsteuer unterliegt, ist umstritten. Dafür soll sprechen, dass die unstreitig umsatzsteuerpflichtigen Leasingraten und der vertragliche Restwert aus Sicht des Leasinggebers kalkulatorisch „kommunizierende Röhren“ sind. Es bestehe die Gefahr, dass die Parteien einen unrealistisch überhöhten Restwert vereinbaren und Umsatzsteuer sparen, indem sie die Zahllast von den Leasingraten in den Restwertausgleich verschieben.<sup>23</sup>

Indes rechtfertigt die Möglichkeit, dass ein Restwert im Einzelfall überhöht vereinbart wird, nicht, Restwertausgleichsansprüche insgesamt der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Entgeltanteil ist in einem solchen Fall nur der überhöhte Teil.<sup>24</sup> Entscheidend für den Regelfall des vertraglichen Restwertes<sup>25</sup> ist, dass Ausgleichsansprüche, die (auch) an den Fahrzeugzustand anknüpfen, mit den Leistungen des Leasinggebers – Gebrauchsüberlassung und mittelbare Kapitalbereitstellung – in keiner unmittelbaren

<sup>17</sup> Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 2028.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 10.10.1990 - VIII ZR 296/89 Rn. 25.

<sup>19</sup> OLG Oldenburg, Urt. v. 06.03.2012 - 13 U 4/11 Rn. 49.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 04.06.1997 - VIII ZR 312/96 Rn. 23.

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.03.2004 - 24 U 193/03, und OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.06.2005 - 24 U 235/04.

<sup>22</sup> Es handelt sich allerdings nicht um eine Provision i.S.d. §§ 87, 87a HGB, vgl. BGH, Urt. v. 08.02.2006 - VIII ZR 45/05 Rn. 26.

<sup>23</sup> OLG Hamm, Urt. v. 29.05.2013 - I-30 U 166/12 Rn. 60.

<sup>24</sup> A.A. BGH, Urt. v. 28.05.2014 - VIII ZR 179/13, und BGH, Urt. v. 28.05.2014 - VIII ZR 179/13, wonach der Restwertausgleich immer und insgesamt der Umsatzsteuer unterliegen soll. Die Entscheidungsgründe waren zum Zeitpunkt der Manuskriptfertigstellung noch nicht veröffentlicht.

<sup>25</sup> Der Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen (BDL) definiert: „Kalkulierter Restwert: Beim kalkulierten Restwert gehen Leasingnehmer und Leasing-Geber davon aus, dass nach Ablauf der vereinbarten Grundmietzeit das Leasing-Objekt noch einen bestimmten Restwert hat, der sich aus der vereinbarten Nutzung unter Berücksichtigung der zukünftigen Marktpreisentwicklung ergibt.“ (<http://bdl.leasingverband.de/leasing/leasing-a-z/restwert?type=0>).

Wechselbeziehung stehen.<sup>26</sup> Es gibt keinen Grund, einen schadensbedingten Mindererlös beim Restwertleasing umsatzsteuerrechtlich anders zu behandeln als einen schadensbedingten Minderwert beim Kilometerleasing, für den anerkannt ist,<sup>27</sup> dass er nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

Der Leasinggeber richtet seine Leistungen nicht auf die Erzielung eines Restwertausgleichs aus. Ob und in welcher Höhe ein Restwertausgleichsanspruch entsteht, hängt nicht von seinen Leistungen ab, sondern vom Zustand des Fahrzeugs und von der Lage am Gebrauchtwagenmarkt. Die Ausgleichszahlung wird nicht stets fällig, sondern nur, soweit der Verwertungserlös hinter dem kalkulierten Restwert zurückbleibt. Nach den üblichen Klauseln kann es auch zu einer Herauszahlungsverpflichtung des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer kommen, dann nämlich, wenn der Verwertungserlös den kalkulierten Restwert übersteigt. Sie steht in Ergänzung zur Fahrzeugrückgabe und hat in erster Linie eine Tilgungsfunktion.

Aus diesen Gründen unterliegt der Restwertausgleichsanspruch auch nicht der erhöhten Verzinsung nach § 288 Abs. 2 BGB.

#### D. Kündigungsschaden

Sofern der Leasingvertrag aus einem vom Leasingnehmer zu vertretenden Grund vorzeitig gekündigt wurde, ist der Leasinggeber so zu stellen, als sei der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden. Entgangener Gewinn steht dem Leasinggeber nur anteilig bis zum Wirksamkeitszeitpunkt der nächstmöglichen berechtigten Kündigung des Leasingnehmers zu.<sup>28</sup>

Allerdings sind die künftigen Leasingraten netto anzusetzen, da ihnen keine Leistung des Leasinggebers mehr gegenübersteht.<sup>29</sup> Außerdem sind sie abzuzinsen, um den Vorteil auszugleichen, den der Leasinggeber durch die vorzeitige Vereinnahmung der sonst erst künftig fällig werdenden Raten erhält. Der Leasinggeber muss für die Abrechnung benötigte Informationen bereitstellen und seine Kalkulation offenlegen.<sup>30</sup>

Bei Verträgen mit Restwertabrechnung ist der Kündigungsschaden in der Regel wie folgt zu berechnen: Summe der restlichen Leasingraten minus Abzinsung Leasingraten plus vereinbarter Restwert minus Abzinsung Restwert minus ersparte laufzeitabhängige Kosten, insbesondere Verwaltungs- und Refinanzierungskosten, minus Verwertungserlös des Leasingrückläufers. Der Verwertungserlös ist in voller Höhe anzusetzen.<sup>31</sup>

Bei Verträgen mit Kilometerabrechnung ist der Kündigungsschaden in der Regel wie folgt zu berechnen: Summe der restlichen Leasingraten minus Abzinsung Leasingraten

plus hypothetischer Restwert minus Abzinsung hypothetischer Restwert minus ersparte laufzeitabhängige Kosten minus Verwertungserlös.<sup>32</sup> Hypothetischer Restwert ist dabei der Restwert, der bei regulärer Vertragsbeendigung und vereinbarter Kilometerlaufleistung erzielt worden wäre. Der hypothetische Restwert ist auf Basis des tatsächlichen Verwertungserlöses zu schätzen und wird regelmäßig niedriger sein als dieser. Der hypothetische Restwert darf nicht mit dem vom Leasinggeber intern kalkulierten Restwert verwechselt werden. Das Restwertisiko muss gemäß der für die Kilometerabrechnung typischen Risikoverteilung auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung beim Leasinggeber verbleiben. Anderslautende Klauseln, die bei vorzeitiger Beendigung auf Restwertabrechnung umschwenken, sind regelmäßig überraschend und damit unwirksam.<sup>33</sup>

#### E. Verspätete Rückgabe des Fahrzeugs und Nichtrückgabe

Der Leasinggeber kann Nutzungsentschädigung verlangen, wenn der Leasingnehmer das Leasingobjekt bei Vertragsende gegen den Willen des Leasinggebers behält. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 546a Abs. 1 BGB und ist im Leasingrecht auf Weiterzahlung der Leasingraten gerichtet, es sei denn, dass Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten monatlichen Leasingrate zu dem verbliebenen Verkehrs- oder Gebrauchswert völlig außer Verhältnis steht.<sup>34</sup> Kritisiert wird, die Gleichsetzung der Leasingrate mit dem Mietzins berücksichtige nicht das Vollamortisationsprinzip und den degressiven Wertverlust.<sup>35</sup> Jedoch vereinbaren auch die Leasingparteien die regulären Raten nicht in Höhe des Wertverlusts im jeweiligen Monat, sondern gleichmäßig. Die Raten stehen nicht dem Wertverlust gegenüber, sondern sind Entgelt für die Gebrauchsunterlas-

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 14.03.2007 - VIII ZR 68/06 Rn. 16 f., und BGH, Urt. v. 18.05.2011 - VIII ZR 260/10 Rn. 14 f. und 21 f.; BFH, Urt. v. 20.03.2013 - XI R 6/11 Rn. 24 ff.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2011 - VIII ZR 260/10 Rn. 16 ff.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 10.10.1990 - VIII ZR 296/89 Rn. 19.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 14.03.2007 - VIII ZR 68/06.

<sup>30</sup> Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 2039.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 26.06.2002 - VIII ZR 147/01.

<sup>32</sup> Vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.07.2004 - VIII ZR 367/03.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 11.01.1995 - VIII ZR 61/94 Rn. 19, und BGH, Urt. v. 14.07.2004 - VIII ZR 367/03 Rn. 21.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 13.04.2005 - VIII ZR 377/07; a.A. Martinek/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch, 2. Aufl. 2008, Rn. 32 f.

<sup>35</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L631 f. m.w.N.; dagegen Martinek/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch, 2. Aufl. 2008, Rn. 31.

sung und Kapitalbereitstellung. Durch die verzögerte Rückgabe nimmt der Leasingnehmer den Gebrauch und das gebundene Kapital weiter in Anspruch. Zwar hat sich die Kapitalbindung verringert, doch durchkreuzt die rechtswidrige Verzögerung die Refinanzierungsplanung des Leasinggebers. Und der Gebrauchsvorteil unterscheidet sich regelmäßig kaum von dem während der Vertragslaufzeit.

Eine wesentliche Voraussetzung des § 546a BGB ist, dass das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht; AGB-Klauseln, die diese Voraussetzung auslassen, sind nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.<sup>36</sup> Kein Anspruch nach § 546a BGB besteht beispielsweise, wenn der Leasingnehmer das Fahrzeug mit Einverständnis des Leasinggebers über die vertragliche Laufzeit hinaus behält, um die Zeit bis zur Auslieferung eines neuen Fahrzeugs zu überbrücken. In einem solchen Fall kommen eine Vertragsverlängerung gemäß § 545 BGB oder ein Anspruch auf Ersatz gezogener Nutzungen nach den §§ 812, 818 BGB in Betracht. Der bereicherungsrechtliche Anspruch setzt einen konkret gezogenen Nutzen voraus und ist der Höhe nach auf den objektiven Mietwert des Fahrzeugs begrenzt.<sup>37</sup>

Ebenso liegt keine gegen den Willen des Leasinggebers gerichtete Weiternutzung vor, wenn der Leasinggeber irrtümlich davon ausgeht, der Vertrag sei nicht beendet oder habe sich verlängert.<sup>38</sup> Ausgeschlossen ist der Anspruch auf Nutzungsentschädigung auch, wenn Unmöglichkeit der Rückgabe vorliegt.<sup>39</sup> Die Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB unterliegt nicht der Umsatzsteuer,<sup>40</sup> da es sich nicht um Entgelt für eine vom Leasinggeber willentlich geleistete Gebrauchsüberlassung, sondern um Schadensersatz für die gegen seinen Willen stattfindende Entziehung handelt.

Befindet sich der Leasingnehmer mit der Rückgabe in Verzug, kann der Leasinggeber die Herausgabe des Fahrzeugs einklagen. Alternativ kann er Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§ 281 Abs. 1 BGB). Da vertraglich üblicherweise geregelt ist, dass der Leasingnehmer die Sach- und Preisgefahr übernimmt, muss er für den Verkehrswert auch dann einstehen, wenn er das Fahrzeug unverschuldet nicht zurückgeben kann,<sup>41</sup> es sei denn, der Leasinggeber vereitelt die Rückgabe. Er muss dem Leasingnehmer dazu eine Nachfrist zur Fahrzeugrückgabe setzen. Allein die Nichtrückgabe zum vereinbarten Zeitpunkt macht die Nachfristsetzung nicht entbehrlich.<sup>42</sup> Mit Verlangen des Schadensersatzes erlischt der Rückgabeanspruch (§ 281 Abs. 4 BGB), wobei mehrdeutige Erklärungen nicht ausreichen.<sup>43</sup> Der Leasingnehmer kann analog § 255 BGB im Gegenzug Übereignung des Fahrzeugs verlangen.<sup>44</sup>

Um seinen Herausgabeanspruch zu sichern, kann der Leasinggeber durch einstweilige Verfügung das Fahrzeug beschlagnahmen und durch den Gerichtsvollzieher als Sequester aufbewahren lassen (§§ 848 Abs. 1, 938 Abs. 2 ZPO). Die direkte Herausgabe an den Leasinggeber ist im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht möglich, weil sie eine Vorwegnahme der Hauptsache darstellen würde.

Der Leasingnehmer kann sich bei Nichtrückgabe wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar machen. Voraussetzung ist die Zueignungsabsicht, die vom bloßen Vorsatz zum unbefugten (weiteren) Gebrauch abzugrenzen ist.<sup>45</sup> Des Weiteren kommt Strafbarkeit nach § 248b StGB in Betracht, wenn der Leasingnehmer mit dem Fahrzeug weiterhin fährt.

Der Leasinggeber ist nicht berechtigt, das Fahrzeug eigenmächtig abzuholen oder abholen zu lassen (§ 858 Abs. 1 BGB). Klauseln, nach denen der Leasinggeber berechtigt ist, das geleaste Fahrzeug abzuholen, wenn der Leasingnehmer seiner Rückgabepflicht nicht nachgekommen ist, sind wegen unangemessener Benachteiligung des Leasingnehmers unwirksam (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).<sup>46</sup> Entsprechend ist der Leasinggeber auch mit der Geltendmachung von Sicherstellungskosten ausgeschlossen. Der Leasingnehmer darf sich gegen eine eigenmächtige Wegnahme mit Gewalt wehren (§ 859 Abs. 1 BGB) und kann Rückgabe des Fahrzeugs an sich verlangen (§ 861 Abs. 1 BGB), selbst wenn die Leasingzeit abgelaufen ist und er eigentlich nicht mehr berechtigt wäre, das Fahrzeug zu behalten (§ 863 BGB).

## F. Insolvenzrechtliche Fragestellungen

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Vertragspartner sind die gegenseitig bestehenden Ansprüche aus dem Leasingvertrag zunächst nicht mehr durchsetzbar.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 07.01.2004 - VIII ZR 103/03 Rn. 50.

<sup>37</sup> Martinek/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch, 2. Aufl. 2008, Rn. 47.

<sup>38</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L629.

<sup>39</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L628.

<sup>40</sup> Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 9. Aufl. 2014, Anh. zu §§ 488-515 BGB, Rn. 185; a.A. noch BGH, Urt. v. 22.03.1989 - VIII ZR 155/88 Rn. 26; Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 1999; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L630.

<sup>41</sup> Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. L620; Martinek/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch, 2. Aufl. 2008, Rn. 24.

<sup>42</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 281 Rn. 7, 14.

<sup>43</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 281 Rn. 50.

<sup>44</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 281 Rn. 4.

<sup>45</sup> OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.08.2009 - 1 Ss 57/09 Rn. 31; OLG Hamm, Beschl. v. 01.12.1998 - 2 Ss 1356/98 Rn. 8.

<sup>46</sup> OLG Hamm, Urt. v. 20.12.1991 - 30 U 93/91.

Ist ein gegenseitiger Vertrag zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt, fällt dem Insolvenzverwalter gemäß §§ 103 ff. InsO ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages zu. Wählt er die Erfüllung, muss er seinerseits aus der Insolvenzmasse die Gegenleistung erbringen. Die Gegenforderung des anderen Vertragsteils wird durch die Wahl der Erfüllung zur Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ab, hat der andere Vertragsteil lediglich eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung inne, die er als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden kann.

Hat der Leasinggeber das Eigentum an dem Fahrzeug zur Sicherheit an einen Refinanzierer übertragen, steht dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zu, weil der Vertrag dann gemäß § 108 Abs. 1 InsO fortbesteht. Der Leasingvertrag wird im Wesentlichen nach mietrechtlichen Vorschriften beurteilt. Das bedeutet für das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Leasinggebers, dass die §§ 108 ff. InsO grundsätzlich anwendbar sind.<sup>47</sup>

Der Anspruch des Leasinggebers auf Schadensersatz gemäß § 546a BGB ist nur dann Masseverbindlichkeit, wenn der Insolvenzverwalter das Fahrzeug nutzt, ohne Erfüllung zu verlangen.<sup>48</sup>

### G. Fazit

Beim Finanzierungsleasing wird der Rückgabeanspruch durch Ausgleichsansprüche ergänzt, die auf Vollamortisation des Leasinggebers abzielen und als Erfüllungsansprüche einzustufen sind. Gleichwohl sind schadensrechtliche Grundsätze auf sie anwendbar, insbesondere der Rechtsgedanke der Schadensminderung. Typisch sind bei der Kilometerabrechnung der Zustandsausgleichs- und Kilometerausgleichsanspruch sowie beim Restwertleasing der Restwertausgleichsanspruch. Der Rückgabemaßstab wird jeweils durch den Fahrzeugzustand, die geplante Laufleistung oder den vereinbarten Restwert definiert. Abrechnungsart und Rückgabemaßstab bedürfen wirksamer vertraglicher Vereinbarung und unterliegen insbesondere auch der AGB-Kontrolle. Nur der Kilometerausgleichsanspruch ist ein Entgeltanspruch, womit er der Umsatzsteuer unterliegt und bei Unternehmern im Verzugsfall nach § 288 Abs. 2 BGB erhöht zu verzinsen ist. Zustandsausgleich und Restwertausgleich sind keine Entgelte, weil der Leasinggeber seine Leistungen nicht auf sie ausrichtet. Eine Ausnahme gilt bei übersteigerter Zustandsdefinition oder überhöhtem Restwert. Der auf den überhöhten Teil entfallende Ausgleichanteil ist Entgelt, weil es sich um eine vorprogrammierte, von vorneherein fest angelegte

Zahlung handelt. Im Rahmen der bestmöglichen Verwertung ist von Leasinggebern heute zu verlangen, Fahrzeuge in den gängigen Internet-Fahrzeughörsen anzubieten.

<sup>47</sup> Vgl. Ball in: Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rn. 2053 ff.

<sup>48</sup> Weidenkaff in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Einf. v. § 535 Rn. 73.