

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

## Zivilrechtliche Auswirkungen des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991 auf das private Pkw-Leasing

### I. Einleitung

Das BFH-Urteil vom 26. 7. 1991<sup>1)</sup> hat auch in der Leasing-Branche für beträchtliche Unruhe gesorgt, weil danach die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer eines privat (aber auch teilweise gewerblich) genutzten Pkw nicht mehr vier Jahre, sondern regelmäßig acht Jahre beträgt – mit der Konsequenz, daß grundsätzlich ein Abschreibungssatz von 12,5% in Ansatz zu bringen ist. Indessen richtet sich die Leasing-Branche – soweit zu sehen ist – nur in sehr begrenztem Maß beim Abschluß neuer Leasinggeschäfte nach diesem Urteil. Es ist deshalb zu untersuchen, welche zivilrechtlichen Konsequenzen beim privaten Pkw-Leasing in diesen Fällen eintreten.

### II. Das BFH-Urteil vom 26. 7. 1991

#### 1. Die Kernaussage

Kläger in diesem Verfahren war ein Steuerbeamter, der für Dienstreisen seinen eigenen Pkw benutzte. Die dabei angefallenen Aufwendungen setzte er in tatsächlicher Höhe als Werbungskosten ab. Bei der Ermittlung der AfA seines Pkw – zuerst eines VW Santana, später eines VW Passat – ging er von einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von vier Jahren aus. Deshalb berechnete er die Kfz-Kosten mit einem Kilometerbetrag von 0,596 DM. Diesen Sachverhalt wertete der BFH zunächst unter Berücksichtigung seiner Entscheidung vom 7. 2. 1975<sup>2)</sup>: Bei einem zum privaten Vermögen eines Arbeitnehmers gehörenden Pkw, welcher auch beruflich verwendet wird, ist der als Werbungskosten absetzbare Teil der AfA unter Zugrundelegung der Anschaffungskosten nach der technischen und wirtschaftlichen Lebensdauer des Pkw zu bemessen. In dieser Entscheidung hatte der BFH noch erklärt, der Regelsatz einer AfA von 25% für die Nutzung eines Pkw wird in der Praxis im allgemeinen auch dann angewandt, wenn ein Arbeitnehmer sein zum Privatvermögen gehörendes Kfz für berufliche Zwecke verwendet.

In seinem Urteil vom 26. 7. 1991<sup>3)</sup> distanzierte sich der BFH jedoch von seinem Entscheid vom 7. 2. 1975 – mit der Konsequenz, daß bei der Bemessung der AfA für teilweise gewerblich eingesetzte Pkw's nicht mehr i. d. R. wie bei betrieblich genutzten Pkw von einer gewöhnlichen Nutzungsdauer von vier Jahren auszugehen ist<sup>4)</sup>. Entscheidend ist nunmehr, daß der BFH für die Nutzung von Pkw's im außerbetrieblichen Bereich nicht von einer durch die AfA-Tabellen hervorgerufenen Selbstbindung der Verwaltung ausgeht<sup>5)</sup>, sondern daß er kategorisch feststellt, der Stpfl. habe auf die Anwendung der AfA keinen Rechtsanspruch<sup>6)</sup>. Vielmehr enthalten die AfA-Tabellen lediglich einen „Anhalt“ dafür, „ob die Nutzungsdauer eines Anlagenguts zutreffend geschätzt worden ist“<sup>7)</sup>. Unter Berücksichtigung einer Erhebung des ADAC<sup>8)</sup> kommt der BFH vielmehr zu dem Ergebnis, daß – nach der Lebenserfahrung – ein Pkw nach einer vierjährigen Nutzungszeit und einer durchschnittlichen Gesamtfahrleistung von 100 000 km erst einen Wertverlust von 50 bis 70% der Anschaffungskosten erlitten hat. Diese Aussage stützt der BFH<sup>9)</sup> schließlich noch durch eine Erhebung des Forschungsinstituts Roland Berger. Danach betrug die durchschnittliche Jahresfahrleistung von 37% aller Pkw weniger als 10 000 km/Jahr; 89% aller Pkw brachte es jährlich auf eine Fahrleistung zwischen 10 000 und 20 000 km, während 14% aller Pkw eine Fahrleistung zwischen 20 000 und 25 000 km/Jahr aufwiesen. Lediglich 10% der Pkw wies eine Laufzeit von mehr als 25 000 km/Jahr auf.

Da aber für alle Einkunftsarten das Prinzip der periodengerechten Ermittlung der Einkünfte gilt, muß bei einer zutreffenden

Schätzung der Nutzungsdauer eines Pkw sowohl auf den jeweiligen Pkw-Typ als auch auf die durchschnittlich jährliche Kilometerleistung abgestellt werden. Deshalb ist – so der BFH<sup>10)</sup> – bei einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung bis zu 15 000 km regelmäßig von einer Nutzungsdauer von acht Jahren auszugehen. Folglich ist ein Abschreibungssatz von 12,5% entsprechend einer achtjährigen Nutzungsdauer für die Anschaffungskosten in Ansatz zu bringen. Wenn der Stpfl. sich auf eine geringere Nutzungsdauer seines Fahrzeugs beruft, ist er hierfür darlegungs- und beweispflichtig; er ist also gehalten, entsprechende Umstände nachzuweisen, die die Schätzung eines höheren Abschreibungssatzes rechtfertigen<sup>11)</sup>.

#### 2. Übertragung der Grundsätze auf das private Pkw-Leasing

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EStG ist bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Stpfl. zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt. Diese Absetzung bemißt sich nach der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts. Da der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, ist mithin die Ermittlung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer – und die Anwendung der entsprechenden AfA für den Leasinggeber – aus der Perspektive des jeweiligen Leasingnehmers vorzunehmen und für die Feststellung seiner Gewinneinkünfte gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EStG maßgebend.

Notwendigerweise kommt es deshalb auf die tatsächliche Abnutzung des Pkw an, wie sie vom Leasingnehmer während der Dauer des Leasingvertrags verursacht wird. So gesehen besteht zwischen der gewerblichen Nutzung eines dem Stpfl. als Eigentümer gehörenden Pkw und der Nutzung des gleichen Pkw-Typ durch einen privaten Leasingnehmer kein Unterschied. Lediglich der Rechtstitel ist ein anderer; die tatsächliche Abnutzung aber ist die gleiche. Mithin ist auch im Rahmen des privaten Pkw-Leasing davon auszugehen, daß die vom BFH ermittelten, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechenden Jahresfahrleistungen auch beim privaten Pkw-Leasing zutreffen. Zur Konsequenz hat dies, daß auch beim privaten Pkw-Leasing von einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung bis zu 15 000 km auszugehen ist.

Zwangsläufig bedingt dies, daß der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Pkw lediglich berechtigt ist, einen Abschreibungssatz von 12,5% – entsprechend einer achtjährigen Nutzungsdauer des Pkw – für die jeweiligen Anschaffungskosten in Ansatz zu bringen. Denn das Prinzip von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EStG, wonach die Absetzung sich nach der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts bemißt, duldet keine Ausnahme; und der Grundsatz der

<sup>1)</sup> VI R 82/89, DB 1991 S. 2633.

<sup>2)</sup> VI R 133/72, DB 1975 S. 1203.

<sup>3)</sup> VI R 82/89, DB 1991 S. 2633.

<sup>4)</sup> BFH DB 1991 S. 2633, 2634.

<sup>5)</sup> BFH DB 1991 S. 2633, 2635.

<sup>6)</sup> BFH a.a.O.

<sup>7)</sup> BFH a.a.O.

<sup>8)</sup> ADAC-Broschüre, Was kostet der Geschäftswagen?, 1984/1985 S. 76.

<sup>9)</sup> BFH a.a.O.

<sup>10)</sup> BFH DB 1991 S. 2633, 2636.

<sup>11)</sup> BFH a.a.O.

periodengerechten Ermittlung der Einkünfte ist von jedem Stpf. strikt zu beachten<sup>12)</sup>. Nach der maßgebenden Entscheidung des Großen Senats des BFH<sup>13)</sup> steht unverrückbar fest, „daß bei der Ermittlung des Gewinns für ein bestimmtes Wirtschaftsjahr nur solche Aufwendungen berücksichtigt werden können, die gerade dieses Wirtschaftsjahr betreffen“. Anders gewendet: Die AfA zwecken den Ausgleich eben dieses Wertverlusts<sup>14)</sup>.

Folglich hat das BFH-Urteil vom 26. 7. 1991<sup>15)</sup> unmittelbare Auswirkungen auf das Privat-Leasing von Pkw; der Leasinggeber ist deshalb verpflichtet, grundsätzlich im Bereich des privaten Pkw-Leasing von einer achtjährigen Nutzungsdauer des Pkw auszugehen, so daß lediglich eine AfA von 12,5% der jeweiligen Anschaffungskosten jährlich abzusetzen sind. Eine etwaige Neufestlegung der AfA-Sätze für Pkw ändert daran nichts; die Rechtsqualität der BFH-Urteile steht höher. Auch bei einer etwaigen – offenbar beabsichtigten – Änderung der AfA für gewerblich genutzte Pkw bleibt das BFH-Urteil einschlägig; denn die Verwaltung ist nicht befugt, die Ergebnisse der Judikatur auszuhebeln.

### III. Steuerrechtliche Konsequenzen für den Leasinggeber

#### 1. Der Grundtatbestand der Leasing-Erlasse

Sowohl der Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971<sup>16)</sup> als auch der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>17)</sup> gehen übereinstimmend davon aus, daß der Leasinggeber dann rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, wenn die unkündbare Grundmietzeit mindestens 40%, maximal jedoch 90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des jeweiligen Wirtschaftsguts beträgt. Dies gilt durchgängig für alle Modelle, die in diesen Erlassen geregelt sind. Wenn sich aber nunmehr aufgrund des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>18)</sup> die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer eines Pkw von vier Jahren auf acht Jahre verschiebt, so bedeutet dies – erlaßkonforme Vertragsgestaltung vorausgesetzt –: Vor Erlaß des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>19)</sup> belief sich die unkündbare Grundmietzeit auf mindestens 19,2 Monate, was 40% einer vierjährigen Nutzungsdauer entspricht. Bei einer nunmehr in Ansatz zu bringenden achtjährigen Nutzungsdauer (96 Monate) beträgt jedoch die unkündbare Grundmietzeit mindestens 38,4 Monate. Daraus folgt: Soweit Leasingverträge nach Bekanntwerden des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>20)</sup> abgeschlossen worden sind, welche – wie in der Vergangenheit auch – eine unkündbare Grundmietzeit zwischen 24 und 36 Monaten vorsehen, verletzen sie sowohl den Vollamortisations- als auch den Teilamortisations-Erlaß.

#### 2. Leasing gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO

Damit ist freilich nicht gesagt, daß diese – erlaßwidrige – Vertragsgestaltung unmittelbar zur Konsequenz hat, daß damit auch das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers i. S. von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO in Frage gestellt ist. Vielmehr ist nach wie vor zu unterstreichen, daß sowohl der Vollamortisations- als auch der Teilamortisations-Erlaß nichts anderes sind als eine prototypische Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, wie er generell für die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO verankert ist. Maßgebend kommt es also – nach wie vor – darauf an, ob bei einer erlaßwidrigen Vertragsgestaltung im Bereich des privaten Pkw-Leasing der Leasingnehmer in der Weise die tatsächliche Herrschaft über das Leasinggut ausübt, daß er den (rechtlichen) Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Anders gewendet: Es kommt maßgebend im Rahmen von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO darauf an, ob der Leasinggeber als rechtlicher Eigentümer zwar einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB gegenüber dem Leasingnehmer hat, daß aber dieser Herausgabeanspruch – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – für ihn wirtschaftlich bedeutungslos ist, so daß dieser praktisch lediglich auf dem Pa-

pier steht<sup>21)</sup>. Genau dies aber wird man nach wie vor verneinen müssen. Es macht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise für die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers keinen Unterschied, ob die unkündbare Grundmietzeit 38,4 Monate oder lediglich 24 oder 36 Monate beträgt, sofern – dies ist zu unterstellen – die Vertragsgestaltung im übrigen gleichlautend ist. Belegt wird dieses Ergebnis auch dadurch, daß es in der Leasingbranche – freilich: vor allem im gewerblichen Bereich – Pkw-Leasingverträge gibt, die noch wesentlich kürzere Vertragslaufzeiten aufweisen, wobei teilweise auch der Leasinggeber das Restwertisiko übernimmt<sup>22)</sup>.

#### 3. Restamortisation – Höhe der Leasingraten

Es entspricht üblicher Vertragsgestaltung beim Leasing, daß die Leasingraten während der Dauer des Leasingvertrags konstant bleiben; sie sind i. d. R. im voraus zu entrichten. Neben dem Tilgungsanteil enthalten die Leasingraten Zinsen der Refinanzierung, Verwaltungskosten, Risikozuschläge und den Gewinnaufschlag des Leasinggebers<sup>23)</sup>. Sofern in diesem Rahmen der Leasinggeber – entgegen dem BFH-Urteil vom 26. 7. 1991<sup>24)</sup> – die AfA mit 25% Jahr ansetzt, verstößt er gegen den Grundsatz der periodengerechten Versteuerung der Einkünfte. Dies führt zu einer entsprechend erhöhten Gewinnbesteuerung des Leasinggebers. Ob sich diese auch zu Lasten des Leasingnehmers auswirkt, hängt entscheidend davon ab, wie der jeweilige „Restwert“ des Leasingguts kalkuliert ist: Entspricht der nach Ablauf der Grundmietzeit vom Leasingnehmer garantierte „Restwert“ dem tatsächlich erzielten **Z e i t w e r t** des Pkw, so wirkt sich die fehlerhaft angesetzte AfA lediglich als Gewinnverschiebung aus. Dieser Fall ist unproblematisch. Die Ermittlung des „Restwerts“, wie er vom Leasingnehmer nach Ablauf der Grundmietzeit geschuldet wird, ergibt sich aus dem Vollamortisationsanspruch, den der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer hat, bestehend aus Mietsonderzahlungen, Leasingraten und kalkulatorisch ermitteltem „Restwert“. Mithin ist er lediglich eine finanzmathematische Größe; der tatsächliche „Zeitwert“ des Pkw, wie er sich nach Ablauf der Grundmietzeit darstellt, kann deshalb vom vertraglich vereinbarten „Restwert“ sehr verschieden sein. Darin äußert sich ja gerade der steuerrechtliche Befund: Beim Teilamortisationsvertrag ist der Leasinggeber deswegen rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts, weil der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung trägt; er ist mithin verpflichtet, garantiemäßig den „Restwert“ dem Leasinggeber zu verschaffen, obwohl der „Zeitwert“ tatsächlich niedriger ist. Umgekehrt: Der Leasinggeber ist deswegen rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts, weil er die Chance der Wertsteigerung trägt: Hat der Pkw nach Ablauf der Grundmietzeit einen höheren Zeitwert als im jeweiligen „Restwert“ verankert, so steht dieser – unter Berücksichtigung der modellspezifischen Eigenheiten – dem Leasinggeber zu.

Mit einem Wort: Sofern der Leasinggeber entgegen dem Urteil des BFH vom 26. 7. 1991<sup>25)</sup> eine überhöhte AfA – unter Mißbach-

<sup>12)</sup> BFH – GrS 1/67, DB 1968 S. 555.

<sup>13)</sup> BFH a.a.O.

<sup>14)</sup> BFH DB 1991 S. 2633, 2635.

<sup>15)</sup> BFH a.a.O.

<sup>16)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>17)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>18)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>19)</sup> BFH a.a.O.

<sup>20)</sup> BFH a.a.O.

<sup>21)</sup> Müller/Stoppok, in: Hagenmüller/Stoppok, Leasing-Handbuch, 5. Aufl. 1988, S. 46 f.; Bordewin, Leasing im Steuerrecht, 3. Aufl. 1989, S. 26 ff.; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 4. Aufl. 1992, Rdn. 22 ff.; Spittler, Leasing für die Praxis, 4. Aufl. 1992, S. 90 ff.

<sup>22)</sup> Reuss, in: Hagenmüller/Stoppok, Leasing-Handbuch, S. 103, 113 ff.

<sup>23)</sup> Statt aller Laumans, in: Hagenmüller/Stoppok, a.a.O., S. 59, 63.

<sup>24)</sup> DB 1991 S. 2633.

<sup>25)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

tung der tatsächlichen Nutzungsdauer des Pkw – in Ansatz bringt, ist die dem Leasinggeber geschuldete Amortisation, wie sie in den Leasingraten enthalten ist, überbewertet: Die in der Leasingrate enthaltene Amortisation entspricht nicht der tatsächlichen Abnutzung des Wirtschaftsguts, sondern führt zu einem entsprechend erhöhten vorzeitigen Gewinn. Umgekehrt: Würde die Laufzeit des Pkw-Leasingvertrags unter Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>26)</sup> mindestens 38,4 Monate betragen, so würden sich dadurch zwangsläufig die in den Leasingraten enthaltenen Zinsen – und dies nahezu prohibitiv gegenüber einer gewöhnlichen Teilzahlungsfinanzierung – erhöhen.

#### IV. Zivilrechtliche Auswirkungen

Während sich die steuerlichen Auswirkungen der Nichtbeachtung des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>27)</sup> praktisch in der internen Sphäre des Leasinggebers abspielen, zielt die zivilrechtliche Fragestellung notwendigerweise auf die Auswirkungen, welche die Vertragsgestaltung unmittelbar beeinflussen – und zwar mit rückwirkender Kraft.

##### 1. Anwendung der Bestimmungen des VerbrKrG

###### a) Bisheriger Befund in der Literatur

Daß Leasingverträge im Bereich des „Finanzierungsleasing“ eine „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 Abs. 1 VerbrKrG sind, ist unbestritten<sup>28)</sup>. Unbestritten ist des weiteren, daß Mietverträge, die gemäß §§ 535 ff. BGB einzuordnen sind, nicht in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 VerbrKrG fallen, weil der Vermieter keine Finanzierungsfunktion i. S. von § 1 Abs. 2 VerbrKrG ausübt<sup>29)</sup>. Ob Leasingverträge, welche nicht erlaßkonform gestaltet sind, als „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 Abs. 1 VerbrKrG zu qualifizieren sind, ist daher entscheidend davon abhängig, ob sie als reine Mietverträge gemäß §§ 535 ff. BGB einzuordnen sind, oder ob die Vertragsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer so ausgestaltet sind, daß sie sich „nicht in der bloßen Gebrauchsüberlassung und Zahlung der Vergütung“ erschöpfen, weil in diesem Vertrag „ebenfalls Elemente der unter betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Gesichtspunkten angestrebten Investitionen bei teilweiser Abdeckung der vom Leasingnehmer dafür vorfinanzierten Anschaffungskosten“ enthalten sind<sup>30)</sup>.

Diese für das Operating-Leasing vom BGH<sup>31)</sup> festgestellte Element der Vorfinanzierungsfunktion des Leasinggebers ist nahtlos auf die Fälle des privaten Pkw-Leasing zu übertragen. Denn diese Verträge unterscheiden sich grundsätzlich nicht von der Typizität, wie sie für Finanzierungs-Leasingverträge von der BGH-Judikatur entwickelt wurde: Es gilt die gewährleistungstypische „Abtretungskonstruktion“; und im Bereich der Sach- und Preisgefahrtragung hat der Leasingnehmer grundsätzlich die Stellung eines Käufers<sup>32)</sup>. Freilich gilt letzteres nach Auffassung des BGH<sup>33)</sup> nicht uneingeschränkt: Wird nämlich der Pkw aufgrund eines Ereignisses, welches weder der Leasinggeber noch der Leasingnehmer zu vertreten hat, zerstört oder erheblich beschädigt, so steht dem Leasingnehmer ein fristloses Kündigungsrecht zu, welches gleichwohl den Vollamortisationsanspruch des Leasinggebers auslöst<sup>34)</sup>. Es ist also diese leasingtypische Vertragsgestaltung beim Pkw-Leasing, welche bedingt – entsprechende Vertragsgestaltung vorausgesetzt –, hierin eine „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 Abs. 1 VerbrKrG zu sehen. Daher gilt dies auch in den Fällen, in denen der Leasinggeber – in Abweichung vom Vollamortisations- oder Teilamortisations-Erlaß – das Restwertisiko selbst übernimmt<sup>35)</sup>, was jedoch eine Vertragsgestaltung ist, die dem gewerblichen Bereich in erster Linie zuzurechnen ist.

##### 2. Der Anwendungsbereich von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG

Nachdem festgestellt wurde, daß Verträge im Bereich des privaten Pkw-Leasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1

Abs. 1 VerbrKrG zu qualifizieren sind, auch wenn sie sich nicht an den Grundsätzen des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>36)</sup> anschließen, stellt sich nunmehr die Frage, ob diese Verträge auch als „Finanzierungsleasing“ in den Ausnahmereich von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG fallen.

###### a) Die Umschreibung des Ausnahmereichs

Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestags<sup>37)</sup> hat klargestellt, daß „alle Leasingverträge“ als „Kreditverträge“ i. S. von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu behandeln sind, „bei denen der Leasingnehmer für die Amortisation der vom Leasinggeber für die Anschaffung der Leasing Sache gemachten Aufwendungen und Kosten einzustehen hat“<sup>38)</sup>. Diese Verträge werden als „Finanzierungsleasing“ umschrieben<sup>39)</sup>. Zur Konsequenz hat dies, daß diese Charakterisierung des „Finanzierungs-Leasingvertrags“ auch für die Interpretation der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG heranzuziehen ist. Daß der Leasingnehmer zur Vollamortisation aller Anschaffungs- und Herstellungskosten des Leasinggebers, einschließlich der von ihm aufgewendeten Nebenkosten, Finanzierungskosten sowie des Gewinns verpflichtet ist, ergibt sich zunächst aus der steuerrechtlichen Qualifizierung des Finanzierungsleasing, wie es im Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971<sup>40)</sup> sowie im Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975 verankert ist<sup>41)</sup>. Für den Bereich des Vollamortisations-Erlasses versteht sich dies von selbst, weil der Leasingnehmer während der Dauer der Grundmietzeit verpflichtet ist, durch Zahlung der Leasingraten die Vollamortisation des Leasinggebers zu erzielen. Für den Bereich der drei Vertragstypen, wie sie im Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>42)</sup> ihre Ausprägung gefunden haben, folgt dies aus der steuerrechtlichen Prämisse: Es ist eine Vertragsgestaltung gewählt, welche sicherstellt, daß der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, obwohl der Leasingnehmer während der Dauer der unkündbaren Grundmietzeit lediglich durch Zahlung der Leasingraten eine Teil-Amortisation erreicht. Gleichwohl überwälzt der Leasinggeber das Risiko der Wertminderung auf den Leasingnehmer, während er selbst – als Ausweis seines wirtschaftlichen Eigentums – die Chance der Wertsteigerung besitzt und auszuüben verpflichtet ist. Anders gewendet: Die Überwälzung der Vollamortisationspflicht auf den Leasingnehmer setzt eine an den Modellen des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>43)</sup> ausgerichtete – transparente – Vertragsgestaltung voraus.

Sie ist keineswegs immer dann gegeben, wenn von „Leasing“ die Rede ist. Denn die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers findet ihren Niederschlag unmittelbar in den Modellen des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>44)</sup>, ist aber nicht in den Formen verankert, welche als Leasing i. S. von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO qualifiziert werden. Leasing setzt primär an dem Punkt

<sup>26)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>27)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>28)</sup> *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdn. 160 ff.; *Palandt/Putzo*, § 1 Rdn. 6.

<sup>29)</sup> Zum Problembereich des Operating-Leasing *Graf von Westphalen*, ZIP 1991 S. 639 ff.

<sup>30)</sup> BGH DB 1990 S. 1228, 1230 = NJW 1990 S. 1785, 1788.

<sup>31)</sup> BGH a.a.O.

<sup>32)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdn. 1006 ff.; *Reinking*, *Autoleasing*, S. 102.

<sup>33)</sup> BGH DB 1987 S. 371.

<sup>34)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdn. 1033 ff.

<sup>35)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdn. 1261; a. M. *Slama*, WM 1991 S. 569, 570.

<sup>36)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>37)</sup> BT-Drucks. 11/8474.

<sup>38)</sup> BT-Drucks. 11/8274 S. 21.

<sup>39)</sup> BT-Drucks. a.a.O.

<sup>40)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>41)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>42)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>43)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>44)</sup> DB 1976 S. 172.

an, daß der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist. Die auf den Leasingnehmer abgewälzte Vollamortisationspflicht ist daher ausschließlich das Ergebnis einer am Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>45)</sup> ausgerichteten – transparenten – Vertragsgestaltung<sup>46)</sup>.

Diese Einsicht führt zu dem Ergebnis, daß von einem „Finanzierungs-Leasingvertrag“ i. S. von § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG nur dann die Rede sein kann, wenn die Tatbestandselemente des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>48)</sup> der Vertragsgestaltung zugrunde liegen<sup>49)</sup>. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß bei den typischen Pkw-Leasingverträgen eine Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers auch dann vereinbart ist, wenn diese die Abschreibungsgrundsätze des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>49)</sup> ignorieren und eine unkündbare Grundmietzeit aufweisen, welche mit zwei oder drei Jahren beträchtlich kürzer ist als die Frist von 38,4 Monaten (40% einer auf acht Jahre bemessenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer). Daß es jedoch auf die Konformität der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung zum Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>50)</sup> maßgebend ankommt, nicht aber darauf, daß – in Abweichung von diesem Erlaß – eine Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers begründet ist, wird durch zwei weitere Argumente unterstrichen. Unbestreitbar ist, daß dem Gesetzgeber bei Erlaß des Verbraucherkreditgesetzes nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein konnte, daß beim privaten Pkw-Leasing – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der periodengerechten Besteuerung der Einkünfte – nicht von einer vierjährigen, sondern von einer achtjährigen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Pkw auszugehen ist. Dieser Zusammenhang wird nämlich erstmals durch das BFH-Urteil vom 26. 7. 1991<sup>51)</sup> herausgestellt. Methodisch ist es indessen keineswegs ausgeschlossen, auch solche Sachverhalte einer gesetzlichen Norm zu unterwerfen, welche zu regeln nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag; die Prognosefähigkeit des modernen Gesetzgebers ist ohnehin beträchtlich eingeschränkt. Viel entscheidender ist, daß es sich bei der Norm des § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG um eine *A u s n a h m e b e s t i m m u n g* handelt, welche restriktiv zu handhaben ist.

Gestützt wird dieser Gesichtspunkt auch durch die Erwägung, daß der Gesetzgeber zunächst in § 1 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG davon ausging, daß ein Leasingvertrag nur dann als „Kreditvertrag anzusehen“ sein sollte, „wenn die Leasingsache ihrer Substanz nach endgültig auf den Verbraucher übertragen werden soll“<sup>52)</sup>. Demgegenüber hat jedoch der Bundesrat<sup>53)</sup> darauf hingewiesen, daß das „Finanzierungsleasing“ in bestimmten Bereichen der Verbrauchergeschäfte den Abzahlungskauf und den finanzierten Kauf „weitgehend abgelöst“ hat. Als prototypischer Fall wurde hierbei der „Autokauf“ erwähnt<sup>54)</sup>. Daher stellte der Bundesrat fest: „Solche Verträge haben für den Verbraucher wirtschaftlich dieselbe Funktion wie herkömmliche Formen der Kauffinanzierung“<sup>55)</sup>.

Da Finanzierungsleasing als „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 Abs. 2 VerbrKrG Gesetz geworden ist, muß dem Grundanliegen des Gesetzgebers, Finanzierungs-Leasingverträge wie Kreditkaufverträge zu behandeln, soweit wie möglich Rechnung getragen werden. Nur auf diese Weise kann der – ohnehin verunglückte – Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG auf die Fälle beschränkt werden, in denen eine leasingtypische Vertragsgestaltung unter strikter Beachtung der Tatbestandsmerkmale des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>56)</sup> gewählt wurde. Nur auf diese Weise ist es auch möglich, der Grundintention des Gesetzgebers zu entsprechen, den Verbraucherschutz auch im Bereich des Leasing zu verankern. Dabei ist auch im Auge zu behalten, daß das VerbrKrG auf der EG-Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, datierend vom 22. 12. 1986, beruht, und daß die Definition des „Kreditvertrags“,

wie sie durch Art. 1 Abs. 2 lit. c) der EG-Richtlinie vorgegeben ist, eine auf „Finanzierungsleasing“ bezogene Ausnahmebestimmung nicht kennt. Es würde daher gegen den Grundsatz der EG-einheitlichen Interpretation der EG-Richtlinien zum Verbraucherkredit widerstreiten, würde man selbst die Vertragsgestaltung als „Finanzierungs-Leasingvertrag“ in den Ausnahmebereich von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG einbeziehen, die nicht die sowohl nach dem Vollamortisations- als auch nach dem Teilamortisations-Erlaß erforderliche unkündbare Grundmietzeit von 40% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts reflektiert.

## V. Konsequenzen

### 1. Angabepflichten gemäß § 4 VerbrKrG

Wenn deshalb § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG auf Leasingverträge von privaten Leasingnehmern keine Anwendung findet, welche die unkündbare Grundmietzeit von 38,4 Monaten – bezogen auf eine achtjährige Nutzungsdauer des Pkw – nicht berücksichtigen, so ergibt sich zwangsläufig: Diese Leasingverträge müssen die nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VerbrKrG vorgesehenen Angaben enthalten. Denn es handelt sich hierbei um Kreditverträge, die die „Lieferung an der bestimmten Sache“ „gegen Teilzahlungen zum Gegenstand haben“.

Der nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a) VerbrKrG anzugebende Barzahlungspreis ist dabei der Preis, zu welchem der Leasinggeber vom jeweiligen Hersteller/Importeur den Pkw erworben hat<sup>57)</sup>. Der nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. b) VerbrKrG anzugebende Teilzahlungspreis ist – entsprechend der dort niedergelegten Legaldefinition – der Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Leasingnehmer zu entrichtenden Teilzahlungen, einschließlich Zinsen und sonstigen Kosten. Notwendigerweise ist dabei auch eine Mietsonderzahlung einzubeziehen, so daß auf diese Weise die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers konkretisiert wird<sup>58)</sup>. Daß sich dieser so anzugebende Teilzahlungspreis nur auf 90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Pkw bezieht, ist leasingtypisch und hinzunehmen, weil – jedenfalls im Bereich des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971<sup>59)</sup> eine Rest-AfA in Höhe von 10% des Rest-Buchwerts des Leasingguts verbleibt. Diese ist nur dann hinzuzurechnen, wenn der Leasingnehmer eine Kaufoption auszuüben berechtigt ist<sup>60)</sup>.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c) VerbrKrG sind Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen anzugeben, was leasingtypisch keinerlei Schwierigkeiten bereitet. Anzugeben ist auch gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. d) VerbrKrG der effektive Jahreszins, wobei die in § 4 Abs. 2 VerbrKrG enthaltene Legaldefinition des Effektivzinses zu beachten ist. Schließlich sind auch gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. e) VerbrKrG die Kosten einer Versicherung anzugeben, die im Zusammenhang

<sup>45)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>46)</sup> Im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdn. 138 ff.; *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I, S. 194 ff.; *Reinking*, a.a.O., S. 34 ff.

<sup>47)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>48)</sup> A. M. *Münstermann/Hannes*, § 1 Rdn. 78; wohl auch *MünchKomm./Ullmer*, BGB, 2. Aufl., § 3 Rdn. 17; vgl. auch *Peters*, WM 1992 S. 1797 ff.; *Zahn*, DB 1991 S. 2171 ff.

<sup>49)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>50)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>51)</sup> DB 1991 S. 2633.

<sup>52)</sup> BT-Drucks. 11/5462.

<sup>53)</sup> BT-Drucks. 11/5462 S. 34.

<sup>54)</sup> BT-Drucks. a.a.O.

<sup>55)</sup> BT-Drucks. a.a.O.

<sup>56)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>57)</sup> BGH DB 1990 S. 418, 417 = WM 1990 S. 268, 271; BGH DB 1991 S. 1928 = ZIP 1991 S. 662, 663; a. M. *Dylla-Krebs*, DB 1989 S. 1173 f.

<sup>58)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdn. 1248 f.

<sup>59)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>60)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O.

mit dem Leasingvertrag abgeschlossen wird; prototypisch handelt es sich hierbei um die Angabe der Kasko- und der Haftpflichtversicherung, zu deren Abschluß der Leasingnehmer stets verpflichtet ist<sup>61)</sup>.

## 2. Rechtliche Konsequenzen bei Nichtbeachtung von § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VerbrKrG

Aus § 6 Abs. 3 VerbrKrG folgt, daß der Barzahlungspreis höchstens mit dem gesetzlichen Zinssatz von 4% p. a. zu verzinsen ist, wenn die nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. b) VerbrKrG geschuldete Angabe des Teilzahlungspreises oder die des effektiven Jahreszinses fehlt. Ist lediglich der Barzahlungspreis nicht genannt, so ergibt sich aus § 6 Abs. 3 Satz 3 VerbrKrG, daß dann „im Zweifel“ der Marktpreis als Barzahlungspreis anzusehen ist.

## VI. Zusammenfassung

Sofern in der Leasingbranche beim privaten Pkw-Leasing die Grundaussagen des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>62)</sup> nicht reflektiert werden, weil – nach wie vor – eine unkündbare Grundmietzeit von 24 bzw. 36 Monaten anstelle von 38,4 Monaten vorgesehen ist, ist sowohl der Vollamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971<sup>63)</sup> als auch der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>64)</sup> verletzt. Gleichwohl liegt Leasing im steuerrechtlichen Sinn gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vor.

Zivilrechtlich hat die Mißachtung des BFH-Urteils vom 26. 7. 1991<sup>65)</sup> zur Konsequenz, daß diese Leasingform – wie stets – eine „sonstige Finanzierungshilfe“ i. S. von § 1 Abs. 2 VerbrKrG darstellt. Der auf „Finanzierungs-Leasingverträge“ zugeschnittene Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG ist jedoch – wegen seines Ausnahmecharakters, der eine restriktive Interpretation gebietet – auf die Fälle zu beschränken, in denen der Leasinggeber die Vollamortisations-

pflcht vom Leasingnehmer deswegen zivilrechtlich fordert, weil die Tatbestandselemente des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971<sup>66)</sup> sowie die des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>67)</sup> beachtet sind. Insbesondere im Bereich der drei Modelle des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>68)</sup> ist die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers – mithin: die Berücksichtigung des Ausnahmecharakters von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG – nur dadurch begründbar, daß der Leasingnehmer aufgrund einer erlaßkonformen Vertragsgestaltung das Risiko der Wertminderung des Leasingguts trägt. Bei einer erlaßwidrigen Vertragsgestaltung ist indessen der Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG verlassen, so daß die Angabepflichten gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VerbrKrG geschuldet werden.

Sind diese – wie in der Praxis zu beobachten – nicht eingehalten, ergeben sich die Rechtsfolgen unmittelbar aus § 6 Abs. 3 VerbrKrG: Für den Leasingnehmer günstig ist dann, daß bei fehlender Angabe des Teilzahlungspreises sich der Barzahlungspreis lediglich mit 4% p. a. verzinst; die fehlende Angabe des Barzahlungspreises wird durch den Marktpreis ersetzt. Unter Berücksichtigung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen, welche die Hersteller/Importeure von Pkw ihren eigenen Leasinggesellschaften gewähren, kann dies durchaus dazu führen, daß der Barzahlungspreis nicht unbeträchtlich niedriger ist als der Marktpreis, der dann unter Berücksichtigung der Unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers/Importeurs festgesetzt werden müßte. Doch wird dieser Nachteil durch die wesentlich niedrigere Verzinsung mehr als ausgeglichen.

<sup>61)</sup> Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler, § 4 Rdn. 125; a. M. Rein-king/Nießen ZIP 1991 S. 634, 635.

<sup>62)</sup> BFH DB 1991 S. 2633.

<sup>63)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>64)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>65)</sup> BFH DB 1991 S. 2366.

<sup>66)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>67)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>68)</sup> DB 1976 S. 172.