

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

45

AbzG § 6

Zur Frage, ob ein Leasingvertrag mit Kaufoption
ausnahmsweise nicht als verdecktes Abzahlungsge-
schäft anzusehen ist.

BGH, Urt. v. 24. Mai 1982 - VIII ZR 105/81 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 105/81

URTEIL

Verkündet am

24. Mai 1982

S c h n u r r,
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dieter K [REDACTED], L [REDACTED] in O [REDACTED],

Beklagter, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die H [REDACTED] - und V [REDACTED] - K [REDACTED] GmbH, vertreten durch
den Geschäftsführer Klaus E [REDACTED], R [REDACTED] straße ●
in H [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1982 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Wolf, Merz, Dr. Skibbe und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und
die Anschlußrevision der Klägerin
wird das Urteil des 10. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Düsseldorf
vom 5. März 1981 aufgehoben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die
Kosten des Revisionsverfahrens, an
das Berufungsgericht zurückverweisen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien schlossen aufgrund eines schriftlichen
Vertragsantrags des Beklagten vom 13. Mai 1978 einen
Leasingvertrag über eine Autotelefonanlage. Die Klägerin
hatte die Anlage bei der Firma Werner P. gekauft.
Den Anschaffungswert gibt sie mit 13.260,-- DM an. Der
Beklagte übernahm das Autotelefon am 12. Juni 1978. Die
unkündbare Mietdauer betrug nach Nr. 8 des Vertrages



64 Monate. Der monatliche Mietpreis belief sich auf 2,15 % des Anschaffungswertes, d.h. 285,09 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Ferner erhob die Klägerin eine einmalige Bearbeitungsgebühr in Höhe von 56,-- DM einschließlich Mehrwertsteuer. Auf der Rückseite des Vertragsformulars sind die Vertragsbedingungen der Klägerin abgedruckt, in denen es u.a. wie folgt heißt:

§ 4

...

3. Bei Zahlungsverzug ist die HVK (Klägerin) berechtigt:

- a) Die Mietraten bis zum Vertragsende sofort fällig zu stellen,
- b) die Mietgegenstände auf Kosten und Gefahr des Mieters bis zur endgültigen Begleichung der fälligen Mietraten, sowie der entstandenen Kosten sicherzustellen. Die Sicherstellung hat auf die Zahlungsverpflichtung des Mieters keinen Einfluß,
- c) den Mietvertrag fristlos zu kündigen. In diesem Fall kann die HVK die abgezinsten Nettomietraten vom Kündigungszeitpunkt bis zum Ende der ursprünglich vereinbarten Laufzeit abzüglich des von der HVK erzielten Nettoverkaufserlöses verlangen. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche bleiben unberührt.

§ 10

Vertragsverlängerung

Die HVK räumt dem Mieter nach Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit ein:

1. Den Mietgegenstand zu ermäßigten Mietraten weiter zu mieten. ...
2. Den Mietgegenstand unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung zu kaufen. Der Kaufpreis errechnet sich aus dem Buch- bzw. Zeitwert im Zeitpunkt der Veräußerung. ...

Falls der Mieter der HVK nicht innerhalb von drei Monaten vor Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit seine Entscheidung für eine der obigen Alternativen mitteilt, ist gemäß § 9, 2. die Mietsache der HVK zurückzugeben."

Da der Beklagte das Interesse am Gebrauch der Telefonanlage verloren hatte, bat er mehrmals um Auflösung des Vertrages. Dies lehnte die Klägerin ab. Mit Schreiben vom 30. November 1979 teilte sie ihm folgendes mit:

"Trotz mehrmaliger Mahnungen wurde weder der Rückstand beglichen, noch gaben Sie uns eine Erklärung für die Ursache Ihres Zahlungsverzuges. Sie haben uns dadurch zu unserem Bedauern gezwungen, den Rechtsanwalt einzuschalten, um gegen Sie vorzugehen.

Der Firma Werner P. [REDACTED], F. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED], wurde daher der Auftrag und die Vollmacht erteilt, die in unserem Eigentum stehenden Leasing-Objekte sicherzustellen. Wir ersuchen Sie deshalb, die Leasing-Objekte auf Anforderung der genannten Firma auszuhändigen.

Mit dieser Aushändigung, die lediglich der Sicherstellung für die Zeit des Zahlungsrückstandes dient, wird, wie wir Ihnen mitteilten, der Leasingvertrag nicht aufgehoben. Sie

haben deshalb auch für die Zeit der durch Sie verschuldeten Sicherstellung die monatliche Leasingrate zu bezahlen.

Im übrigen machen wir Sie unter Hinweis auf unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen darauf aufmerksam, daß wir uns trotz des vorläufigen Charakters der Sicherstellung eine endgültige Kündigung des Leasingvertrages vorbehalten."

Der Beklagte, der sich zwischenzeitlich erfolglos bemüht hatte, einen "Nachmieter" zu finden, bat mit Schreiben seiner Rechtsanwälte vom 11. Dezember 1979 erneut um eine einverständliche Auflösung des Vertrages. Die Klägerin ging hierauf nicht ein. In ihrem Schreiben vom 17. Januar 1980 heißt es auszugsweise:

"Unsere Mandantin beharrt weiterhin auf Ihrem Rechtsstandpunkt und wird, sollte ein Schuldanerkenntnis nicht abgegeben werden, den Betrag von DM 18.026,15 titulieren lassen. ...

Was die Rückgabe des Leasing-Objektes anbetrifft, bitten wir Ihre Partei, sich direkt mit der Firma P[REDACTED] in Verbindung zu setzen. Der Firma P[REDACTED] wurde eine Vollmacht zum Ausbau des Gerätes am 30.11.1979 erteilt."

Am 10. März 1980 - nach Behauptung des Beklagten bereits am 7. März - baute die von der Klägerin beauftragte Firma P[REDACTED] die Telefonanlage aus. Sie kaufte die Anlage zum Preis von 6.048,-- DM.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte schulde ihr Zahlung der Raten bis zum vereinbarten Vertragsende. Mit der Klage macht sie als Teilbetrag die Leasingraten für die Zeit von Februar 1979 bis zum 28. April 1980, insgesamt 5.000,-- DM geltend.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat das Urteil bestätigt, soweit der Beklagte zur Zahlung von 4.530,37 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist und die weitergehende Klage abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin mit der Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Beide Parteien beantragen, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision und die Anschlußrevision sind begründet.

I. Das Berufungsgericht führt aus, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag unterliege als Umgehungsgeschäft (§ 6 AbzG) den Regeln des Abzahlungsgesetzes, weil dem Beklagten in den Vertragsbedingungen das Recht eingeräumt worden sei, die Autotelefonanlage nach Ablauf der Vertragszeit zu kaufen. Dann gelte es als Ausübung des Rücktrittsrechts, daß die Klägerin durch die Firma Werner P. [REDACTED] das Telefon habe ausbauen lassen. Der

Beklagte habe nämlich die Anlage zurückgegeben, um den Anspruch der Klägerin gemäß § 4 Abs. 3 b ihrer Vertragsbedingungen zu erfüllen. Zum Zeitpunkt des Ausbaus habe noch die Erklärung der Klägerin vom 30. November 1979 fortgewirkt; denn die Parteien hätten seitdem keine andere Abrede getroffen.

Infolge des Rücktritts, so fährt das Berufungsgericht fort, hafte der Beklagte nach § 2 AbzG. Die Vergütung für die Gebrauchsüberlassung gleiche dem vertraglich ausbedungenen Mietzins. Daher schulde der Beklagte für die Zeit der tatsächlichen Gebrauchsgewährung vom 12. Juni 1978 bis zum 10. März 1980

	6.709,47 DM,
ferner als Bearbeitungskosten	<u>56.-- DM.</u>
insgesamt	6.765,47 DM.
Gezahlt habe er	2.235,10 DM,
so daß zu Gunsten der Klägerin	4.530,37 DM
verblieben.	

II. Diese Ausführungen halten insoweit der rechtlichen Nachprüfung stand, als das Berufungsgericht den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als verdecktes Abzahlungsgeschäft ansieht und die Rücknahme des Autotelefons als Rücktritt gemäß § 5 AbzG wertet.

1. Nach seinem persönlichen Anwendungsbereich ist das Abzahlungsgesetz auf den Beklagten anzuwenden. Unberechtigt ist insoweit die Verfahrensrüge der Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe wesentlichen Parteivor-

trag über die Kaufmannseigenschaft der Beklagten und damit für die Unanwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes nach dessen § 8 übergangen. Die Klägerin hat in den Vorinstanzen nichts darüber vorgetragen, daß der Beklagte als Kaufmann im Handelsregister eingetragen sei. Daß der Beklagte im Mietvertragsformular vom 13. Mai 1978 mit "Firma Dieter Ku[REDACTED]" benannt und in der Spalte Geschäftszweig/Beruf "Handelsvertretung" eingetragen ist, besagt nichts über die Registereintragung, zumal der Beklagte sich im Prozeß von Anfang an auf das Abzahlungsgesetz berufen, die Klägerin daraufhin aber nicht den Einwand aus § 8 AbzG erhoben hat.

Ohne Bedeutung ist auch, ob der Beklagte ein Grundhandelsgewerbe ausübte und deshalb Vollkaufmann sein konnte (§§ 1 Abs. 2, 4 HGB; vgl. dazu MünchKomm/Westermann, Anh. nach §§ 433 bis 515, AbzG § 8 Rdn. 4). Mit Rücksicht auf Rechtssicherheit und Klarheit enthält § 8 AbzG eine eindeutige Abgrenzung: Nur eingetragene Kaufleute sollen vom Schutzbereich des Abzahlungsgesetzes ausgenommen sein, nicht dagegen die nicht eingetragenen, mögen sie im Einzelfall auch nicht schutzbedürftig sein (BGHZ 15, 241; Senatsurteil vom 24. Oktober 1979 - VIII ZR 235/78 = LM AbzG § 6 Nr. 26 = NJW 1980, 234 = WM 1979, 1385).

2. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag stellt ein verdecktes Abzahlungsgeschäft (§ 6 AbzG) dar, weil dem Beklagten für die Zeit nach Ablauf des Mietvertrages ein Erwerbsrecht hinsichtlich der Telefonanlage eingeräumt war und keine Ausnahmegründe festgestellt sind, die gegen die Annahme sprechen könnten, Endziel des Vertrages sei die Übertragung des Eigentums auf den Beklagten gewesen.

a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteile vom 12. Dezember 1973 - VIII ZR 183/72 = BGHZ 62, 42, 45; 23. Februar 1977 - VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118; 9. März 1977 - VIII ZR 192/75 = WM 1977, 473 = NJW 1977, 1058; 5. April 1978 - VIII ZR 49/77 = BGHZ 71, 196; 24. Oktober 1979 - VIII ZR 235/78 = WM 1979, 1385 = NJW 1980, 234) stellt ein Leasing- oder Mietvertrag ein verdecktes Abzahlungsgeschäft (§ 6 AbzG) dar, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Vertrag darauf abzielt, die Wirkungen eines Kaufes zu erreichen. Entscheidend ist, ob der Vertrag auf der Sicht des Mieters oder Leasingnehmers die Übertragung der Sachsubstanz nach Ablauf der Mietzeit zum Endziel hat, ob also der Leasingnehmer (Mieter) damit rechnen kann, daß ihm bei störungsfreiem Verlauf die Sache endgültig verbleibt. Dies ist in aller Regel anzunehmen, wenn - wie hier nach § 10 der Vertragsbedingungen - dem Leasingnehmer ein Erwerbsrecht eingeräumt ist. Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob das Erwerbsrecht und das Endziel der Substanzübertragung inhaltlich verschiedenartige oder deckungsgleiche Voraussetzungen für die Annahme eines verdeckten Abzahlungsgeschäfts seien, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

b) In seinem Urteil vom 9. März 1977 (aaO unter II 1 d) hat der Senat allerdings offengelassen, ob Fälle denkbar sind, in denen trotz Einräumung eines Erwerbsrechts nach Beendigung des Mietverhältnisses die Feststellung, die Eigentumsübertragung sei Endziel des Vertrages, zweifelhaft bleibt. Die Anschlußrevision rügt, das Berufungsgericht habe diese Möglichkeit außer acht gelassen, obwohl die Klägerin in der Berufungserwiderung darauf hingewiesen

und vorgetragen habe, nach Ablauf von 4 Jahren sei der Erwerb einer Autotelefonanlage angesichts der technischen Weiterentwicklung derartiger Geräte unwirtschaftlich; das sei jedem Interessenten und auch dem Beklagten bekannt, für den ein Erwerb im Jahre 1983 auch deshalb sinnlos wäre, weil das Telefon für die neuen B II - und C - Bereiche des Bundespostnetzes nicht eingesetzt werden könne.

Unterstellt man die Richtigkeit dieses Vortrags, reicht das dennoch nicht aus, einen im Urteil vom 9. März 1977 (aaO) für möglich gehaltenen Ausnahmefall anzunehmen. Ob ein Leasingvertrag dem Abzahlungsgesetz unterfällt, muß für den Leasingnehmer so eindeutig und klar erkennbar sein, daß es dazu nicht erst nachträglicher Berechnungen - ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen - bedarf (BGHZ 71, 196, 201), sondern sich bereits bei Vertragsabschluß aus dem Vertrag selbst oder feststehenden eindeutigen Umständen ergibt. Auf die von der Anschlußrevision behauptete typische Unwirtschaftlichkeit des Erwerbs von im allgemeinen nach mehreren Jahren veralteten Geräten (vgl. dazu auch Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag, S. 192) kann es dabei nicht ankommen. Da es um die Feststellung geht, ob ausnahmsweise ein Vertrag mit eingeräumter Kaufoption nicht auf den endgültigen Erwerb der Sache angelegt ist, müssen die besonderen Umstände des konkreten Falles maßgebend sein. Diese rechtfertigen es aber jedenfalls im vorliegenden Fall nicht, eine derartige Ausnahme anzunehmen. Auch wenn das dem Beklagten überlassene Telefon im Oktober 1983 nicht mehr für alle dann verfügbaren Netzbereiche der Bundespost zu verwenden wäre, war bei Vertragsschluß doch nicht auszuschließen, daß der Beklagte die Anlage erwerben werde,

etwa weil ihm die Leasingraten für ein neues Gerät zu hoch erschienen oder weil das benutzte Telefon für seinen Bedarf weiterhin ausreichte und deshalb für ihn ein Erwerb doch wirtschaftlicher wäre.

3. Der Vertrag zwischen den Parteien ist im übrigen entgegen der Ansicht der Revision wirksam zustande gekommen. Zwar enthält der Vertrag keine Angabe des Barzahlungspreises. Der Verstoß gegen die Formvorschrift des § 1 a Abs. 1 Satz 2 AbzG steht der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen, weil dem Beklagten die Leasingsache übergeben worden ist (§ 1 a Abs. 3 AbzG).

4. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Klägerin die Telefonanlage mit deren Ausbau durch die Firma P. wieder an sich genommen und damit die Rücktrittsfolgen ausgelöst hat (§ 5 AbzG).

Zweck des § 5 AbzG ist es, zu verhindern, daß ein Verkäufer, ohne ausdrücklich vom Vertrag zurückzutreten, Besitz und Nutzung der Sache dem Käufer auf Dauer entzieht, ihn aber gleichwohl am Vertrag und seinen Zahlungspflichten festhält (vgl. BGH Urteil vom 19. April 1961 - VIII ZR 11/60 = WM 1961, 597; 13. Oktober 1965 - VIII ZR 152/63 = WM 1965, 1112 = NJW 1965, 2399; 7. Februar 1966 - VIII ZR 240/63 = BGHZ 45, 111; 16. September 1966 - VIII ZR 163/64 = WM 1966, 1). Demgemäß kommt es darauf an, ob der Käufer oder der ihm beim verdeckten Abzahlungsgeschäft gleichgestellte Vertragspartner auf Veranlassung des Verkäufers Besitz- und Nutzungsmöglichkeit aufgibt (vgl. weiterhin BGH Urteil vom 2. Februar 1954 - I ZR 2/53 = LM AbzG § 5 Nr. 2).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Zwar hat der Beklagte die Klägerin mehrfach um Auflösung des Vertrages gebeten und ihr auch, zuletzt am 17. Januar 1980, die Rückgabe der Telefonanlage angeboten. Auf diese Wünsche ist die Klägerin jedoch nicht eingegangen; insbesondere hat sie betont, den Beklagten am Vertrag festhalten zu wollen, und dementsprechend angekündigt, sie werde das Autotelefon zur Sicherung ihrer Ansprüche ausbauen lassen. Unter diesem Blickwinkel ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Rückgabe der Telefonanlage als Folge des Schreibens der Klägerin vom 30. November 1979 und als Ausübung ihres vermeintlichen Sicherungsrechtes angesehen hat. Hat somit die Klägerin die Besitzaufgabe veranlaßt, so ist dies als Wiederansichnahme i.S. des § 5 AbzG zu werten.

Daß die Klägerin ihren Angaben zufolge das Telefon lediglich zu Sicherungszwecken ohne Rücktrittsabsicht wieder an sich genommen hat, steht der Annahme eines Rücktritts nicht entgegen (vgl. BGH Urteile vom 2. Februar 1954 und vom 16. September 1966 aaO). Diese Annahme scheitert auch nicht daran, daß die Klägerin nicht aufgrund eines Eigentumsvorbehalts gegen den Beklagten vorgegangen ist, denn bei einem verdeckten Abzahlungsgeschäft kommt ein Eigentumsvorbehalt des dem Verkäufer gleichgestellten Vertragsteils in aller Regel nicht in Betracht.

III. Infolge des Rücktritts kann die Klägerin gegen den Beklagten nur Ansprüche gemäß § 2 AbzG geltend machen.

Dieser Ansicht ist auch das Berufungsgericht. Seine Ausführungen zum Umfang der Ansprüche halten jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Hinsichtlich der Höhe der Vergütung für die Gebrauchsüberlassung meint das Berufungsgericht, sie gleiche dem ausbedungenen Mietzins. Selbst wenn dies im rechnerischen Ergebnis zuträfe, läßt das Berufungsgericht doch nicht erkennen, wie es zu seiner Schlußfolgerung gelangt.

Da der Vertrag gemäß § 1 a Abs. 3 AbzG zu dem Barzahlungspreis zustande gekommen ist, können schon deshalb die ursprünglich nach einem höheren Preis kalkulierten vereinbarten Leasingraten nicht maßgebend sein. Im übrigen ist die Vergütung gemäß § 2 AbzG danach zu bemessen, was bei Vermietung der Sache üblicherweise für die Gebrauchsüberlassung zu zahlen ist (vgl. BGH Urteile vom 22. Dezember 1955 - II ZR 237/54 = BGHZ 19, 330; 8. November 1965 - VIII ZR 300/63 = BGHZ 44, 237; 11. April 1973 - VIII ZR 60/72 - NJW 1973, 1078). Dies gilt selbst dann, wenn eine Sache üblicherweise nicht durch Vermietung genutzt wird. Vergleichsmaßstab sind nicht die bei einem Leasingvertrag über ein Autotelefon anfallenden monatlichen Raten, sondern das Entgelt, das bei einer echten Vermietung für die Gebrauchsüberlassung zu entrichten wäre. Gegebenenfalls hat der Tatrichter diesen Betrag zu schätzen.

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Betrag von monatlich 285,09 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, den es ansetzt, dem üblichen Mietzins entspricht. Dies kann deshalb zweifelhaft sein, weil bei einem Finanzierungsleasing andere Kalkulationsgesichtspunkte eine Rolle

spielen als bei einer schlichten Vermietung (vgl. zur Berechnung einerseits Senatsurteil vom 11. April 1973 aaO, andererseits Urteil vom 31. März 1981 - VIII ZR 125/81, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Weiterhin läßt das Berufungsurteil nicht erkennen, daß bei der Bemessung des Überlassungsentgeltes auch die Wertminderung, die infolge des Gebrauchs der Leasingsache eingetreten ist, berücksichtigt worden ist. Möglicherweise rechtfertigt es dieser Gesichtspunkt, die Überlassungsvergütung anders zu bemessen, als es das Berufungsgericht getan hat.

2. Rechtlichen Bedenken begegnet es auch, daß das Berufungsgericht der Klägerin 56,-- DM für Bearbeitungskosten zugebilligt hat. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AbzG kann der Verkäufer (hier Leasinggeber) nur die Aufwendungen verlangen, die ihm durch den Vertrag konkret entstanden sind, nicht dagegen pauschal vereinbarte Bearbeitungsgebühren (BGH Urteil vom 21. Mai 1975 - VIII ZR 118/74 unter V = NJW 1975, 1317, 1318, insoweit nicht in BGHZ 64, 268; vgl. ferner Westermann in MünchKomm § 2 AbzG Rdn. 10; Palandt/Putzo, BGB, 41. Aufl., § 2 AbzG Anm. 3 a; Klauss/Ose, AbzG, § 2 Rdn. 394; Ostler/Weidner, AbzG, 6. Aufl., § 2 Anm. 22, 24, 27).

IV. Nach allem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Auf Revision und Anschlußrevision hin, war es aufzuheben.

In der Sache selbst kann der Senat nicht entscheiden, weil noch Feststellungen zur Höhe der Überlassungsvergütung nachzuholen sind.

Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang des Verfahrens abhängt.

Braxmaier

Wolf

Merz

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte