

15-

Zur Frage der Darlegungs- und Beweislast bei einer durch Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Fall vorzeitiger Beendigung eines Mietvertrages vereinbarten Schadenspauschalierung.

[illegible]

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 115/75

URTEIL

Verkündet am

10. November 1976

Scheibl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Automobilkaufmanns Karl Heinz Bi [REDACTED]
in K [REDACTED], Fr [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED] u. [REDACTED] -

g e g e n

die D [REDACTED] Te [REDACTED] und Ka [REDACTED] AG,
vertreten durch ihren Vorstand Horst Ki [REDACTED],
Dipl.-Ing. Heinz Kn [REDACTED], Heinz Sa [REDACTED]
in B [REDACTED], Wr [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1976
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Dr. Hiddemann, Hoffmann, Wolf und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
14. Februar 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweiter Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin vermietete dem Beklagten im April 1963
eine Fernsprech-Nebenstellenanlage für das laufende
und zehn folgende Jahre. Verschiedene Vertragsänderungen
führten schließlich zu einer Verlängerung des Vertrages
bis Ende 1985.

Am 31. Dezember 1971 teilte der Beklagte der Klägerin
mit, daß er seinen Betrieb, für den er die Anlage gebraucht
hatte, aufgelöst habe; er fühle sich nicht mehr an die Ver-
träge gebunden.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos [\(mobile App\)](#)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin verlangt für die Restmietzeit ab 1. April 1972 50 % der bis 31. Dezember 1985 fälligen Mieten, das sind 61 484,48 DM als pauschalierten Schadensersatz, abzüglich einer Gutschrift von 3 333 DM. Sie stützt ihren Anspruch auf Nr. III g der Allgemeinen Überlassungsbedingungen für Vermietung von Fernsprechnebenstellenanlagen (AÜB). Die AÜB sind Vertragsinhalt; Nr. III g lautet:

"Gibt der Mieter die Anlage ganz oder teilweise auf, so hat die Vermieterin einen sofort fälligen Schadensersatzanspruch in Höhe der Hälfte der restlichen Mieten bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer (Restmieten) für die gesamte Anlage bzw. die aufgegebenen Teile. Eine vorzeitige Aufgabe kann nur mit einer Frist von einem Monat zum Ende des laufenden Kalendervierteljahres erfolgen."

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte das Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei der Regelung in Nr. III g AÜB handele es sich nicht um ein Vertragsstrafeversprechen, sondern um eine Schadenspauschalierungsabrede. Schadenspauschalierungsabreden könnten auch mit Hilfe Allgemeiner Geschäftsbedingungen getroffen werden, wenn sie, wie im vorliegenden Fall geschehen, klar, eindeutig und verständlich formuliert und darüber hinaus für den Vertragspartner nicht überraschend seien. Es bestünden auch keine Bedenken anzunehmen, der Pauschale liege eine ernsthafte Schätzung des typischerweise entstehenden Schadens unter Einschluß des entgangenen brancheüblichen Gewinns zugrunde.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Nr. III g AÜB als Vereinbarung pauschalierten Schadensersatzes für den Fall unberechtigter Nichterfüllung des Mietvertrages gewertet hat.

a) Die Abgrenzungskriterien zur Vertragsstrafe, die die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt hat, sind vom Berufungsgericht beachtet worden (vgl. dazu Senatsurteil vom 6. November 1967 - VIII ZR 81/65 = BGHZ 49, 84, 89 m.w.Nachw.).

b) Die von der Klägerin in der Revisionsverhandlung vertretene Ansicht, Nr. III g AÜB sei dem Erfüllungsanspruch des § 552 Satz 1 und 2 BGB nachgebildet und regle einen Vergütungsanspruch unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen einerseits und anderweit erzielter Vorteile andererseits, vermag nicht zu überzeugen. Während der Erfüllungsanspruch des Vermieters voraussetzt, daß die vermietete Sache dem Mieter weiterhin zum Gebrauch verbleibt, knüpft die Abrede der Parteien an die "vorzeitige Aufgabe" der Anlage seitens des Mieters an. Sie erlaubt der Vermieterin die Rücknahme und anderweitige Vermietung. In diesem Zeitpunkt verwandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in eine reine Schadensersatzforderung. Sie war Gegenstand der vorprozessualen Korrespondenz (Schreiben vom 17. Januar 1972) und ist nun Streitgegenstand des Prozesses.

2. a) Der Bundesgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, daß Schadenspauschalierungsabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht grundsätzlich unzulässig sind (Senatsurteile vom 27. November 1974 - VIII ZR 9/73 = BGHZ 63, 256, 260 = WM 1975, 51, 53 = NJW 1975, 163 und vom 14. Januar 1976 - VIII ZR 203/73 = WM 1976, 210; vgl. ferner BGH Urt. vom 1. April 1976 - VII ZR 122/74 = WM 1976, 638). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesgerichtshofs ist eine Schadenspauschale dann nicht zu beanstanden, wenn sie "nicht in einem offenen Mißverhältnis zur Höhe des branchenüblichen Gewinns steht" (BAG Urt. vom 14. Dezember 1966 = WM 1967, 305 = NJW 1967, 751). Sie darf nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des vertragsbrüchigen Partners führen (Senatsurteile vom

8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68 = WM 1969, 1391, 1393
 = NJW 1970, 29, 32 und vom 14. Januar 1976 - VIII ZR 203/73
 aaO). Auch in der umfangreichen Literatur wird, soweit
 Schadenspauschalen nicht generell für unzulässig ge-
 halten werden (vgl. Kötz, Welche gesetzgeberischen Maß-
 nahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegen-
 über Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularver-
 trägen, Gutachten A zum 50ten Deutschen Juristentag
 S. 75 m.Nachw.), ganz überwiegend der Standpunkt ver-
 treten, die im Interesse einer risikobegrenzenden
 Rationalisierung der Abwicklung von Massengeschäften
 des täglichen Lebens sinnvolle Pauschalierung sei solange
 nicht unangemessen, als der Pauschalbetrag sich an einem
 Durchschnittsschaden orientiere, den die in Rede stehende
 Vertragsverletzung nach der Schätzung eines redlichen
 Beobachters normalerweise zur Folge haben kann (Kötz aaO
 S. 76). An dieser Auffassung hält der erkennende Senat
 fest. Auch das von den Gesetzgebungsorganen des Bundes
 verabschiedete, aber bei Schluß der Revisionsverhandlung
 noch nicht verkündete "Gesetz zur Regelung des Rechts
 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - (AGB-Gesetz)" (vgl.
 Bundestagsdrucks. 7/3919; Bundesratsdrucks. 443/76) gibt
 keinen Anlaß, sie zu ändern. § 11 Nr. 5 des AGB-Gesetzes
 sieht allerdings vor, daß in Allgemeinen Geschäftsbe-
 dingungen die Vereinbarung eines pauschalierten An-
 spruchs des Verwenders auf Schadensersatz stets unwirksam
 ist, wenn

- a) die Pauschale den in den geregelten Fällen
 nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu er-
 wartenden Schaden oder die gewöhnliche ein-
 tretende Wertminderung übersteigt,

oder

- b) dem anderen Vertragsteil der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich geringer als die Pauschale.

Diese Regelung entspricht indessen materiell den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. So hat der erkennende Senat entschieden, daß schon nach geltendem Recht dem Schädiger nicht die Möglichkeit des Nachweises abgeschnitten werden kann, die Pauschale ver helfe dem AGB-Verwender im konkreten Fall zu einem unangemessenen Vorteil, oder es sei allenfalls ein weitaus geringerer Schaden entstanden (Senatsurteil vom 14. Januar 1976 - VIII ZR 203/73 aa0).

b) Soweit es - wie hier - darum geht, ob die Pauschale überhaupt im Rahmen des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schadens liegt, ist allerdings fraglich, wen in welchem Umfang die Darlegungs- und Beweislast trifft.

aa) Bei der Beantwortung dieser Frage darf nicht übersehen werden, daß nach gesetzlicher Regel grundsätzlich der Geschädigte Art und Umfang des erlittenen Schadens - konkret oder abstrakt berechnet - darzulegen und zu beweisen hat (§§ 249, 252 BGB). In dem Umfang, in dem eine Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesgerichtshofes zulässig ist, bringt sie dem geschädigten AGB-Verwender den Vorteil einer Beweiserleichterung. Sie führt dagegen

nicht zur vollen Beweisbelastung des Schädigers, denn das würde ihn in eine praktisch aussichtslose Beweislage drängen (vgl. Beuthien, Festschrift für Karl Larenz 1973, 495 ff 509, 510, 511; Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe" 1972, 209). Der Mieter einer Fernsprechanlage kennt in der Regel weder die Kalkulationsprinzipien noch die Kalkulationsfaktoren, die darüber Aufschluß geben, ob die Schadenspauschale im Vergleich zu individueller Schadensermittlung seinem Vertragspartner generell ungerechtfertigte Vorteile bringt oder nicht. Den Zugang zu diesen Kenntnissen könnte er sich nur über eine Auskunft des Vermieters selbst oder eines sachkundigen Dritten verschaffen. Das ist ihm nicht zuzumuten.

bb) Ob das AGB-Gesetz bei der Schadenspauschalierung die Beweislastverteilung zum Nachteil des Vertragspartners eines AGB-Verwenders ändern wird, kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles letztlich dahingestellt bleiben. Davon abgesehen besteht für eine derartige Annahme nach der Überzeugung des erkennenden Senats kein ausreichender Anhaltspunkt. Zwar hatte die zitierte Vorschrift des § 11 Nr. 5 a AGB-Gesetz im Referentenentwurf - dort § 8 Nr. 5 a - einen anderen Wortlaut. Sie besagte, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei ein pauschalierter Anspruch auf Schadensersatz stets unzulässig, "es sei denn, daß die Pauschale nicht höher ist, als der in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden...." (Der Betrieb, Beilage Nr. 18/74 zu Heft 39 vom 27. September 1974, S. 3). In der Begründung des Referentenentwurfs hierzu ist ausgeführt, durch die gewählte Formulierung, "es sei denn, daß ..." werde im Streitfalle dem Klauselverwender die Beweislast dafür auferlegt, daß die Pauschale dem in den geregelten Fällen durchschnittlich eintretenden Schaden entspricht

(aaO S. 14). Die amtliche Begründung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der die Klausel - dort § 9 Nr. 5 a - bereits in der oben (II. 2. a) zitierten Formulierung enthält, rückt jedoch von der Begründung des Referentenentwurfs nicht ab, sondern greift sie durch den Hinweis auf, die Begrenzung der Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nach Buchst. a) entspreche "dem Maßstab, den § 252 Satz 2 BGB für die Berechnung des entgangenen Gewinns aufstellt", und damit solle "gewährleistet werden, daß die Pauschale generell nicht überhöht ist." (BT Drucks. 7/3919, S. 30).

c) Danach oblag es der Klägerin darzutun, daß ihr bei vorzeitiger Beendigung von Mietverträgen über Fernsprechanlagen ein Schaden entsteht, der unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und anderweiter Einsatzmöglichkeit der Mietsache die Hälfte des auf die restliche Vertragszeit entfallenden Mietzinses ausmacht. Nur eine Pauschale, deren Höhe am durchschnittlich eintretenden Schaden orientiert ist, braucht der Vertragspartner des Klauselverwenders gegen sich gelten zu lassen, und zwar auch dann, wenn er selbst Kaufmann ist.

d) Diesem Erfordernis genügt der Sachvortrag der Klägerin nicht. Das hat das Berufungsgericht verkannt. Die formelhafte Wendung, es bestünden keine Bedenken, anzunehmen, der Pauschale liege eine "ernsthafte Schätzung des typischerweise entstehenden Schadens, bestehend aus den Kosten/Aufwendungen und dem frei kalkulierbaren allenfalls durch die Branchenüblichkeit begrenzten Gewinn zugrunde", hat keinen fassbaren Aussagewert.

aa) Nr. III g AÜB trägt nicht etwa die Vermutung einer angemessenen Schadenspauschale im aufgezeigten Sinne in sich. Die bisherigen, völlig abstrakt gehaltenen Darlegungen der Klägerin lassen einen Schluß auf die Angemessenheit der Pauschale nicht zu.

bb) Auch durch den Hinweis auf die in der Fernsprechordnung der Deutschen Bundespost enthaltene Regelung des pauschalierten Schadensausgleichs bei vorzeitiger Beendigung einer Fernsprechanlagennutzung hat die Klägerin ihrer Darlegungslast nicht genügt.

Nach § 24 der Fernmeldeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 1971 (BGBl I S. 541), geändert durch die 1. Verordnung zur Änderung der Fernmeldeordnung vom 7. März 1972 (BGBl I S. 306) werden von der Deutschen Bundespost bei Aufgabe von Teilnehmereinrichtungen mit mehr als einjähriger Mindestüberlassungsdauer Restgebühren bis zum Ablauf der Mindestüberlassungsdauer in Höhe der Hälfte der laufenden Gebühren berechnet. Diese gesetzlich festgelegte Gebühr im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Fernmeldeüberlassungsverhältnisses (Aubert, Fernmelderecht, 3. Aufl. S. 155, 237) hat indessen keinen eindeutigen (alleinigen) Schadensersatzcharakter (Aubert, aaO S. 237; vgl. auch BGHZ 39, 35). Die bei kürzerfristigen Überlassungen sogar 100 % betragenden Restgebühren nach § 19 der Fernmeldeordnung sollen der Bundespost zwar einen Ausgleich für die Kosten gewähren, die diese für die Beschaffung der Teilnehmereinrichtungen aufwenden muß, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, daß infolge einer ständigen technischen Entwicklung eine nochmalige Verwendung gebrauchter Anlagen zweifelhaft sein kann und überdies

voraussetzen mag, daß vorher umfangreiche und kostspielige Überholungsarbeiten an ihnen durchgeführt wurden (vgl. Aubert, aaO S. 237). Ob ihrer Berechnung im einzelnen jedoch ausschließlich Schadensersatzgesichtspunkte zugrundeliegen, ist insbesondere deshalb nicht unzweifelhaft, weil die Einforderung der Restgebühr im Einzelfall öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterliegt. So kann gemäß § 19 Abs. 3 Fernmeldeordnung der Erlaß der Restgebühren aus Billigkeitsgründen in Betracht kommen, wenn der Teilnehmer durch ein unvorhergesehenes Ereignis zur vorzeitigen Aufgabe veranlaßt worden ist und durch die Zahlung wirtschaftlich ernsthaft gefährdet werden würde. Einen ausreichenden Anhaltspunkt für den Umfang der Schäden, die gewöhnlich einem privaten Unternehmer als Vermieter von Fernsprechnebenstellen bei vorzeitiger Aufgabe seitens des Vertragspartners entstehen, stellt die Restgebühr nach § 24 Fernmeldeordnung damit nicht dar.

Abgesehen davon unterscheidet sich die Gestaltung der Schadenspauschalierung in den AÜB der Klägerin bereits dadurch wesentlich von der Regelung in § 24 Fernmeldeordnung, daß der Schadensersatzanspruch (50 % der Restmieten) uneingeschränkt sofort fällig wird, während die Restgebühren nach der Fernmeldeordnung an sich lediglich ratenweise anfallen. Ob auf die für Nebenstellenanlagen geltende Regelung des § 24 Fernmeldeordnung § 19 Abs. 2 Fernmeldeordnung anwendbar ist, wonach der Teilnehmer auf Verlangen der Bundespost die gesamte Restgebühr bei der Aufhebung der Einrichtung zu zahlen hat, kann auf sich beruhen; zumindest könnte die Deutsche Bundespost ein solches Verlangen nur nach pflichtgemäßem Ermessen aussprechen, wobei die Länge der gegebenenfalls noch offenen Benutzungsdauer nicht unberücksichtigt bleiben

dürfte. Aus der sofortigen Fälligkeit der Schadenspauschale nach den AÜB der Klägerin folgt, daß die Forderung je nach Länge der restlichen Vertragsdauer ganz erheblich über 50 % der Restmieten liegen kann. Die Tatsache, daß die Vermieterin die an sich monatlich fällig werdenden Raten sogleich erhalten soll, führt bei ihr zu einem erheblichen Zinsgewinn, beim Mieter zu einem entsprechenden Zinsverlust. Das Ausmaß der hierdurch eintretenden wirtschaftlichen Wertsteigerung des Schadensersatzanspruchs läßt sich durch eine Abzinsung der Summe der Restmieten auf den Tag der einvernehmlichen vorzeitigen Vertragsauflösung ermitteln. Im vorliegenden Fall waren am 31. März 1972 noch 165 Monatsraten á 744,83 DM ab 1. April 1972 offen. Bei Annahme eines durchschnittlichen Zinssatzes von 8 % p.a. ergibt eine überschlägige Abzinsung der Gesamtsumme von 122 896,96 DM einen Betrag von rd. 72 000 DM. Die Klägerin hat einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 61 448,48 DM errechnet. Im konkreten Falle würde die vom Beklagten verlangte Schadenspauschale danach tatsächlich etwa 85 % der Restmieten betragen. Ob eine Schadenspauschale in dieser Höhe die vertretbaren Grenzen nicht überschreitet, ist zweifelhaft.

cc) Der Umstand, daß die Klägerin Tatsachen vortragen und beweisen muß, die die Feststellung erlauben, daß die Schadenspauschale an einer durchschnittlichen Einbuße orientiert ist, bedeutet allerdings nicht, wie sie offenbar befürchtet, daß sie ihre Kalkulation offenlegen muß, was durch die Vereinbarung einer Schadenspauschale an sich gerade vermieden werden soll (vgl. Senatsurteil vom 8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68 aaO). Sie genügt vielmehr ihrer Darlegungslast in der Regel mit nachprüfbaren Angaben über den branchenüblichen Gewinn bei

der Vermietung von Fernsprech-Nebenstellenanlagen. Sollte in der Branche allgemein ein Gewinn erwirtschaftet werden, der mit der Schadenspauschale der Klägerin im wesentlichen übereinstimmt, so bestünden gegen die Pauschale keine Bedenken.

Sollte der brancheübliche Gewinn deutlich hinter der Pauschale der Klägerin zurückbleiben, so bedeutet das noch nicht, daß die Pauschale unzulässig wäre. Während im reinen Verkaufsgeschäft der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden regelmäßig in dem entgangenen Veräußerungsgewinn bestehen wird, und deshalb in diesen Fällen der brancheübliche Gewinn allein als Orientierungsmaßstab für die Pauschalierung gelten kann, bestimmen bei Rechtsgeschäften, die, wie im vorliegenden Falle, die Überlassung technischer Einrichtungen nur Nutzung auf Zeit und außerdem Dienstleistungen (Reparaturen, Wartung, Pflege) zum Gegenstand haben, außer dem normalerweise zu erwartenden Ertrag noch andere Faktoren den durchschnittlichen Schaden. Dazu gehören die technische Wertminderung, die sich in den Abschreibungssätzen ausdrückt, die Vorhaltekosten und die auf die normale Vertragsdauer verteilten Auf- und Abbaukosten der Anlage. Eine im Ansatz nachprüfbare Darstellung dieser Schadensfaktoren genügt gegebenenfalls, um die Höhe der Schadenspauschale gegen eine willkürliche Festsetzung abzugrenzen. Damit ist, ohne den Klauselverwender unzumutbar zu belasten, auch den berechtigten Interessen des Vertragspartners Rechnung getragen, weil er, wenn er es für angezeigt hält, einzelne die Höhe der Pauschale bestimmende Faktoren - dafür allerdings mit dem Beweis- und Kostenrisiko belastet - angreifen kann.

III. Das angefochtene Urteil konnte danach keinen Bestand haben. Da die Voraussetzungen für eine Entscheidung des erkennenden Senats in der Sache selbst fehlen, war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO), das auch über die Kosten des Rechtsmittels zu entscheiden haben wird.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Dr. Brunotte