

76

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 242 (Cd), 249, 535, 554

- a) Wird ein auf unbestimmte Dauer geschlossener kündbarer Teilamortisationsvertrag im Sinne des Erlasses des Bundesministers der Finanzen vom 22. Dezember 1975 - IV B 2 - S 2170 - 161/75 vom Leasingnehmer vertragsgemäß gekündigt, bevor durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten die mit der Beschaffung des Leasingobjekts verbundenen Gesamtkosten des Leasinggebers einschließlich des kalkulierten Gewinns ausgeglichen sind, so behält der Leasinggeber Anspruch auf volle Amortisation der Gesamtkosten einschließlich des kalkulierten Gewinns; das Erfüllungsinteresse ist, falls es an einer wirksamen vertraglichen Regelung fehlt, konkret zu berechnen.
- b) Kündigt der Leasinggeber einen auf unbestimmte Dauer geschlossenen kündbaren Teilamortisationsvertrag wegen Zahlungsverzugs des Leasingnehmers gemäß § 554 BGB, so wird sein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Höhe nach durch das Erfüllungsinteresse bei vertragsgemäßer Beendigung bestimmt; der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist, falls es an einer wirksamen vertraglichen Regelung fehlt, konkret zu berechnen (Abweichung von BGH Urteil vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 = WM 1982, 666 = ZIP 1982, 700).
- c) Zur Frage der Anrechnung des Erlöses aus der Verwertung des Leasingobjekts auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei außerordentlicher Kündigung eines Teilamortisationsvertrages durch den Leasinggeber.

BGH, Urt. v. 12. Juni 1985 - VIII ZR 148/84 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

77

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 148/84

URTEIL

Verkündet am
12. Juni 1985
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Georg-Karl B[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED] in N[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Bü[REDACTED] -

g e g e n

D[REDACTED] L[REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstand Dr. Albrecht
Di[REDACTED], Dipl.-Kfm. Horst F[REDACTED] und Franz P[REDACTED], H[REDACTED]
Straße [REDACTED] in Fr[REDACTED]/M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf
die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1985 durch den
Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier,
Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

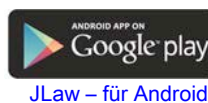
Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 12. April 1984 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als der Beklagte über
24.888,71 DM hinaus zur Zahlung weiterer
48.049,33 DM und zur Zahlung von mehr als
4 % Zinsen verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu
anderweiter Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revisionsinstanz,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Der Beklagte mietete von der Klägerin auf der Grundlage eines Formularvertrages (Nr. 124803) vom 10. Oktober 1979 ein Datenerfassungsgerät Olivetti DE S III "auf unbestimmte Zeit kündbar zum Abschluß des 24. Monats nach Maßgabe des § 14" Mietvertrag. Der Objektwert ist mit 13.900 DM zuzüglich 6.533,16 DM "Ablösung" (Ablösung Altvertrag Nr. 49433 per 31. Dezember 1979), insgesamt mit 20.433,16 DM als Mietberechnungsgrundlage angegeben. Der monatliche Mietpreis gemäß § 2 Mietvertrag beträgt 482,22 DM plus Mehrwertsteuer. Mit Formularvertrag vom 19. Dezember 1980 (Nr. 136658) mietete der Beklagte von der Klägerin außerdem einen Buchungsautomaten Marke Olivetti BCS (55.000 DM), ein Basic-Betriebssystem (1.800 DM) und ein Kanzleiprogramm (7.500 DM) ebenfalls "auf unbestimmte Zeit kündbar zum Ablauf des 24. Monats nach Maßgabe des § 14" Mietvertrag. Der Objektwert ist mit 64.300 DM, der monatliche Mietpreis mit 1.491,76 DM angegeben. Die "Mietrechnung" zu dem Vertrag vom 19. Dezember 1980 hat die Klägerin getrennt für Hardware und Betriebssystem einerseits und Anwendersoftware (Kanzleiprogramm) andererseits aufgemacht. In den Mietrechnungen ist der Mietbeginn jeweils festgesetzt worden, und zwar für das Datenerfassungsgerät auf den 1. Januar 1980, für die Hardware und das Betriebssystem des Vertrages vom 19. Dezember 1980 auf den 1. Februar 1981, für die Anwendersoftware auf den 1. April 1981.

Die Mietverträge enthalten unter anderem folgende - gleichlautende - Bestimmungen:

"§ 12

...

Für die Verzugszeit hat der Mieter dem Vermieter Zinsen in Höhe von 1 % pro Monat zu zahlen.

§ 13

Ist der Mieter mit drei Monatsraten im Rückstand, so hat der Vermieter das Recht, den Mietvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und die Miete bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin und die entsprechende Abschlagszahlung gemäß § 14 mit sofortiger Fälligkeit zu fordern. ...

Weitergehende Schadensersatzansprüche bleiben vorbehalten. § 12 Abs. 2 gilt entsprechend.

§ 14

Der Mieter hat das Recht, den Mietvertrag mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, erstmals zum Ablauf des 24. Monats ab Mietbeginn zu kündigen; dann halbjährlich ebenfalls mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten.

Die Kündigung löst folgende Abschlagszahlungen des Mieters aus, die zum Kündigungstermin fällig sind:

Zum Ablauf des 24. Monats 68 %,
30. Monats 57 %, 36. Monats 47 %,
42. Monats 36 %, 48. Monats 25 %,
54. Monats 14 %, danach 0 %, jeweils vom Anschaffungswert, unter Anrechnung von 75 % bzw. (im Falle des Abschlusses eines neuen, gleichwertigen Mietvertrages) 100 % vom Wiederverwertungserlös, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer.

Bei Abschluß eines neuen, gleichwertigen Mietvertrages wird der Betrag, um den der Wiederverwertungserlös die sich jeweils ergebende Abschlußzahlung übersteigt, als Bonus bei der Festsetzung der Mieten des neuen Mietvertrages berücksichtigt.

Der Wiederverwertungserlös wird im Zeitpunkt des Eingangs beim Vermieter angerechnet. ..."

Der Beklagte kam den eingegangenen Zahlungsverpflichtungen nicht nach, bat zunächst um Stundung bis Ende September 1981 und leistete von August 1981 an keinerlei Zahlungen mehr. Das nahm die Klägerin zum Anlaß, mit Schreiben vom 9. November 1981 von ihrem "Recht entsprechend den vertraglichen Verfallklauseln Gebrauch zu machen". Den Vertrag Nr. 124803 kündigte sie gemäß § 13 Mietvertrag zum 30. Juni 1982 (30. Monat), den Vertrag 136658 zum 31. Januar 1983 (24. Monat). Ihre Forderung bezifferte die Klägerin wie folgt:

Vertrag Nr. 124803

Rückständige Mieten August bis Oktober 1981 (3 x 544,91 DM) =	1.634,73 DM,
Mieten Dezember 1981 bis 30. Juni 1982 = 3.814,37 DM	
abzüglich Zinsgutschrift 66,76 DM =	3.747,61 DM,
Abschlußzahlung 57 % vom Anschaffungswert 20.433,16 DM = 11.646,90 DM	
+ MWSt 1.514,10 DM	
----- 13.161,-- DM	
abzüglich Zinsgutschrift 508,89 DM	12.652,11 DM
	----- 18.034,45 DM

Vertrag Nr. 136658

Rückständige Mieten August bis Oktober 1981 (3 x 1.717,70 DM) =	5.153,10 DM,
Mieten ab Dezember 1981 bis Januar 1983 (14 x 1.717,70 DM) = 24.047,80 DM	
abzüglich Zinsgutschrift 841,68 DM =	23.206,12 DM,
Abschlußzahlung vom Anschaffungswert - 68 % von 64.300 DM - = 43.724,-- DM	
+ MWSt 5.684,12 DM	

abzüglich Zinsgutschrift 49.408,12 DM	
3.639,69 DM	

	45.768,43 DM

	74.127,65 DM.

Aus beiden Verträgen ergibt das eine Forderung von 92.162,10 DM. Diesen Betrag - zuzüglich Zinsen - hat die Klägerin mit der Klage geltend gemacht und außerdem Herausgabe der Hardware und Software verlangt.

Das Landgericht hat dem Herausgabebegehren entsprochen, den Beklagten zur Zahlung von 15.838,24 DM zuzüglich Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt. Am 30. Juni 1982 hat der Beklagte Hardware und Software herausgegeben, die Klägerin hat sie verwertet und dabei einschließlich Mehrwertsteuer 19.210 DM, netto 17.000 DM, Erlöst. Sie hat sodann den Schaden wie folgt neu berechnet:

Leasingraten/Nutzungsentschädigung aus beiden
Verträgen vom 16. September 1981 bis
30. Juni 1982 = 24.888,71 DM,

Schlußzahlung zum Vertrag Nr. 124803 ohne Zins-
gutschrift wegen Fälligkeit zum 1. Juli 1982
(57 % von 20.433,16 DM) = 11 646,90 DM +
13 % MWSt = 1.514,10 DM = 13.161,-- DM,

7 Leasingraten aus dem Vertrag Nr. 136658
(1. Juli 1982 bis 31. Januar 1983 =
7 x 1.520,09 DM) = 10.640,63 DM

Schlußzahlung zum Vertrag
Nr. 136658 (68 % von 64.300 DM) = 43.724,-- DM

54.364,63 DM

Zinsgutschrift für 7 Monate auf
Schlußzahlung und Leasingraten = 2.793,82 DM

51.570,81 DM

+ 13 % MWSt = 6.704,21 DM
58.275,02 DM

96.324,73 DM.

Auf diesen Betrag rechnet die Klägerin
75 % des Verwertungserlöses = 12.750,-- DM
+ 13 % MWSt = 1.657,50 DM
insgesamt 14.407,50 DM
an.

Die danach verbleibende Forderung von 81.917,23 DM und 12 %
gestaffelter Zinsen hat die Klägerin geltend gemacht und den
Herausgabeanspruch für erledigt erklärt.

Das Berufungsgericht hat über die Schadenshöhe durch Ein-
holung eines Sachverständigengutachtens Beweis erhoben. Im ange-
fochtenen Urteil hat es die Erledigung des Herausgabeanspruchs

ausgesprochen und der Klägerin 72.938,04 DM zuzüglich Zinsen zuerkannt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Klageabweisung, soweit der Klägerin mehr als 24.888,71 DM und mehr als 4 % Zinsen zugesprochen worden sind.

Entscheidungsgründe

A) In der Revisionsinstanz streiten die Parteien noch darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Beklagte der Klägerin Schadensersatz für die Zeit nach Rückgabe des Leasinggutes, also nach dem 30. Juni 1982, schuldet. Der Klägerin geht es dabei um die - nicht abgezinste - Schlußzahlung aus dem Vertrag Nr. 124803 plus Mehrwertsteuer (= 13.161 DM) und sieben abgezinste Leasingraten sowie die abgezinste Schlußzahlung aus dem Vertrag Nr. 136658 plus Mehrwertsteuer (= 58.275,02 DM).

I. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 82, 121, 129) ausgeführt, § 13 und der darin wegen der Folgen einer fristlosen Kündigung in Bezug genommene § 14 des formularmäßig gestalteten Mietvertrages hielten einer Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG nicht stand, seien mithin unwirksam und schieden deshalb als

182

Anspruchsgrundlage für die geltend gemachten Forderungen aus. Diesen für sie günstigen Rechtsstandpunkt, der der Ansicht des erkennenden Senats entspricht (BGHZ 82, 121, 130 unter IV 2 und Senatsurteile vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 175/80 = WM 1982, 7 = ZIP 1982, 67 und vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 = WM 1982, 666 = ZIP 1982, 700), teilt die Revision.

Die Revision wendet sich nicht gegen den Standpunkt der Vorinstanz, daß der Vermieter/Leasinggeber, der einen Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs des Mieters/Leasingnehmers fristlos gemäß § 554 BGB kündigt, Anspruch auf Ersatz des durch die Kündigung verursachten Schadens hat. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 4. April 1984 klargestellt, daß es sich dabei um einen Anspruch eigener Art handelt, dessen Geltendmachung keiner vorherigen Nachfristsetzung bedarf (Senatsurteil vom 4. April 1984 - VIII ZR 313/82 = WM 1984, 933). Die Revision läßt schließlich gelten, daß dieser Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichtet ist, so daß der Mieter/Leasingnehmer höchstens den Betrag schuldet, den er bei normalem Ablauf der Vertragserfüllung an den Leasinggeber hätte zahlen müssen, vermindert um ersparte Aufwendungen oder andere infolge der Kündigung entstandene Vorteile des Vermieters/Leasinggebers (vgl. BGHZ 82, 121, 130).

II. Aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens ist das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt, daß der

Klägerin aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten ein Schaden von 67.259,33 DM entstanden ist. Es hat ausgeführt, der Sachverständige Dr. Su[REDACTED] habe einleuchtend dargelegt, daß die Refinanzierung des vom Leasinggeber eingesetzten Kapitals branchenüblich sei und daß die im vorliegenden Falle erhobenen Refinanzierungs- bzw. Effektivzinssätze den Marktbedingungen entsprochen hätten. Der Sachverständige habe die direkten Kosten des Vertragsabschlusses, die Verwaltungskosten und den entgangenen Gewinn, den Kapitalamortisationsschaden und den Zinsschaden sachgerecht ermittelt und jeweils auf den Barwert abgezinst. Er habe sein Gutachten auf Befragen des fachkundig beratenen Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 15. März 1984 erläutert und aufrechterhalten. Beanstandungen des Gutachtens durch den Beklagten in einem nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26. März 1984 hat die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen (§§ 283, 296a ZPO).

III. Hat das Berufungsgericht sich das Gutachten des Sachverständigen Dr. Su[REDACTED] zu eigen gemacht, so kommt es für die Entscheidung darauf an, ob die darin durchgeführte Schadensberechnung verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist und sich - den Besonderheiten des Finanzierungsleasing Rechnung tragend - im Rahmen der §§ 249 ff BGB hält.

1. Der Sachverständige ist von einem Kapitaleinsatz des Leasinggebers für den Erwerb der vom Beklagten gewünschten und von ihm ausgesuchten Leasingobjekte von insgesamt 84.733,16 DM ausgegangen (Vertrag Nr. 124803 = 20.433,16 DM, Vertrag Nr. 136658 = 56.800 DM + 7.500 DM).

a) Die Revision rügt, Sachverständiger und Berufungsgericht hätten trotz ausdrücklichen Hinweises im Schriftsatz vom 21. März 1983 nicht berücksichtigt, daß in dem Betrag von 20.433,16 DM eine Ablösesumme von 6.533,16 DM aus einem Altvertrag enthalten sei, und daß es sich insoweit nicht um die Finanzierung eines benutzbaren Wirtschaftsgutes, sondern um eine bloße Geldforderung gehandelt habe.

b) Mit dieser Rüge hat die Revision keinen Erfolg. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Forderung aus dem Altvertrag um nicht getilgte Leasingraten oder eine - reine - Darlehensforderung handelt. Der Beklagte hat durch seinen Vertragsantrag vom 26. September 1979 bewirkt, daß der Betrag Bestandteil des Objektwertes des Leasingvertrages Nr. 124803 vom 10. Oktober 1979 wurde. Daran muß er sich festhalten lassen. Hat er seinerzeit selbst keinen Wert darauf gelegt, daß eine reine Darlehensforderung bleibt, was sie ursprünglich war, so kann er jetzt nicht mehr verlangen, daß diese Frage geklärt und der Teilbetrag von 6.533,16 DM des Objektwertes von 20.433,16 DM rechtlich verselbständigt wird. Das verbietet sich

auch deshalb, weil die Klägerin bei Abschluß des Leasingvertrages vom 10. Oktober 1979 von einem Objektwert von 20.433,16 DM als Grundlage für den Refinanzierungsbedarf ausgehen durfte.

2. a) Der Sachverständige und mit ihm das Oberlandesgericht haben der - konkreten - Schadensberechnung zugrunde gelegt, daß die Klägerin das für beide Leasingverträge eingesetzte Kapital von insgesamt 84.733,16 DM, das den kalkulierten Gewinn einschließt, bei einer Laufzeit des Vertrages Nr. 124803 von 60 Monaten, des Vertrages Nr. 136658, soweit er die Hardware und das Betriebssystem betrifft, ebenfalls von 60 Monaten und, soweit dieser Mietvertrag Anwendersoftware (Kanzleiprogramm) betrifft, bei einer Laufzeit von 58 Monaten - der Vertragsbeginn lag hier zwei Monate später - voll amortisiert hätte. Darauf beruht die Ermittlung der der Klägerin nach Ansicht der Vorinstanz zu erstattenden "direkten" Kosten des Vertragsabschlusses, der Verwaltungskosten und des entgangenen Gewinns, des Kapitalamortisationsschadens und des Zinsschadens. Die konkrete Schadensberechnung beruht danach auf einer stillschweigenden Gleichsetzung von Amortisationszeit und Vertragsdauer.

b) Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe schon im Ansatz nicht davon ausgehen dürfen, daß eine Amortisationsdauer von 60 bzw. 58 Monaten einvernehmlich vereinbart worden sei. Der Beklagte habe in den Schriftsätzen vom 21. März und 26. Mai 1983 die gesamte Schadenskalkulation der

Klägerin bestritten und den fehlenden Nachweis eines konkreten Schadens ausdrücklich gerügt. Die Dauer der Gesamtlaufzeit, die nach dem Willen der Parteien die Kalkulationsgrundlage für die vereinbarten Leasingraten sein sollte, sei daher nicht unstrittig, sondern beweisbedürftig gewesen. Mit dieser Rechnungsgröße stehe und falle aber nicht nur die gesamte Leasing-Kalkulation, sondern auch Art und Umfang der ergänzenden Vertragsauslegung durch den Tatrichter. Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht eine ergänzende Vertragsauslegung unterlassen habe, obwohl es erkannt habe, daß der Bundesgerichtshof dies in Fällen verlange, in denen sich die formularmäßige Kündigungsfolgenregelung - hier §§ 13, 14 Mietvertrag - als unwirksam erweise. Sie macht schließlich geltend, die Vorinstanz habe dem Beklagten das volle mit dem Scheitern des Leasingvertrages verbundene Amortisationsrisiko aufgebürdet. Dies widerspreche der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Fallgestaltungen, bei denen, wie hier, dem Leasingnehmer ein ordentliches Kündigungsrecht vor Ablauf der Amortisationsdauer eingeräumt worden sei.

c) Diesen Angriffen hält das angefochtene Urteil im Ergebnis stand.

aa) Da der mit der Klage geltend gemachte konkret berechnete Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens, mit dem die Klägerin die volle Amortisation ihres Kapitaleinsatzes (einschließlich des kalkulierten Gewinns) für die Beschaffung

der Leasingobjekte erstrebt, seine Obergrenze in der Summe der Leistungen findet, die der Beklagte bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages hätte erbringen müssen, kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst darauf an, was der Beklagte in diesem Fall insgesamt an die Klägerin zu zahlen gehabt hätte.

bb) Die Verträge sind gemäß § 1 Mietvertrag dem Wortlaut nach "auf unbestimmte Zeit kündbar zum Ablauf des 24. Monats nach Maßgabe des § 14" geschlossen worden. Die Auslegung dieser von der Klägerin im gesamten Bundesgebiet verwendeten vorformulierten Klausel kann der erkennende Senat selbst vornehmen. Sie bedeutet ersichtlich, daß die Vertragsparteien von einer unkündbaren (Grund-) Mietzeit von 24 Monaten ausgegangen sind. Das ergibt sich auch aus § 14 Mietvertrag, dessen Absatz 1 bestimmt, daß die dem Mieter eingeräumte Kündigungsbefugnis erstmals zum Ablauf des 24. Monats mit einer Frist von sechs Monaten ausgeübt werden kann. Die Unwirksamkeit des § 14 Mietvertrag hindert nicht, das darin enthaltene zeitliche Element "erstmal" zur Auslegung des § 2 Mietvertrag heranzuziehen. Der Beklagte hätte danach die Leasingverträge, bei denen die unkündbare Mietzeit am 31. Dezember 1981 (Vertrag Nr. 124803, Mietbeginn 1. Januar 1980) bzw. am 31. Januar 1983 (Vertrag Nr. 136658, Mietbeginn für Hardware und Betriebssystem 1. Februar 1981 und Mietbeginn für Kanzleiprogramm 1. April 1981 bei 22 Monaten Laufzeit) abgelaufen ist, im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung

vom 9. November 1981 fristgerecht zum Ablauf des 30. Monats (Vertrag Nr. 124803) bzw. zum Ablauf des 24. und 22. Monats (Vertrag Nr. 136658 für die Hardware mit dem Betriebssystem bzw. für das Kanzleiprogramm) kündigen, also vertragsgemäß beenden können. Die Befugnis zur ordentlichen Kündigung kann der Beklagte dem Schadensersatzbegehren der Klägerin mit der Folge entgegenhalten, daß die Leistungen, die er der Klägerin noch geschuldet hätte, den Ersatzanspruch begrenzen (BGHZ 82, 121, 130 m.w.Nachw.).

cc) Bei der Prüfung der Frage, welche Leistungen der Beklagte im Falle der nächstmöglichen ordentlichen Vertragsbeendigung noch geschuldet hätte, gewinnt Bedeutung, daß die Klägerin die Amortisation ihres Kapitaleinsatzes erkennbar über eine Vertragsdauer von 60 bzw. 58 Monaten kalkuliert hat. Gegen diese Tatsache wendet sich die Revision vergeblich. In den von ihr zitierten Schriftsätzen des Beklagten wird weder dieser Kalkulationsansatz ausdrücklich in Frage gestellt noch etwa behauptet, volle Amortisation wäre in Wirklichkeit schon nach weniger als 60 bzw. 58 Monaten Vertragsdauer erreicht worden. Eine andere Frage ist, ob es der Klarheit und damit der Vermeidung von Streit dienlich wäre, neben dem Objektwert und den Leasingraten auch die Vertragsdauer gesondert anzugeben, innerhalb der die Gesamtkosten durch Leasingraten getilgt werden.

Werden, wie hier, Finanzierungsleasingverträge abgeschlossen, bei denen die fest vereinbarte Vertragsdauer (Grundmietzeit) nicht mit der vom Leasinggeber kalkulierten Amortisationszeit für das vom Leasinggeber eingesetzte Kapital übereinstimmt, so kann das zur Folge haben, daß eine volle Amortisation dieses Kapitals innerhalb der tatsächlichen Laufzeit des Finanzierungsleasingvertrages nicht erreicht werden kann. Die Frage ist, wer das Risiko des - teilweisen - Amortisationsausfalls zu tragen hat, wenn es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung fehlt, die dazu bestimmt ist, bei derartigen Teilamortisationsverträgen im Ergebnis eine Vollamortisation herbeizuführen.

α) Eine individuell ausgehandelte Absprache hierüber haben die Vertragsparteien nicht getroffen. Die vorformulierte Klausel des § 14 Mietvertrag, die durch die vorgesehenen Abschlußzahlungen den Leasingnehmer mit dem Amortisationsrisiko belastet, ist unwirksam (BGHZ 82, 121, 130 unter IV 2). Die Unwirksamkeit folgt daraus, daß diese Regelung für den Beklagten nicht hinreichend durchschaubar ist. Er kann nicht erkennen, welche Ausfälle und Nachteile die Klägerin in ihre Berechnungen einbezogen und ob sie auch die ihr durch eine ordentliche Kündigung des Vertrages durch den Leasingnehmer entstehenden Vorteile berücksichtigt hat. Vorteile und Nachteile sind in Prozentsätzen vom Anschaffungswert des Leasingobjekts ausgedrückt, die mit fortschreitender störungsfreier Vertragsdauer gegen Null gehen. Wie sie ermittelt worden sind, bleibt dem Leasingnehmer verborgen.

Für ihn ist damit ungewiß, ob die jeweilige Abschlußzahlung ihn stärker belastet als eine konkrete Berechnung des Erfüllungsinteresses. Das liegt auch daran, daß er keine Vergleichsrechnung anstellen kann. Er weiß zwar, wieviel Leasingraten beim Wirksamwerden der ordentlichen Kündigung noch bis zu dem Zeitpunkt ausstehen, an dem eine Abschlußzahlung anfallen würde, kennt aber die anzuwendende Abzinsungsmethode und deren Ergebnis nicht.

Fraglich ist, ob dasselbe gilt, soweit § 14 Mietvertrag lediglich die Anrechnung von 75 % des Verwertungserlöses auf die Abschlußzahlung vorsieht. Der Leasingnehmer, der grundsätzlich ein Interesse an voller Anrechnung hat, mag allerdings darauf bedacht sein, daß bei der Abwicklung des Vertrages nach ordentlicher Kündigung der steuerliche Vorteil des Geschäfts erhalten, d.h. daß es bei der Zuordnung des Leasingobjekts als wirtschaftliches Eigentum des Leasinggebers bleibt. Der Teilamortisationserlaß des Bundesministers der Finanzen vom 22. Dezember 1975 (BB 1976, 72) gewährleistet das zwar bei einer Anrechnung von 90 % des Veräußerungserlöses. Die in dem Erlaß in Bezug genommene Abschlußzahlung besteht indessen aus den durch Zahlung von Leasingraten nicht gedeckten Gesamtkosten des Leasinggebers, während im vorliegenden Formularvertrag die Abschlußzahlung vom Anschaffungswert des Leasingobjekts berechnet wird. Der Sinn dieser nicht erlaßkonformen Regelung ist nicht erkennbar. Sie führt auch nicht zu

einem für den Leasingnehmer günstigeren Endergebnis (vgl. unten III 2 e dd). Sie ist deshalb bei der hier gewählten Vertragsgestaltung unwirksam (vgl. dazu OLG Hamm, Urteil vom 24. Januar 1985 - 4 U 384/83, erläutert von Graf von Westphalen in EWIR § 535 BGB, 1/85, 143; gegen das Urteil ist Revision eingelegt).

β) Wäre Mietrecht anzuwenden, so hätte dies zur Folge, daß das Erfüllungsinteresse der Höhe nach durch die Leistungen begrenzt wäre, die der Beklagte bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin aufzubringen gehabt hätte (BGHZ 82, 121, 130); denn eine vom Mieter ausgesprochene ordentliche Kündigung würde mit ihrem Wirksamwerden ausnahmslos die Kausalität für weiteren dem Vermieter durch die fristlose Kündigung entstandenen Schaden beenden. Daß die strikte Anwendung mietrechtlicher Grundsätze der Interessenlage beim Finanzierungsleasing nicht gerecht wird, hat der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen und eine dieser Interessenlage gerecht werdende ergänzende Vertragsauslegung für geboten angesehen (BGHZ 82, 121, 131; Senatsurteil vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 = WM 1982, 666 = ZIP 1982, 700).

γ) Die Revision hat darin recht, daß das Berufungsgericht das Anliegen des Bundesgerichtshofs zwar gesehen, aber jedenfalls ausdrücklich nicht erwogen hat, weshalb ein Interessenausgleich zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer bei der hier gegebenen Vertragsgestaltung nicht anders stattfinden

könne als durch volle Belastung des Leasingnehmers mit dem Amortisationsrisiko. Daß die vom Berufungsgericht gebilligte konkrete Schadensberechnung darauf hinausläuft, ist schon ausgeführt worden (s.o. III 2 a). Der erkennende Senat ist bei seiner bisherigen Rechtsprechung, die Ersatzansprüche des Leasinggebers aufgrund einer von ihm ausgesprochenen, aber vom Leasingnehmer veranlaßten fristlosen Kündigung zum Gegenstand hat (BGHZ 82, 121, 131, 132; Senatsurteile vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 175/80 = WM 1982, 7 = ZIP 1982, 67 und vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 = WM 1982, 666 = ZIP 1982, 700), davon ausgegangen, daß bei Finanzierungsleasingverträgen, die infolge eines dem Leasingnehmer eingeräumten Kündigungsrechts und wegen Unwirksamkeit der Formularklausel über Abschlußzahlungen nur zu einer Teilamortisation führen, das Risiko des teilweisen Ausfalls der Amortisation zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer im Wege ergänzender Vertragsauslegung angemessen aufgeteilt werden müsse (Senatsurteil vom 31. März 1982 - VIII ZR 125/81 aaO). Diese Auffassung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. Graf von Westphalen in ZIP 1983, 1021, 1030; ders. in Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rdn. 60, 542; Seifert, DB Beilage 1/83, S. 8, 9; Ziganke, BB 1982, 706; Klamroth, BB 1982, 1949). Daß den Leasingnehmer "die Absicherung des Restwertes, wie sie in der Abschlußzahlung zum Ausdruck kommt", als eine einseitige Verpflichtung trifft (Graf von Westphalen ZIP 1983, 1021, 1030), d.h., daß er verpflichtet ist, die durch die Leasingraten bis zum Ablauf der unkündbaren

Vertragsdauer bewirkte Teilamortisation mittels der Abschlußzahlung zur Vollamortisation aufzustocken, hat der erkennende Senat schon bisher nicht in Frage gestellt, sofern nur die Vereinbarung einer Abschlußzahlung wirksam getroffen worden ist. Deshalb hat Graf von Westphalen auch mit Recht darauf hingewiesen, daß aus den beiden Urteilen vom 28. Oktober 1981 und aus der Entscheidung vom 31. März 1982 nicht hergeleitet werden kann, daß Teilamortisationsverträge in der Form des kündbaren Leasingvertrages, in denen mit einer Abschlußzahlung volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers erreicht werden soll, nicht mehr praktiziert werden könnten. Allerdings sind die Beteiligten nicht der Mühe enthoben, die die volle Amortisation herbeiführende Berechnung dergestalt zu vereinbaren, daß sie zivilrechtlichen Wirksamkeitsanforderungen genügt. Ist bei kündbaren Finanzierungsleasingverträgen die Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichszahlung Teil eines individuell vereinbarten Teilamortisationsvertrages, so ist sie bis an die der Vertragsfreiheit durch den Grundsatz von Treu und Glauben und durch die Vorschrift des § 138 BGB gezogenen Grenzen wirksam. Trägt der Leasinggeber als Verwender von AGB bei ihrer Abfassung oder bei der formularmäßigen Gestaltung der von ihm verwendeten Verträge auch den berechtigten Belangen seiner künftigen Vertragspartner Rechnung, nutzt er die Vertragsfreiheit also nicht ausschließlich zu eigenem Vorteil, so kann auch eine in AGB oder in vorformulierten Verträgen enthaltene Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichszahlung der Inhaltskontrolle nach

§ 9 AGBG standhalten und muß nicht dem Verdikt des § 10 Nr. 7 AGBG unterfallen (vgl. unten III 2 c dd 7). Das im Anschluß an die im Senatsurteil vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 302/80 ausgesprochene Zurückverweisung erneut mit der Sache befaßte Oberlandesgericht Düsseldorf hat gemeint, die Parteien hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Kündigungsregelung (dort gemäß § 5 AVB des Leasinggebers) gekannt hätten, eine feste Laufzeit von 72 Monaten, d.h. jene Vertragsdauer vereinbart, innerhalb der durch Zahlung der Leasingraten volle Amortisation eingetreten wäre (OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. November 1982 zitiert in ZIP 1983, 1209, 1210). Das Oberlandesgericht Frankfurt steht auf dem Standpunkt, im Hinblick auf die beim Finanzierungsleasing bestehende Interessenlage hätten die Vertragsparteien eine Regelung für die Abschlußzahlung vereinbart, kraft derer der Leasinggeber einerseits den noch nicht amortisierten Finanzierungsaufwand, den Verwaltungsaufwand und den Reingewinn zu seinen Gunsten, andererseits die Abzinsung für vorzeitige Rückerlangung des Finanzierungsaufwandes, den Vorteil der vorzeitigen Rückerlangung des Geräts und den Verkaufserlös zu seinen Lasten zu berücksichtigen hat (OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Mai 1983 = ZIP 1983, 1211). Das Oberlandesgericht Hamm schließlich meint, im Hinblick auf das Wesensmerkmal des Finanzierungsleasing, die Amortisation des vom Leasinggeber investierten Kapitals sicherzustellen, sei zu vermuten, daß die Parteien auch für den Fall der ordentlichen Vertragskündigung v o r der vollen Amortisation durch Leasing-

raten Abschlußzahlungen auf eine etwa verbleibende Deckungslücke bei dem Leasinggeber vereinbart hätten (OLG Hamm, Urteil vom 24. Januar 1985 4 U 384/83 erläutert von Graf von Westphalen in EWIR § 535 BGB, 1/85, 143; das Urteil ist mit der Revision angefochten).

δ) Das Ergebnis der vom erkennenden Senat durch die Urteile vom 28. Oktober 1981 und 31. März 1982 verursachten Auseinandersetzung mit der Frage des Amortisationsrisikos für Leasingverträge, die vor Ablauf der für eine Amortisation durch Zahlung von Leasingraten notwendigen Vertragsdauer ordentlich kündbar sind, macht es notwendig, die charakteristischen Merkmale des Finanzierungsleasings erneut zu untersuchen.

Soweit der Standpunkt vertreten wird, entscheidende Bedeutung gewinne im Hinblick auf die einschlägigen Erlasse der Finanzverwaltung, daß der Leasinggeber rechtlich und wirtschaftlich Eigentümer sei und "demzufolge Anspruch auf volle Amortisation" habe (Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, aaO Rdn. 541), wird zwar übersehen, daß der Teilamortisationserlaß vom 22. Dezember 1975 eine entsprechende zivilrechtliche Ausgestaltung voraussetzt und auf Modelle von Teilamortisationsverträgen Bezug nimmt, die der Deutsche Leasing-Verband den Finanzbehörden zur Prüfung vorgelegt hatte, ob sie den Anforderungen an die Zuordnung des Leasingobjekts als wirtschaftliches Eigentum des Leasinggebers genügten. Gleichwohl bestimmt der

steuerrechtliche Gesichtspunkt maßgeblich das Wesen des Finanzierungsleasingvertrages. Entstehung und einen wesentlichen Teil seiner praktischen Bedeutung verdankt das Leasing ertragssteuerrechtlichen Überlegungen. Ihr Kern ist die Zuordnung des Leasingobjekts auch als wirtschaftliches Eigentum des Leasinggebers. Eigentümer des Leasingobjekts im zivilrechtlichen Sinne ist der Leasinggeber ohnehin. Aus der daraus sich ergebenden Folge, daß das Leasingobjekt vom Leasingnehmer nicht zu aktivieren ist und die Leasingraten als Betriebsausgaben gelten, verspricht sich der Leasingnehmer steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Vorteil. Die von den beteiligten Kreisen unter diesem Gesichtspunkt entwickelten Vertragstypen stimmen darin überein, daß sie zu voller Amortisation des vom Leasinggeber eingesetzten Kapitals führen. Bei den Vollamortisationsverträgen (vgl. Erlaß des Bundesministers der Finanzen vom

19. April 1971 - IV B/2 - S 2170 - 31/71 = BStBl 1971 I

S. 264) geschieht das allein durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten. Bei den Teilamortisationsverträgen soll dasselbe Ziel zu einem Teil durch die Zahlung von Leasingraten und zum anderen Teil mittels der Vereinbarung eines Andienungsrechts durch Zahlung eines - regelmäßig schon bei Vertragsschluß festgelegten - Kaufpreises oder, wie im vorliegenden Falle des kündbaren Teilamortisationsvertrages, mittels einer Abschlußzahlung erreicht werden (vgl. Erlaß des Bundesministers der Finanzen vom 22. Dezember 1975 - IV B/2 - S 2170 - 161/75 BB 1976, 72).

Nach den erlaßkonformen Leasingvertragstypen schuldet der

Leasingnehmer also stets volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers. Während beim Vollamortisationsvertrag wegen übereinstimmender Dauer von Gebrauchsüberlassung und Tilgung sich die Abwicklung des Vertragsverhältnisses bei vertragsgemäßer Beendigung im wesentlichen in der Rückgabe des Leasingobjekts erschöpft, macht die - gleichfalls vertragsgemäße - Beendigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Finanzierungsleasingvertrages durch ordentliche Kündigung seitens des Leasingnehmers die Abwicklung gerade auch in bezug auf die vom Leasinggeber gewährte Finanzierung nötig. Es gehört zum Wesen jeglicher Finanzierung, daß die eingesetzten Mittel an den Kreditgeber zurückfließen. Das gilt auch für das Finanzierungsleasing. Im Unterschied zu sonstigen Vermietern erwirbt der Leasinggeber den vom Leasingnehmer nach dessen Bedürfnissen ausgesuchten Gegenstand zum Zwecke der Vermietung an den Leasingnehmer, wobei die Parteien des Leasingvertrages darüber einig sind, daß die vereinbarten Leasingraten nicht nur Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, sondern auch dazu bestimmt sind, den Kapitaleinsatz des Leasinggebers einschließlich des kalkulierten Gewinns zu tilgen. Deshalb kann aus der vereinbarten Kündbarkeit des Leasingvertrages nach Ablauf der Grundmietzeit nicht hergeleitet werden, daß bis zur Rückgabe des Leasingobjekts durch die bis dahin geleisteten Leasingraten nicht getilgte Teil der Gesamtkosten des Leasinggebers brauche nicht ausgeglichen zu werden. Die ordentliche Kündigung verwandelt den Finanzierungsleasingvertrag vielmehr in ein Abwicklungsschuld-

verhältnis, das den Leasingnehmer zur Rückgabe des Leasingobjekts und zum Ausgleich des noch nicht getilgten Teils der Gesamtkosten des Leasinggebers verpflichtet, den Leasinggeber zu bestmöglicher Verwertung des Leasingobjekts. Der - bei kurzer Vertragsdauer entsprechend höhere - Erlös kommt dem Leasingnehmer zugute. Bei erlaßkonformer Vertragsgestaltung ist er zu 90 % auf die noch geschuldete Zahlung zum Ausgleich der Differenz zwischen der Summe der Leasingraten und den Gesamtkosten des Leasinggebers anzurechnen.

Im Falle vertragsgemäßer Beendigung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Finanzierungsleasingvertrages durch ordentliche Kündigung seitens des Leasingnehmers hat der Leasinggeber mithin Anspruch auf volle Amortisation des zur Beschaffung des Leasingobjekts eingesetzten Kapitals einschließlich des kalkulierten Gewinns. Dabei kann im Hinblick auf die Interessenlage nicht außer Betracht bleiben, daß die Entwicklung des kündbaren Teilamortisationsvertrages ihren Grund ersichtlich darin hat, dem Leasingnehmer eine Möglichkeit zu geben, bei rasch fortschreitender technischer Entwicklung das auf unbestimmte Dauer geleaste Objekt bereits nach Ablauf der unkündbaren Mietzeit zurückzugeben und durch ein dem neuesten technischen Standard entsprechendes Leasingobjekt zu ersetzen. Ob dieser Vorteil im Hinblick auf die Abwicklung des Leasingvertrages für das zu ersetzende Leasingobjekt wirtschaftlich vertretbar ist, muß der Leasingnehmer in gleicher Weise prüfen und entscheiden wie der-

jenige, der ein durch technische Weiterentwicklung "veraltetes" Investitionsgut gekauft hat und die Anschaffung des inzwischen verbesserten erwägt.

Ist danach volle Amortisation der vom Leasinggeber aufgewandten Gesamtkosten - kalkulierten Gewinn inbegriffen - für den kündbaren Teilamortisationsvertrag leasingtypisch und damit vertragsimmanent, so bedarf es keiner ergänzenden Vertragsauslegung, um im Falle einer ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Grundmietzeit, aber vor Erreichen des Zeitpunkts, an dem durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten volle Amortisation erreicht worden wäre, dem Leasinggeber dem Grunde nach Anspruch auf Ausgleich des durch Leasingraten und Verwertungserlös nicht gedeckten Teils seiner Gesamtkosten zuzubilligen. Soweit der erkennende Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung durch den Tatrichter mit dem Ziel angeregt hat, den Leasinggeber einen Teil der Gesamtkosten einschließlich seiner Gewinnerwartung selbst tragen zu lassen (Senatsurteil vom 31. März 1982 aaO), wird daran nicht festgehalten.

dd) Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wie der Anspruch auf volle Amortisation der Gesamtkosten mit einkalkuliertem Gewinn zu berechnen ist. Das muß auch hier geschehen, weil der Nichterfüllungsschaden, welchen die Klägerin geltend macht,

wie schon mehrfach betont, seine obere Grenze im Erfüllungsinteresse findet.

α) Die von den Vertragsparteien gewählte Berechnungsart gemäß § 14 Mietvertrag ist, wie dargelegt, undurchschaubar und deshalb zur Ermittlung des Erfüllungsinteresses nicht geeignet. Auf welche Weise genügende Durchschaubarkeit dieser Methode erreicht werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Offenbleiben kann auch, ob und unter welchen Voraussetzungen andere in der Vertragsgestaltungspraxis verbreitete Berechnungsverfahren, wie z.B. die nachträgliche Erhöhung der gezahlten Leasingraten, als wirksam anzusehen wären (vgl. unten ⚡). Ist dem kündbaren Teilamortisationsvertrag immanent, daß jede Form vertragsgemäßer Beendigung die volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers einschließlich des kalkulierten Gewinns sicherstellen soll, so muß im Falle einer ordentlichen Kündigung des Vertrages durch den Leasingnehmer zunächst konkret festgestellt werden, welche Leistung der Leasingnehmer noch schuldete, wenn der Vertrag bis zu dem Zeitpunkt fortbestehen würde, in dem volle Amortisation durch Zahlung von Leasingraten eingetreten wäre. Als leasingtypisch hat danach zu gelten, daß der Leasingnehmer eine Ausgleichsleistung zu erbringen hat, die von den Gesamtkosten des Leasinggebers einschließlich seines Gewinns zu berechnen ist. Das entspricht dem Teilamortisationserlaß vom 22. Dezember 1975, in dem diese Ausgleichsleistung als "Abschlußzahlung" bezeichnet ist. Nicht erwähnt ist im Teilamor-

tisationserlaß, daß die Ausgleichsleistung eine Wertstellung auf den Zeitpunkt des durch die ordentliche Kündigung markierten Vertragsendes erfahren, d.h., daß sie abgezinst werden muß. Die Abzinsungsmethode muß nach beiden Seiten interessengerecht sein. Der sachgerechte Abzinsungssatz hängt von den Umständen des einzelnen abzuwickelnden Vertragsverhältnisses ab (vgl. Senatsurteil vom 29. Juni 1983 - VIII ZR 141/82 = WM 1983, 931 = ZIP 1983, 1084). Sie müssen notfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen geklärt werden.

β) Ist auf diese Weise ermittelt, welchen Betrag der Leasingnehmer noch zur vollen Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung aufbringen muß, so bleibt zu prüfen, in welcher Höhe ihm der Verwertungserlös aus der Veräußerung des Leasingobjekts zugute kommt.

Leasingtypisch ist, daß die Laufzeit von Verträgen, bei denen die volle Amortisation der Gesamtkosten des Leasinggebers einschließlich seiner Gewinnerwartung - in jedem Fall - durch Zahlung von Leasingraten herbeizuführen ist, 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingobjekts beträgt (vgl. den Vollamortisationserlaß des Bundesministers der Finanzen vom 19. April 1971 - IV B/2 - S 2170 - 30/71 = BB 1971, 506). Läuft ein Vollamortisationsvertrag aus, schuldet der Leasingnehmer die Rückgabe des Leasingobjekts, ohne daß er an dessen weiterem Schicksal, insbesondere an der Verwertung und dem dabei erziel-

ten Erlös teilnimmt. Dem Leasinggeber steht der "nicht verbrauchte" Teil von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer und dessen wirtschaftlicher Gegenwert zu. Dieser Umstand sichert ihm im steuerrechtlichen Bereich die Position des wirtschaftlichen Eigentümers des Leasingobjekts. Es erscheint gerechtfertigt, der an der Abschreibung orientierten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer entsprechende Prozentsätze von dem bei einer Verwertung erzielten Erlös, also vom verbliebenen Handelswert des Leasingobjekts, zuzuordnen. Das bedeutet, daß dem "nicht verbrauchten" Teil von 10 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ein Anteil von 10 % am Verwertungserlös entspricht. Bei Vollamortisationsverträgen und bei kündbaren Teilamortisationsverträgen, bei denen der Leasingnehmer vom ordentlichen Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, erhält der Leasinggeber volle Amortisation seiner Gesamtkosten einschließlich des kalkulierten Gewinns durch Leasingraten und außerdem das Leasingobjekt zu diesem zur verbliebenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer in Beziehung gesetzten Gegenwert. Auf den kündbaren Teilamortisationsvertrag übertragen bedeutet das, daß der Leasingnehmer am Verwertungserlös zu beteiligen ist, denn der Leasinggeber erhält bei ordentlicher Kündigung nach Ablauf der Grundmietzeit ein Leasingobjekt zurück, bei dem bis zu 60 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer noch nicht verstrichen sind. Daraus darf ihm kein Vorteil erwachsen, er darf also nicht besser stehen, als bei kündigungsfreiem Ablauf des Vertragsverhältnisses. Deshalb erhält er außer der abgezinsten Ausgleichsleistung

ebenfalls nur 10 % des Verwertungserlöses (entsprechend der verbliebenen 10 %igen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer); 90 % des Verwertungserlöses stehen danach dem Leasingnehmer zu (vgl. dazu auch OLG Hamm, Urteil vom 24. Januar 1985 - 4 U 384/83 erläutert von Graf von Westphalen in EWIR § 535 BGB, 1/85, 143; das Urteil ist mit der Revision angefochten worden).

7) Diese Berechnung des Erfüllungsinteresses beim kündbaren Teilamortisationsvertrag entspricht den steuerrechtlichen Richtlinien des Teilamortisationserlasses vom 22. Dezember 1975, bietet also zugleich die Gewähr dafür, daß die mit dem Leasinggeschäft erstrebten steuerlichen Vorteile erhalten bleiben. Sie erfordert, wie dargelegt, nicht mehr als die Angabe der Gesamtkosten einschließlich der Gewinnerwartung, der Amortisationsdauer bei Zahlung der vereinbarten Leasingraten, der Abzinsungsmodalitäten und die Erklärung, daß 90 % des Erlöses aus der Verwertung des Leasingobjekts auf die Ausgleichszahlung des Leasingnehmers angerechnet werden. Eine dementsprechende Regelung könnte auch Eingang in Allgemeine Geschäftsbedingungen finden.

ee) Hätte die Klägerin mithin im Falle einer vertragsgemäßen Beendigung der Leasingverträge durch ordentliche Kündigung seitens des beklagten Leasingnehmers Anspruch auf volle Amortisation des Kapitaleinsatzes zur Beschaffung des Leasingobjekts einschließlich ihres kalkulierten Gewinns unter Zugrundelegung

der oben unter dd) dargestellten Berechnungsweise gehabt, so bestehen gegen die daran ausgerichtete Ermittlung des Nichterfüllungsschadens durch die Vorinstanz im Ansatz keine Bedenken. Ebensowenig wie die konkrete Berechnung des Erfüllungsinteresses kann dem Leasinggeber die konkrete Ermittlung des Nichterfüllungsschadens verwehrt werden.

d) Die Schadensberechnung greift die Revision konkret in zwei Punkten an.

aa) Sie beanstandet die Einbeziehung der Ablösesumme aus dem Altvertrag in den Objektwert des Leasingvertrages vom 10. Oktober 1979. Daß dieser Angriff unbegründet ist, ist bereits dargelegt worden (s.o. III 1 b).

bb) Sie rügt ferner, Sachverständiger und Berufungsgericht seien bei der Ermittlung des Zinsschadens davon ausgegangen, daß die refinanzierende Bank auf voller Erfüllung der mit der Klägerin getroffenen Kreditvereinbarung bestanden habe. Sie meint, die Klägerin habe, sofern sie den infolge vorzeitiger Abwicklung des betroffenen Leasingvertrages frei gewordenen Teil des Refinanzierungskredits nicht ohnehin für anderweitige Finanzierungszwecke verwendet habe, jedenfalls dadurch ihre Schadensminderungspflicht verletzt, daß sie die rechtliche Möglichkeit zu vorzeitiger Kreditrückführung nicht genutzt habe.

Auch diese Rüge bleibt erfolglos. Die Revision hat zwar darin recht, daß bei der konkreten Schadensberechnung auch ein dem Leasinggeber zumutbares schadensminderndes Verhalten zu berücksichtigen ist (BGHZ 82, 121, 132). Der einschlägige Vortrag des Beklagten ist indessen neu (§ 561 ZPO), und die Revision macht selbst nicht geltend, daß dieser Einwand in den Tatsacheninstanzen, insbesondere in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 15. März 1984, in der das schriftliche Sachverständigengutachten erörtert worden ist, erhoben worden wäre. Die Revision übersieht, davon abgesehen, vor allem, daß die Klägerin vom Beklagten keine Zahlungen erhalten hat, mit denen sie den Refinanzierungskredit hätte vorzeitig zurückführen oder die sie zu eigener anderweitiger Kreditgewährung hätte verwenden können.

e) Die Revision macht schließlich geltend, der Klägerin sei es aus Rechtsgründen verwehrt, im Wege konkreter Schadensberechnung Ersatzleistungen durchzusetzen, welche die Abschlußzahlung gemäß § 14 Mietvertrag überstiegen. Davon abgesehen, meint sie, hätte das Berufungsgericht der Klägerin schon deshalb keinen höheren Betrag als die im Kündigungsschreiben vom 9. November 1981 ermittelten Abschlußzahlungen - ohne Mehrwertsteuer und ohne Zinsgutschriften = 55.370,90 DM - zusprechen dürfen, weil der Bevollmächtigte der Klägerin, Lehmann, in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 10. Februar 1982 erklärt habe, mit der Abschlußzahlung gemäß § 14 der Leasingbedingungen

sei die Amortisation des Leasinggegenstandes nebst Unternehmergewinn und Verzinsung voll gedeckt.

Der Revisionsangriff hat keinen Erfolg.

Es trifft nicht zu, daß die Klägerin auf dem Wege konkreter Schadensberechnung zu einem Anspruch gelangt, der ihr Erfüllungsinteresse bei Zugrundelegung der unwirksamen Klausel des § 14 Mietvertrag übersteigt.

aa) Bis zur Rückgabe der Leasingobjekte schuldete der Beklagte, wie inzwischen unstreitig geworden ist, 24.888,71 DM.

bb) Als Abschlußzahlung hat die Klägerin gemäß § 14 Mietvertrag einen Betrag von 58.420,54 DM verlangt, dessen Berechnung sich aus dem Kündigungsschreiben vom 9. November 1981 ergibt (Vertrag Nr. 124803: 57 % von 20.433,16 DM + 13 % Mehrwertsteuer 1.514,10 DM ./.. Zinsgutschrift 508,89 DM = 12.652,11 DM; Vertrag Nr. 136658: 68 % von 43.724 DM + 13 % Mehrwertsteuer 5.684,12 DM ./.. Zinsgutschrift 3.639,69 DM = 45.768,43 DM).

cc) Die Abschlußzahlung gemäß § 14 Mietvertrag betrifft jedoch erst die Zeit vom - gedachten - Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung bis zum Ablauf der kalkulierten Amortisationsdauer, d.h. bis zum Ablauf des 60. Monats. Der Vertrag

Nr. 136658 war frühestens zum Ablauf des 24. Monats (Hardware und Betriebssystem) bzw. zum Ablauf des 22. Monats (Kanzleiprogramm), einheitlich also zum Ablauf des 31. Januar 1983 kündbar. Für den Zeitraum zwischen Rücknahme der Leasingobjekte 30. Juni 1982 und dem Wirksamwerden der ordentlichen Kündigung schuldet der Beklagte die vertraglich vereinbarten Leasingraten einschließlich Mehrwertsteuer. Der Betrag von 12.023,90 DM (1.717,70 DM x 7) ist wegen der inzwischen durch Zeitablauf eingetretenen Fälligkeit nicht abzuzinsen. Die auf die unkündbare Zeit des Vertrages Nr. 136658 entfallenden Leasingraten hat die Klägerin auch im Kündigungsschreiben vom 9. November 1981 unter Nr. II. 2. a - dort allerdings noch für 14 Monate - geltend gemacht. In der Berechnung des Erfüllungsinteresses und des Nichterfüllungsschadens für die unkündbare Vertragsdauer unterscheidet sich der Leasingvertrag, wie dargelegt (oben III 2 c bb β), nicht vom reinen Mietvertrag (vgl. BGHZ 82, 121, 129, 130). Der Umstand, daß die Klägerin die außerordentliche Kündigung erst zum 31. Januar 1983 ausgesprochen hat, der Beklagte bis dahin also an sich zum Besitz der Leasingobjekte des Vertrages Nr. 136658 berechtigt gewesen wäre, rechtfertigt es nicht, einen Anspruch der Klägerin auf Leasingraten für die Zeit vom 1. Juli 1982 bis 31. Januar 1983 zu verneinen. Der Beklagte hat die Leasingobjekte am 30. Juni 1982 zum Zwecke der Verwertung an die Klägerin herausgegeben. Die umgehende Verwer-

tung lag im Hinblick auf die Chance eines höheren Erlöses auch in seinem Interesse.

dd) Bei Zugrundelegung der unwirksamen Vertragsklausel ergäbe sich mithin über die unstreitigen 24.888,71 DM hinaus für das Erfüllungsinteresse der Klägerin als obere Begrenzung des Nichterfüllungsschadens ein Betrag von 70.444,44 DM (58.420,54 DM + 12.023,90 DM), der an sich sogar noch um die im Kündigungsschreiben vom 9. November 1981 zwar enthaltenen, aber in § 14 Mietvertrag nicht vorgesehenen Zinsgutschriften von 508,89 DM und 3.639,69 DM auf 74.593,02 DM zu erhöhen wäre; demgegenüber hat das Berufungsgericht der Klägerin 67.259,33 DM zugesprochen.

IV. Der der Klägerin danach zustehende Ersatzanspruch von unstreitigen 24.888,71 DM und weiteren vom Berufungsgericht zutreffend ermittelten 67.259,33 DM verringert sich um den anrechnungspflichtigen Teil des Erlöses aus der Veräußerung der Leasingobjekte.

1. Das Berufungsgericht ist im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, daß die Klägerin ihre Bemühungen beim Verkauf der Leasingware detailliert dargelegt habe. Im Hinblick auf die starke Novation in diesem Bereich und die schlechte Verwertungsmöglichkeit derartiger gebrauchter Anlagen sei es realistisch, daß kein höherer Erlös habe erzielt werden können. Seine ab-

weichende Auffassung habe der Beklagte nicht unter Beweis gestellt.

2. Die Revision, die geltend macht, das angefochtene Urteil beruhe insoweit auf einem Verfahrensfehler (§ 286 ZPO), hat mit dieser Rüge Erfolg.

Der Beklagte hat in der Berufungserwiderung geltend gemacht, die Tatsache, daß die Klägerin bei der Veräußerung von Hardware und Software, für deren Beschaffung 85.000 DM hätten aufgewendet werden müssen, nur 17.000 DM Erlöst habe, obwohl die Leasingobjekte völlig intakt und nur 1 1/2 Jahre benutzt gewesen seien, spreche dafür, daß die Verwertung pflichtwidrig nicht mit der gebotenen Sorgfalt betrieben worden sei. Zum Beweis dafür, daß bei Beobachtung zumutbarer Sorgfalt ein höherer Preis hätte erzielt werden können, hat der Beklagte sich auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen.

Das Berufungsgericht hätte dem Beweisangebot nachgehen und ein Gutachten über den Verkehrswert der Anlage einholen müssen.

3. Soweit das Berufungsurteil wegen der geltend gemachten Hauptforderung angefochten worden ist, konnte es danach keinen Bestand haben. Da es weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Höhe des erzielbaren Verwertungserlöses bedarf, war die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Bei der anderweiten konkreten Schadensberechnung wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß der Erlös, der bei bestmöglicher Verwertung zu erzielen gewesen wäre, dem Beklagten zu 90 % anzurechnen ist (s.o. III 2 c dd).

Zu prüfen wird sein, ob die Klägerin dem Beklagten die Mehrwertsteuer auf den (Netto-) Verwertungserlös gutbringen muß, die der Erwerber der Leasingobjekte gezahlt hat. Die Klägerin muß den Mehrwertsteuerbetrag an das Finanzamt abführen. Nicht ersichtlich ist bisher, daß er ihr auf irgendeine Art wieder zugute kommen könnte.

Da das Berufungsurteil nur vom Beklagten angegriffen worden ist, wird für den Fall, daß die anderweite Verhandlung und Beweisaufnahme nicht zu einem deutlich höheren Verwertungserlös führt, darauf zu achten sein, daß der Betrag, zu dessen Zahlung er im angefochtenen Urteil verurteilt worden ist, nicht überschritten werden darf.

B) Die Parteien streiten außerdem darüber, ob der Klägerin gemäß § 12 Abs. 2 Mietvertrag, wie das Berufungsgericht gemeint hat, Anspruch auf Zinsen in Höhe von 1 % pro Monat zusteht.

Die Revision macht geltend, die Verzugszinsenpauschalierung verstoße gegen § 11 Nr. 5 AGBG und sei deshalb unwirksam. Der Verzugszinssatz von 12 % liege, bezogen auf die Zeit vom 2. Mai 1980 bis 26. August 1982 um 4,5 % über dem Diskontsatz und könne deshalb nicht mehr als durchschnittlich schadens-typisch angesehen werden.

Die Revisionsrüge ist begründet.

Die beanstandete vorformulierte Vertragsklausel lautet, "für die Verzugszeit hat der Mieter dem Vermieter Zinsen in Höhe von 1 % pro Monat zu zahlen". Dabei handelt es sich um eine Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen. Die Vereinbarung pauschalierten Anspruchs auf Schadensersatz ist dann gemäß § 11 Nr. 5 a AGBG unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht keine Feststellungen getroffen. Bei einem Zinssatz, der deutlich über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank liegt, war das geboten.

Auch insoweit konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Entscheidung darüber, ob der Klägerin ein 4 % übersteigender Anspruch auf Verzugszinsen zusteht, bedarf der Sachaufklärung. Sie muß von der Vorinstanz nachgeholt werden.

C) Da der endgültige Umfang des Erfolgs oder Mißerfolgs des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts abhängt, war diesem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten.

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch