

57
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG §§ 9 Bb, Cl, 11 Nr. 12a; BGB §§ 363, 542

a) Die formularmäßige Vereinbarung der 10-jährigen Laufzeit eines zwischen Kaufleuten geschlossenen Mietvertrages über eine Fernsprechnebenstellenanlage verstößt nicht gegen § 9 AGBG.

b) Der Mieter, der die ihm zum Gebrauch überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat, muß ihre Mangelhaftigkeit beweisen, wenn er deshalb den Mietvertrag kündigt.

BGH, Urt. v. 13. Februar 1985 - VIII ZR 154/84 - OLG Köln
LG Bonn

57

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 154/84

URTEIL

Verkündet am
13. Februar 1985
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Reinhard N [REDACTED], A [REDACTED] in St. A [REDACTED] -
Menden,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. R [REDACTED] -

g e g e n

die Firma S [REDACTED] Aktiengesellschaft, vertreten durch den
Vorstand, dieser vertreten durch die Vorstandsvorsitzenden
Dr. Karl-Heinz K [REDACTED] und Dr. Heribald N [REDACTED], F [REDACTED] -
Straße [REDACTED] in Kö [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. M [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 16. März 1984 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin überließ dem Beklagten, einem Kaufmann, mit schriftlichem "Miet- und Schutzvertrag" vom 11. Mai 1978 für dessen Maschinen- und Apparatebau-Betrieb eine Fernsprechnebenstellenanlage gegen eine monatliche Miete von 299,10 DM netto. In dem Vertragsformular ist auf die auf seiner Rückseite abgedruckten "Allgemeinen Bedingungen zum Miet- und Schutzvertrag" (künftig: AB) Bezug genommen. In ihnen heißt es unter anderem:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Nr. 4.1 Der Mietvertrag läuft bis zum Ende des 10. Jahres nach dem bei Betriebsbereitschaft der Anlage laufenden Kalenderjahr.....

4.2 Wenn der Mieter ... aus von ... (der Klägerin) nicht zu vertretenden Gründen die Anlage ganz oder teilweise nicht montieren läßt oder vor Ablauf des Vertrages aufgibt, kann ... (die Klägerin) einen sofort fälligen pauschalierten Schadensersatz beanspruchen. Wird die Anlage nicht montiert, beträgt dieser Schadensersatz eine Jahresmiete zuzüglich Entgelt für bereits erbrachte Leistungen. In allen anderen Fällen beträgt er die Hälfte der Mieten, die bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer zu zahlen wären, höchstens aber drei Jahresmieten...."

Die Anlage wurde im Betrieb des Beklagten eingebaut. Mit Schreiben vom 29. September 1980 kündigte der Beklagte den Vertrag unter Hinweis auf "ständige Reklamationen". In der Folgezeit überprüfte die Klägerin die Anlage und verhandelte mit dem Beklagten über den Einbau einer anderen Anlage. Der Beklagte lehnte den Erwerb einer neuen Anlage aus Kostengründen ab und hielt die Kündigung aufrecht. Die Klägerin stimmte der vorzeitigen Vertragsauflösung zu und verlangte Schadensersatz. Sie nahm die Anlage am 30. Juni 1981 zurück, überarbeitete sie und baute sie in einem anderen Betrieb ein.

Mit der Klage macht die Klägerin Schadensersatz in Höhe von drei Jahresmieten gemäß Nr. 4.2 Satz 2 AB geltend. Sie hält die Vertragskündigung für unberechtigt und trägt vor, mehrfache

Überprüfungen hätten ergeben, daß die Anlage einwandfrei funktioniert habe; die von dem Beklagten beanstandeten Fehlverbindungen seien auf Bedienungsfehler beim Wählvorgang zurückzuführen. Der Beklagte sieht in der in den AB festgelegten zehnjährigen Bindung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 AGBG. Er wendet weiter ein, die Anlage sei mangelhaft gewesen; es sei trotz der Abhilfeversuche der Klägerin stets aufs neue zu falschen Verbindungen gekommen, die nicht an Bedienungsfehlern seiner Telefonistinnen gelegen hätten.

Das Landgericht hat nach Vernehmung mehrerer Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Vertragsdauer von zehn Jahren (Nr. 4.1 AB) sei wirksam vereinbart worden. Die Vorschrift des § 11 Nr. 12 AGBG finde auf Mietverträge keine Anwendung. Um einen Mietvertrag handele es sich bei dem von den Parteien eingegangenen Vertrags-

verhältnis. Im übrigen sei § 11 Nr. 12 AGBG auch deshalb unanwendbar, weil der Beklagte Kaufmann sei. Die übersichtlich und deutlich gefaßten Geschäftsbedingungen der Klägerin enthielten in Nr. 4.1 AB auch keine überraschende Klausel im Sinne des § 3 AGBG, weil das Bürgerliche Recht Mietverträge mit sehr langer Laufzeit zulasse und dem betroffenen Geschäftskreis entsprechend lange Vertragslaufzeiten aus der Praxis aller anderen Anbieter größerer Telefonanlagen bekannt seien. Auch die Bestimmung des § 9 Abs. 1 AGBG stehe der zehnjährigen Bindung nicht im Wege: Eine unangemessene Benachteiligung des Partners des Klauselverwenders liege schon deshalb nicht vor, weil bei der Interessenabwägung vor allem § 22 der Fernmeldeordnung zu berücksichtigen sei, der für Anlagen der vorliegenden Art ebenfalls eine zehnjährige Vertragsdauer vorsehe.

Auch die Schadenspauschalierung in Nr. 4.2 AB sei unbedenklich, weil die Regelung einschränkend dahin ausgelegt werden könne, daß sie die Berücksichtigung einer Kündigung des Kunden aus wichtigem Grund nicht ausschließe.

Eine Fehlerhaftigkeit der Anlage sei nicht bewiesen. Da der Beklagte die Anlage zunächst angenommen und nicht sofort gerügt habe, sei er für einen Mangel der Mietsache beweispflichtig und müsse den Nachteil der Ungeklärtheit der Fehlerursache tragen.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.

1. Die Festlegung der mehr als zehnjährigen Vertragslaufzeit in Nr. 4.1 AB verstößt nicht gegen Vorschriften des AGB-Gesetzes, so daß offenbleiben kann, welche Rechtsfolgen die Unwirksamkeit einer die Dauer des Vertrages regelnden Klausel nach sich zieht (zur Folge eines Verstoßes gegen § 11 Nr. 12 a AGBG vgl. z.B. Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl., § 11 Nr. 12 Rdn. 18 und Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 12 Rdn. 13 einerseits und MünchKomm-Kötz, BGB, 2. Aufl., § 11 Nr. 12 AGBG Rdn. 140 andererseits).

a) Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, bei der Bestimmung in Nr. 4.1 AB handele es sich nicht um eine überraschende Klausel im Sinne des § 3 AGBG, wendet sich die Revision nicht. Sie trifft auch zu. Überraschend ist eine Klausel nur, wenn der Vertragspartner mit der in ihr enthaltenen Regelung den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht (BGHZ 84, 109, 112 f; 91, 139, 144). Davon kann hier keine Rede sein: Die Klausel weicht vom dispositiven Gesetzesrecht, das auch langfristige Gebrauchsüberlassungsverträge zuläßt, nicht ab. Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei - und ohne daß die Revision dies angreift - fest, den betroffenen Geschäftskreisen sei bekannt, daß alle Anbieter größerer

Telefonanlagen mit entsprechend langen Vertragslaufzeiten arbeiteten. Dies ergibt sich nicht nur aus den von dem Beklagten selbst zu den Gerichtsakten gereichten Vertragsmustern anderer Konkurrenzfirmen, sondern auch aus der beim Bundeskartellamt angemeldeten Konditionenempfehlung für die Vermietung von Fernsprechnebenstellenanlagen (BAnz 1979 Nr. 4 S. 2, 3). Schließlich beträgt auch die Mindestüberlassungsdauer posteigener Nebenstellenanlagen der im vorliegenden Fall gegebenen Art nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 der Fernmeldeordnung (BGBI I 1971, 541, 552) zehn Jahre.

Die Klausel erzielt auch nicht durch einen ungewöhnlichen äußeren Zuschnitt, etwa ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle, einen Überraschungseffekt (dazu BGHZ 84 aaO; 91 aaO). Sie ist klar und eindeutig formuliert; der Leser wird durch die in Fettdruck hervorgehobene Überschrift ("Vertragsdauer") über ihren Inhalt informiert.

b) § 11 Nr. 12 a AGBG findet keine unmittelbare Anwendung. Denn der Beklagte ist unstreitig Kaufmann und hat die Anlage in seinem Geschäftsbetrieb einbauen lassen (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG).

c) Allerdings sind auch im Handelsverkehr formularmäßige Bestimmungen über die Vertragsdauer an der Generalklausel des § 9 AGBG zu messen.

aa) Der Bestimmung des § 11 Nr. 12 a AGBG kommt auch in diesem Rahmen keine Bedeutung zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Erfüllung einer der Verbotsnormen des § 11 AGBG stets ein Indiz für die Unangemessenheit der Klausel im Falle ihrer Verwendung unter Kaufleuten sein muß (BGHZ 90, 273, 278) und ob dies auch für die Vorschrift des § 11 Nr. 12 a AGBG zu gelten hat (verneinend wohl Hensen aaO; Kötz aaO Rdn. 141; Graf von Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II, 2. Aufl., § 11 Nr. 12 Rdn. 38 f). Denn auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ist § 11 Nr. 12 a AGBG unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des Beklagten nicht anwendbar. Mietverträge werden nämlich von dieser Vorschrift nach allgemeiner Ansicht nicht erfaßt (Hensen aaO Rdn. 4; Graf von Westphalen aaO Rdn. 10; Wolf aaO Rdn. 8), nachdem die Gebrauchsüberlassungsverträge entgegen ursprünglicher Vorstellung (vgl. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974, S. 29, 83) in der endgültigen Gesetzesfassung wegen der weitgehend andersartigen Interessenlage von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen worden sind (vgl. Begr. RegEntw BT-Drucks. 7/3919 S. 37).

Zutreffend sieht das Berufungsgericht in dem zwischen den Parteien begründeten Rechtsverhältnis einen Mietvertrag (ebenso z.B. Wolf aaO § 9 Rdn. M 81). Die als "Mietvertrag" bezeichnete Vereinbarung - der Ausdruck "Schutzvertrag" bezieht sich auf den von einem Dritten übernommenen Versicherungsschutz für

die Anlage - verpflichtet die Klägerin zwar nicht nur zur Gebrauchsüberlassung, sondern auch zur Montage und Wartung der Fernsprechnebenstellenanlage (Nr. 1.1 AB). Diese Verpflichtung tritt aber nicht nur in ihrem Gewicht eindeutig hinter die Gebrauchsüberlassung zurück, so daß sie der Behandlung des Vertrages nach Mietrecht schon deshalb nicht entgegensteht (z.B. Palandt/Putzo, BGB, 44. Aufl., Einf. 3 b vor § 535 mit Beispielen), sondern sie ist gesetzliche Pflicht des Vermieters (§ 536 BGB), der die Sache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten hat.

bb) Die zehnjährige Bindung benachteiligt den Beklagten nicht unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG). Unangemessen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Klausel, in der der Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen; ein wesentliches Indiz dafür ist die Abweichung von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleihen (BGHZ 89, 206, 210 f m.Nachw.). Gesetzliche Bestimmungen, die die Länge der Vertragsdauer beschränken, gibt es nicht. Von der Regelung in Nr. 4.1 AB, deren inhaltsgleiche Fassung in einem anderen Vertrag der Senat bereits früher unbeanstandet gelassen hat (BGHZ 67, 312), läßt sich auch nicht sagen, daß sie

allein den geschäftlichen Interessen des Anbieters dient und schutzwürdige Belange des Kunden außer acht läßt (ebenso KG WM 1971, 656, 658; eine jedenfalls mehr als zweijährige Laufzeit selbst bei Verträgen mit Nichtkaufleuten halten auch Kötz aaO Rdn. 131 und Hensen aaO Rdn. 3 für gerechtfertigt):

α) Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß schon die in § 22 Abs. 2 Nr. 2 Fernmeldeordnung für posteigene Nebenstellenanlagen vorgesehene Mindestüberlassungsdauer von zehn Jahren in erheblichem Maße gegen eine unbillige Benachteiligung des Vertragspartners der Klägerin spricht. Denn wenn in einer Rechtsverordnung mit allgemein verbindlicher Kraft (zur Fernsprechoordnung vom 24. November 1939 vgl. BGH Urteile vom 23. Juni 1961 - I 2R 105/59 = LM Fernsprecho Nr. 2 und vom 27. Januar 1965 - Ib 2R 47/63 = LM Fernsprecho Nr. 5) die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre festgelegt ist, ohne daß es darüber einer Vereinbarung mit dem einzelnen Teilnehmer bedarf (vgl. Aubert, Fernmelderecht, I. Teil, 3. Aufl., S. 235 m.Nachw.), ist kein Grund ersichtlich, im privatwirtschaftlichen Bereich bei gleicher Interessenlage des Benutzers eine - wenn auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffene - Vereinbarung desselben Inhalts als anstößig zu bewerten.

β) Die Länge der Vertragslaufzeit entspricht den anerkenntswerten Interessen des Vermieters. Er muß nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin hohe Entwicklungs- und Vorhalte-

kosten aufwenden, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren, zumal sich gebrauchte Anlagen nur in eingeschränktem Umfang und nach kostenträchtiger Aufarbeitung wieder vermieten lassen.

r) Vor allem läßt die Klausel auch keine schutzwürdigen Interessen des Mieters außer acht. Dabei kommt es auf die - von der Revision in Abrede gestellte - Auffassung des Berufungsgerichts, die Art der gemieteten Telefonanlage beeinflusse Charakter und Entwicklung des vom Kunden geführten Betriebes nur geringfügig (ebenso KG WM 1971, 656, 658), nicht einmal an. Mit der Revision mag davon ausgegangen werden, daß die Art der Fernsprechanlage die Konkurrenzfähigkeit eines Unternehmens zu beeinflussen geeignet und die Entwicklung der Fernmeldetechnik in raschem Wandel begriffen ist. Dies alles ist den an Geschäften der vorliegenden Art üblicherweise beteiligten Kreisen bei Abschluß des Vertrages aber nicht unbekannt. Der Kunde weiß nicht nur, daß die hochwertige und in seinen Räumen fest installierte Anlage nicht nach kurzer Zeit wieder ausgebaut werden soll. Von ihm als Kaufmann kann auch erwartet werden, daß er seinen betrieblichen Bedarf längerfristig abzuschätzen imstande ist. Daß der Geschäftsbetrieb des Beklagten etwa in besonderem Maße auf technische Neuerungen auf dem Gebiet der Fernsprechanlagen angewiesen wäre, hat der Beklagte nicht behauptet. Der Kunde hat im übrigen die Möglichkeit, sich für eine erweiterungsfähige Anlage zu entscheiden; derartige Erweiterungen sehen die AB zum Miet-

vertrag (Nr. 1.3 und 5) ausdrücklich vor. Der Kunde kann schließlich in seine Kalkulation die Überlegung einbeziehen, ob seinen betrieblichen Verhältnissen eher eine Anmietung oder ein Kauf der Anlage entspricht. Dabei liegt es auf der Hand, daß größere Fernsprechanlagen nur bei längeren Vertragslaufzeiten zu tragbaren Preisen vermietet werden können (Hensen aaO) und daß - worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist - bei einer Abkürzung der Vertragsdauer der Mietzins dem Kaufpreis angenähert werden müßte.

2. Das Vertragsverhältnis ist nicht durch die einseitige fristlose Kündigung des Beklagten beendet worden. Zwar ist bei Mängeln der Mietsache der Mieter zur fristlosen Kündigung gemäß § 542 BGB berechtigt (Senatsurteil vom 22. Oktober 1975 - VIII ZR 160/74 = WM 1975, 1227, 1228 m.Nachw.). Das Berufungsgericht hat einen Mangel der Fernsprechanlage aber ohne Rechtsfehler für nicht bewiesen gehalten und dies zu Recht zu Lasten des Beklagten gehen lassen.

a) Die gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision führen nicht zum Erfolg:

aa) In der Annahme des Berufungsgerichts, daß zwischen den Aussagen der Telefonistinnen, es seien trotz ordnungsgemäßer Bedienung der Anlage Fehlverbindungen aufgetreten, und den Bekundungen der Monteure, Überprüfungen hätten keine Fehler der

Anlage ergeben, ein unauflösbarer Widerspruch bestehe, liegt kein Verstoß gegen die Denkgesetze. Der Revision ist zwar einzuräumen, daß logisch die Möglichkeit besteht, daß trotz der Überprüfungen ein tatsächlich vorhandener Fehler der Anlage lediglich nicht gefunden worden ist. Das ist aber nur denkbar, wenn entweder die Überprüfungen nicht ordnungsgemäß waren oder ein Fehler der Anlage auch bei fachgerechter Überprüfung nicht feststellbar gewesen sein kann. Von beidem hat das Berufungsgericht nicht ausgehen wollen. Das zeigt seine Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten. Denn der Sachverständige hat es für unwahrscheinlich gehalten, daß bei ordnungsgemäß durchgeführten Prüfungen ein vorhandener Gerätefehler nicht festgestellt werden kann, und dazu weiter ausgeführt, daß sich Falschwahlen bei negativem Ausgang des - von den Monteuren und auch allgemein angewandten und zu sicheren Ergebnissen führenden - Impulsmeßverfahrens n u r durch Bedienungsfehler oder durch außerhalb der Nebenstellenanlage liegende Fehler erklären ließen. Damit aber ist der von der Revision behaupteten Möglichkeit eines trotz Überprüfung nicht festgestellten Fehlers der Anlage die Grundlage entzogen.

bb) Es trifft zwar zu, daß nach der Aussage der Telefonistinnen - worauf die Revision hinweist - Fehlverbindungen auch dann aufgetreten sein sollen, wenn eine - möglicherweise nicht ordnungsgemäße - Bedienung nicht die Ursache gewesen sein konnte. Von der Richtigkeit dieser Bekundungen der Zeuginnen hat

sich das Berufungsgericht jedoch angesichts der damit nicht in Übereinstimmung zu bringenden Aussagen der Monteure nicht überzeugen können. Das lag im Bereich der tatrichterlichen Abwägung der erhobenen Beweise und läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

cc) Zu Unrecht beanstandet die Revision auch die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nach den Aussagen ihrer Monteure bei den Überprüfungen die Bundespost in hinreichendem Maße eingeschaltet. Bei der von der Revision genannten Möglichkeit, die Amtsleitungen durch die Post auf Zählervergleichseinrichtungen schalten zu lassen, handelt es sich nach dem Gutachten des Sachverständigen um ein Verfahren der Entstörungsstelle, das dazu dient, Fehlerquellen "außerhalb des Bereichs der Nebenstellenanlage des Beklagten" auszuschließen. Derartige Überprüfungen gingen über die Pflichten der Klägerin hinaus. Denn sie hatte nur die von ihr vermietete Anlage zu warten und deren Funktionsfähigkeit zu überprüfen (Nr. 1.1 und 1.2 AB).

b) Das Berufungsgericht hat zu Recht dem Beklagten die Beweislast dafür auferlegt, daß die Anlage fehlerhaft gewesen ist. Seine Feststellung, der Beklagte habe die Anlage als Erfüllung entgegengenommen, greift die Revision nicht an. Wenn aber der Mieter die ihm zum Gebrauch überlassene Sache als Erfüllung entgegengenommen hat, muß er beweisen, daß sie von Anfang an mit einem Mangel behaftet war oder ein solcher Fehler

im Laufe der Mietzeit aufgetreten ist, wenn er deshalb den Mietvertrag kündigt und die Zahlung des Mietzinses verweigert. Denn die Beweislast für die Voraussetzungen einer sofortigen Kündigung nach § 542 Abs. 1 BGB trägt der Mieter (Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 542 Rdn. 1; Roquette, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1966, § 542 Rdn. 13; Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., S. 325; Hans, Das neue Mietrecht in den weißen Kreisen, Bd. I, § 542 Anm. 8; wohl auch Palandt/Putzo aaO § 542 Anm. 5 a).

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 542 Abs. 3 BGB. Dabei kann dahinstehen, ob schon dem Wortlaut dieser Vorschrift - die die rechtzeitige Gebrauchsgewährung zur Beweislast des Vermieters stellt, im Unterschied zu § 542 Abs. 1 BGB aber nicht den Ausdruck "vertragsmäßige(r) Gebrauch" verwendet - entnommen werden kann, daß der Vermieter nur die Überlassung der tatsächlichen Gebrauchsmöglichkeit, nicht aber die Mängelfreiheit der Mietsache zu beweisen hat. Jedenfalls dann, wenn der Mieter die ihm als Erfüllung angebotene Überlassung des Gebrauchs angenommen hat, muß er seine Behauptung, ihm sei nicht der vertragsgemäße Gebrauch gewährt worden, beweisen (Planck, BGB, 4. Aufl., § 542 Anm. 2 b m.Nachw. des älteren Schrifttums; Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., S. 164). Dies ergibt sich aus § 363 BGB, der dem Gläubiger die Beweislast nicht nur für die Nichterfüllung, sondern auch für die Mangelhaftigkeit der Leistung auferlegt (Baumgärtel aaO

§ 363 Rdn. 2, 6; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 349).

Der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Ansicht, die Klägerin trage die Beweislast dafür, daß sie nach Fristsetzung durch den Beklagten rechtzeitig Abhilfe bewirkt habe (§ 542 Abs. 3 2. Alt. BGB), kann nicht gefolgt werden. Denn die Klägerin hat nicht geltend gemacht, sie habe - etwa durch fristgemäße Beseitigung des Fehlers - Abhilfe geschaffen, sondern hat behauptet, die Anlage sei nie mangelhaft gewesen. Das Gegenteil hatte der Beklagte - wie ausgeführt - jedenfalls von der Annahme der Leistung als Erfüllung an zu beweisen.

3. Grundlage des mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist Nr. 4.2 AB.

a) Die Klausel ist entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam, weil sie das außerordentliche Kündigungsrecht des Mieters aus wichtigem Grund unzulässig beschränkt.

aa) Die Revision wendet sich nicht gegen den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, das in der Klausel Nr. 4.2 AB zwar eine Regelung der Fälle vermißt, in denen der Kunde die Anlage aus außerhalb seines Verantwortungsbereichs liegenden Gründen nicht

mehr verwenden kann, ein "befriedigendes Ergebnis" aber dennoch durch Berücksichtigung einer Kündigung aus wichtigem Grund für erzielbar hält. Diese Ausführungen verdienten allerdings keine Zustimmung, wenn mit ihnen gesagt werden sollte, das Recht des Kunden zur außerordentlichen Kündigung könne die Unangemessenheit einer Formularbestimmung ausgleichen; eine derartige Auffassung ließe sich mit Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes nicht vereinbaren. Nicht zu beanstanden ist das Berufungsurteil dagegen dann, wenn es lediglich darauf hinweisen wollte, daß dem Kunden der Klägerin - und nur darauf kommt es in dem vorliegenden Zusammenhang an - das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nicht abgeschnitten wird. Weder der Formularvertrag noch die AB besagen ausdrücklich etwas über ein außerordentliches Kündigungsrecht des Mieters. Diese bei Dauerschuldverhältnissen stets zulässige Kündigung greift auch dann ein, wenn vertragliche Bestimmungen hierüber nicht getroffen worden sind (BGH Urteil vom 20. März 1953 - V ZR 123/51 = LM BGB § 247 Nr. 1; Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 = WM 1984, 663, 665 unter II 2 a aa). Dieser Rechtsgrundsatz ist auch auf Mietverhältnisse anwendbar (Senatsurteil vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58 = LM BGB § 542 Nr. 1 m.Nachw.).

bb) Es trifft entgegen der Ansicht der Revision nicht zu, daß die Kündigungsbefugnis aus wichtigem Grund für den Mieter dadurch in unangemessener Weise eingeschränkt werde, daß er sich gemäß Nr. 4.2 AB schadensersatzpflichtig macht, wenn er aus

wichtigem Grund kündigt, der nicht von der Vermieterin zu vertreten ist. Dabei kann die von der Revision angeschnittene Frage, ob die einschränkende Auslegung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung auch noch nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zulässig ist (bejahend BGH Urteile vom 21. Dezember 1984 - V ZR 204/83 = WM 1985, 116 und vom 14. Juni 1983 - KZR 19/82, Umdruck S. 7, insoweit in WuW/E BGH 2037 nicht abgedruckt) oder durch das Verbot der sogenannten geltungserhaltenden Reduktion (dazu Senatsurteil vom 19. September 1983 - VIII ZR 84/82 = WM 1983, 1153, 1154 m.Nachw.) ausgeschlossen wird, auf sich beruhen. Denn schon der Wortlaut der Klausel Nr. 4.2 AB ergibt, daß die Klägerin keinen Schadensersatz verlangen kann, wenn der Mieter aus wichtigem - wenn auch nicht von der Klägerin zu vertretenden - Grund vom Vertrag zurücktritt. Es kann offenbleiben, ob dies allein aus dem Ausdruck "Schadensersatz" abgeleitet werden könnte (so OLG Hamm WM 1973, 526). Jedenfalls hängt das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin nach dem Wortlaut der Klausel davon ab, daß der Mieter die Anlage "vor Ablauf des Vertrages aufgibt". Damit ist begriffsnotwendig vorausgesetzt, daß der Vertrag bei Aufgabe der Anlage durch den Mieter noch fortbestand. Hieran fehlt es bei einer - begründeten - Kündigung aus wichtigem Grund ohne Rücksicht darauf, ob die Klägerin diesen Grund zu vertreten hat.

b) Die Klausel verstößt nach der von der Revision hingenommenen Auffassung des Berufungsgerichts nicht gegen § 11

Nr. 5 a AGBG, dessen Inhalt der Senat (BGHZ 67, 312, 314) schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr für anwendbar gehalten hat. Das ist ebenfalls richtig: Bei einer Schadenspauschalierung, um die es sich hier handelt (BGHZ aaO 313), darf zwar die Höhe der Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen. Das ist aber bei dem nach Nr. 4.2 AB zu zahlenden Betrag von 50 % der Restmieten auch nicht der Fall (ebenso KG WM 1971, 656, 660; Graf von Westphalen aaO § 11 Nr. 5 Rdn. 56; Wolf aaO § 9 Rdn. M 81). Dem Senatsurteil vom 10. November 1976 (BGHZ 67, 312) ist nicht zu entnehmen, daß eine Schadenspauschale in dieser Höhe nur dann zulässig ist, wenn die Abzinsung des sofort fälligen Betrages berücksichtigt wird (so aber Hensen aaO § 11 Nr. 5 Rdn. 26 und Anh. §§ 9-11 Rdn. 515). Der Senat hatte zwar in dieser Entscheidung das Ausmaß der wirtschaftlichen Wertsteigerung des Schadensersatzanspruchs dargestellt, das sich bei sofortiger Fälligkeit der Schadenspauschale ergibt (aaO 319). Er hat aber die Frage, ob eine diese Abzinsung nicht berücksichtigende Pauschale die vertretbaren Grenzen überschreitet, offengelassen und darauf abgestellt, daß der Klauselverwender hinreichend Tatsachen vortragen muß, die die Feststellung erlauben, daß die Pauschale an der durchschnittlichen Einbuße orientiert ist (BGHZ aaO). Im vorliegenden Fall ist zum einen die Schadenspauschale in Nr. 4.2 Satz 2 auf höchstens drei Jahresmieten begrenzt. Zum anderen hat die Klägerin die Höhe der Pauschale unter Berücksichtigung der

Möglichkeiten und Kosten eines Wiedereinsatzes der Anlage, der ersparten Wartungskosten und der Mieteinnahmeverluste ausführlich anhand von Zahlenbeispielen begründet. Dagegen hat der Beklagte keine Einwände erhoben. Unter diesen Umständen genügt das Vorbringen der Klägerin der vom Senat (aaO 320) geforderten im Ansatz nachprüfbaren Darstellung der Schadensfaktoren.

III. Da schließlich auch die Berechnung der Klageforderung von der Revision nicht beanstandet wird und Fehler nicht erkennen läßt, war nach allem die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch