

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AbzG § 1 a

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein nicht der Formvorschrift entsprechendes Abzahlungsgeschäft durch Übergabe der Sache zustande kommt.

BGH, Urt. v. 11. Mai 1977 - VIII ZR 32/76

KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 32/76

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hans Ha[REDACTED] in B[REDACTED], Rü[REDACTED]
P[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A[REDACTED] Pi[REDACTED] Bo[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Hans Dietrich F[REDACTED] in He[REDACTED],
Ti[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1977 durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Hoffmann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. Oktober 1975 geändert:
Die Klage wird abgewiesen.

Im übrigen wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht den Antrag gemäß § 717 Abs. 2 ZPO für gegenstandslos erklärt und die hilfsweise erhobene Widerklage nicht zugelassen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten, auch der Revisionsinstanz, übertragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin hatte am 14. Oktober 1970 eine Falz- und Kuvertiermaschine an die Firma Autoschaden und Unfall-Service vermietet. Für diese Firma hatte der Beklagte den Mietvertrag unterzeichnet. Nachdem die Firma Autoschaden und Unfall-Service mit den Mietzahlungen in Rückstand geraten war, verhandelte die Klägerin mit dem Beklagten über einen Kauf der Maschine durch diesen. Am 19. Dezember 1972 telefonierte der Angestellte S. [REDACTED] der Klägerin mit dem Beklagten. Der Inhalt der fernmündlichen Unterredung ist streitig. Mit Schreiben vom 20. Dezember 1972 bestätigte S. [REDACTED] namens der Klägerin dem Beklagten, daß dieser die Maschine im Januar 1973 zum Preise von 7 950 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, zahlbar in drei gleichen Monatsraten bis Ende April 1973, kaufe. Am 1. Februar 1973 übersandte die Klägerin dem Beklagten die Rechnung für die Maschine. Am 24. April 1973 erinnerte die Klägerin den Beklagten daran, daß vereinbarungsgemäß die Rechnung in möglichst drei gleichen Monatsraten - Februar, März und April 1973 - bezahlt werden sollte. Da das nicht geschehen sei, bitte sie um Überweisung des Gesamtbetrages. Der Beklagte beantwortete keines dieser Schreiben.

Die Klägerin nimmt mit der Behauptung, daß der Beklagte die Maschine gekauft habe, diesen auf Zahlung von 8 824,50 DM nebst Zinsen in Anspruch. Der Beklagte beantragte Klagabweisung, weil ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei.

Das Landgericht gab der Klage statt. Aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Urteils des Landgerichts erwirkte die Klägerin am 18. März 1975 einen Pfändungs-

und Überweisungsbeschluß, mit dem die angeblichen Forderungen des Beklagten gegen das Postscheckamt B[REDACTED]-West, die Deutsche Apotheker- und Ärztebank eGmbH und die B[REDACTED] Bank, D[REDACTED], gepfändet und der Klägerin überwiesen wurden. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß wurde den Drittschuldnern zugestellt. Dieser Beschluß wurde infolge Verzichts der Klägerin auf die Pfändungen gegenüber der Deutschen Apotheker- und Ärztebank eGmbH und der B[REDACTED] Bank, D[REDACTED], sowie wegen Fehlens der Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Pfändung gegenüber dem Postscheckamt aufgehoben. Nach der Behauptung des Beklagten wurden infolge der Pfändung vom 18. März 1975 52 Postscheckaufträge nicht erledigt, wodurch er in seinem Ruf und seinem Kredit erheblich geschädigt worden sei.

Der Beklagte stellte in der Berufungsinstanz den Antrag,

1. unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 17.10.1974,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise,

unter Abänderung des vorbezeichneten landgerichtlichen Urteils insoweit den Beklagten nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Übergabe der im Klageschriftsatz vom 15.2.1974 näher bezeichneten, generalüberholten Falz- und Kuvertiermaschine und Erteilung einer ordnungsgemäßen Rechnung unter Nachweis auch der Mehrwertsteuer zu verurteilen,

2. im Wege des Inzidentantrags gemäß § 717 Abs. 2 ZPO,

hilfsweise und im Ablehnungsfall

im Wege der W i d e r k l a g e ,

- a) die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 41.175,50 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
- b) die Klägerin außerdem zu verurteilen, insgesamt 17 namentlich genannten Personen gegenüber schriftlich zu erklären, daß die Mitteilung des Postscheckamtes B■■■■-West, das Guthaben des Beklagten sei unzureichend, allein durch die rechtsunwirksame Pfändung dieses Guthabens seitens der Klägerin veranlaßt worden sei.

Das Kammergericht wies die Berufung zurück.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, erstrebt der Beklagte eine Entscheidung entsprechend seinem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß ein Kaufvertrag über die Falz- und Kuvertiermaschine zustandegekommen sei. Da mithin das erstinstanzliche Urteil weder aufgehoben noch abgeändert werde, sei der Inzidentantrag gemäß § 717 Abs. 2 ZPO gegenstandslos. Selbst wenn der Pfändungsbeschluß nicht in Ordnung gewesen sei, könne das nicht in dem Verfahren gemäß § 717 Abs. 2 ZPO, sondern nur im Wege der Erinnerung (§ 766 ZPO) geltend gemacht werden. Die hilfsweise erhobene Widerklage sowie die Aufrechnung des Beklagten mit seinem angeblichen Schadensersatzanspruch

seien gemäß § 529 Abs. 4 bzw. 5 ZPO nicht zuzulassen, weil die Klägerin nicht eingewilligt habe und weil die Zulassung nicht sachdienlich sei.

II. Die Revision wendet sich nicht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Parteien sich über den Kauf der Falz- und Kuvertiermaschine durch den Beklagten geeinigt hätten. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen insoweit auch keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision macht indessen geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, daß es sich bei dem von ihm angenommenen Kaufvertrag um ein Abzahlungsgeschäft handle, das infolge Fehlens der nach § 1 a Abs. 1 Satz 1 AbzG für die Willenserklärung des Beklagten erforderlichen Schriftform nichtig sei. Dieser Mangel sei nicht gemäß § 1 a Abs. 3 Satz 1 AbzG geheilt, weil die Maschine nicht übergeben worden sei. Denn dazu genüge die Abtretung eines Herausgabeanspruchs nicht.

Diese Rüge ist berechtigt.

1. Die für ein Abzahlungsgeschäft erforderlichen Voraussetzungen - Kauf einer beweglichen Sache und Teilzahlungsabrede - liegen vor.

a) Bei der Auslegung des Abzahlungsgesetzes ist zwar zu berücksichtigen, daß das Gesetz nach seinen Grundgedanken den wirtschaftlich schwächeren und weniger erfahrenen Abzahlungskäufer schützen will (Ostler/Weidner, Abzahlungsgesetz 6. Aufl. Einl. Anm. 20). Der Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes steht aber nicht entgegen, daß der Beklagte Rechtsanwalt ist und mithin im Wirtschaftsleben nicht unerfahren ist. Denn für die Anwendung des Abzahlungsgesetzes kommt es auf die Schutzwürdigkeit des Käufers im Einzelfall, seinen Bildungsstand und seine

Geschäftserfahrung nicht an (BGHZ 47, 217, 222 m.w.Nachw.; Ostler/Weidner, aaO § 1 Anm. 64). Das Abzahlungsgesetz ist gemäß § 8 nur dann nicht anwendbar, wenn der Käufer als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, was hier nicht der Fall war.

b) Da drei Monatsraten vereinbart waren, kann dahingestellt bleiben, ob eine Aufspaltung des Gesamtpreises in mindestens zwei nacheinander zu entrichtende Teilbeträge genügt, oder ob es im Hinblick auf § 4 Abs. 2 AbzG erforderlich ist, daß der Kaufpreis in zumindest drei Teilzahlungen zu berichtigen ist (vgl. zum Meinungsstand Ostler/Weidner, aaO § 1 Anm. 44; Erman/Weitnauer/Klingsporn, 6. Aufl. Vorbem. III 11 zum AbzG).

c) Daß schließlich der Beklagte - worauf die Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in erster Linie abgestellt hat - mit der Übernahme der Maschine die Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Mieterin - und zwar zugleich im eigenen Interesse - bereinigen wollte, mag richtig sein; das ändert jedoch nichts daran, daß diese Bereinigung in der Rechtsform eines Kaufvertrages durchgeführt wurde und dieser Kaufvertrag ein Abzahlungsgeschäft war.

2. Handelt es sich um ein Abzahlungsgeschäft, so bedurfte gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 1 AbzG die auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung des Beklagten der Schriftform, die nicht eingehalten wurde. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Mangel der Schriftform die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hatte oder ob dieser bis zu einer etwaigen Übergabe schwebend unwirksam war (vgl. Ostler/Weidner, aaO § 1 a Anm. 13 ff). Jedenfalls wäre ein wirksamer Vertrag erst mit einer Übergabe gemäß § 1 a Abs. 3 Satz 1 AbzG zustandegekommen.

a) Ob zur Übergabe im Sinne dieser Vorschrift ausnahmslos die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes erforderlich ist oder ob die Abtretung eines Herausgabeanspruchs ausreicht (vgl. zum Meinungsstand Ostler/Weidner, aaO § 1 a Anm. 14 unter Hinweis auf § 1 Anm. 26), kann offenbleiben. § 1 a Abs. 3 Satz 1 AbzG geht davon aus, daß der Käufer mit der Ansichnahme der Sache erneut seinen Kaufentschluß zum Ausdruck bringt. Infolgedessen ist für eine Übergabe seine Mitwirkung erforderlich. Für die Anwendbarkeit des § 1 a Abs. 3 Satz 1 AbzG reicht es daher nicht aus, daß, wie es hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall war, in der ursprünglichen Abmachung der Parteien die Abtretung des Herausgabeanspruchs der Klägerin vorgesehen war (Ostler/Weidner, aaO § 1 a Anm. 14).

b) Die vom Berufungsgericht angenommene Übertragung mittelbaren Besitzes hätte - wenn überhaupt - lediglich dann genügt, wenn die Parteien sich nach dem Abschluß des gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 1 AbzG unwirksamen Vertrages über die Übertragung mittelbaren Besitzes geeinigt hätten, was nicht geschehen war. Andernfalls würde nämlich der mit § 1 a Abs. 3 Satz 1 AbzG verfolgte Zweck, den infolge Nichteinhaltung der Form des § 1 a Abs. 1 Satz 1 unwirksamen Vertrag nur dann wirksam werden zu lassen, wenn der Käufer mit der Ansichnahme der Sache seinen Kaufentschluß erneut bekundet, vereitelt. Daß der Beklagte früher für die Firma Autoschaden und Unfall-Service zeichnungsberechtigt gewesen war, und daß infolge des Kaufvertrags mit dem Beklagten der Mietvertrag mit der genannten Firma aufgehoben wurde, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es ist daher auch unerheblich, ob sich die Maschine Anfang 1973 im Besitz der Firma K [REDACTED] GmbH befand, wie die Revision geltend macht.

3. Da bei einem Verstoß gegen die Formvorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 AbzG vor Übergabe der Sache ein wirksamer Vertrag und damit eine Verpflichtung des Käufers, die Sache abzunehmen, nicht besteht, kann der Käufer die Übergabe mit der Folge ablehnen, daß der Vertrag nunmehr endgültig unwirksam ist (Ostler/Weidner, aaO § 1 a Anm. 15; Erman/Weitnauer/Klingsporn, aaO § 1 a Anm. 14). Hier hatte der Beklagte durch seine Verteidigung in diesem Prozeß - sowohl durch das Bestreiten eines Kaufvertrages wie durch seine Rücktrittserklärung - zum Ausdruck gebracht, daß er nicht gewillt ist, die Falz- und Kuvertiermaschine abzunehmen.

4. Da demnach der Vertrag unwirksam ist, kann das Urteil des Berufungsgerichts insoweit keinen Bestand haben, als es die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 8 824,50 DM nebst Zinsen aufrechterhielt.

III. Ist aber das Berufungsurteil abzuändern, so kann der Beklagte einen Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO haben.

1. Die Pfändung ist als Zwangsvollstreckung anzusehen, wie sich aus § 803 ZPO ergibt, wonach die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung erfolgt (RG BadRPrax 1906, 315). Ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zu Recht erlassen wurde und ob die Pfändung wirksam war, ist unerheblich. Auch wenn das nicht der Fall war, ist der Schaden durch die Vollstreckung des Urteils entstanden (Wieczorek, Großkommentare der Praxis, ZPO § 717 Rdn. B V a; vgl. RG JW 1907, 485).

2. Die Schadensersatzverpflichtung gemäß § 717 Abs. 2 ZPO entfällt auch dann nicht, wenn das Berufungsgericht die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts

bestätigte, und wenn der Beklagte erst im weiteren Verlauf des Rechtsstreits obsiegt. Denn auch in diesem Falle ist der Schaden durch die Zwangsvollstreckung aufgrund des erstinstanzlichen Urteils erwachsen (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 19. Aufl. § 717 Anm. V).

3. Der Beklagte kann einen Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO nach herrschender Meinung, insbesondere der Rechtsprechung des Reichsgerichts wie des Bundesgerichtshofs, sowohl mit einem Inzidentantrag wie mit einer Widerklage geltend machen (RGZ 124, 182, 185; BGHZ 38, 237, 240; Stein/Jonas/Münzberg, aaO § 717 Anm. III; Sydow/Busch, ZPO 22. Aufl. § 717 Anm. 9; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 35. Aufl. § 717 Anm. 3 A; a.A. insbesondere Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 99 II 1 = S. 505 und Wieczorek, aaO § 717 Rdn. D III a und D IV, die den Antrag aus § 717 Abs. 2 ZPO als privilegierte Widerklage ansehen).

a) Den Inzidentantrag aus § 717 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht zu Unrecht für gegenstandslos gehalten, weil, wie sich nunmehr ergeben hat, das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil des Landgerichts wie das dieses bestätigende Urteil des Berufungsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen ist.

b) Die Widerklage hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 4 ZPO nicht zugelassen. Da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus - infolgedessen die hilfsweise erhobene Widerklage als unzulässig hätte abweisen müssen, war das Berufungsurteil auch insofern aufzuheben, als es in den Gründen seines Urteils die Widerklage als unzulässig beurteilt hat. Einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Widerklage bedarf es indessen nicht, weil der Beklagte die auf § 717 Abs. 2 ZPO

gestützte Widerklage nur hilfsweise neben den in erster Linie gestellten Inzidentantrag erhoben hatte und weil dieser nicht gegenstandslos ist, nachdem das Berufungsurteil geändert und die Klage abgewiesen wurde. Der Inzidentantrag des Beklagten erfaßt auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung, weil es sich insoweit - jedenfalls nach dem bisherigen Vortrag des Beklagten - um Ansprüche im Sinne des § 717 Abs. 2 ZPO handelt.

IV. Eine Erörterung, ob § 529 Abs. 5 ZPO einer Aufrechnung des Beklagten entgegenstünde, wie das Berufungsgericht angenommen hat, erübrigt sich, weil die Klage ohnehin abzuweisen war.

V. Es war demnach das Urteil des Berufungsgerichts dahin abzuändern, daß die Klage abgewiesen wird. Im übrigen war das Urteil des Berufungsgerichts im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als es den Inzidentantrag für gegenstandslos gehalten und die Widerklage nicht zugelassen hat. Im Umfang der Aufhebung war die Sache zur

anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war die Entscheidung über die Kosten, auch der Revisionsinstanz, zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Hiddemann

Claßen

Hoffmann

Treier

Dr. Brunotte

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 32/76

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hans Ha[REDACTED] in B[REDACTED], Rü[REDACTED]
P[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A[REDACTED] Pi[REDACTED] Bo[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Hans Dietrich F[REDACTED] in He[REDACTED], Ti[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 15. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter
Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann,
Wolf und Dr. Brunotte

beschlossen:

Das Urteil vom 11. Mai 1977 wird gemäß
§ 319 ZPO dahin berichtigt, daß es in
Abschnitt II 1 c der Entscheidungsgründe
(S. 7 Abschnitt c) Zeile 1 - 3 der Aus-
fertigung) heißt:

"- worauf die Revisionsbeklagte
in der mündlichen Verhandlung
vor dem Senat in erster Linie
abgestellt hat -"

Braxmaier

Hoffmann