

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 15. Dezember 1998 - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 12. November 1997 - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin 9.909,74 DM nebst 12 % Zinsen aus 5.874,59 DM seit dem 1. November 1996 und aus weiteren je 1.293,98 DM seit dem 1. Dezember 1996, 1. Januar 1997 und 1. Februar 1997 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 2. Februar 1996 kaufte der Beklagte, der unter der Bezeichnung "B. s Getränk Laden" einen Getränkegroß- und -einzelhandel betreibt, von der Firma H. Automatengroßhandel (im folgenden: Firma H.) einen S. -Heiß- und Kaltgetränkeautomaten, einen M. -Leerbecher-Rücknahmeautomaten mit Pfandeinrichtung sowie eine Spezial-Automatenalarmanlage zum Preis von insgesamt (39.200 DM + 15 % MwSt =) 45.080 DM. Auf Vermittlung der Firma H. und unter Bezugnahme auf deren Auftragsbestätigung vom 5. Februar 1996 schloß der Beklagte am 15./20. Februar 1996 mit der Klägerin einen Leasingvertrag über die genannten Geräte. Danach war eine Vertragsdauer von 36 Monaten vereinbart. Die monatlichen Leasingraten sollten, ausgehend von Anschaffungskosten in Höhe von 39.200 DM und unter Berücksichtigung einer Anzahlung von 7.840 DM (jeweils ohne MwSt), 1.125,20 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 1.293,98 DM betragen. Ein kalkulierter Restwert war nicht vorgesehen. In dem Vertragsformular ist in der Spalte "Leasingnehmer" unter dem Namen und vor der Adresse des Beklagten "B. s Getränk Laden" eingetragen. Über der Unterschrift des Beklagten befindet sich - ebenso wie in dem Kaufvertrag vom 2. Februar 1996 - der Stempelabdruck "B. s Getränk Laden Inh. H.-M. B. Groß- u. Abholmarkt ...". Am 15. Februar 1996 unterschrieb der Beklagte ferner eine formularmäßige Widerrufsbelehrung durch die Klägerin. In weiteren Schriftstücken vom gleichen Tag bestätigte er der Firma H. die Abnahme und der Klägerin die Übernahme der Geräte, die vereinbarungsgemäß in der Grund- und Realschule Ho. aufgestellt wurden. Auf die Aufforderung der Stadtverwaltung B. vom 12. Juni 1997 meldete der Beklagte als - weiteres - Gewerbe die "Aufstellung von Versorgungsautomaten" an.

Ab Juli 1996 leistete der Beklagte, der ausweislich seines Schreibens vom 3. August 1996 an die Klägerin in Zahlungsschwierigkeiten geraten war,

mit Ausnahme einer Zahlung von 595,31 DM am 22. August 1996 keine Leasingraten mehr an die Klägerin. Mit Anwaltsschreiben vom 16. September 1996 ließ er der Firma H. gegenüber die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung über den angeblich mit den Geräten zu erzielenden Umsatz und hilfsweise die Wandelung wegen angeblicher Mängel erklären. Zugleich ließ er die Klägerin über die Einstellung seiner Zahlungen unterrichten.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin den Beklagten auf Zahlung von insgesamt 10.309,74 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Im einzelnen hat sie Leasingraten für die Monate Juli 1996 bis Februar 1997 abzüglich der Zahlung vom 22. August 1996 in Höhe von $(8 \times 1.293,98 \text{ DM} - 595,31 \text{ DM} =) 9.756,53 \text{ DM}$, 12 % Zinsen für die Zeit vom 1. Juli bis 30. Oktober 1996 in Höhe von 115,71 DM sowie gemäß § 10 Nr. 1 Sätze 3 bis 5 ihrer zum Vertragsgegenstand gewordenen Allgemeinen Leasingbedingungen für je fünf Mahnungen, Rücklastschriften und "Bankgebühren" Kosten in Höhe von insgesamt $(150 \text{ DM} + 250 \text{ DM} + 37,50 \text{ DM} =) 437,50 \text{ DM}$ geltend gemacht. Die vorgenannte Klausel lautet auszugsweise:

"Für jede nach Verzugseintritt ergehende Mahnung werden Kosten in Höhe von DM 30 berechnet. Wird ein Abbuchungsauftrag des Leasinggebers über eine dem Leasinggeber nach diesem Vertrag zustehende Forderung nicht bedient oder infolge Widerspruchs zurückgebucht, so ist der Leasinggeber berechtigt, eine Kostenpauschale in Höhe von DM 50 sowie die angefallenen Bankgebühren in Rechnung zu stellen. Der Leasingnehmer ist berechtigt, den Nachweis zu erbringen, daß die tatsächlich dem Leasinggeber entstandenen Kosten und Schäden (...) geringer sind."

Der Beklagte hat sich unter anderem auf eine Sittenwidrigkeit des Kauf- und des Leasingvertrages sowie den Widerruf seiner zugrundeliegenden Erklä-



rungen nach dem Verbraucherkreditgesetz berufen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 10.069,74 DM nebst Zinsen stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der - zugelassenen - Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Der Klägerin stünden die Leasingraten in der geltend gemachten Höhe von 9.756,53 DM zu. Der Leasingvertrag sei wirksam zustande gekommen. Er unterliege nicht den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes. Der Beklagte sei daher nicht zum Widerruf befugt gewesen. Der Beklagte sei in bezug auf den Leasingvertrag kein Verbraucher, da der ihm hierdurch gewährte Kredit nicht der Gründung einer neuen Existenz gedient habe, sondern für seine bereits ausgeübte gewerbliche Tätigkeit als Getränkehändler bestimmt gewesen sei. Zwar weiche der Verkauf von Heißgetränken mit Hilfe von Automaten von dem Verkauf von Kaltgetränken über den Ladentisch ab. Auch seien die gewerberechtlichen Anforderungen unterschiedlich. Durch die Beschaffung des Getränkeautomaten habe der Beklagte jedoch lediglich die beschränkte Angebotspalette seines Gewerbebetriebes in vergleichsweise geringfügigem Umfang erweitert.

Der Leasingvertrag sei auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Der Beklagte habe eine sittenwidrige Überhöhung der Leasingraten nicht dargelegt. Dem detaillierten Vorbringen der in erster Instanz als Streithelferin der Klägerin aufgetretenen Firma H. , daß die Kosten bis zur Aufstellung der Geräte knapp

27.000 DM betragen hätten, sei der Beklagte nicht substantiiert, etwa durch Vorlage anderer Angebote, entgegengetreten.

Pauschalieren Schadensersatz nach § 10 Nr. 1 ihrer Allgemeinen Leasingbedingungen in Höhe von je 50 DM bzw. 30 DM könne die Klägerin im Hinblick auf § 254 BGB nur für ihre fehlgeschlagenen Abbuchungsversuche und Mahnungen im Juli und August 1996 verlangen.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung im wesentlichen stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit des Leasingvertrages der Parteien vom 15./20. Februar 1996 bejaht und der Klägerin die darin vereinbarten Leasingraten für die Monate Juli 1996 bis Februar 1997 in der nach Abzug der Zahlung vom 22. August 1996 verbleibenden Höhe von $(8 \times 1.293,98 \text{ DM} - 595,31 \text{ DM}) = 9.756,53 \text{ DM}$ zugesprochen.

a) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den Leasingvertrag nicht als Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG abgeschlossen und sei daher auch nicht gemäß § 7 Abs. 1 VerbrKrG zum Widerruf befugt gewesen, weil der ihm durch den Leasingvertrag gewährte Kredit nicht zum Aufbau einer neuen gewerblichen Existenz, sondern lediglich zur Erweiterung seines bereits ausgeübten Gewerbes als Getränkehändler bestimmt gewesen sei.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Kreditnehmer zwar auch dann Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG, wenn er den ihm gewährten Kredit für den Aufbau einer neuen gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit ("Existenzgründung") verwenden will, weil § 1 Abs. 1 VerbrKrG eine Ausnahme von der Verbrauchereigenschaft nur für den Fall vor-

sieht, daß der Kredit für eine "bereits ausgeübte" gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (BGHZ 128, 156, 161 f). Übt der Kreditnehmer aber - wie hier der Beklagte mit dem Getränkehandel - bereits eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit aus, ist er nur dann Verbraucher, wenn die bereits ausgeübte Tätigkeit mit der neuen Tätigkeit nicht im Zusammenhang steht und davon klar abgegrenzt ist (BGHZ aaO 162 f; Senatsurteile vom 5. Februar 1997 - VIII ZR 14/96, WM 1997, 1356 unter III 1 und vom 5. November 1997 - VIII ZR 351/96, WM 1998, 126 unter II 1, insoweit in BGHZ 137, 115, 118 nicht abgedruckt).

Das ist hier nicht der Fall. Vielmehr ergibt sich das Gegenteil nach dem gemäß § 1 Abs. 1 VerbrKrG maßgeblichen Inhalt des Vertrages bereits daraus, daß der Beklagte als Leasingnehmer in dem Leasingvertrag nicht nur mit seinem Namen, sondern zusätzlich mit dem Namen seines Getränkehandels ("B. s Getränkeladen") bezeichnet ist und daß sich - wie in dem vorausgegangenen Kaufvertrag vom 2. Februar 1996 - über seiner Unterschrift der Stempelabdruck "B. s Getränkeladen Inh. H.-M. B. Groß- u. Abholmarkt ..." befindet. Dadurch kommt eindeutig die - bei Zugrundelegung der oben dargestellten Grundsätze auch mit den objektiven Gegebenheiten übereinstimmende - Vorstellung der Parteien zum Ausdruck, daß der Beklagte den Leasingvertrag im Rahmen seines Getränkehandels abschließen wollte. Schon deswegen kann keine Rede davon sein, daß der Leasingvertrag nicht im Zusammenhang mit dem vom Beklagten betriebenen Getränkehandel steht und der Betrieb der geleasten Geräte von diesem klar abgegrenzt ist. Keine entscheidende Bedeutung kommt demgegenüber entgegen der Ansicht der Revision dem Umstand zu, daß der Beklagte die "Aufstellung von Versorgungsautomaten" als weiteres Gewerbe angemeldet hat. Das hat er erst mehrere Monate nach Abschluß des Leasingvertrages auf die ausdrückliche Aufforderung der Stadt B.

hin getan. Er selbst hat dazu ersichtlich keine Veranlassung gesehen, weil er den Betrieb der Geräte als Teil seines bereits ausgeübten Gewerbes als Getränkehändler verstanden hat.

b) Vergeblich wendet sich die Revision ferner dagegen, daß das Berufungsgericht eine sittenwidrige Überhöhung der Leasingraten verneint hat.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe vorinstanzlichen Vortrag des Beklagten übergangen, wonach der im Leasingvertrag - wie im Kaufvertrag vom 2. Februar 1996 - mit 31.500 DM netto angesetzte Wert des Getränkeautomaten lediglich 10.000 DM betragen habe. Damit kann die Revision bereits deswegen nicht durchdringen, weil der Beklagte den Kaufpreis bei der Auswahl der Leasingobjekte selbst mit der Firma H. ausgehandelt und die Klägerin diesen Kaufpreis unter Berücksichtigung der Anzahlung des Beklagten der Berechnung der Leasingraten zugrunde gelegt hat. Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn der Leasinggeber und der Lieferant bei der Festlegung des Kaufpreises kollusiv zum Nachteil des Leasingnehmers zusammengearbeitet hätten (vgl. BGHZ 128, 255, 268; Senatsurteil vom 30. Januar 1995 - VIII ZR 328/93, CR 1995, 527 unter 1 b). Dafür ist hier indessen weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Zu Recht beanstandet die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht der Klägerin gemäß § 10 Nr. 1 Sätze 3 und 4 ihrer Allgemeinen Leasingbedingungen pauschalierten Schadensersatz in Höhe von (2 x 50 DM + 2 x 30 DM =) 160 DM für ihre fehlgeschlagenen Abbuchungsversuche und Mahnungen im Juli und August 1996 zugesprochen hat.

Mangels ausreichenden Vortrags der Klägerin ist davon auszugehen, daß die Sätze 3 und 4 des § 10 Nr. 1 ihrer Allgemeinen Leasingbedingungen

nach §§ 9, 11 Nr. 5 Buchst. a AGBG wegen der Höhe der zu zahlenden Schadenspauschale unwirksam sind. § 11 Nr. 5 Buchst. a AGBG findet zwar im kaufmännischen Geschäftsverkehr keine unmittelbare Anwendung. Die hierin zum Ausdruck kommende Mißbilligung überhöhter Schadenspauschalierungen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gleichwohl auch im Rahmen des § 9 AGBG und damit bei Verwendung der Klausel gegenüber Kaufleuten zu berücksichtigen (Urteile vom 28. Mai 1984 - III ZR 231/82, WM 1984, 1174 unter II 3 b; vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89, WM 1990, 1198 unter II 2; vom 12. Januar 1994 - VIII ZR 165/92, WM 1994, 1121 unter XV 2 b, insoweit in BGHZ 124, 351 nicht abgedruckt; vom 11. November 1997 - XI ZR 13/97, WM 1998, 70 unter II 2). Insoweit bedarf es hier keiner Entscheidung, ob der Klauselverwender die Angemessenheit der Schadenspauschale darlegen und beweisen muß (so z.B. Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 11 Nr. 5 Rdnrn. 21 ff) oder sein Vertragspartner die Unangemessenheit (so z.B. Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, 13. Aufl., § 11 Nr. 5 AGBG Rdnr. 18; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 11 AGBG Rdnr. 25; letztlich offengelassen in BGHZ 67, 312, 316). Selbst wenn der erstgenannten Auffassung zu folgen sein sollte, ist jedenfalls dann, wenn die Schadenspauschale ungewöhnlich hoch ist, das Vorbringen des Klauselverwenders nur schlüssig, wenn er die Angemessenheit darlegt (so Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl., § 11 Nr. 5 Rdnr. 15; Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl., § 11 Nr. 5 Rdnr. 30, jew. für das Versäumnisverfahren).

Die in § 10 Nr. 1 Sätze 3 und 4 der Allgemeinen Leasingbedingungen der Klägerin festgesetzte Höhe der Schadenspauschale von 30 DM je Mahnung und von 50 DM je Rückbuchung ist ungewöhnlich hoch. So ist in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bereits streitig, ob eine Pauschale

von 5 DM je Mahnung noch angemessen ist (verneinend OLG Karlsruhe ZIP 1985, 603/607; OLG Frankfurt WM 1985, 938; OLG Hamm NJW-RR 1992, 242/243; bejahend OLG Düsseldorf WM 1985, 17/18; OLG Köln WM 1987, 1548/1550). Die von der Klägerin vorgesehene Pauschale von 30 DM ist jedoch sechsmal so hoch. Bei der Pauschale je Rückbuchung, die sogar 50 DM beträgt, kommt hinzu, daß die Klägerin nach § 10 Nr. 1 Satz 4 ihrer Allgemeinen Leasingbedingungen zusätzlich noch die angefallenen Bankgebühren in Rechnung stellen kann, so daß nicht einmal ersichtlich ist, welche Kosten der Rückbuchung durch die Pauschale überhaupt noch abgedeckt werden sollen. Angesichts dessen hätte die Klägerin die Angemessenheit der Pauschalen darlegen müssen, um ihr Klagevorbringen insoweit schlüssig zu machen. Mangels entsprechenden Vortrags ist davon auszugehen, daß die Sätze 3 und 4 des § 10 Nr. 1 ihrer Allgemeinen Leasingbedingungen nach §§ 9, 15 Nr. 5 Buchst. a AGBG unwirksam sind.

3. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin - unter anderem in Höhe von 115,71 DM bezifferte - Zinsen sowie Erstattung von Bankkosten in Höhe von $(5 \times 7,50 \text{ DM} =) 37,50 \text{ DM}$ zuerkannt hat, erhebt die Revision keine Einwendungen. Insoweit ist die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht zu beanstanden.

III. Nach alledem hat die Revision lediglich insoweit Erfolg, als der Beklagte zu mehr als $(9.756,53 \text{ DM} + 115,71 \text{ DM} + 37,50 \text{ DM} =) 9.909,74 \text{ DM}$ nebst Zinsen aus der Hauptforderung verurteilt worden ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers