



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Leasing (unter besonderer Berücksichtigung von
neuer Gesetzgebung und Rechtsprechung im
Hinblick auf AGB)“

Verfasserin

Mag. Angelika Hellweger

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Reidinger

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT UND DANKSAGUNG	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	III
1 EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG	1
1.1 Unterscheidung Operatingleasing – Finanzierungsleasing.....	5
1.1.1 Operatingleasing	5
1.1.2 Finanzierungsleasing	6
1.2 Unterscheidung Vollamortisation – Teilamortisation	7
1.2.1 Vollamortisationsverträge	7
1.2.2 Teilamortisationsverträge.....	7
1.3 Unterscheidung mittelbares und unmittelbares Leasing.....	8
1.3.1 Unmittelbares Leasing	8
1.3.2 Mittelbares Leasing.....	8
1.4 Immobilienleasing	9
1.5 Sale-and-lease-back	11
2 RECHTSNATUR LEASING	12
2.1 Kaufrechtliche Einordnung	13
2.1.1 Argumente für die kaufrechtliche Einordnung.....	13
2.1.2 Argumente gegen die kaufrechtliche Einordnung	14
2.2 Mietvertrag bzw atypischer Mietvertrag	16
2.2.1 Argumente für die mietrechtliche Einordnung.....	16
2.2.2 Argumente gegen die mietrechtliche Einordnung	17
2.3 Vertrag mit darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen....	18
2.3.1 Argumente für die Annahme von darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen	18
2.3.2 Argumente gegen die Annahme von darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen	19
2.4 Einordnung als Vertrag sui generis.....	21
2.4.1 Argumente für die Einordnung als Vertrag sui generis.....	21
2.4.2 Argumente gegen die Einordnung als Vertrag sui generis	22

2.5	Eigene Ansicht	23
2.6	Rsp des OGH zur Einordnung des Finanzierungsleasing	25
2.6.1	OGH 5 Ob 663/82	26
2.6.2	Eigene Ansicht.....	27
3	AUSWIRKUNGEN DES VKrG AUF LEASINGVERTRÄGE.....	28
3.1	Verbraucherfinanzierungsleasingverträge.....	28
3.1.1	Verbraucherleasingverträge gemäß § 26 Abs 1 VKrG	29
3.1.2	Problemaufriss.....	30
3.2	Werbung.....	31
3.2.1	Werbung und Pflichtangaben vor dem VKrG	31
3.2.2	Werbung gemäß VKrG.....	31
3.3	Informationspflichten	34
3.3.1	Vorvertragliche Informationspflichten des LG vor dem VKrG	34
3.3.2	Vorvertragliche Informationspflichten des LG gemäß VKrG	34
3.3.3	Erläuterungspflicht.....	36
a)	Erläuterungspflicht als Beratungspflicht?.....	37
b)	Erläuterungspflicht keine Beratungspflicht?	38
c)	Eigene Ansicht	39
d)	Persönliche oder standardisierte Erläuterung?	40
3.4	Sanktionen bei Verstößen nach § 5 bzw nach § 6 VKrG	42
3.5	Bonitätsprüfung nach § 7 VKrG	43
3.5.1	Nachforschungspflicht.....	44
a)	Art der Informationen	45
b)	Informationsverweigerung – eigene Ansicht	46
c)	Erteilung unrichtiger/unvollständiger Angaben.....	47
3.5.2	Hinweispflicht	47
3.5.3	Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung – Umsetzung in Österreich ...	49
3.5.4	Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung – Umsetzung in Deutschland .	50
3.6	Zwingende Angaben im Leasingvertrag gemäß § 9 VKrG	52
3.7	Rücktrittsrecht gemäß § 12 VKrG	54
3.7.1	Anwendungsbereich und Adressat der Rücktrittserklärung.....	54
3.7.2	Rücktrittsrecht bei mehreren LN.....	55
a)	Möglichkeit eines Teilrücktritts?.....	55
b)	Zwischenergebnis und eigene Ansicht.....	57
c)	Wegfall der Geschäftsgrundlage?.....	58
i.	Lehre in Deutschland	58
ii.	Eigene Ansicht zum österreichischen Recht.....	59
3.7.3	Rücktrittsrecht des Bürgen/Schuldbeitretenden?	60
a)	Ansicht <i>Wendehorst</i>	60

b) Differenzierung Schuldbeitritt und Bürgschaft	61
3.7.4 Rechtsfolgen des Rücktritts	62
4 LEASINGVERTRÄGE UND AGB	64
4.1 Was sind AGB?.....	64
4.2 Geltungskontrolle.....	66
4.2.1 § 864a ABGB.....	66
4.2.2 Nachteilige Klauseln in Leasingverträgen.....	67
4.2.3 Transparenzgebot.....	68
a) Rsp zum Transparenzgebot	70
b) Salvatorische Klauseln	72
4.3 Inhaltskontrolle.....	75
4.3.1 § 879 Abs 3 ABGB.....	75
4.3.2 Gröblich benachteiligende Klauseln in Leasingverträgen.....	76
4.4 Verbandsklageverfahren	79
4.4.1 Verwender von AGB	79
a) Erweiterung des Begriffs "Verwender"	80
b) "Verwender" im Leasinggeschäft	81
c) Folgen der Erweiterung des Begriffs "Verwender"	82
4.4.2 Das Abmahnverfahren	83
4.4.3 Rsp zu den Unterlassungserklärungen.....	84
4.4.4 Reaktion der Lehre auf diese Rsp	87
5 AUSGEWÄHLTE PROBLEME ZU BEGINN DES LEASINGVERHÄLTNISSES	91
5.1 Bindungsklauseln.....	93
5.1.1 Verbrauchergeschäft.....	93
a) Rsp und Lehre	94
b) Eigene Ansicht	95
5.1.2 Unternehmergegeschäft	95
a) Lehre	95
b) Eigene Ansicht	96
5.2 Lieferpflicht und Lieferstörungen.....	97
5.2.1 Lieferstörungen: Unmöglichkeit und Verzug	97
a) Unmöglichkeit	97
b) Verzug	98
5.2.2 Lieferpflicht.....	99
a) Rsp und Ansicht der Lehre in D.....	99
b) Rsp und Ansicht der Lehre in Ö.....	100
i. OGH in Verbandsklageverfahren	102
ii. Eigene Ansicht.....	104
5.2.3 Nichtlieferung des LO - Zulässigkeit eines Spesenersatzes?.....	104

a) OGH	105
b) Eigene Ansicht	105
5.3 Abnahmeverpflichtung?	107
5.3.1 Folgen des Annahmeverzugs des LN	107
5.3.2 Rsp zur Abnahmeverpflichtung	110
5.3.3 Abnahmeverpflichtung im Leasinggeschäft in Einzelfällen	110
a) Eigene Ansicht	110
b) Folgen	111
5.4 Übernahmebestätigung	112
5.4.1 Rechtsnatur	112
5.4.2 Übernahmebestätigung und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG	113
5.4.3 Exkurs: Sonstige Tatsachenbestätigungen und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG ..	114
a) OGH	114
b) Konsequenzen im Leasinggeschäft	116
5.4.4 Übernahmebestätigung und Schadenersatzansprüche des LG?	117
a) OGH	117
b) BGH	118
c) Eigene Ansicht	118
d) Adressaten allfälliger Schadenersatzansprüche u eigene Ansicht	118
5.4.5 Folgen einer wahrheitswidrigen Übernahmebestätigung	120
6 AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER GEWÄHRLEISTUNG	122
6.1 Rügeobliegenheit im Leasinggeschäft	124
6.1.1 Rügeobliegenheit im Unternehmergegeschäft	124
6.1.2 Operatingleasingverträge – Rügeobliegenheit	125
6.1.3 Rügeobliegenheit im Verbrauchergeschäft	126
a) Transparenzgebot iZm der Mängelrügeobliegenheit	127
i. OGH	127
ii. Eigene Ansicht	130
b) Abbedingung des § 377 UGB	130
i. Lehre	130
ii. Eigene Ansicht	131
c) § 377 UGB und Verbesserung/Austausch	132
6.2 Anpassung der Gewährleistungsfrist an § 23 KSchG aF	133
6.3 Verbesserungs- bzw Austauschort	135
6.3.1 Verbesserungs- bzw Austauschort im Unternehmergegeschäft	135
6.3.2 Verbesserungs- bzw Austauschort im Verbrauchergeschäft	135
a) Abweichen von den allgemeinen Erfüllungsorten	135
b) Anforderungen an die Transparenz	137
6.4 Beschränkung der Gewährleistung	138
6.4.1 Unternehmergegeschäft	138
6.4.2 Verbrauchergeschäft	138

a) Verbandsklagen	138
b) Vergleich der jüngeren Rsp mit OGH 1 Ob 579/94.....	140
6.5 Verpflichtung des LN zur Geltendmachung von Rechten aus der Gewährleistung	141
6.5.1 Unternehmergeschäft	141
a) OGH	141
b) Eigene Ansicht	141
c) Gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung?	142
i. Argumente, die gegen eine gröbliche Benachteiligung sprechen	142
ii. Argumente, die für eine gröbliche Benachteiligung sprechen	143
d) Ergebnis	144
6.5.2 Verbrauchergeschäft.....	145
a) Ansicht <i>Fischer-Czermak</i>	145
b) OGH in den Entscheidungen 7 Ob 230/08m, 3 Ob 12/09z, 4 Ob 59/09v, 2 Ob 1/09z, 7 Ob 173/10g.....	145
c) OGH in 2 Ob 198/10x.....	148
d) Eigene Ansicht.....	150
6.5.3 Abtretungsklausel u gesonderte Rechtsverfolgung seitens LG?	151
6.5.4 Abtretungsklausel mit jederzeitigem Widerrufsrecht	151
a) OGH	151
b) BGH und deutsche Lehre	152
c) Eigene Ansicht	153
d) Widerrufsmöglichkeit im Einzelfall?	153
e) Eigene Ansicht	153
6.6 Wandlung und Wegfall der Geschäftsgrundlage	155
6.6.1 OGH.....	155
6.6.2 Lehre.....	156
a) Ansicht <i>Bydlinski</i>	156
b) Ansicht <i>Fischer-Czermak</i>	157
c) Ansicht <i>Harrich</i>	158
6.6.3 Eigene Ansicht.....	158
6.6.4 Zeitpunkt der Einstellung der Zahlung der Leasingraten.....	161
a) Rsp und Lehre	162
b) Eigene Ansicht	162
6.7 Preisminderung	164
6.7.1 Neuberechnung der Leasingraten	164
6.7.2 Zeitpunkt, ab dem angepasste Leasingraten zu zahlen sind.....	165
6.8 Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit.....	167
6.8.1 Verbrauchergeschäft.....	167
6.8.2 Unternehmergeschäft	168
7 AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER GEFAHRTRAGUNG.....	171
7.1 Preisgefahr	172

7.2 Sachgefahr	174
7.2.1 Zulässigkeit der Beschaffung eines Ersatzobjekts?	175
a) Rsp des OGH und des OLG Wien	175
b) Eigene Ansicht	175
7.2.2 Bestellung einer Sicherheit	176
a) § 458 ABGB im Unternehmer- und Verbrauchergeschäft.....	176
b) § 991 ABGB	177
i. Unternehmergegeschäft	177
ii. Verbrauchergeschäft.....	178
c) Z 48 Abs 1 der Banken AGB 2009.....	179
i. Unternehmergegeschäft	179
ii. Eigene Ansicht.....	180
iii. Verbrauchergeschäft	180
iv. Eigene Ansicht	181
d) Art der Sicherheiten und Information über Sicherheitenbestellung	182
7.3 Rsp zur Gefahrtragung	184
7.3.1 Mangelnde Differenzierung zwischen Preis- und Sachgefahr	185
a) OGH 4 Ob 59/09v	186
b) Eigene Ansicht	186
c) OGH 3 Ob 12/09z	186
d) Eigene Ansicht	187
7.3.2 Untergang des LO – Auflösung des Leasingvertrags?	188
a) OGH	188
b) Eigene Ansicht	188
7.3.3 Wirtschaftlicher Totalschaden – Auflösung des Leasingvertrags?.....	189
a) OGH	189
b) Eigene Ansicht	190
7.3.4 Verlust bzw Diebstahl des LO	191
a) OGH	191
b) Eigene Ansicht	192
7.4 Instandhaltungspflicht und Reparatur des LO	194
7.4.1 Exkurs: Instandhaltungsverpflichtung des LG?.....	195
a) Verbrauchergeschäft	195
i. Rsp.....	195
ii. Lehre	198
iii. Folgerungen für das Leasinggeschäft	201
b) Unternehmergegeschäft.....	201
c) Ergebnis	202
7.4.2 Verpflichtung zur Reparatur in der Hersteller-Vertragswerkstatt	202
a) OGH in Verbandsklageverfahren	202
b) Individualprozess	204
7.4.3 Exkurs: Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers	205
a) OGH 4 Ob 544/88	205
b) OGH 1 Ob 537/94	206
c) Anmerkung zu OGH 1 Ob 537/94	207

7.5	Versicherung des LO	210
7.5.1	Versicherungspflicht und Prämienzahlung durch den LN	210
7.5.2	Vinkulierung	210
7.5.3	Informationspflicht iZm Versicherungen im VKrG	212
7.5.4	Informationspflicht iZm Versicherungen im Unternehmergeschäft	212
7.5.5	Anrechnung der Versicherungsleistung	213
a)	Transparenz im Verbrauchergeschäft	213
i.	Rsp.	214
ii.	Eigene Ansicht	214
b)	Transparenz im Unternehmergeschäft	215
7.6	Untergang des LO beim verbessernden Lieferanten	216
7.6.1	Argumente für einen Rückübergang der Gefahr	217
7.6.2	Argumente gegen einen Rückübergang der Gefahr	218
7.6.3	Mittelposition	218
7.6.4	Würdigung und eigene Ansicht	219
8	AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER ORDENTLICHEN BEENDIGUNG UND VERTRAGSABWICKLUNG	222
8.1	Leasingverträge mit bestimmter Vertragsdauer	224
8.1.1	Unternehmergeschäft – Kündigungsrecht des LG?	224
8.1.2	Unternehmergeschäft – Kündigungsrecht des LN?	225
8.1.3	Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LG?	225
8.1.4	Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LN?	225
8.2	Leasingverträge mit unbestimmter Vertragsdauer	227
8.2.1	Unternehmergeschäft – Kündigungsrecht des LG	227
8.2.2	Unternehmergeschäft – Kündigungsrecht des LN	228
8.2.3	Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LG	228
8.2.4	Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LN	229
8.2.5	Eigene Ansicht	230
8.3	Recht zum vorzeitigen Erwerb bzw vorzeitiger Rückstellung (bestimmte und unbestimmte Vertragsdauer)	232
8.3.1	Unternehmergeschäft	232
8.3.2	Verbrauchergeschäft	232
a)	Recht zum vorzeitigen Erwerb / vorzeitigen Rückstellung vor dem VKrG	232
b)	Recht zum vorzeitigem Erwerb / vorzeitiger Rückstellung im VKrG	233
i.	Vorfälligkeitsentschädigung im Leasinggeschäft	234
1.	Literatur	234
2.	Nachvollziehbarkeit des Vermögensnachteils	235
ii.	Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 1 VKrG	236
iii.	Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 2 VKrG	237
iv.	Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 3 VKrG	238
v.	Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 4 VKrG	238
8.4	Verpflichtung zur Rückgabe des LO	240

8.4.1	Rückgabeort	240
a)	Bestimmung des Rückgabeorts	240
b)	OGH	241
c)	Eigene Ansicht	241
8.4.2	Gröbliche Benachteiligung und Intransparenz im Verbrauchergeschäft ..	241
8.4.3	Kosten der Rückgabe	243
8.4.4	Einbauten	243
a)	OGH im Verbrauchergeschäft	244
b)	Eigene Ansicht	245
c)	Unternehmergeschäft	246
8.5	Ordnungsgemäßer Zustand des LO bei Vertragsbeendigung	248
8.5.1	Ausgangslage nach § 1109 ABGB	248
8.5.2	Vergleich mit Leasingverträgen	249
a)	Gewöhnliche Abnutzung	250
b)	Übermäßige Abnutzung	250
c)	Unterschied zum dispositiven Mietrecht	251
d)	Beweislast des LG	251
8.6	Probleme bei der Beendigung eines Teilamortisationsvertrages mit	
Aufteilung Mehrerlös/ Mindererlös		253
8.6.1	Grundsätzliches zum Vertragsmodell	253
8.6.2	Fälle, bei denen der LN nicht zur Abdeckung des Restwerts bzw eines	
	allfälligen Mindererlöses verpflichtet werden kann	253
a)	Analoge Heranziehung der § 1362 ABGB u § 1364 ABGB	254
i.	Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung?	255
ii.	Aufrechnungsverbot	256
b)	Restwert wurde zu hoch bemessen	257
c)	Nichttreffen von Sicherungsmaßnahmen	257
i.	OGH	258
ii.	Obiter dictum des OGH	259
iii.	Vereinbarkeit mit § 864a ABGB?	259
iv.	Vereinbarkeit mit § 879 Abs 3 ABGB?	260
v.	Freizeichnung des LG von seinem eigenen Verschulden	260
d)	Pflicht zur bestmöglichen Verwertung	260
i.	Verkehrswert oder Händlereinkaufspreis?	261
ii.	Auswahl des Schätzgutachters	263
iii.	Drittkäuferbenennungsrecht und Selbsterwerb	264
iv.	Frist	265
8.7	Beteiligung des LN an Mehr- und Mindererlös	268
8.7.1	Neue Rsp des OGH iZm den Verbandsklagen	269
8.7.2	Lehre	270
8.7.3	Eigene Ansicht	271
8.7.4	Praktische Auswirkungen der Rsp des OGH	273
a)	Konsequenz: Nichtanwendbarkeit des VKrG	273
b)	Eigene Ansicht	274
8.7.5	Anforderung an die Vertragsgestaltung	274

8.8 Probleme bei der Beendigung eines Kilometerleasingvertrags	275
8.8.1 Grundsätzliches zum Vertragsmodell	275
8.8.2 Ausgleich von Minderkilometern.....	276
a) OGH 7 Ob 230/08m	276
b) OGH 3 Ob 200/07v.....	276
8.8.3 Eigene Ansicht.....	277
8.9 Fortzahlung der Leasingraten in voller Höhe?	279
8.9.1 Argumente für eine Fortzahlung in voller Höhe.....	279
8.9.2 Argumente gegen die Fortzahlung in voller Höhe	279
8.9.3 Rsp des OGH	280
a) 3. Senat – Verstoß gegen § 864a ABGB	281
b) 6. Senat – Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB	281
8.9.4 Ansicht <i>Wilhelm</i>	282
8.9.5 Eigene Ansicht.....	282
9 AUSGEWÄHLTE PROBLEME BEI DER AUßERORDENTLICHEN BEENDIGUNG DES LEASINGVERHÄLTNISSSES	284
9.1 Grundsätzliches zur außerordentlichen Beendigung	284
9.2 Vorzeitige Vertragsbeendigung des LN	286
9.3 Vorzeitige Vertragsbeendigung des LG	287
9.4 Außerordentliche Vertragsauflösungsgründe	289
9.4.1 Wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des LN, Insolvenz, Exekutionsverfahren.....	289
a) Zur wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und zum Exekutionsverfahren	290
b) Zur Insolvenz	292
i. Lehre	292
ii. Rsp zur Rechtslage vor dem IRÄG 2010	292
iii. Rechtslage seit dem IRÄG 2010	294
9.4.2 Tod / Handlungsunfähigkeit des LN, Einstellung des Geschäftsbetriebs	295
a) Tod, Handlungsunfähigkeit.....	296
b) Einstellung des Geschäftsbetriebs.....	296
i. Verbrauchergeschäft.....	296
ii. Eigene Ansicht.....	296
iii. Unternehmergeschäft	297
9.4.3 Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Leasingvertrags.....	298
a) OGH	298
b) Eigene Ansicht	299
9.5 Außerordentliche Kündigung durch den LG und das Verbraucherkreditrecht	300
9.5.1 Ansicht <i>Wendehorst</i>	301
9.5.2 Ansicht <i>Aichberger-Beig</i>	301

9.5.3	Ansicht <i>Stabentheiner/Dimmel</i>	302
9.5.4	Eigene Ansicht.....	302
10	SONSTIGE PROBLEMATISCHE KLAUSELN	303
10.1	Formgebote.....	303
10.1.1	OGH in Verbandsklageverfahren	303
10.1.2	Rechtsfolge eines Verstoßes	306
10.2	Anrechnung von Zahlungen des LN – § 1416 ABGB.....	307
10.2.1	Klauseln in den Verbandsklageverfahren – Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB 307	
10.2.2	OGH 6 Ob 684/85 – Verstoß gegen § 864a ABGB	309
10.2.3	Eigene Ansicht.....	310
10.3	Kontrollrechte des LG?	311
10.3.1	OGH.....	311
10.3.2	Eigene Ansicht.....	311
10.4	Mahn- und Inkassospesen	313
10.4.1	Vorwegvereinbarungen in AGB	313
10.4.2	Nachträgliche Überwälzung	316
a)	OGH	317
b)	Eigene Ansicht	318
10.4.3	Pauschalierte Mahnspesen	318
10.5	Terminsverlust.....	320
10.5.1	Regelungsbereich des § 14 Abs 3 VKrG	320
10.5.2	Voraussetzungen für die Ausübung des Terminsverlusts	320
a)	Ältere Rsp.....	321
b)	Jüngere Rsp	321
c)	Eigene Ansicht.....	322
10.5.3	Kumulation: Terminsverlust und Rücknahmeklausel.....	323
a)	Rsp und Ansicht Lehre	323
b)	Eigene Ansicht.....	324
10.5.4	Kumulation: Terminsverlust und endgültiger Entzug des LO.....	325
10.6	Verzicht auf den Besitzschutz	326
10.6.1	Ansicht <i>Bydlinski</i>	327
10.6.2	Ansicht <i>Kodek</i>	328
10.6.3	Rsp.....	328
10.6.4	Eigene Ansicht.....	329
11	ZUSAMMENFASSUNG	332
11.1	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm dem Beginn des Leasingverhältnisses	332

11.2	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Gewährleistung.....	335
11.3	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Gefahrtragung.....	339
11.4	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Vertragsabwicklung.....	341
11.5	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der außerordentlichen Beendigung des Leasingverhältnisses	342
11.6	Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm dem VKrG	343
	LITERATURVERZEICHNIS.....	345
	ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS	363
	ABSTRACT	375
	ABSTRACT ENGLISH.....	377
	LEBENS LAUF	379

VORWORT UND DANKSAGUNG

"Gut Ding braucht Weile". Dieses Sprichwort scheint auch für die vorliegende Arbeit zu gelten. Als ich das Thema der Arbeit im Jahr 2007 wählte, haben sich die Verbraucherschutzverbände erstmals den AGB in Leasingverträgen zugewendet, diese einer genaueren Prüfung unterzogen und Verbandsklagen eingebracht. Das Vorhaben, zeitnah eine Dissertation zu verfassen, die sich mit AGB in Leasingverträgen auseinandersetzt, rückte angesichts des Umstands, dass dieses Projekt ua neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärterin verwirklicht werden musste, in weite Ferne. Etliche Jahre später wurde dieses Ziel dann doch erreicht. Die vorliegende Arbeit setzt sich mit den typischen Klauseln in Leasing-AGB und deren Beurteilung durch den OGH auseinander. Sie soll einen aktuellen Überblick über den Stand der Rsp – ergänzt um eigene Ansätze – geben. Erörtert wird auch, welche Fragen iZm mit Leasing-AGB nach wie vor nicht geklärt sind. Da durch das VKrG erstmals umfangreiche Regelungen für Verbraucherfinanzierungsleasingverträge geschaffen wurden, enthält die vorliegende Arbeit auch einen Überblick über ausgewählte Neuregelungen.

Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Reidinger, herzlichst bedanken. Er hat den Anstoß für die Auswahl des Themas der vorliegenden Arbeit gegeben und mich darin bestärkt, diese Arbeit zu einem guten Ende zu bringen. Darüber hinaus nahm er sich stets Zeit, einzelne Fragestellungen mit mir zu diskutieren, hat mir wertvolle Anregungen gegeben und hat so wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Dank gilt auch Frau o. Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak für die Unterstützung, die als ausgewiesene Leasingexpertin freundlicherweise die Zweitbegutachtung der Arbeit übernommen hat.

Der allergrößte Dank gebührt meinen Eltern, Rudolf und Walpurga Hellweger, für ihre immerwährende und bedingungslose Unterstützung in guten wie auch in schlechten Tagen. Sie haben immer an mich geglaubt und mich stets liebevoll ermutigt, meinen Weg zu gehen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bedanken möchte ich mich auch bei Frau Mag. Magdalena Straßer, Frau Dr. Christine Haidenthaler, Frau Mag. Barbara Biedermann und Frau Mag. Martina Gatterer, für ihren guten Zuspruch und für die gemütlichen Kaffees und bei all jenen, die mich in den letzten Jahren unterstützt haben. Schließlich gilt mein besonderer Dank Frau RA Dr. Katharina Kitzberger für die kritische Durchsicht, die wertvollen Hinweise und das Korrekturlesen dieser Arbeit.

Wien, im Oktober 2013

Angelika Hellweger

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	=	anderer Ansicht
ABB	=	Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte 2000, Revision 2009
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABL	=	Amtsblatt
abl	=	ablehnend
Abs	=	Absatz
AcP	=	(deutsches) Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
aF	=	alte Fassung
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh	=	Anhang
Anm	=	Anmerkung
AnwBl	=	Österreichisches Anwaltsblatt
Art	=	Artikel
AT	=	Allgemeiner Teil
BB	=	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
bbl	=	Baurechtliche Blätter
BGB	=	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BKR	=	(deutsche) Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNR	=	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
Bsp	=	Beispiel
bspw	=	beispielsweise
BT	=	Besonderer Teil
BWG	=	Bankwesengesetz
bzw	=	beziehungsweise
ca	=	circa
cic	=	culpa in contrahendo

DaKRÄG	=	Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz
DAR	=	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	=	Der Betrieb
ders	=	derselbe
dh	=	das heißt
dies	=	dieselbe
DSG	=	Datenschutzgesetz
DStR	=	Deutsches Steuerrecht
EB	=	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDVuR	=	EDV und Recht
EFSlg	=	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
etc	=	et cetera
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
EvBI	=	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ
EWiR	=	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	=	und der, die folgende
ff	=	und der, die folgenden
FLF	=	Finanzierung, Leasing, Factoring (Zeitschrift)
FMA	=	Finanzmarktaufsicht
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
gem	=	gemäß
GesRZ	=	Der Gesellschafter
GewO	=	Gewerbeordnung
GIU	=	Sammlung von zivilgerichtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes
GoA	=	Geschäftsführung ohne Auftrag
GP	=	Gesetzgebungsperiode

hA	=	herrschende Ansicht
HGB	=	Handelsgesetzbuch
HHB	=	Herrenhausbericht
hL	=	herrschende Lehre
hM	=	herrschende Meinung
Hrsg	=	Herausgeber
HS	=	Handelsrechtliche Entscheidungen
idR	=	in der Regel
idS	=	in diesem Sinn
iFamZ	=	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IO	=	Insolvenzordnung
immolex	=	Neues Miet- und Wohnrecht
IRÄG	=	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	=	im Sinn des, - der
iVm	=	in Verbindung mit
iZm	=	im Zusammenhang mit
JAP	=	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB	=	Juristische Blätter
JuS	=	Juristische Schulung (Zeitschrift)
jusIT	=	Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-Recht
JZ	=	Juristenzeitung
Kfz	=	Kraftfahrzeug,-e
KRES	=	Konsumentenrecht-Entscheidungssammlung
krit	=	kritisch
KSchG	=	Konsumentenschutzgesetz
LG	=	Landesgericht Leasinggeber
LGZ	=	Landesgericht für Zivilrechtssachen

lit	=	litera (Buchstabe)
LN	=	Leasingnehmer
LO	=	Leasingobjekt
mE	=	meines Erachtens
MietSlg	=	Mietrechtliche Entscheidungen
MR	=	Medien und Recht
MRG	=	Mietrechtsgesetz
MünchKomm	=	Münchener Kommentar
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	=	Nummer
NZ	=	Österreichische Notariats-Zeitung
NZV	=	(deutsche) Neue Zeitschrift für das Verkehrsrecht
ÖAMTC-LSK	=	ÖAMTC Leitsatzkartei
ÖBA	=	Österreichisches Bankarchiv
OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	=	Leitsatzkartei in der ÖJZ
OLG	=	Oberlandesgericht
PAnGV	=	(deutsche) Preisangabenverordnung
RdW	=	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIS	=	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	=	Richtlinie der EU
RS	=	Rechtssatz (RIS-Justiz)
Rsp	=	Rechtsprechung
Rz	=	Randziffer

SZ	=	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
taxlex	=	Zeitschrift für Steuer und Beratung
u	=	und
ua	=	unter anderem
udgl	=	und dergleichen
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch
usw	=	und so weiter
uU	=	unter Umständen
UWG	=	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v	=	vom, von
va	=	vor allem
VersE	=	Versicherungsrechtliche Entscheidungssammlung
VersVG	=	Versicherungsvertragsgesetz
vgl	=	vergleiche
VKI	=	Verein für Konsumenteninformation
VKrG	=	Verbraucherkreditgesetz
VRInfo	=	Informationen zum Verbraucherrecht
WAG	=	Wertpapieraufsichtsgesetz
wbl	=	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	=	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
wobl	=	Wohnrechtliche Blätter
Z	=	Zahl, Ziffer
Zak	=	Zivilrecht aktuell
zB	=	zum Beispiel
ZFR	=	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	=	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIK	=	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	=	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZPO	=	Zivilprozessordnung
zust	=	zustimmend
zutr	=	zutreffend
ZVR	=	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1 EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG

"Leasing" bedeutet mieten und pachten. Dabei handelt es sich um Rechtsinstitut des angloamerikanischen Rechts. In Österreich wird das Leasinggeschäft als eigenständige Finanzierungsform seit 1963 betrieben,¹ wobei die wirtschaftliche Tendenz Leasingverträge abzuschließen, als hoch einzustufen ist. So wurden im Jahr 2012 15.676 Mobilienleasingverträge sowie 154.819 Kfz-Leasingverträge geschlossen. Insgesamt wurden sohin über 170.000 Leasingverträge über bewegliche Güter abgeschlossen. Hinzu kommen die Immobilienleasingverträge, deren Anzahl jedoch relativ gering ist und sich im Jahr 2012 auf 174 belaufen hat.²

Leasingfinanzierungen sind im Unternehmensbereich ua deshalb so attraktiv, weil das LO nicht im Voraus bezahlt werden muss und damit eine liquiditätsschonende Wirkung erzielt wird, da das verfügbare Kapital nicht gebunden ist.³ Das Leasing folgt der Finanzierungsregel "pay as you earn", dh dass eine Investition derart finanziert wird, dass mit den Erlösen aus der Investition auch die Finanzierung der Investition abgedeckt wird.⁴ Bleibt der LG während der Leasingdauer nicht nur rechtlicher, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer des LO, entstehen darüber hinaus auch steuerliche Vorteile.⁵

Im Verbraucherbereich wird Leasing als Finanzierungsalternative zum drittfinitzierten Kauf angeboten. Verbraucher nutzen diese Finanzierungsform zumeist um sich ein Kfz oder andere Konsumgüter, wie etwa Fernseher oder andere Haushaltsgeräte, anzuschaffen. Der Vorteil ist, dass der LN das

¹ *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 29.

² Siehe http://www.leasingverband.at/sites/default/files/Leasingmarkt%20%C3%96sterreich%202012_0.pdf (abgerufen am 25.4.2013).

³ *Martinek* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ II § 101 Rz 4.

⁴ *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 50 f; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing² 51; *Martinek* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ II § 101 Rz 4.

⁵ *Martinek* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ II § 101 Rz 4; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing² 53 f mit einer detaillierten Aufzählung der steuerlichen Vorteile.

gewünschte LO in Raten abzahlen kann und nicht auf einmal die finanziellen Mittel aufbringen muss.

Obwohl es sich beim Leasing um eine beliebte und weit verbreitete Finanzierungsform handelt, ist der Leasingvertrag – trotz Kritik der Lehre⁶ – weder in Österreich noch in Deutschland legaldefiniert. Auch wenn etliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit einem Leasingvertrag stellen, mit einer analogen Anwendung der gesetzlichen Regelungen, die für Kauf und Miete vorgesehen sind, gelöst werden können, vermögen diese Regelungen nicht sämtliche Besonderheiten des Leasing zu berücksichtigen. Die mangelnde gesetzliche Regelung ist einer der Gründe, warum va Mobilienleasingverträge nahezu ausschließlich unter Verwendung von AGB abgeschlossen werden. Dies birgt jedoch die Gefahr, dass der LG oft versucht, für den LN nachteilige Regelungen in das "Kleingedruckte" einfließen zu lassen.

In den letzten Jahren waren Verbandsklagen ein überaus nützliches und effizientes Mittel, um AGB einer umfassenden richterlichen Kontrolle zu unterziehen. Letzteres war bspw bei den Banken-AGB und im Rahmen der Klauselentscheidungen im Mietrecht der Fall. Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis sich die Verbraucherschutzverbände im Jahr 2007 auch den Leasing-AGB zuwendeten (die bis dahin ein weitgehend kritikloses Dasein fristeten). Der OGH⁷ hatte erstmals die Möglichkeit, Klauseln in Leasing-AGB einer

⁶ Vgl *Fischer-Czermak*, Kodifikation neuer Vertragstypen in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend 166; *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 33; *dies*, Leasing, quo vadis? Kaufoption versus Branchenüblichkeit, *taxlex* 2007, 556 (557); *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 74; *dies*, ZVR 2010, 481 (486); *Schauer*, Das ABGB - Wesensmerkmale, Perspektiven und heutige Standortbestimmung, *ÖJZ* 2012, 245 (250).

⁷ Vgl OGH 2 Ob 153/08a = *JusGuide* 2009/45/7023 = *RdW* 2009, 695 (Anm *Riss*) = *RdW* 2009/720 = *ÖBA* 2010, 123 (Anm *Apathy*) = *ecolex* 2010/37 = *VRInfo* 2010 H 2, 3; OGH 7 Ob 230/08m = *MietSlg* 61.111 = *ecolex* 2009, 755 = *ÖBA* 2009, 736 = *ÖBA* 2009, 755 (Anm *Apathy*) = *RdW* 2009, 645 = *KRES* 1d/131; OGH 8 Ob 110/08x = *ecolex* 2009, 222 = *JusGuide* 2009/04/6327 = *RdW* 2009, 402 = *ÖBA* 2009, 469 (Anm *Apathy*) = *ÖBA* 2009, 760; OGH 1 Ob 81/09g = *RdW* 2010/480 = *RdW* 2010/287 = *ÖBA* 2010, 304 = *ÖBA* 2010/1620 = *KRES* 1d/140; OGH 1 Ob 131/09k = *VRInfo* 2010 H 3, 3 = *JusGuide* 2010/07/7292 = *ecolex* 2010, 346 = *KRES* 1d/141 = *RdW* 2010/289 = *ÖBA* 2010/1621; OGH 5 Ob 159/09g = *VRInfo* 2010 H 2, 3 = *RdW* 2010/288 = *KRES* 1d/142; OGH 3 Ob 12/09z = *MietSlg* 61.142 = *VRInfo* 2009 H 8, 2 = *JusGuide* 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = *ÖBA* 2009, 744 = *ÖBA* 2009, 755 (Anm *Apathy*) = *RdW* 2009, 644 = *JB* 2009, 770 = *KRES* 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = *MietSlg* 61.143 = *VRInfo* 2009 H 12, 6 = *JusGuide* 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = *VRInfo* 2010 H 2, 3 = *RdW* 2010, 147 = *ZIK* 2010, 158 =

umfassenden Prüfung zu unterziehen und erklärte in diesem Zusammenhang eine Vielzahl der bis dahin verwendeten Klauseln für unzulässig.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, eine möglichst umfassende Darstellung der typischen Klauseln in Leasing-AGB sowie deren Beurteilung durch den OGH zu bieten. Im Hinblick auf die Vielzahl der Klauseln musste eine Auswahl getroffen werden, wobei sich die Darstellung auf elementare und juristisch besonders interessante bzw kritische Klauseln beschränkt. Die Arbeit ist derart strukturiert, dass ein Bogen mit ausgewählten Problemen und Klauseln vom Beginn bis zum Ende des Leasingverhältnisses gespannt wird.⁸ Vorauszuschicken ist, dass wenn in der vorliegenden Arbeit der Ansicht des OGH gefolgt wurde und meinerseits keine Ergänzungen mehr erforderlich waren, dies nicht mehr explizit bei jeder Entscheidung gesondert hervorgehoben wurde.

Im Zusammenhang mit Fragen des Leasingverhältnisses, hat sich insbesondere ein Blick in die deutsche Rsp und Literatur als hilfreich erwiesen, da dort bereits etliche Fragen erörtert wurden, die in der österreichischen Lehre und Literatur bislang nicht behandelt wurden bzw auch vom OGH noch nicht behandelt werden mussten. Somit hat bei ausgewählten Fragen auch die deutsche Rsp und Lehre Eingang in diese Arbeit gefunden.

Weiters wurden durch das VKrG im Jahr 2010 erstmals umfangreiche Regelungen für Verbraucherfinanzierungsleasingverträge geschaffen.⁹ Diese Regelungen reichen von der Bewerbung eines Leasingvertrags, über Informationspflichten, Rücktrittsrechte bis hin zu Regelungen über die ordentliche

ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Koziol*).

⁸ Vgl Kap 5 bis Kap 10.

⁹ Zuvor gab es lediglich rudimentäre Regelungen in der VerbraucherkreditVO aF und in den Einkommensteuerrichtlinien 2000, wobei es sich bei letztgenannten um keine verbindlichen Rechtsnormen, sondern um Interpretationen der Finanzverwaltung handelte: vgl *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 33.

Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die vorliegende Arbeit soll auch diesbezüglich einen Überblick über ausgewählte Neuregelungen geben und sich mit den zentralen Fragen befassen, die sich durch das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des VKrG im Zusammenhang mit Leasingverträgen ergeben.

1.1 Unterscheidung Operatingleasing – Finanzierungsleasing

1.1.1 Operatingleasing

Unter Operatingleasing versteht man eine kurz- oder mittelfristige Überlassung eines LO. Die Vertragsdauer ist entweder bestimmt¹⁰ oder unbestimmt,¹¹ wobei sowohl dem LG und als auch dem LN ein kurzfristiges Kündigungsrecht zusteht.¹² Der LG erreicht eine volle Amortisation des LO durch mehrmalige und nicht durch einmalige Überlassung an einen LN,¹³ weshalb auch der LG das Investitionsrisiko trägt.¹⁴ Im Gegensatz zum Finanzierungsleasing schuldet der LN auch im Falle einer Vertragsbeendigung keine Abschlusszahlung.¹⁵

Operatingleasingverträge werden nach Rsp¹⁶ und Lehre¹⁷ als reine Mietverträge qualifiziert, da die Leistung des LN "pro usu rei" (also für die

¹⁰ *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB Recht⁵ Klauseln L 38.

¹¹ *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap A Rz 9; *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 64.

¹² *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 8/84; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap A Rz 9; *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 64; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 1 Rz 10; *Mankowski/Knöfel* in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 21 Rz 38.

¹³ *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 31; *Frotz* in FS Hämmerle 103; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap A Rz 9; *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 64; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB Recht⁵ Klauseln L 38; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 1 Rz 10; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 66.

¹⁴ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 9; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz 220.

¹⁵ *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB Recht⁵ Klauseln L 38.

¹⁶ OGH 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); OGH 2 Ob 639/85 = SZ 59/213 = MietSlg 37.066 = ÖBA 1987, 936 = ÖBA 1987, 196 (Anm *Iro*) = JBl 1987, 662 = RdW 1987, 80; OGH 7 Ob 526/92 = RdW 1993, 179 = ÖBA 1992/351 = NZ 1992, 127; LGZ Wien 41 R 789/94 = MietSlg 46.089; OGH 7 Ob 192/02i = ecolex 2003/11 = ÖBA 2003/1127 = ÖBA 2003, 789 = EFSlg 101.057.

¹⁷ Vgl *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 8 f mwN; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 24 f; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 31; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing² 30 f; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz 220; *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 42; *Nitsche*, Zur Rechtsnatur des Leasing, ÖJZ 1974, 31 u 36; *Pittl/Ess*, Zur Zulässigkeit eines Räumungsbegehrens beim Immobilienleasing, wobl 2005, 185 (186); *Rainer*, Der Immobilienleasingvertrag, immolex 2005, 166; *Grüblinger*, Der Leasingvertrag – Ein Überblick, Zak 2009, 343; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 245; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 8/84; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 26; *Binder*

Sachnutzung) erbracht wird.¹⁸ Die Zulässigkeit von Gefahrtragungsklauseln richtet sich nach dem dispositiven Mietrecht. Die Pflege und Instandhaltung des LO liegen im Interesse des LG, da er das LO mehrmals überlassen möchte. Eine gänzliche Überwälzung der Sach- und Preisgefahr ist daher beim Operatingleasing gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig.¹⁹

1.1.2 Finanzierungsleasing

Nach der Rsp des OGH steht beim Finanzierungsleasing nicht die vorübergehende Verschaffung der Gebrauchsmöglichkeit des Wirtschaftsgutes im Vordergrund, sondern dass sich der LN an sich für den dauernden Einsatz eines bestimmten Gutes entschieden hat, aber aus Gründen der Finanzierung den Leasingvertrag wählt. Der LG hat mehr oder weniger vor allem die Funktion eines Kreditgebers.²⁰ Das Interesse des LG ist auf eine Amortisation des eingesetzten Kapitals zuzüglich Finanzierungskosten und angemessenem Gewinn gerichtet.²¹ Die Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des LO gehört zur unabdingbaren Verpflichtung des LG im Austauschverhältnis zu den Leasingraten.²² Der LN trägt das volle Investitionsrisiko, also die volle Sachgefahr. Er hat die Leasingraten zu entrichten, auch wenn sich das erworbene Gut nicht bewährt, wenn es beschädigt oder zerstört wird oder wenn die Investition aus einem anderen Grund nicht zielführend ist.²³

in Schwimann³ § 1090 Rz 74; Iro in KBB³ § 1090 Rz 6; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1090 Rz 12; für die deutsche hM: Stoffels in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB Recht⁵ Klauseln L 39; Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge 352; Kügel in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 64; Beckmann, Finanzierungsleasing³ § 1 Rz 10; von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap A Rz 9; Martinek, Moderne Vertragstypen I 66 f; Koch in MünchKommBGB⁹ Leasing Rz 5; Mankowski/Knöfel in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 21 Rz 38.

¹⁸ Schumacher, KFZ-Leasing und KonsumentenschutzG, ZVR 1979, 292; W. Jud, KSchG, Factoring und Leasing, in HdBzKschG 517; Nitsche, ÖJZ 1974, 31.

¹⁹ OGH 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); Krejci in Das Leasinggeschäft 203; ders, Zur Gefahrtragung beim Leasinggeschäft, ÖJZ 1988, 129 (130); Würth in Rummel³ § 1090 Rz 26.

²⁰ Vgl RIS-Justiz RS0020750.

²¹ Zuletzt OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm Wilhelm) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140 mwN; OGH 8 Ob 26/12z = ÖBA 2013, 762.

²² Vgl RIS-Justiz RS0020739.

²³ Vgl RIS-Justiz RS0019481.

1.2 Unterscheidung Vollamortisation – Teilamortisation

1.2.1 Vollamortisationsverträge

Bei Vollamortisationsverträgen wird die Amortisation dadurch erreicht, dass der LN die vereinbarten Leasingraten während der Grundvertragsdauer bezahlt. Mit Zahlung der Leasingraten während der Grundvertragsdauer werden die gesamten Anschaffungskosten des LO zuzüglich Zinsen, Finanzierungskosten und Gewinn für den LG abgedeckt.²⁴ Vollamortisationsverträge sind aus steuerrechtlichen Gründen in der Praxis zumeist darauf angelegt, dass die Grundmietzeit mindestens 40% jedoch maximal 90 % der betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer beträgt, weil nur dann das LO dem LG zugerechnet wird und dieser als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen wird.²⁵

1.2.2 Teilamortisationsverträge

Bei Teilamortisationsverträgen wird die Vollamortisation einerseits durch die Zahlung der Leasingraten während der Grundvertragsdauer und andererseits dadurch erreicht, dass neben der Summe der Leasingraten auch der erwartete oder kalkulierte Restwert des LO zum Ende der Grundvertragsdauer eine maßgebliche Rolle spielt.²⁶ Der LG sichert den noch nicht amortisierten Teil

²⁴ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 16; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 16; *W. Jud*, KSchG, Factoring und Leasing, in HdBzKSchG 516; *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 41; *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 35; *Grüblinger*, Zak 2009, 343 (344); *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 23; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 27a; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz 221; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 6 Rz 3; *Büschgen* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 3 Rz 5; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 2; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L4.

²⁵ Vgl zu den steuerrechtlichen Zurechnungsregeln im Detail: *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 54 f; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 134 ff.

²⁶ OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); OGH 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = eclex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (zust Huber) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469; OGH 8 Ob 26/12z = ÖBA 2013, 762; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 16; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 17; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 27a; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 6 Rz 4; *Büschgen* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 3 Rz 12; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 196; *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 35; *Stoffels* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB Recht⁵ Klauseln L 30.

durch entsprechende Vertragsgestaltung ab.²⁷ Gebräuchlich ist, dass der LN entweder das LO zum vereinbarten Restwert zu übernehmen ("Andienungsrecht" des LG) oder unabhängig davon dem LG den kalkulierten Restwert zu garantieren hat, sei es durch Ausübung des Optionsrechts des LN zu diesem Preis oder durch Zahlung der Differenz des erzielten Preises auf den Restwert.²⁸

Teilamortisationsverträge sind aus steuerrechtlichen Gründen darauf angelegt, dass die Grundmietzeit maximal 90 % betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer beträgt, weil nur dann das LO dem LG zugerechnet wird und dieser als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen wird.²⁹ Darüber hinaus darf dem LN nicht sowohl das Risiko der Wertminderung als auch die Chance auf Wertsteigerung zukommen, da in einem solchen Fall das LO dem LG zugerechnet werden würde.³⁰

1.3 Unterscheidung mittelbares und unmittelbares Leasing

1.3.1 Unmittelbares Leasing

Von unmittelbarem Leasing spricht man, wenn der Lieferant (Hersteller oder Händler) zugleich die Funktion des LG übernimmt³¹ und somit ein zweipersonales Vertragsverhältnis vorliegt.³² Der Vertragsschluss erfolgt zwischen Lieferanten (Hersteller oder Händler) und LN.³³

1.3.2 Mittelbares Leasing

²⁷ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L8; *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 41.

²⁸ OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 196; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 17; *Würth* in *Rummel*³ § 1090 Rz 27a.

²⁹ Vgl zu den steuerrechtlichen Zurechnungsregeln im Detail: *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 58 f; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 141 ff.

³⁰ Vgl *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 58 f; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 141; vgl Kap 8.7 zur neueren Judikatur im Zusammenhang mit der Regelung, dass LN allfälligen Mindererlös zu 100% zu tragen hatte und an einem allfälligen Mehrerlös zu 75% beteiligt war.

³¹ Vgl RIS-Justiz RS0019622; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap B Rz 66; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 33.

³² *Nitsche*, ÖJZ 1974, 29; *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 3 Rz 12; *ders*, Moderne Vertragstypen I 57.

³³ *Frotz* in FS Hämmerle 101; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 30; *Büschgen* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 1 Rz 25.

Als mittelbares Leasing werden jene Konstellationen bezeichnet, wo zwischen dem Lieferanten (Hersteller oder Händler) und dem LN ein Dritter als Vertragspartner (LG) tritt, der die Investitionsentscheidung des LN finanziert.³⁴ Der LG erwirbt vom Lieferanten das LO, das durch den LN ausgewählt wurde und überlässt es dem LN gegen Entgelt zum Gebrauch.³⁵ Erst durch den Eintritt des LG entsteht das leasingtypische Dreiecksverhältnis,³⁶ das als wesentliches Merkmal des Finanzierungsleasing erachtet wird. Da der LG als reiner Finanzierer angesehen werden will, versucht er sich in seinen Leasingbedingungen weitgehend von den Belastungen, die aus dem Lieferverhältnis drohen können, wie etwa Nicht- oder Schlechtlieferung, freizuzeichnen. Inwieweit dies zulässig ist, wird in der vorliegenden Arbeit noch erörtert.³⁷

1.4 Immobilienleasing

Je nachdem, ob es sich beim LO um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt, wird zwischen Mobilien- und Immobilienleasingverträgen³⁸ unterschieden. Allgemein wird das Immobilienleasing als Nutzungsüberlassung von Grundstücken, Gebäuden und Betriebsanlagen definiert. Typische LO sind Büro- und Geschäftsgebäude, Lager- und Fabrikhallen, Einkaufszentren oder Kraftwerke.³⁹ Immobilienleasingverträge werden idR nicht als Vollamortisations-, sondern als Teilamortisationsverträge abgeschlossen, wobei bei Teilamortisationsmodellen Restwert- oder Kautionsleasingverträge üblich sind.⁴⁰ Im Gegensatz zu Mobilienleasingverträgen, die idR eine Vertragsdauer zwischen drei und fünf Jahren aufweisen und einem rascheren Wertverlust unterliegen, wird bei Immobilienleasingverträgen⁴¹ üblicherweise eine Laufzeit zwischen 15

³⁴ Vgl RIS-Justiz RS0019622; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 31; *Rainer*, *immolex* 2005, 166; *Büschgen* in *Büschgen*, *Praxishandbuch Leasing* § 1 Rz 25; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, *Handbuch des Leasing* 33; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, *Konsumentenrecht und Banken* 197.

³⁵ *Frotz* in FS Hämmerle 101; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 31.

³⁶ *Kandut*, *Das Gewährleistungsrecht beim Kauf* 155.

³⁷ Vgl Kap 5.2.

³⁸ Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind nur Mobilienleasingverträge.

³⁹ *Fischer-Czermak*, *Mobilienleasing* 40; *Schmidt*, *Immobilienleasing*, *VWT* 2002 H 5, 41; *Büschgen* in *Büschgen*, *Praxishandbuch Leasing* § 4 Rz 3.

⁴⁰ *Rathauscher*, *Bestandrechte und Konkurs* 71 mwN.

⁴¹ Zur Frage, was einen typischen österreichischen Immobilienleasingvertrag ausmacht: *Czipin*, *Immobilienleasing*, *immolex* 2005, 176 (177).

und 20 Jahren vereinbart, weil hier die Werthaltigkeit des LO eine besondere Rolle spielt.⁴²

Beim Immobilienleasing gliedert sich die Vertragsbeziehung zwischen LG und LN in die Strukturierungs- und in die Leasingphase.⁴³ Unter Strukturierungsphase wird der Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Übernahme des LO durch den LN verstanden.⁴⁴ Muss das LO erst errichtet werden, ist entweder die Liegenschaft durch den LG zu erwerben oder er muss dafür sorgen, dass ihm ein Baurecht eingeräumt wird oder er lässt sich im Rahmen eines Mietvertrags das Recht einräumen, auf der Liegenschaft ein Superädifikat zu errichten.⁴⁵ Im Anschluss daran übernimmt der LG als Bauherr die Errichtung des LO nach den Wünschen des LN oder beauftragt damit einen Dritten.⁴⁶ Ist das Gebäude errichtet, wird dieses an den LN zu übergeben und die sogenannte Leasingphase beginnt. Ab diesem Zeitpunkt trägt der LN die Preis- und Sachgefahr und hat die vereinbarten Leasingraten zu bezahlen.⁴⁷

Anders als bei Mobilienleasingverträgen geht die Rsp bei Immobilienleasingverträgen davon aus, dass bei diesen immer die Elemente des Bestandvertrag überwiegen,⁴⁸ weil das Benützungsverhältnis stärker zum Ausdruck kommt⁴⁹ (auch wenn sie Elemente anderer Vertragstypen enthalten).⁵⁰ Immobilienleasingverträge unterliegen daher grundsätzlich dem MRG.⁵¹

⁴² *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 66 f; *Schmidt*, Immobilienleasing, VWT 2002 H 5, 41.

⁴³ *Rainer*, *immolex* 2005, 166 (168).

⁴⁴ *Hofmeister* in *Das Leasinggeschäft* 347.

⁴⁵ *Rainer*, *immolex* 2005, 166 (168).

⁴⁶ *Rainer*, *immolex* 2005, 166 (168); *Fischer-Czermak*, *Mobilienleasing* 41.

⁴⁷ *Rainer*, *immolex* 2005, 166 (169).

⁴⁸ OGH 3 Ob 28/99k = SZ 72/108 = MietSlg 51.118 = HS 30.592 = JBI 2000, 43 = RdW 1999, 724; OGH 3 Ob 36/07a = MietSlg LIX/12 = *ecolex* 2007, 680 = *JusGuide* 2007/28/4883 = ZIK 2007/277; OGH 2 Ob 196/11d = EvBl 2012/78 = *immolex*-LS 2012/19 = RdW 2012, 336 = *wobl* 2012, 145 = *immolex* 2012, 177; LGZ Wien 40 R 241/05w = MietSlg 57.585.

⁴⁹ *Würth* in *Rummel*³ § 1090 Rz 35.

⁵⁰ OGH 3 Ob 28/99k = SZ 72/108 = MietSlg 51.118 = HS 30.592 = JBI 2000, 43 = RdW 1999, 724; LGZ Wien 40 R 241/05w = MietSlg 57.585.

⁵¹ OGH 5 Ob 137/99d = MietSlg 51.212 = *immolex* 2000/1 = *wobl* 2000/145 = RdW 1999, 654; OGH 2 Ob 196/11d = EvBl 2012/78 = *immolex*-LS 2012/19 = RdW 2012, 336 = *wobl* 2012, 145 = *immolex* 2012, 177; *Hofmeister* in *Das Leasinggeschäft* 366 ff; *Würth* in *Rummel*³ § 1090 Rz 35; *Pittl/Ess*, *wobl* 2005, 185 (189); nach *Rainer*, *immolex* 2005, 166 (167) soll die Anwendung des MRG von der konkreten Vertragsgestaltung abhängig gemacht werden; abl *Lenneis*, *Immobilienfinanzierungsleasing und das Mietrechtsgesetz*, *AnwBl* 1983, 562 (567), der davon ausgeht, dass

1.5 Sale-and-lease-back

Sale-and-lease-back⁵² Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der LN das LO erwirbt, aber dann an den LG veräußert, wobei vereinbart wird, dass der LG das LO wiederum an den LN zum Gebrauch überlässt.⁵³ Um dem LG Eigentum am LO zu verschaffen, reicht bei beweglichen Sachen eine Übergabe durch Besitzkonstitut aus.⁵⁴ Eine solche Übergabe ist jedoch unzulässig, wenn es sich um eine Darlehensgewährung handelt, zu deren Absicherung eine Sale-and-lease-back Konstruktion gewählt wird,⁵⁵ weil damit das pfandrechtliche Publizitätsprinzip umgangen würde.⁵⁶ Sale-and-lease-back Geschäfte haben häufig den Zweck, dem LN kurzfristig Liquidität zukommen zu lassen⁵⁷ und stille Reserven aufzudecken.⁵⁸ Beim Sale-and-lease-back fehlt das leasingtypische Dreiecksverhältnis und der LN ist bereits aufgrund des Vertrags mit dem Hersteller oder Lieferanten Eigentümer des LO, bevor er es an den LG weiterveräußert.⁵⁹ Dennoch zählen diese Geschäfte zum Finanzierungsleasing.⁶⁰

Immobilienfinanzierungsleasingverträge keinesfalls Miete sind und daher auch nicht dem Anwendungsbereich des MRG unterfallen; krit auch *Iro*, Immobilienleasing und MRG, RdW 1987, 77 (78), der das MRG nur dann für anwendbar hält, wenn eine vertragliche Vereinbarung der Vollamortisation fehlt.

⁵² Probleme im Zusammenhang mit Sale-and-lease-back Verträgen werden in der vorliegenden Arbeit nicht erörtert.

⁵³ OGH 6 Ob 575/86 = SZ 61/70 = HS 18.805; OGH 3 Ob 48/05p = ÖBA 2007/1405.

⁵⁴ Vgl RIS-Justiz RS0011217.

⁵⁵ OGH 8 Ob 220/02i = MietSlg 55.128 = RdW 2003/546 = ÖBA 2004, 313.

⁵⁶ *Czermak*, Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, ÖBA 1987, 232 (248); *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 165; zust *Binder* in *Schwimann*³ § 1090 Rz 78.

⁵⁷ *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 13.

⁵⁸ *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 37; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 24; *Czermak*, ÖBA 1987, 232 (234).

⁵⁹ OGH 6 Ob 575/86 = SZ 61/70 = HS 18.805; OGH 3 Ob 48/05p = ÖBA 2007/1405.

⁶⁰ OGH 6 Ob 575/86 = SZ 61/70 = HS 18.805; OGH 3 Ob 48/05p = ÖBA 2007/1405; *Czermak*, ÖBA 1987, 232; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 13.

2 RECHTSNATUR LEASING

Die Rechtsnatur von Finanzierungsleasingverträgen in ihren verschiedenen Ausprägungsformen war bereits Gegenstand ausführlicher literarischer Diskussionen, weshalb in der vorliegenden Arbeit nur mehr kurz die wesentlichen Argumente und Meinungen dargestellt werden. Fakt ist, dass sich bis heute keine Meinung endgültig durchgesetzt hat und es schon deshalb wünschenswert wäre, dass sich der Gesetzgeber dieses Vertragstypus annimmt.

Die Meinungen, welcher Rechtsnatur der Leasingvertrag zuzuordnen ist, reichen vom drittfinanzierten Ratenkauf oder Kauf unter Eigentumsvorbehalt⁶¹, über den Mietvertrag⁶² oder atypischen Mietvertrag,⁶³ zum Vertrag mit darlehens- und geschäftsbesorglichen Elementen,⁶⁴ über den Vertrag mit Elementen des Fruchtgenusses,⁶⁵ über den atypischen Vertrag⁶⁶ bis hin zum Vertrag sui generis.⁶⁷

⁶¹ Nach *Fischer-Czermak* kommt es wesentlich darauf an, welche Vereinbarung die Parteien für das Ende der Grundvertragszeit getroffen haben und gelangt zum Ergebnis, dass nachfolgende Vertragsvarianten einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt zuzuordnen sind: 1) Vollamortisationsverträge, die vorsehen, dass der LN mit Zahlung der letzten Leasingrate Eigentümer des LO wird; 2) Teilamortisationsverträge mit Kaufoption zum Restwert oder wenn Kaufoption des LN mit Andienungsrecht des LG kombiniert ist; 3) Vollamortisationsverträge mit Kaufoption des LN zu einem Anerkennungsbeitrag; 4) Teilamortisationsverträge mit einer Verlängerungsoption auf Basis des Restwerts; 5) Teilamortisationsverträge mit Aufteilung des Mehrerlöses; vgl zu all dem im Detail *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 162 f.

⁶² Nach *Fischer-Czermak* sind folgende Vertragsvarianten dem Mietrecht zuzuordnen: 1) Vollamortisationsverträge, die den LN zur Rückgabe des LO verpflichten; 2) Leasingverträge mit Kaufoption zum Verkehrswert; 3) Leasingverträge, in denen der LN eine Verlängerungsoption hat; 4) Teilamortisationsverträge mit Andienungsrecht des LN; 5) Bei Teilamortisationsverträgen, in denen der LN das LO nach Vertragsende zurückgeben muss und das Restwertrisiko trägt, liegt ein aus Miete und Garantie gemischter Vertrag vor: vgl hierzu im Detail *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 163 f.

⁶³ Vgl etwa *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 57; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 5 Rz 3; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L54; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap B Rz 2; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 1 f; *Kügel* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 60; *Wolf*, Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings, JuS 2002, 335 (336).

⁶⁴ *Canaris*, AcP 190, 410 (452); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 110; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

⁶⁵ Nach *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (68) weist der Leasingvertrag mit dem Fruchtgenuss erhebliche Ähnlichkeiten auf, da der LN wie ein Fruchtnießer alle Lasten trägt und verpflichtet ist, die Sache in gutem Zustand zu erhalten. Zudem hat auch der LN gleich wie ein Fruchtnießer das Recht eine fremde Sache ohne alle Einschränkungen zu genießen; diesem folgend *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 160; auch in

2.1 Kaufrechtliche Einordnung

2.1.1 Argumente für die kaufrechtliche Einordnung

Die kaufrechtliche Einordnung des Leasingvertrags wird im Wesentlichen auf nachfolgende Argumente gestützt:

- Dem LN wird oftmals mit Vertragsende das Recht eingeräumt wird, das LO zu erwerben.⁶⁸
- Die leasingvertragliche Gewährleistung orientiert sich am Kaufrecht.⁶⁹ Der LG tritt seine Ansprüche aus dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten an den LN ab. Die Wandlung des Kaufvertrags führt ähnlich wie bei der Drittfinanzierung zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags.⁷⁰
- Der LG trägt das lediglich das Kreditrisiko, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des LN und ist durch das Eigentum am LO abgesichert.⁷¹

den Entscheidungen OGH 4 Ob 2074/96w = MietSlg XLVIII/20 u OGH 6 Ob 217/09v = EvBl 2010/46 (Anm *Parapatits*) = ecolex 2010, 242 = JusGuide 2010/05/7255 = ÖAMTC-LSK 2010/7, wurde darauf verwiesen, dass Übereinstimmungen zwischen Leasing und usus fructus bestehen, jedoch beim Leasingvertrag kein echter usus fructus vorliege, sondern ein nach Obligationenrecht zu beurteilender Innominatkontrakt.

⁶⁶ Nach *W. Jud*, KSchG, Factoring und Leasing, in HdBzKSchG 518 ist der Leasingvertrag ein atypischer Vertrag, dessen wesentliches Merkmal die Gebrauchsüberlassung des LO und die Finanzierung ist; nach *Schumacher*, ZVR 1979, 289 (290) ist der Leasingvertrag ein atypischer Vertrag zwischen Kauf und Miete mit besonderer Hervorhebung des Finanzierungszwecks.

⁶⁷ Vgl etwa *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 28; *dies*, Leasing weiterhin ohne gesetzliche Grundlage, ecolex 2008, 76; *dies*, taxlex 2007, 556 (557); *Wegl*, Begriffsdefinition „Leasing“ – Qualifikationsschema, ecolex 1992, 661; *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 43; *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 160; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 86 ff; *ders* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 42 ff.

⁶⁸ *Schurr* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 1063 Rz 34; *Binder* in *Schwimann*³ § 1090 Rz 72; *Apathy* in *KBB*³ § 1063 Rz 30.

⁶⁹ *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 2.

⁷⁰ OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 1063 Rz 34; vgl ebenso Rsp-Nachweise in Kap 6.6.1.

⁷¹ OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 2 Ob 571/79 = SZ 52/157 = MietSlg 31.165; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 =

- Der LN trägt die Gefahren wie ein Käufer⁷² und bleibt zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet, auch wenn das LO untergeht, zerstört oder beschädigt wird.⁷³
- Auch wenn der LN nur in einer Vertragsbeziehung mit dem LG steht, wodurch sich ein Unterschied zum drittfinanzierten Kauf⁷⁴ ergibt, so nähert sich die Rolle des LG wirtschaftlich der eines Kreditgebers an,⁷⁵ weshalb der drittfinanzierte Kauf und das Leasing im Verbraucherbereich letztlich austauschbar sind.⁷⁶

2.1.2 Argumente gegen die kaufrechtliche Einordnung

- Gegen die kaufrechtliche Einordnung wird vorgebracht, dass es Vertragsvarianten gibt, bei denen eine Rückgabepflicht vorgesehen ist und es somit zu keinem Eigentumserwerb kommt.⁷⁷
- Zudem handelt es sich beim Leasingvertrag um ein Dauerschuldverhältnis, während der Kauf ein Zielschuldverhältnis ist.⁷⁸
- Auch aus steuerrechtlichen Gründen sollen dem LN nicht die Rechte eines Käufers zukommen. Der LG wird nämlich nicht als wirtschaftlicher

JB1 1988, 719; OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70; *Schurr* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 1063 Rz 33.

⁷² OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JB1 1982, 647; OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 = JB1 1988, 719; vgl weitere Nachweise in Kap 7.3; *Iro* in KBB³ § 1090 Rz 6; *Rainer*, immolex 2005, 167; *Stoffels* in Staudinger BGB¹³ Leasing Rz 72.

⁷³ OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 2 Ob 571/79 = SZ 52/157 = MietSlg 31.165; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JB1 1982, 647; OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70; *Schurr* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 1063 Rz 33; *Binder* in Schwimann³ § 1090 Rz 72; *Apathy* in KBB³ § 1063 Rz 27; *Rainer*, immolex 2005, 167.

⁷⁴ *Apathy* in KBB³ § 1063 Rz 26, spricht von einer Ähnlichkeit des mittelbaren Finanzierungsleasings mit dem drittfinanzierten Ratenkauf. Beim Finanzierungsleasing handelt es sich jedoch um ein Dauerschuldverhältnis; *Beckmann*, Aktuelle Rechtsfragen aus Finanzierungsleasingverträgen, DStR 2006, 1329 (1330); *ders*, Finanzierungsleasing³ § 1 Rz 36.

⁷⁵ OGH 30.11.1993, 8 Ob 1654/93 (unveröffentlicht) mwN; OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 8/84; *Rainer*, immolex 2005, 166.

⁷⁶ *Schurr* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 1063 Rz 33; *Stoffels* in Staudinger, BGB¹³ Leasing Rz 72.

⁷⁷ *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (63).

⁷⁸ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 91 mwN; *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 52; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 4 Rz 13.

Eigentümer des LO angesehen wird, wenn der Leasingvertrag von Beginn an einen Eigentumserwerb bezweckt.⁷⁹

- Auch wenn dem LN eine ähnliche Rechtsposition wie einem Eigentümer zukommt, so hat er keine dingliche⁸⁰ Position.⁸¹ Er hat bloß einen schuldrechtlichen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung, wofür er dem LG Leasingraten bezahlt.⁸²

⁷⁹ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 91 mwN; *dies*, Kodifikation neuer Vertragstypen in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend 167; *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 65; *Schanda*, Der Leasingvertrag im Konkurs des LN, ZIK 1996, 11 (14 FN 35); *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 77; *Koch* in *MünchKommBGB*⁶ Leasing Rz 29; *Wolf*, JuS 2002, 335; *Kügel* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 53.

⁸⁰ Nach *Apathy*, Glosse zu OGH 21.12.1983, 8 Ob 78/83, JBI 1985, 233 kommt dem LN nach § 372 ABGB analog die relativdingliche Rechtsstellung des Rechtsbesitzers zu. Daraus lässt sich seiner Ansicht nach auch die Schadenersatzberechtigung des LN gegenüber Dritten als unmittelbar Geschädigten ableiten; *ders*, Die publizianische Klage 101 f; zust: *Reischauer* in *Rummel*³ § 1332 Rz 22a; *Koziol*, Haftpflichtrecht² II 29 ff; *Konwitschka*, Mietwagenkosten des KFZ-Leasingnehmers, JAP 1992/93, 116 (119); *Iro*, Ersatz der Mietwagenkosten beim KFZ-Leasing, RdW 1992, 330 (331); *Brell*, Glosse zu OGH 16.12.1992, 2 Ob 533/92 = *ecolex* 1993, 379; *Fischer-Czermak*, Zum Schadenersatzanspruch des Leasingnehmers, *ecolex* 1992, 766, verweist darauf, dass sich der Schutz des LN aus § 372 ABGB analog umso mehr ergibt, weil dies der OGH (vgl RIS-Justiz RS0037057) auch für den Ersatzanspruch des Bestandnehmers bejaht hat; nach *F. Bydlinski* in *FS Wesener* 95 ff, wird das Gebrauchsrecht dessen, der obligatorisch zum Besitz berechtigt ist, von § 339 ABGB auch schadenersatzrechtlich geschützt, ohne dass es einer analogen Anwendung des § 372 ABGB bedarf; offen lassend, ob dem LN ein absolut geschütztes Gebrauchsrecht nach § 372 ABGB analog zusteht, jedoch eine Schadensverlagerung auf den LN iZm dem Ersatz von Kosten für Mietwagen und Reparaturkosten bejahend: OGH 2 Ob 17/92 = SZ 65/83 = *ecolex* 1992, 767 = JBI 1993, 43 = RdW 1992, 337 = ZVR 1992/154 = ÖJZ 1992/241 = HS 22.551; OGH 2 Ob 33/95 = ÖJZ 1996/19 (EvBl) = HS 26.640 = HS 26.697 = HS 26.370 = JBI 1996, 114 (Anm *Lukas*) = *ecolex* 1995, 631 = ZVR 1996/61; OGH 2 Ob 26/93 = JBI 1994, 121 = ZVR 1994, 118 = HS 24.581; dagegen noch OGH 2 Ob 193/78 = SZ 52/93 = HS 11.036 = RZ 1980, 111; OGH 8 Ob 78/83 = SZ 56/199 = HS 14.819 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 231; OGH 19.6.1985, 8 Ob 20/85 (unveröffentlicht); OGH 27.8.1987, 8 Ob 17/87 (unveröffentlicht); OGH 2 Ob 140/88 = HS 20.697 = *MietSlg* 41.147 = WBI 1989, 319; OGH 6.6.1989, 2 Ob 80/89 (unveröffentlicht).

⁸¹ *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), *Handbuch des Leasingrechts*² § 4 Rz 29.

⁸² *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 90; *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I* 77; *ders* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), *Handbuch des Leasingrechts*² § 4 Rz 27.

2.2 Mietvertrag bzw atypischer Mietvertrag

2.2.1 Argumente für die mietrechtliche Einordnung

Die mietrechtliche Einordnung wird im Wesentlichen auf die folgenden Argumente gestützt:

- Gleich wie bei der Miete kommt es beim Leasing zu einer entgeltlichen Gebrauchsverschaffung und – belassung,⁸³ weshalb das Leasing von den gesetzlich geregelten Vertragstypen der Miete am nächsten steht.⁸⁴
- Der LN zahlt die Leasingraten "pro usu rei" und nicht "pro re".⁸⁵
- Der LG finanziert nicht nur die Anschaffung des LN, sondern seine Hauptpflicht besteht darin, dem LN pünktlich ein gebrauchsfähiges LO zu überlassen,⁸⁶ weshalb die Pflichten des LG mit denen eines Vermieters übereinstimmen.⁸⁷
- Gleich wie bei einem Mietvertrag zahlt der LN die einzelnen Leasingraten für den laufenden, zeitlich begrenzten Gebrauch des LO, ohne jedoch Eigentümer zu werden.⁸⁸
- Für die Annahme eines atypischen Mietvertrags spricht hingegen, dass der Leasingvertrag zwar die essentialia negotii eines Mietvertrags, also die entgeltliche Gebrauchsüberlassung auf Zeit, enthält,⁸⁹ die accidentalia negotii des Mietvertrags, wie etwa die Instandhaltungspflicht aber abbedungen werden⁹⁰ und der Leasingvertrag andere Regelungszwecke, wie etwa Aspekte der Finanzierung der Investition des LN,⁹¹ verfolgt, die die Atypizität des Leasingvertrags rechtfertigen.⁹²

⁸³ Nitsche, ÖJZ 1974, 61 (67); Wolf, JuS 2002, 335 (336).

⁸⁴ Engel/Paul, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 4 Rz 5.

⁸⁵ Wolf, JuS 2002, 335 (336) mwN.

⁸⁶ H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 525.

⁸⁷ Fischer-Czermak, Mobilienleasing 126.

⁸⁸ Stoffels in Staudinger, BGB¹³ Leasing Rz 71.

⁸⁹ Krejci in Das Leasinggeschäft 57; Kügel in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 60; Wolf, JuS 2002, 335 (336).

⁹⁰ Krejci in Das Leasinggeschäft 55 f.

⁹¹ Kügel in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 60; Wolf, JuS 2002, 335 (336).

⁹² Krejci in Das Leasinggeschäft 58; Kügel in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 60; Reinking/Eggert, Der Autokauf¹¹ Rz L54 mwN; Wolf, JuS 2002, 335 (336).

2.2.2 Argumente gegen die mietrechtliche Einordnung

- Gegen die mietrechtliche Zuordnung spricht, dass der LN anders als ein Mieter zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet bleibt, auch wenn das LO untergeht.⁹³
- Überdies ist der LG im Gegensatz zu einem Vermieter nach der Vertragsgestaltung auch nicht verpflichtet, das LO auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu erhalten.⁹⁴ Sein Leistungsversprechen ist somit ein anderes als das eines Vermieters.⁹⁵
- Weiters spielt bei sämtlichen Formen des Leasing der Gedanke der Vollamortisation eine prägende Rolle, der dem Mietrecht völlig unbekannt ist.⁹⁶ Im Gegensatz zu einem Vermieter, der das Mietobjekt zuerst für sich selbst erwirbt, um sich dann geeignete Interessenten zu suchen, die für die Amortisation der Investition sorgen, trifft beim Leasing in erster Linie der LN die Investitionsentscheidung, welches LO er gerne gebrauchen würde und wendet sich dann an einen LG, der ihm das LO verschaffen und für eine entsprechende Finanzierung sorgen soll.⁹⁷

⁹³ *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (66); *Frotz* in FS Hämmerle 111; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 8.

⁹⁴ OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 = JBI 1988, 719; *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (67); *Frotz* in FS Hämmerle 111; *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 43; *Rainer*, immolex 2005, 167; *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 159; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 8; *Lieb*, Das Leitbild des Finanzierungsleasing im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle, DB 1988, 946 (947); *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 19.

⁹⁵ *Lieb*, DB 1988, 946 (947).

⁹⁶ *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 43; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 73; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 30; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 4 Rz 7; *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 18; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung 182; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 2; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 105.

⁹⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 72; *ders* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 17; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 1; *Lieb*, DB 1988, 946 (949); *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 30; *Stoffels* in *Staudinger*, BGB¹³ Leasing Rz 93.

2.3 Vertrag mit darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen

2.3.1 Argumente für die Annahme von darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen

- Die charakterische Leistung des LG liegt in der Beschaffung und (Vor-) Finanzierung des LO, weshalb es sich beim Finanzierungsleasing um einen gemischttypischen Vertrag mit geschäftsbesorgungs- und darlehensrechtlichen Elementen handelt.⁹⁸
- Der LG kreditiert die Aufwendungen für Anschaffung des LO, wobei er bei der Anschaffung des LO ein Geschäft des LN besorgt.⁹⁹
- Der LG hat nur das herauszugeben, was er auf Wunsch des LN angeschafft hat: also das LO, so wie es ist und dies nur unter der Voraussetzung, dass der Lieferant seiner Lieferpflicht hinsichtlich dem LO auch tatsächlich nachkommt.¹⁰⁰
- Der LG hat (nach dieser Ansicht) für die Mangelfreiheit des LO bei Übergabe nicht einzustehen.¹⁰¹ Er hat bloß die Pflicht, das LO beim LN zu belassen und darf ihn nicht in seinem Besitz stören.¹⁰²
- Der Vollamortisationsanspruch steht nicht in einem Äquivalenzverhältnis für die (nach dieser Ansicht nicht vom LG geschuldete) Gebrauchsüberlassung, sondern stellt einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Beschaffungskosten des LG dar.¹⁰³ Der Amortisationsanspruch hat eine Verwandtschaft mit dem Anspruch auf Kreditrückzahlung.¹⁰⁴ Es besteht daher auch ein Vollamortisationsanspruch, gleich wie der Anspruch auf

⁹⁸ *Canaris*, AcP 190, 410 (452); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

⁹⁹ *Stoffels* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB Recht⁵ Klauseln L 46.

¹⁰⁰ So *Canaris*, AcP 190, 410 (433); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 111.

¹⁰¹ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 111.

¹⁰² *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 112; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

¹⁰³ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 110; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

¹⁰⁴ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 110.

Kreditrückzahlung, wenn das LO mangelhaft geliefert wird oder während der Vertragslaufzeit untergeht.¹⁰⁵

2.3.2 Argumente gegen die Annahme von darlehens-, kredit- und geschäftsbesorglichen Elementen

- Gegen die Qualifikation als Darlehen wird vorgebracht, dass der LN nicht wie ein Darlehensnehmer nach vorherigem Eigentumserwerb ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte nach Vertragsende zurückzugeben hat, sondern monatliche Raten und je nach Vertragsgestaltung uU auch die Rückgabe derselben Sache schuldet, die er nie in seinem Eigentum hatte.¹⁰⁶
- Wie der Kreditvertrag enthält auch der Leasingvertrag eine Kreditierungskomponente. Jedoch enthält der Leasingvertrag auch noch ein Gebrauchsüberlassungselement, das dem Kreditvertrag fremd ist.¹⁰⁷
- Gegen die Qualifikation als Geschäftsbesorgung spricht, dass der LN nicht das aus der Geschäftsführung Erlangte nach § 1009 ABGB, nämlich das Eigentum am LO, erhält, sondern dem LN nur der Besitz und die Gewährleistungsansprüche übertragen werden.¹⁰⁸ Zudem führt der LG letztlich kein fremdes Geschäft, sondern ein eigenes,¹⁰⁹ wenn er den Kauf des LO finanziert und es dann an den LN zum Gebrauch überlässt. Das

¹⁰⁵ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 110 f; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

¹⁰⁶ *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (65); *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 35; *Kügel* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 56; *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 21 Rz 35.

¹⁰⁷ *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz, Andere Kreditierungsformen, Leasing, ergänzende Regelungen, ÖJZ 2010, 743 (748).

¹⁰⁸ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 112 f; für das deutsche Recht: *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 35; *Kügel* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 57.

¹⁰⁹ *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 75; ähnlich *Reidinger* in *FS 200 Jahre ABGB* 561 ff zum drittfinanzierten Kauf, wonach die Überweisung zur Einlösung der Kaufpreisforderung jedenfalls im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Interesse des Finanzierers erfolgt. Deshalb liege auch kein Auftragsverhältnis zwischen Finanzierer und Käufer vor; *ders*, Der Meinungsstreit zur Drittfinanzierung, JAP 1994/95, 100 (104 f); *Bydlinski* in *Klang*² IV/2 419 ff; aA *Koziol*, Einwendungsmöglichkeiten und Rückabwicklung bei Drittfinanzierung mit Einlösung der Kaufpreisforderung, ÖBA 1989, 207 (209 ff), wonach der Finanzierer kein selbstständiges Interesse am Erwerb der Kaufpreisforderung habe und deshalb aufgrund eines Auftrags ein selbstständiger Aufwendersatzanspruch gegenüber dem Käufer bestehe.

Eigeninteresse besteht darin, dass der LG von der Verwertung des LO nach Vertragsende profitieren will.¹¹⁰

¹¹⁰ So *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 5 Rz 57.

2.4 Einordnung als Vertrag sui generis

2.4.1 Argumente für die Einordnung als Vertrag sui generis

- Nach den Befürwortern dieser Ansicht ist der Leasingvertrag ein Vertrag sui generis, weil sich Zweck und Inhalt mit keinem Vertragstypus des Privatrechts deckt.¹¹¹ Die Befugnisse und Verpflichtungen mehrerer Vertragsarten sind im Leasingvertrag miteinander vereint.¹¹²
- Vorauszuschicken ist, dass auch bei der sui-generis Theorie Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, wofür der LG nun einzustehen hat bzw welche Elemente den Finanzierungsleasingvertrag prägen. Nach einem Teil der Lehre treten die Gebrauchsüberlassungsfunktion und die Finanzierungsfunktion gleichwertig nebeneinander, weshalb sich der LG auch nicht von einer Haftung für Unmöglichkeit oder Verzug des Lieferanten bei der Lieferung des LO freizeichnen kann.¹¹³ Andere sehen den LG als reinen Finanzierer, der nicht für die rechtzeitige Lieferung des LO einzustehen hat.¹¹⁴ Nach einem anderen Teil der Lehre enthält der Leasingvertrag jedenfalls Elemente des Kauf- und Bestandrechts,¹¹⁵ weshalb dieser je nach konkreter Ausgestaltung in der Nähe von Miet- und Kaufverträgen anzusiedeln ist.¹¹⁶ Letztlich werden auch die kreditvertraglichen Elemente in der Lehre betont.¹¹⁷
- Auch nach dem Unidroit-Abkommen über internationale grenzüberschreitende Finanzierungsleasingverträge ist der Leasingvertrag als Vertrag sui generis einzuordnen.¹¹⁸

¹¹¹ *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 43; *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 160.

¹¹² *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 160.

¹¹³ So *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 47; *ders*, Moderne Vertragstypen I 88.

¹¹⁴ Vgl Nachweise bei *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 46 ff.

¹¹⁵ *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 160.

¹¹⁶ *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ 8/82.

¹¹⁷ *Haeseler/Greßl*, Leasing und Factoring 28.

¹¹⁸ *Martinek* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 4 Rz 50; *Oxe*, Der Leasingnehmer als Verbraucher 46.

2.4.2 Argumente gegen die Einordnung als Vertrag sui generis

- Da Leasingverträge sehr wohl die essentialia negotii eines anderen gesetzlich geregelten Vertragstyps aufweisen, ist eine Einordnung als Vertrag sui generis abzulehnen.¹¹⁹
- Der Leasingvertrag findet bei der Annahme eines Vertrags sui generis seine Rechtfertigung "in sich selbst" und der LG hat es dann in der Hand, die Schattenseiten des Kaufs mit denen der Miete zu verbinden.¹²⁰
- Die schuldrechtliche Typenfreiheit kann für eine Ausschaltung der Inhaltskontrolle missbraucht werden,¹²¹ während die Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp eine Orientierung dafür bietet, welche dispositiven Vorschriften Maßstab für die Inhaltskontrolle sind.¹²²

¹¹⁹ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 116.

¹²⁰ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L55.

¹²¹ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 53.

¹²² *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 72.

2.5 Eigene Ansicht

Die einzelnen Argumente zu den in Betracht kommenden Vertragstypen zeigen, dass ein Finanzierungsleasingvertrag sämtliche dargestellte Elemente umfasst. Die Verwandtschaft zum Mietvertrag kommt in der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung eines gebrauchsfähigen LO auf eine bestimmte Zeit zum Ausdruck.¹²³ Die leasingvertragliche Gewährleistung und Gefahrtragung orientiert sich hingegen am Kaufrecht.¹²⁴ Der drittfinanzierte Kauf und der Leasingvertrag sind beim Konsumentenleasing letztlich austauschbar und erfüllen wirtschaftlich dieselbe Funktion.¹²⁵ Mit dem Leasingvertrag wird einem Kaufwilligen, der aktuell die Mittel für einen Erwerb des LO nicht aufbringen kann oder will, eine Finanzierungshilfe gewährt, die somit den Leasingvertrag in die Nähe des Kreditvertrags rückt.¹²⁶ Die kreditvertraglichen Elemente zeigen sich auch im Vollamortisationsanspruch, der mit dem Anspruch auf Kreditrückzahlung verwandt ist.¹²⁷

Aufgrund der Verwandtschaft des Leasingvertrags zu verschiedenen gesetzlich geregelten Vertragstypen scheidet eine Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus aus, will man nicht die Freiheit der Vertragstypen im Schuldrecht und die Privatautonomie übergehen. Dies zeigt sich auch bei Durchsicht der von LG verwendeten AGB, die im Rahmen der Leasingverbandsklagentscheidungen durch den OGH¹²⁸ überprüft wurden.¹²⁹

¹²³ Vgl Nachweise in Kap 2.2.1.

¹²⁴ Vgl Nachweise in Kap 2.1.1.

¹²⁵ Vgl FN 76.

¹²⁶ EB RV 650 BlgNR 24. GP 34.

¹²⁷ Vgl FN 104.

¹²⁸ Vgl OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3; OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131; OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140; OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346 = KRES 1d/141 = RdW 2010/289 = ÖBA 2010/1621; OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex

Gegen die Annahme der Miete sprechen etwa die Finanzierungsfunktion, der Vollamortisationsanspruch und das Leistungsversprechen des LG, das sich vom Vermieter unterscheidet. So verspricht der LG dem LN nicht, das LO während der Vertragsdauer in einem brauchbaren Zustand zu erhalten. Ebenso scheidet eine rein kaufrechtliche Zuordnung aus, weil diese die steuerlichen Ziele nicht berücksichtigt. Ein Eigentumsübergang ist zumindest bei Abschluss des Vertrags im Unternehmergeschäft nicht gewollt. Gegen die Annahme der Geschäftsbesorgung spricht, dass der LN nicht das aus der Geschäftsführung Erlangte nach § 1009 ABGB, nämlich das Eigentum am LO, erhält.¹³⁰ Zudem führt der LG letztlich kein fremdes Geschäft, sondern ein eigenes,¹³¹ wenn er den Kauf des LO finanziert und es dann dem LN zum Gebrauch überlässt.

Der Rechtsanwender kommt somit nicht darum herum, sich bei den einzelnen Problemen, die im Zusammenhang mit Leasingverträgen auftreten, zu überlegen, welche Normen der jeweiligen Vertragstypen einzelfallabhängig die sachlich in Betracht kommenden und interessengerechten sind.

2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Kozioł*).

¹²⁹ Vgl etwa OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135, wonach eine generelle Heranziehung der gesetzlichen Vorschriften zum Mietvertrag bei Teilamortisationsverträgen nicht in Betracht komme, weil die Unterschiede zum Mietvertrag zu gravierend seien.

¹³⁰ Vgl Nachweise in Kap 2.3.2.

¹³¹ Vgl Nachweise in Kap 2.3.2.

2.6 Rsp des OGH zur Einordnung des Finanzierungsleasing

Der OGH hebt beim Leasingvertrag tendenziell die kauf-, bestand¹³²- und kreditvertraglichen Element hervor. Weiters betont der OGH immer wieder, dass eine Heranziehung der gesetzlichen Vorschriften über den Bestandvertrag nicht (alleine) in Betracht kommt,¹³³ weil die Unterschiede zum Mietvertrag zu gravierend sind.¹³⁴ Es stehe nämlich nicht die vorübergehende Verschaffung des Gebrauchs, sondern der dauernde Einsatz des Wirtschaftsguts im Vordergrund.¹³⁵ Zusätzlich werden auch die kredit- und kaufvertraglichen Elemente¹³⁶ betont.¹³⁷ Wenn der Leasingvertrag etwa während der Grundvertragsdauer unkündbar ist und der LN entweder die Möglichkeit hat, das Fahrzeug zum kalkulierten Restwert anzukaufen bzw verpflichtet ist, das wirtschaftliche Risiko einer Wertminderung zu tragen, so nähere sich die Position des LN der eines drittfinanzierten Käufers¹³⁸ und die des LG wirtschaftlich der Rolle eines Kreditgebers,¹³⁹ auch wenn der LN keinen Kaufvertrag mit dem Lieferanten schließt.¹⁴⁰

¹³² Vgl etwa OGH 1 Ob 416/97a = MietSlg 50.025 = HS 29.288 = RdW 1998, 606 = NZ 1999, 214 mwN, wonach ein Leasingvertrag jedenfalls auch Elemente eines Bestandvertrags enthält.

¹³³ Vgl OGH 6 Ob 652/79 = JBI 1981, 317; OGH 2 Ob 571/79 = SZ 52/157 = MietSlg 31.165; in diesen Entscheidungen wird betont, dass der Leasingvertrag ist ein Sachüberlassungsvertrag eigener Art ist, der in seiner vertraglichen Ausgestaltung in vielen Punkten vom Mietrecht des ABGB abweicht.

¹³⁴ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

¹³⁵ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

¹³⁶ OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70.

¹³⁷ OGH 7 Ob 526/92 = RdW 1993, 179.

¹³⁸ OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70.

¹³⁹ OGH 30.11.1993, 8 Ob 1654/93 (unveröffentlicht); auch in OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 (Anm *Iro*) = ecolex 1996, 254 (Anm *Fischer*-

Dennoch gibt es in der Rsp immer wieder "Ausreißerentscheidungen",¹⁴¹ die zeigen, dass die Zuordnung des Leasingvertrags zu einem bestimmten Vertragstypus Probleme bereitet. Nachfolgend wird eine solche "Ausreißerentscheidung" dargestellt:

2.6.1 OGH 5 Ob 663/82

Der OGH hatte in der Entscheidung 5 Ob 663/82¹⁴² zu beurteilen, ob sich bei einem Leasingvertrag, der für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen war und einen Kündungsverzicht des LN für diese Dauer enthielt, die Gefahrtragung nach dem Kaufrecht oder nach dem Mietrecht richtet, wenn – wie in dem vorliegenden Sachverhalt – das LO untergeht. Der LN sollte nach dem Inhalt des Leasingvertrags für jede Beschädigung des Fahrzeugs, Verlust oder Untergang ohne Rücksicht auf Verschulden haften. Der OGH maß die Gefahrtragung nicht an den kaufrechtlichen Gefahrtragungsregeln, sondern an den mietrechtlichen und begründete dies damit, dass der Leasingvertrag nicht über die Gebrauchsüberlassung

Czermak) wird betont, dass dem LG wirtschaftlich die Rolle eines Kreditgebers beim drittfinanzierten Kauf zukommt.

¹⁴⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

¹⁴¹ Beispiele für andere "Ausreißerentscheidungen" finden sich bei *Fischer-Czermak*, Kodifikation neuer Vertragstypen in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend 165 f, die zeigt, dass sich die Rsp des OGH oftmals am Ergebnis orientiert. ZB hat der OGH in SZ 57/186 in einem Fall, in dem eine Kaufoption bestand, betont, dass die Elemente der Gebrauchsüberlassung im Vordergrund stehen. Hingegen hat der OGH in SZ 64/73, wo keine Kaufoption feststellbar war, hervorgehoben, dass dem Finanzierungsleasing starke Elemente eines Kaufvertrags innewohnen und dass Leasingraten nicht das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung sind. Wie *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 72 f, zeigt, ist der OGH jedoch in 3 Ob 232/08a wieder von der Rsp in SZ 64/73 abgewichen und hat dort betont, dass "beim Finanzierungsleasing im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses periodisch für die Gebrauchsüberlassung geleisteten Leasingraten in einem Austauschverhältnis Zug um Zug stehen, weshalb eine Anfechtung der Bardeckung nach § 30 KO (aF) oder nach § 31 Abs 1 Z 1 und 2 jeweils Fall 1 ausscheidet, weil Zug-um Zug Geschäfte nicht der Anfechtung nach § 30 und § 31 Abs 1 Z 1 und 2 KO (aF) unterliegen".

¹⁴² OGH 5 Ob 663/82 = SZ 56/92 = HS 14.816.

hinausgehe. Die Sachgefahr sei daher an § 1106 ABGB zu messen, der eine ausdrückliche Übernahme der Haftung des LN für den Untergang des LO durch einen außerordentlichen Unglücksfall verlange. Der LN habe diese außerordentliche Gefahr nicht übernommen, da er sich nur ganz allgemein verpflichtet habe, für den Untergang der Sache ohne Rücksicht auf ein Verschulden einzustehen.

2.6.2 Eigene Ansicht

Diese Entscheidung steht jedoch im Widerspruch¹⁴³ zu den Entscheidungen 1 Ob 546/84¹⁴⁴, 8 Ob 649/90¹⁴⁵ und 1 Ob 2141/96a¹⁴⁶, in denen der OGH die Ansicht vertrat, dass sich die Gefahrtragung in einem Leasingvertrag nach dem Kaufrecht und nicht nach dem Mietrecht richte. Gleich wie in den drei letztgenannten Entscheidungen war jedoch auch in 5 Ob 663/82 für die vereinbarte Vertragsdauer ein Kündigungsverzicht des LN vereinbart, was aber dafür gesprochen hätte, eine kaufrechtliche Gefahrtragung anzunehmen. Ein gewichtiges Kriterium für das Vorliegen eines Bestandvertrags wird nämlich erst dann angenommen, wenn der Vertrag durch den LN jederzeit kündbar ist,¹⁴⁷ was aber in der Entscheidung 5 Ob 663/82 gerade nicht der Fall war.

¹⁴³ Krit auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 286, wonach sich die vorliegende Leasingvereinbarung nicht von anderen, für das Finanzierungsleasing gebräuchlichen Vertragsmustern unterscheide.

¹⁴⁴ In SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421.

¹⁴⁵ Unveröffentlicht.

¹⁴⁶ In SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70.

¹⁴⁷ OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70.

3 AUSWIRKUNGEN DES VKRG AUF LEASINGVERTRÄGE

3.1 Verbraucherfinanzierungsleasingverträge

Mit der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie¹⁴⁸ ins österreichische Recht hat der Gesetzgeber auch umfassende Regelungen für "sonstige Finanzierungshilfen", wie etwa das Finanzierungsleasing im Verbrauchergeschäft geschaffen. Damit ein Verbraucherleasingvertrag unter das einseitig zwingende¹⁴⁹ Regime des VKrG fällt, muss neben der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung noch ein zusätzliches Erwerbselement am Ende der Vertragslaufzeit hinzukommen.¹⁵⁰ Das VKrG ist daher in der Anwendung auf Finanzierungsleasingverträge beschränkt.¹⁵¹ Während die Richtlinie in Art 2 Abs 2 lit d nur zwei Leasingvarianten erfasst,¹⁵² die in § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG umgesetzt wurden, hat sich der österreichische Gesetzgeber darüber hinaus entschieden, auch sonstige Finanzierungsleasingvarianten dem Regime des VKrG zu unterstellen, die in § 26 Abs 1 Z 3 und 4 VKrG verankert wurden.¹⁵³ Der Gesetzgeber wollte Umgehungen vermeiden, da diese beiden letztgenannten Varianten in der Praxis va im Kfz-Leasing häufig vorkommen.¹⁵⁴ Nur solche Finanzierungsleasingvarianten, die reine Nutzungsverträge sind und keine Finanzierungskomponente enthalten, sind vom Anwendungsbereich des VKrG ausgenommen.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Vgl Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABI L 133 vom 22. Mai. 2008, 66; wird nachfolgend zitiert: RL 2008/48/EG.

¹⁴⁹ Vgl § 3 VKrG.

¹⁵⁰ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 7 mwN; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (748).

¹⁵¹ *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 464; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (749).

¹⁵² *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 465; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (749); *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) 79.

¹⁵³ *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (749); *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (484); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 465. *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) 79.

¹⁵⁴ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 12 mwN; *dies* in FS Reischauer 466; *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (485); *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (749); *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) 80.

¹⁵⁵ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 3; zur Frage, ob das VKrG analog auch auf Kilometerleasingverträge anwendbar ist: vgl FN 1262.

3.1.1 Verbraucherleasingverträge gemäß § 26 Abs 1 VKrG

In § 26 Abs 1 VKrG sind vier Varianten vertraglicher Vereinbarungen normiert, in denen das Erwerbselement in unterschiedlicher Ausprägung und Gewichtung zwischen LG und LN auftritt.¹⁵⁶ Ein Verbraucherleasingvertrag nach § 26 Abs 1 VKrG liegt vor:

- wenn der LN zum Erwerb des LO verpflichtet ist (§ 26 Abs 1 Z 1 VKrG);
- wenn der LG vom LN verlangen kann, dass der LN das LO erwirbt, der LG also ein Andienungsrecht hat (§ 26 Abs 1 Z 2 VKrG);
- wenn der LN bei Vertragsende ein Wahlrecht hat, das LO zu einem bestimmten Preis zu erwerben oder es zurückzustellen, wobei er im zweiten Fall für einen festgelegten Wert einzustehen hat (§ 26 Abs 1 Z 3 VKrG). Der LN trägt hier das Restwertrisiko, wenn der tatsächliche Wert des LO bei Vertragsende unter dem festgelegten Wert zurückbleibt;
- wenn der Verbraucher für einen bestimmten Wert bei Vertragsende einzustehen hat, ohne dass ihm das Recht zukommt, das LO zu erwerben (§ 26 Abs 1 Z 4 VKrG).

Liegt eine der in § 26 Abs 1 Z 1 bis Z 4 VKrG normierten Leasingvarianten vor, sind diese Verträge als sonstige Finanzierungshilfen iSd § 25 Abs 1 VKrG zu qualifizieren. § 25 Abs 1 VKrG bestimmt, dass die Bestimmungen des 2. Abschnitts des VKrG (§§ 4-17 VKrG) auch auf sonstige Finanzierungshilfen anzuwenden sind. Somit sind die Bestimmungen des Verbraucherkreditrechts auch auf Verbraucherleasingverträge anzuwenden, sofern nicht in §§ 25 VKrG ff spezielle Abweichungen von den allgemeinen Regeln normiert sind.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 7; *dies* in FS Reischauer 465.

¹⁵⁷ *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (485); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 467; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 199; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (748).

3.1.2 Problemaufriss

Angefangen von der Werbung, über umfassende (vorvertragliche) Informationspflichten, die Bonitätsprüfung bis hin zu zwingenden Angaben im Leasingvertrag, trifft den LG seit Inkrafttreten des VKrG ein weitreichendes Pflichtenprogramm, das es bislang in dieser Form nicht gab. Darüber hinaus kann der LN nunmehr bei den Leasingvertragsvarianten nach § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurücktreten.

Ziel des nachfolgenden Kapitels ist es, einen Überblick über die Neuregelungen zu geben und einzelne Fragen, die im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen auftreten, zu diskutieren. So sind etwa umfangreiche Informationspflichten des LG im Rahmen des vorvertraglichen Kontakts vorgesehen, wobei diese Informationen gegebenenfalls auch dem LN erläutert werden müssen. Im Zusammenhang mit der Erläuterungspflicht stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine Beratungspflicht handelt oder ob die Erläuterung hinter der Beratung zurückbleiben kann. Weiters wird diskutiert, ob die Erläuterung persönlich zu erfolgen hat oder ob eine standardisierte Erläuterung ausreicht.

Bei der Bonitätsprüfung wird erörtert, ob der LG aktiv Nachforschungen anstellen muss, ob Erkundigungen hinsichtlich bonitätsrelevanter Informationen beim LN persönlich eingeholt werden müssen oder ob eine standardisierte Befragung ausreichend ist und wie sich der LG verhalten soll, wenn sich der LN weigert, die bonitätsrelevanten Informationen zu erteilen bzw unrichtige/falsche Angaben macht.

Hinsichtlich des Rücktrittsrechts des LN nach § 12 VKrG wird jener Fall erörtert, dass mehrere LN einen Leasingvertrag abschließen und nur einer der LN zurücktreten will. Abschließend wird diskutiert, ob auch dem Bürgen bzw Schuldbeitretenden ein Rücktrittsrecht nach § 12 VKrG zukommt.

3.2 Werbung

3.2.1 Werbung und Pflichtangaben vor dem VKrG

Bis zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie¹⁵⁸ ins österreichische Recht gab es nur vereinzelt Bestimmungen, die zB die Werbung (§ 6 VerbraucherkreditVO aF, § 35 Abs 1 Z 1 lit c, d und Abs 2 BWG) und bestimmte Pflichtangaben¹⁵⁹ (§ 3 VerbraucherkreditVO aF,¹⁶⁰ § 33 BWG) im Rahmen eines Verbraucherfinanzierungsleasingvertrags regelten. Banken, die Leasinggeschäfte betrieben, waren zumindest *de lege lata* nicht verpflichtet, diese Pflichtangaben in einem Finanzierungsleasingvertrag anzuführen. Weder § 33 BWG¹⁶¹ fand auf diese Anwendung, noch die VerbraucherkreditVO, weil Kreditinstitute gemäß § 2 Abs 1 Z 14 GewO von der GewO ausgenommen sind und somit die VerbraucherkreditVO aF als Teil der Gewerbeordnung keine Anwendung auf diese fand. In der Praxis nahmen die Banken diese Pflichtangaben aber dennoch in ihre Finanzierungsleasingverträge auf. Mit dem neuen VKrG sind nunmehr auch diese Unklarheiten in Bezug auf Finanzierungsleasingverträge beseitigt.¹⁶²

3.2.2 Werbung gemäß VKrG

Nach § 5 VKrG müssen, wenn bei der Bewerbung von Finanzierungsleasingmodellen nach § 26 Abs 1 Z 1 bis Z 4 VKrG, Zinsen oder sonstige Zahlen genannt werden, diese klar, verständlich und auffallend anhand eines repräsentativen Beispiels veranschaulicht werden. Im Gegensatz zur § 35 BWG aF und § 6 VerbraucherkreditVO aF, wonach diese Zahlen nur "allenfalls" anhand repräsentativer Beispiele anzuführen waren, ist nunmehr

¹⁵⁸ RL 2008/48/EG.

¹⁵⁹ Vgl Kap 3.3.1.

¹⁶⁰ Vgl Kap 3.3.

¹⁶¹ Vgl *Writze* in Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz § 33 Rz 3. Dies deshalb weil sich der Wortlaut des § 33 BWG aF nur auf Kredite iSd § 1 Abs 1 Z 3 (Geldkredit- und Gelddarlehensverträge) und § 1 Abs 1 Z 12 BWG (Bauspargeschäft) bezog, nicht jedoch auf Leasingverträge nach § 1 Abs 2 BWG.

¹⁶² Vgl Kap 3.2.2 und Kap 3.3.2.

jedenfalls ein Beispiel anzugeben.¹⁶³ Unklar ist jedoch, was unter einem "repräsentativen" Beispiel zu verstehen ist. Anders als der österreichische Gesetzgeber, hat der deutsche Gesetzgeber den Begriff des repräsentativen Beispiels verdeutlicht. § 6 Abs 3 der deutschen Preisangabenverordnung (PAngV) verlangt vom Werbenden eine Beispielsrechnung, die betreffend den effektiven Jahreszins, für mindestens zwei Drittel der durch die Werbung zustande kommenden Verträge repräsentativ ist.¹⁶⁴ *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* vertreten unter Zugrundelegung dieser Bestimmung, dass auch für österreichische Verhältnisse unter "repräsentativ" wenigstens die Mehrheit, wenn nicht sogar zwei Drittel der Verträge, die zu einem solchen effektiven Zinssatz abgeschlossen werden, zu verstehen ist.¹⁶⁵

Zusätzlich zu den in § 5 VKrG angeführten Standardinformationen müssen bei Finanzierungsleasingverträgen noch Kosten für Nebenleistungen, wie Versicherungsverträge (§ 5 Abs 2 VKrG), der Barzahlungspreis und die Höhe etwaiger Anzahlungen (§ 26 Abs 2 VKrG) angegeben werden.

Zum Barzahlungspreis ist noch Folgendes anzumerken: Während nach § 3 Abs 3 Z 2 VerbraucherkreditVO aF unter Barzahlungspreis der Kaufpreis (inkl Nebenkosten) verstanden wurde, der zwischen LN und Lieferanten vereinbart war,¹⁶⁶ bestimmt nunmehr § 26 Abs 2 VKrG, dass darunter der Kaufpreis zu verstehen ist, der vom LG an den Lieferanten für den Erwerb der Sache zu bezahlen ist. Dies bedeutet für den LN gegenüber der alten Rechtslage eine Verschlechterung, weil dieser nun nicht mehr feststellen kann, welchen Betrag er

¹⁶³ *Koch*, Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten bei der Kreditvergabe nach der neuen Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ÖBA 2009, 98 (99); *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 5 Rz 6; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 138 f; *Lenz/Rericha*, Das neue österreichische Verbraucherkreditrecht, ZFR 2010, 110 (111).

¹⁶⁴ *Ady/Paetz*, Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte, WM 2009, 1061 (1068); krit *Nobbe*, Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht, WM 2011, 625 (626), weil ungewiss sei, auf welche Art und Weise die Kreditinstitute zwei Drittel aller Darlehensnehmer insbesondere bei neuen Produkten ermitteln sollen; krit auch *Rösler/Werner*, Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht: Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie, BKR 2009, 1 (2), weil weder klar sei, wie diese Regelung kontrolliert werden soll, noch welche Daten seitens der Banken offengelegt werden müssen.

¹⁶⁵ *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 139.

¹⁶⁶ Vgl OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140.

bei einem Barkauf hätte aufwenden müssen. Zudem wird ein LG erheblich günstiger beim Lieferanten einkaufen als ein LN. In diesem Zusammenhang ist *Zöchling-Jud*¹⁶⁷ zu folgen, die hervorgehoben hat, dass mit dieser Regelung der Zweck der Informationspflicht nicht erfüllt wird.

¹⁶⁷ In Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 20; krit auch *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) 80.

3.3 Informationspflichten

3.3.1 Vorvertragliche Informationspflichten des LG vor dem VKrG

Bis zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie waren die vorvertraglichen Informationspflichten des LG¹⁶⁸ in § 33 BWG¹⁶⁹ bzw gleichlautend in § 3 Abs 1 letzter Satz der VerbraucherkreditVO geregelt und besagten, dass der Gewerbetreibende/das Kreditinstitut¹⁷⁰ dem LN auf dessen Verlangen einen Entwurf des in Aussicht genommen Leasingvertrags auszuhändigen hatte. In der Leasingvertragsurkunde waren gewisse Mindestinhalte anzuführen, wie die Gesamtbelastung, die Anzahl, Höhe und Fälligkeitszeitpunkte der zurückzuzahlenden Teilbeträge, der Barzahlungspreis, ein allfälliger Restwert und die Höhe der Zinsen, die dem LN für allfällige Zahlungen, die die Schuld des LN nicht oder nicht sofort verminderten, gutgeschrieben wurden.¹⁷¹ Darüber hinausgehende Informationspflichten waren nicht vorgesehen. Mit dem VKrG wurden diese Informationspflichten erheblich erweitert.

3.3.2 Vorvertragliche Informationspflichten des LG gemäß VKrG

Tritt der LG mit dem LN in vorvertraglichen Kontakt, so hat er dem LN nunmehr bereits vor Vertragsschluss Informationen über die in § 6 Abs 1 Z 1 bis Z 19 VKrG genannten Punkte zu erteilen.¹⁷² Diese Informationspflichten

¹⁶⁸ Das KSchG sah keinerlei spezielle Informationspflichten vor: vgl *Resch*, Das Verbraucherkreditgesetz – Die neuen Vorschriften für Ratenzahlungsvereinbarungen im Überblick, Zak 2010, 383 (384).

¹⁶⁹ *Koch*, ÖBA 2009, 99.

¹⁷⁰ Vgl FN 161 mit den Ausführungen, dass § 33 BWG auf Kreditinstitute, die das Leasinggeschäft betrieben, nicht einschlägig war.

¹⁷¹ Vgl § 3 Abs 2 und 3 VerbraucherkreditVO aF.

¹⁷² Nach *Pesek*, § 6 VKrG: Aktive Übermittlungspflicht des Kreditgebers für vorvertragliche Standardinformationen? RdW 2012, 137 (142) trifft den Kreditgeber bei Erteilung der vorvertraglichen Informationen keine aktive Übermittlungspflicht. Es reiche aus, wenn der Kreditgeber die Informationen zur Abholung durch den Verbraucher bereitstellt.

umfassen Informationen über Tatsachen,¹⁷³ über den Leasingvertrag, über die Kosten und über die Belehrungspflichten.¹⁷⁴

Die Mitteilung der in § 6 Abs 1 Z 1 bis 19 VKrG zu erteilenden Informationen hat zwingend mittels dem Informationsformular nach Anhang II ("Europäische Standardinformationen für Kreditierungen nach dem Verbraucherkreditgesetz") und auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger¹⁷⁵ zu erfolgen. Dieses Informationsformular ist jedoch für Leasingverträge nur eingeschränkt nützlich,¹⁷⁶ weil in diesem Formular die Besonderheiten des Finanzierungsleasing nicht entsprechend berücksichtigt werden. Es ist schwer vorstellbar, wie die verschiedenen Leasingvertragsvarianten, für die unterschiedliche Rechtsfolgen im Gesetz vorgesehen sind,¹⁷⁷ auch nur einigermaßen verständlich in dieses Formular integriert werden sollen. ZB passt mE das Feld „vorzeitige Rückzahlung“ nicht für Verbraucherleasingverträge, die unter das VKrG fallen. Der LG müsste eigentlich für jede Art der vorzeitigen Rückzahlung ein separates Formular vorsehen, in welchem die jeweilige Leasingvertragsvariante entsprechend berücksichtigt wird. Bislang konnte sich der Gesetzgeber jedoch nicht dazu durchringen, ein passendes Informationsformular zu erstellen.

Zusätzlich zu den in § 6 Abs 1 VKrG angeführten Informationen sind bei Leasingverträgen, gleich wie bei der Werbung, der Barzahlungspreis und die Höhe etwaiger Anzahlungen anzugeben. Zudem ist über das vom LN zu tragende Restwertrisiko aufzuklären und anzugeben wie bei Vertragsende der Wert des LO festgestellt wird (§ 26 Abs 2 VKrG). Zweck der Informationspflichten ist, es dem LN zu ermöglichen, mehrere Leasingangebote zu vergleichen und eine fundierte Entscheidung über den Abschluss eines Leasingvertrags treffen zu können.¹⁷⁸ Die Praxis wird letztlich zeigen, ob die Fülle der zu erteilenden Informationen wirklich geeignet ist, die zwischen LG und LN vorhandene

¹⁷³ Vgl § 6 Abs 1 Z 2 VKrG: Identität und Anschrift des Kreditgebers.

¹⁷⁴ So *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 23.

¹⁷⁵ Zum Begriff des dauerhaften Datenträgers vgl § 2 Abs 11 VKrG.

¹⁷⁶ *Grüblinger*, ZVR 2010, 484.

¹⁷⁷ Vgl die komplizierte Regelung des § 26 Abs 4 bis 7 VKrG.

¹⁷⁸ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 1; *Dehn*, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, ÖBA 2009, 185 (194).

Informationsasymmetrie zu beseitigen¹⁷⁹ oder ob LN angesichts der Fülle des Papiers nicht eher dazu neigen werden, weder diese bereitgestellten Informationen zu lesen noch mit Informationen anderer Leasinganbieter zu vergleichen.¹⁸⁰ Eine erste empirische Studie, die bei Kreditinstituten durchgeführt wurde (wobei diese jedoch nicht zwischen Leasinggeschäften und anderen Verbraucherkrediten differenziert) zeigt, dass ca 63% der befragten Kreditinstitute angaben, dass deren Kunden mit der Fülle an Information überfordert sind.¹⁸¹

3.3.3 Erläuterungspflicht

Neben der Aushändigung der Standardinformationen hat der LG vor Abschluss des Verbraucherleasingvertrags dem LN angemessene Erklärungen zu geben (uU durch Erläuterungen der vorvertraglichen Informationen nach § 6 Abs 1 VKrG), der Hauptmerkmale der angebotenen Produkte und der möglichen spezifischen Auswirkung der Produkte auf den LN, einschließlich der Folgen eines Zahlungsverzugs des LN.¹⁸² Der LN soll in die Lage versetzt werden, beurteilen zu können, ob der angebotene Leasingvertrag seinen Bedürfnissen und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.¹⁸³ Die Pflicht des LG zur Erläuterung ist auch dann gegeben, wenn dem LG erkennbar ist, dass der LN die von ihm erteilten Informationen nicht hinreichend verstanden hat,¹⁸⁴ fordert also uU ein aktives Tätigwerden des LG.

Bisher gab es im österreichischen Recht keine Pflicht, einen Leasingvertragsentwurf zu erläutern,¹⁸⁵ weil es nach Ansicht des OGH¹⁸⁶ keine allgemeine Rechtspflicht gab, den Geschäftspartner über alle Umstände

¹⁷⁹ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 1.

¹⁸⁰ Krit auch *Nobbe*, WM 2011, 627; krit *Z. Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven 78 f, der aufgrund der Fülle der Informationspflichten von einem "information overload" spricht.

¹⁸¹ *Schuschnig*, Auswirkungen des Verbraucherkreditgesetzes auf den österreichischen Bankenmarkt, ÖBA 2011, 800 (804).

¹⁸² Vgl § 6 Abs 5 VKrG.

¹⁸³ *B. Jud*, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie, ÖJZ 2009, 887 (890); *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 17; *Nobbe*, WM 2011, 628.

¹⁸⁴ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 18 mwN.

¹⁸⁵ Vgl allgemein *Koch*, ÖBA 2009, 104.

¹⁸⁶ Vgl RIS-Justiz RS0016390.

aufzuklären, die auf seine Entscheidung Einfluss haben können.¹⁸⁷ Einem Bankkunden sei es nämlich zuzumuten, seine wirtschaftlichen Interessen selbst zu wahren, weshalb die Bank in der Regel nicht über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Geschäfts oder über die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken aufzuklären habe.¹⁸⁸

Fraglich ist daher, was unter dem Begriff der Erläuterungspflicht zu verstehen ist. Der Bedeutung nach wird der Begriff "erläutern" irgendwo zwischen den Begriffen "informieren" und "beraten" einzuordnen sein.¹⁸⁹ Der Begriff des "Beratens" ist dementsprechend weiter als der Begriff der Information, weil ersterer neben der Tatsachenmitteilung auch noch eine Bewertung derselben umfasst bzw auf diesen Tatsachen eine Empfehlung basiert, die auf den persönlichen Verhältnissen und Zielen des Kunden fußt.¹⁹⁰ Strittig ist, ob die Erläuterungspflicht als eine Beratungspflicht aufzufassen ist oder nicht.

a) Erläuterungspflicht als Beratungspflicht?

*Stabentheiner*¹⁹¹ geht etwa davon aus, dass der Kreditgeber über allfällige vertragliche Alternativen aufklären muss.¹⁹² Manche in der deutschen Literatur¹⁹³ sprechen sich zudem dafür aus, dass die Erläuterung anhand der individuellen Bedürfnisse und finanziellen Verhältnisse des Kreditnehmers zu erfolgen hat und dass in dieser Vorschrift eine Parallele zu den Sorgfalts- und

¹⁸⁷ *Knobl/Grafenhofer*, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, *GesRZ* 2010, 27 (35); *Butschek/Unger*, Bankvertragsrecht 15; *Bollenberger* in *FS Koziol* 979.

¹⁸⁸ OGH 7 Ob 84/10v = *JusGuide* 2010/30/7750; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 1/31; vgl zur deutschen Ansicht *Heeresthal*, Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, *WM* 2009, 1174 mwN, wonach den Kreditgeber keine allgemeine Aufklärungspflicht über die Risiken der Darlehensaufnahme, wie zB die künftige finanzielle Situation trifft.

¹⁸⁹ *Ady/Paetz*, *WM* 2009, 1066; *Knops*, Verbraucherkredit zwischen Privatautonomie und Maximalharmonisierung, in *Bankrechtstag 2009* 195 (224); nach *Pesek*, Der Verbraucherkreditvertrag 81, ist die Erläuterungspflicht als Aufklärungspflicht *sui generis* zu verstehen.

¹⁹⁰ So *Brandl/Saria*, *WAG*² § 40 Rz 40 mwN.

¹⁹¹ In Das Verbraucherkreditgesetz, EU-Vorgaben, Geltungsbereich, vorvertragliche Information, Bonitätsprüfung, Vertragsdokument, *ÖJZ* 2010, 531 (538).

¹⁹² Ebenso *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 143; *B. Jud*, *ÖJZ* 2009, 890; *Rösler/Werner*, *BKR* 2009, 3.

¹⁹³ *Ady/Paetz*, *WM* 2009, 1067; *Rott*, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EU, *WM* 2008, 1104 (1109).

Aufklärungspflichten des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes zu erblicken sei.¹⁹⁴

Eine derartige Sorgfalts- und Aufklärungspflicht findet sich auch in § 44 WAG. Mit der dort vorgeschriebenen "Eignungsprüfung" soll erreicht werden, dass der Kunde eine Dienstleistung erhält, die auf ihn zugeschnitten ist. Die Eignungsprüfung basiert auf den Angaben des Kunden im Hinblick auf seine Kenntnisse und Erfahrungen im Anlagebereich sowie seiner finanziellen Verhältnisse und bezweckt, dass der Rechtsträger dem Kunden ein geeignetes Produkt empfiehlt. Der Rechtsträger darf also nur ein für die Verhältnisse des Kunden passendes Wertpapiergeschäft empfehlen, was letztlich eine Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung mit sich bringt.¹⁹⁵ Folgt man dieser Ansicht, handelt es sich daher bei der Erläuterungspflicht um eine Beratungspflicht.

b) Erläuterungspflicht keine Beratungspflicht?

Diejenigen, die sich gegen eine Beratungspflicht aussprechen, begründen dies damit, dass die Informationen lediglich dazu dienen, dass der Kreditnehmer selbst beurteilen kann, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen entspricht.¹⁹⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Darlehensnehmer so zu beraten wäre, dass dieser einen genau auf seine Bedürfnisse abgestimmten und optimalen Darlehensvertrag erhält.¹⁹⁷ Seitens des Darlehensgebers sind daher auch keine besonderen Nachforschungs- und Erkundigungspflichten vorzunehmen.¹⁹⁸ Der Darlehensgeber darf es dabei belassen, Fachbegriffe und deren Auswirkungen zu erläutern.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Hofmann, Die neue Erläuterungspflicht des § 491a Abs 3 BGB, BKR 2010, 232 (234).

¹⁹⁵ Brandl/Saria, WAG² § 44 Rz 7 mwN; Dullinger/Kaindl (Hrsg), Jahrbuch Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 37 f.

¹⁹⁶ Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 17.

¹⁹⁷ So auch Dehn in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/41.

¹⁹⁸ Vgl Nachweise bei Nobbe, WM 2011, 628; Schürnbrand, Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge, in Bankrechtstag 2009 181; Heeresthal, WM 2009, 1179.

¹⁹⁹ Nobbe, WM 2011, 628.

Zur Begründung, dass in der Erläuterungspflicht gerade keine Beratungspflicht zu sehen ist, kommt mE § 45 WAG in Betracht, der die Kenntnisse und Erfahrungen des Anlegers beim beratungsfreien Geschäft zum Gegenstand hat.²⁰⁰ Nach dieser Norm hat der Rechtsträger zu prüfen, ob der Kunde die Risiken im Zusammenhang mit dem angebotenen Produkt versteht und ob das vom Kunden gewählte Produkt von den Erfahrungen und Kenntnissen des Kunden umfasst ist. Die Ziele, die der Kunde mit dem gewünschten Produkt verfolgt und die finanzielle Risikofähigkeit werden hier nicht berücksichtigt.²⁰¹

c) Eigene Ansicht

Da es, wie oben ausgeführt, den Begriff der Erläuterungspflicht bislang nicht in der Form gab, wird es letztlich Aufgabe der Gerichte sein, festzulegen, ob es sich bei der Erläuterungspflicht um eine Beratungspflicht handelt oder nicht. ME hat die Erläuterung hinter der Beratung zurückzubleiben,²⁰² da es sowohl dem europäischen²⁰³ als auch dem österreichischen Gesetzgeber²⁰⁴ freigestanden wäre, gerade den Begriff der Beratung und nicht den der Erläuterung in den Text aufzunehmen, zumal dem österreichischen und europäischen Gesetzgeber der Begriff der Beratung wohlbekannt ist.

Man wird vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Bonitätsprüfung,²⁰⁵ die gerade eine Erkundigung über die finanziellen Verhältnisse des LN fordert, nicht leugnen können, dass der Erläuterungspflicht eine Tendenz zukommt, die in Richtung einer Beratungspflicht geht, wie sie in § 44 WAG vorgesehen ist. ME geht die Erläuterungspflicht aber nicht so weit, dass der LG verpflichtet wäre, auf günstigere Alternativprodukte hinzuweisen, außer für den Fall, dass ein Beratungsvertrag abgeschlossen wurde.²⁰⁶

²⁰⁰ So wohl auch *Koch*, ÖBA 2009, 105, der aber – vermutlich irrtümlich – § 44 WAG und nicht § 45 WAG anführt.

²⁰¹ *Brandl/Saria*, WAG² § 45 Rz 2 u 4; *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Jahrbuch Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 37 f.

²⁰² So wohl auch *Heeresthal*, WM 2009, 1179.

²⁰³ Vgl etwa die MIFID (RL 2004/39/EG), die sehr wohl den Begriff der Beratung kennt: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:145:0001:0001:DE:PDF> (abgerufen am 28.9.2011).

²⁰⁴ Vgl für das deutsche Recht: *Schürnbrand*, Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge, in Bankrechtstag 2009 182.

²⁰⁵ Näheres dazu in Kap 3.5.

²⁰⁶ So auch *Schürnbrand* in MünchKommBGB⁶ § 491a Rz 57.

Wie *Ady/Paetz*²⁰⁷ zutreffend hervorheben, wird mit dem unscharfen Begriff der Erläuterungspflicht ein erhebliches Konfliktpotential hinsichtlich der Frage geschaffen, ob der Verbraucher nun die zu seinem Verständnis erforderlichen Erläuterungen erhalten hat oder nicht. Kreditgeber bzw LG werden daher nicht darum herkommen, umfassend zu dokumentieren, wie die Erläuterungen zur Verfügung gestellt wurden und welche Angaben der Verbraucher gemacht hat.

d) Persönliche oder standardisierte Erläuterung?

Offen ist, auf welche Weise, dh ob diese Erläuterungen persönlich zu erteilen sind oder ob eine standardisierte, wenngleich auch individualisierte Erläuterung ausreicht. Das VKrG schweigt zu dieser Frage. Im Erwägungsgrund 27²⁰⁸ der Richtlinie²⁰⁹ ist angeführt, dass "*die entsprechenden vorvertraglichen Informationen sowie die Hauptmerkmale der angebotenen Produkte dem Verbraucher gegebenenfalls persönlich erläutert werden sollten*". Schon aus dem Wort "gegebenenfalls" lässt sich mE ableiten, dass die Erläuterung nicht in jedem Fall persönlich, sondern ebenso auf andere Art und Weise erfolgen kann.

Als zusätzliches Argument lässt sich das WAG anführen, das eine Übermittlung der Informationen in standardisierter Form zulässt.²¹⁰ Da die Informationspflicht des WAG²¹¹ dasselbe Ziel wie jene der Verbraucherkreditrichtlinie verfolgt, nämlich dass der Verbraucher in die Lage versetzt wird, eine eigenverantwortliche Entscheidung dahingehend zu treffen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen gerecht wird, spricht mE auch dafür, im Rahmen des VKrG eine standardisierte Information zuzulassen.

Auch die hL²¹² spricht sich dafür aus, dass nicht zwingend ein persönlicher Kontakt zwischen Kreditgeber und Verbraucher erforderlich ist.

²⁰⁷ In WM 2009, 1067.

²⁰⁸ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:DE:PDF> (abgerufen am 4.6.2011).

²⁰⁹ RL 2008/48/EG.

²¹⁰ Vgl § 40 Abs 1 WAG; *Brandl/Saria*, WAG² § 40 Rz 66.

²¹¹ *Brandl/Saria*, WAG² § 40 Rz 10.

²¹² *Koch*, ÖBA 2009, 105; *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 20; *Schürnbrand*, Das neue Recht der Verbraucherkredite

Vielmehr kann auch eine "pfadgeführte" Erläuterung im Internet ausreichen, wenn zB der Umfang der Selbsteinschätzung des Verbrauchers angepasst ist und wichtige Begriffe mit Erklärungen und Berechnungsbeispielen verbunden sind.²¹³ ME wäre es in der Praxis sinnvoll, eine solche "pfadgeführte" Erläuterung mit einem persönlichen Benutzercode des Verbrauchers zu verbinden, weil dieser nach Eingabe der Daten immer wieder auf diese Erläuterungen zurückgreifen könnte. Dies würde dem Verbraucher sogar einen Vorteil gegenüber einer persönlichen Erläuterung bieten, bei der die Gefahr besteht, dass er mit einer Vielzahl von Informationen versorgt wird, diese aber nach kurzer Zeit wieder vergisst. Man denke hier an die Erläuterung zahlreicher Fachbegriffe, bei der dem Verbraucher sicher mehr damit gedient wäre, wenn er diese immer wieder im Internet abrufen kann, als diese einmal vom Kreditgeber erklärt bekommen zu haben.

und der verbundenen Verträge, in Bankrechtstag 2009 182; *ders* in MünchKommBGB⁶ § 491a Rz 59.

²¹³ *Heeresthal*, WM 2009, 1179; krit *Ady/Paetz*, WM 2009, 1067 FN 82.

3.4 Sanktionen bei Verstößen nach § 5 bzw nach § 6 VKrG

Nach der VerbraucherkreditVO aF waren bislang keine Sanktionen vorgesehen, wenn der LG in der Bewerbung eines LO erforderliche Angaben unterließ oder falsche Angaben machte. Ebenso wenig waren Sanktionen vorgesehen, wenn der LG die in § 3 VerbraucherkreditVO aF normierten Pflichtangaben unterließ. Nunmehr sind bei Verstößen gegen § 5²¹⁴ und § 6 VKrG Verwaltungsstrafsanktionen in der Höhe von bis zu € 10.000 vorgesehen.²¹⁵ Weiters kommt bei Vorliegen der Voraussetzung eine Unterlassungsklage nach § 28a KSchG in Frage. Bei Verstößen gegen § 6 VKrG kommen zusätzlich noch zivilrechtliche Sanktionen, wie eine Haftung nach culpa in contrahendo (*cic*) und eine Irrtumsanfechtung²¹⁶ in Betracht.

²¹⁴ Wenn Standardinformationen nicht in die Werbung des LG aufgenommen werden, kann dies zu einem Unterlassungsanspruch nach §§ 2 Abs 4 und Abs 5 iVm 14 UWG führen: vgl *Dehn*, ÖBA 2009, 194.

²¹⁵ Vgl § 28 Z 1 und Z 2 VKrG.

²¹⁶ Vgl dazu im Detail *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 Rz 76 ff; *Dehn* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/46 ff.

3.5 Bonitätsprüfung nach § 7 VKrG

Seit Inkrafttreten des VKrG hat der Kreditgeber auch die Kreditwürdigkeit²¹⁷ des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen zu prüfen, die er – soweit dies erforderlich ist – vom Verbraucher verlangen muss. Erforderlichenfalls hat er auch Datenbankauskünfte einzuholen. Diese Bestimmung ist uneingeschränkt auf Leasingverträge im Sinne des VKrG anwendbar. Die Kreditwürdigkeitsprüfung hat vor Abschluss des Leasingvertrags zu erfolgen.

Im österreichischen Recht gab es bisher nur einige Normen, aus denen sich eine Verpflichtung zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit ergab. Erstens ließ sich dies aus § 39 BWG ableiten, der die allgemeinen Sorgfaltspflichten eines Geschäftsleiters eines Kreditinstituts normiert.²¹⁸ Ein Verstoß gegen § 39 BWG hat jedoch keine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion zur Folge, außer die FMA macht im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens von ihren Befugnissen und Aufsichtsmaßnahmen nach § 70 ff BWG²¹⁹ Gebrauch.²²⁰ Zivilrechtlich wird § 39 BWG als Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche des Kreditinstituts gegenüber seinen Geschäftsleitern angesehen, stellt jedoch kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger des Kreditinstituts dar.²²¹ Ein Darlehensnehmer kann sich nicht auf diese Norm berufen. Darüber hinaus war § 39 BWG auch nicht für Banken, die das Leasinggeschäft betrieben, einschlägig, weil Adressat des § 39 BWG Kreditinstitute, jedoch keine Finanzinstitute, die das Leasinggeschäft betreiben, sind.

²¹⁷ Zur Definition des Begriffs "Kreditwürdigkeit": EB RV 650 BlgNR 24. GP 16 f; nach *Leupold/Ramharter*, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz, ÖBA 2011, 469 (476), ist unter dem Begriff der Kreditwürdigkeit eine Prognose über die Ausfallswahrscheinlichkeit zu verstehen.

²¹⁸ *Koch*, ÖBA 2009, 106; *Lenz/Rericha*, ZFR 2010, 114; *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 4; *dies*, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, *ecolex* 2010, 525; *Schuschnig*, ÖBA 2011, 805.

²¹⁹ In diesen Verfahren können, wenn der gesetzmäßige Zustand nicht hergestellt wird, Zwangsstrafen angedroht und verhängt werden: *Höllnerer/Puhm* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 39 Rz 26 FN 40.

²²⁰ *Höllnerer/Puhm* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 39 Rz 26.

²²¹ *Höllnerer/Puhm* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 39 Rz 24.

Zweitens ließ sich im Zusammenhang mit einer Verbraucherinterzession nach § 25c KSchG, die eine Warnpflicht des Gläubigers vorsieht, implizit eine Pflicht des LG, eine Bonitätsprüfung durchzuführen, ableiten.²²²

3.5.1 Nachforschungspflicht

Fraglich ist, ob nach dem Gesetzeswortlaut des § 7 VKrG: "*Der Kreditgeber hat die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen zu prüfen, die er – soweit erforderlich – vom Verbraucher verlangt*" eine aktive Nachforschungspflicht des LG normiert ist. Art 8 Abs 1 der RL²²³ spricht in diesem Zusammenhang von "*Informationen die er [Anm. also der LG] gegebenenfalls beim Verbraucher einholt*".

Ein Blick ins WAG zeigt, dass § 44 Abs 1 WAG ebenso verlangt, dass Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Kunden einzuholen sind.²²⁴ In der Literatur wird hierzu die Ansicht vertreten, dass es sich dabei um eine auf Erkundigung gerichtete Pflicht,²²⁵ also um eine Nachforschungspflicht²²⁶ handelt. Im Hinblick auf den gleichlautenden Wortlaut der beiden Bestimmungen und deren Zweck (wobei im Bereich des WAG dem Kundenschutz²²⁷ und im Bereich des VKrG dem individuellen Schutz des Kreditvertragnehmers²²⁸ (also des LN) gedient werden soll) wird daher von einer aktiven Nachforschungspflicht auszugehen sein.²²⁹

²²² Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 25c Rz 14; Kathrein in KBB³ § 25c KSchG Rz 4; aA Resch, Zak 2010, 385, die davon ausgeht, dass das KSchG bislang keine Regelung über eine allfällige Pflicht des Unternehmers vorsah, die Bonität des Verbrauchers zu prüfen.

²²³ RL 2008/48/EG.

²²⁴ Vgl § 31 des deutschen WpHG, der ebenso vorsieht, dass Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Kunden einzuholen sind.

²²⁵ Vgl Möllers in KK-WpHG § 31 Rz 151; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar⁴ § 31 WpHG Rz 231; Koller in Assmann/Schneider, WpHG⁶ § 31 Rz 146, spricht davon, dass der Kunde gebeten werden muss, die erforderlichen Angaben zu machen.

²²⁶ Vgl zum WAG aF: Winternitz/Aigner, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung 39.

²²⁷ Brandl/Saria, WAG² § 44 Rz 2.

²²⁸ Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 1; Dehn in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/51.

²²⁹ Ebenso für eine aktive Nachforschung: Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 13 mwN; Leupold/Ramharter, ÖBA 2011, 475; Wendehorst in Blaschek, Eines Kredites würdig? 34; Dehn in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/56.

a) Art der Informationen

Die Erkundigungen, die der LG einholen muss, um die Kreditwürdigkeit des LN zu bewerten, bestehen regelmäßig aus den nachfolgenden Informationen:

- Höhe des regelmäßigen Einkommens;
- Vorhandene Vermögenswerte (liquide Vermögenswerte und Immobilienbesitz²³⁰);
- Regelmäßige finanzielle Verpflichtungen²³¹ (zB Miete, andere Kreditverbindlichkeiten, bestehende Bürgschaftspflichten, Unterhaltspflichten).

Es stellt sich die Frage, ob die Erkundigungen beim LN persönlich eingeholt werden müssen, oder ob eine Befragung mittels standardisierten Fragebogens ausreicht. Weder das Gesetz noch die Materialien geben dazu Auskunft. ME reicht – wie bereits oben bei der Pflicht zur Erläuterung angeführt – eine standardisierte Befragung²³² mittels Fragebogen aus, solange dieser derart ausgestaltet ist, dass er eine lebensnahe Erfassung der Kundendaten zulässt.²³³

Das Gesetz spricht davon, dass die Informationen nur "erforderlichenfalls" vom Verbraucher eingeholt werden müssen. In der Literatur wird hierzu die Ansicht vertreten, dass der Kreditgeber (LG) keine weiteren Nachforschungen anstellen muss, wenn er zB aufgrund einer längeren Geschäftsbeziehung bereits ausreichende Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Verbrauchers

²³⁰ AA *Wendehorst* in Blaschek, Eines Kredites würdig? 30, weil Liegenschaften zwar in Geld umgesetzt werden können, dies jedoch mit Verzögerungen verbunden sei. Die Hinweispflicht solle den Kreditnehmer jedoch bereits vor einer ersten finanziellen Bedrängnis bewahren, die aber bei der Notwendigkeit von Verwertungshandlungen bereits vorliege.

²³¹ *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 9 ff; *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁶ § 31 Rz 141; *Brandl/Saria*, WAG² § 44 Rz 3; *Möllers* in *KK-WpHG* § 31 Rz 165; weitergehend *Wendehorst* in *Blaschek*, Eines Kredites würdig? 32, die auch Schuldgeld der Kinder, private Versicherungen und Aufwendungen für Freizeitgestaltungen in Anschlag bringen will. Dies hängt eng mit dem Verständnis *Wendehorsts* hinsichtlich der Bonität zusammen, weil sie davon ausgeht, dass die Hinweispflicht bereits dann entsteht, wenn der Verbraucher nicht mehr in seinem gewöhnlichen sozialen Umfeld agieren kann, auch wenn das signifikant über dem Existenzminimum liegt.

²³² So auch *Schürnbrand* in *MünchKommBGB*⁶ § 509 Rz 5.

²³³ Vgl zum deutschen WpHG: *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Kommentar⁴ § 31 Rz 235.

hat.²³⁴ Der Kreditgeber (LG) kann daher die Bonitätsprüfung unter Heranziehung der ihm bereits vorliegenden Informationen ausführen.²³⁵

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wobei aber mE Folgendes beachtet werden sollte: Gerade bei Verbrauchern können sich die finanziellen Verhältnisse aufgrund persönlicher Lebensbedingungen rasch ändern, man denke nur an Scheidung, Arbeitslosigkeit oder Berufsunfähigkeit. Deshalb erscheint es empfehlenswert, auch bei Bestehen einer längeren Geschäftsbeziehung nochmals nachzufragen, ob sich etwas an den Lebensumständen geändert hat und dies entsprechend zu dokumentieren.

b) Informationsverweigerung – eigene Ansicht

Es stellt sich die Frage, wie sich ein LG verhalten soll, wenn sich der LN weigert, die entsprechenden Informationen zu erteilen. Vorauszuschicken ist, dass der LG mE keineswegs den LN dazu veranlassen darf, die Preisgabe der erforderlichen Informationen hinsichtlich seiner finanziellen Verhältnisse zu unterlassen. Auch wenn es im VKrG anders als im WAG²³⁶ keine Bestimmung gibt, die dies statuiert, würde mE eine solche Veranlassung seitens des LG den Zielen der Bonitätsprüfung, nämlich eine funktionsfähige Kreditwirtschaft aufrechtzuerhalten und den Kreditnehmer mitunter auch vor sich selbst zu schützen, zuwiderlaufen. Wenn sich nun der LN weigert, die entsprechenden Informationen zu erteilen und es dem LG nicht gelingt, zu einer aussagekräftigen Bonitätsbewertung durch das Heranziehen einer Datenbank zu gelangen, so erscheint es mE empfehlenswert, dass der LG seiner Hinweispflicht²³⁷ nachkommt, auch wenn gerade dieser Fall der Informationsverweigerung gesetzlich nicht geregelt ist. Als Vorsichtsmaßnahme wird der LG den LN entsprechend darüber belehren müssen, dass er keinerlei Informationen hat und somit eigentlich erhebliche Zweifel an seiner Kreditwürdigkeit haben müsste.

²³⁴ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 14 und Rz 19; *dies*, *ecolex* 2010, 526; *dies*, *ÖJZ* 2009, 893; *Heeresthal*, *WM* 2009, 1177.

²³⁵ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 19; aA *Stabentheiner*, *ÖJZ* 2010, 540, der davon ausgeht, dass Bonitätsprüfung gänzlich unterbleiben kann, wenn der Kreditgeber umfassende Einblicke in die wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers hat.

²³⁶ Vgl § 43 Abs 2 WAG: "*Ein Rechtsträger darf einen Kunden nicht dazu veranlassen, die Übermittlung der für diesen Abschnitt erforderlichen Informationen zu unterlassen.*" Darunter fallen auch Informationen über die finanziellen Verhältnisse.

²³⁷ Vgl Kap 3.5.2.

Dies sollte entsprechend schriftlich dokumentiert werden. Solange der LG die mE hier ebenso anzuwendende Hinweispflicht erfüllt, steht mE einem Vertragsabschluss auch in solchen Fällen nichts entgegen. Für den Fall, dass der LN nicht mehr in der Lage ist, seine Zahlungen zu leisten, wird er sich diesfalls nicht darauf berufen können, dass der LG rechtswidrig gehandelt hat. In der Praxis wird der LG in solchen Fällen ohnehin von einem Vertragsabschluss Abstand nehmen²³⁸ bzw entsprechende Sicherheiten fordern.

c) Erteilung unrichtiger/unvollständiger Angaben

Weiters ist fraglich, was passiert, wenn der LN falsche bzw unzureichende Informationen hinsichtlich seiner finanziellen Verhältnisse angibt, im Anschluss seine Leasingraten nicht mehr bezahlen kann und der LN dann Schadenersatzansprüche geltend macht. In den Materialien²³⁹ wird darauf hingewiesen, dass diesfalls ein Mitverschulden des Kreditnehmers (LN) nach § 1304 ABGB zu berücksichtigen ist. In der Literatur wurden zwei Fallgruppen herausgearbeitet, die hier unterschieden werden müssen: Der Kreditgeber (LG) kann dann nicht ersatzpflichtig werden, wenn der Kreditnehmer (LN) unvollständige/unrichtige Angaben über seine finanziellen Verhältnisse gemacht hat und dies der Kreditgeber (LG) trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte,²⁴⁰ wobei den Kreditgeber (LG) keine umfassenden Nachprüfungspflichten treffen sollen.²⁴¹ Diesfalls sei dem Kreditgeber (LG) keine Pflichtwidrigkeit anzulasten. Hätte der Kreditgeber (LG) hingegen erkennen können, dass die Angaben des Verbrauchers (LN) unrichtig/unvollständig sind und ist er seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen, dann bestehe die Möglichkeit, das Fehlverhalten des (Kreditnehmers) LN nach § 1304 ABGB zu berücksichtigen.²⁴²

3.5.2 Hinweispflicht

²³⁸ Ähnlich *Weissel*, Kreditvergabe und Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 7 VKrG, ZFR 2011, 294 (296) im Zusammenhang mit Kreditvergaben.

²³⁹ EB RV 650 BlgNR 24. GP 18.

²⁴⁰ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 44.

²⁴¹ So *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 486.

²⁴² So *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 44.

Gemäß § 7 Abs 2 VKrG hat der LG den LN, wenn sich aus Kreditwürdigkeitsprüfung erhebliche Zweifel ergeben, dass der LN seine Verpflichtung aus dem Finanzierungsleasingvertrag erfüllen kann, auf die Bedenken gegen die Kreditwürdigkeit des LN hinzuweisen. Dieselbe Hinweispflicht trifft den LG dann, wenn der Leasingantrag aufgrund einer Datenbankanfrage abgelehnt wird.²⁴³

Im Gegensatz dazu war in Art 8 der RL²⁴⁴ keine Hinweispflicht gegenüber dem Verbraucher (LN) vorgesehen. Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich entschieden, keine derartige Hinweispflicht aufzunehmen.²⁴⁵ Begründet wird dies ua damit, dass eine Hinweispflicht das Ziel eines effizienteren Kreditmarktes konterkariere, weil zum einen eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Einholens der erforderlichen Informationen bestehe und zum anderen umfangreiche Dokumentationsobliegenheiten erforderlich wären.²⁴⁶

Es ist umstritten, ob die Umsetzung in Gestalt einer Hinweispflicht ins österreichische Recht trotz Vollharmonisierung richtlinienkonform erfolgt ist. Gegen eine Richtlinienkonformität spricht Art 22 der RL²⁴⁷, der innerstaatliche Bestimmungen verbietet, die von der RL abweichen, auch wenn der Verbraucher dadurch einen höheren Rechtsschutz oder eine bessere Rechtsposition erhält. Die hL²⁴⁸ hält die Umsetzung dennoch für richtlinienkonform. Im Wesentlichen wird dies mithilfe des § 6 Abs 5 VKrG begründet. Eine Bewertung der Kreditwürdigkeit und eine angemessene Information des Verbrauchers mache es erst möglich, dass dieser in die Lage versetzt werde, selbst zu entscheiden, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und finanziellen Verhältnissen entspricht.²⁴⁹

²⁴³ Gegen eine derartige Hinweispflicht, wenn der Kreditgeber den Vertragsabschluss mit dem Verbraucher ablehnt, unter Hinweis darauf, dass dies weitreichende haftungsrechtliche Folgen nach sich ziehen würde: *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 490.

²⁴⁴ RL 2008/48/EG.

²⁴⁵ Abl *Rott*, WM 2008, 1110, wonach die Vorschrift des Art 8 der RL unnötig wäre, wenn nicht einmal eine Aufklärungs- oder Hinweispflicht bestehe würde.

²⁴⁶ *Heeresthal*, WM 2009, 1177.

²⁴⁷ RL 2008/48/EG.

²⁴⁸ *Zöchling-Jud*, *ecolex* 2010, 527; nach *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 541, besteht an der Richtlinienkonformität dieser veränderten Konstruktion keinerlei Zweifel.

²⁴⁹ So *Dehn*, ÖBA 2009, 195; *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* § 7 Rz 29; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, *Konsumentenrecht und Banken* 148; *Foglar-Deinhardstein*, *Zur Anwendbarkeit des § 7 VKrG auf Gründungsgeschäfte*, ÖJZ 2013, 762.

Selbst wenn sich herausstellt, dass die Bonitätsprüfung negativ ist, kann der LG dennoch mit dem LN kontrahieren, wenn der LN über das Faktum seiner Bonität hinlänglich informiert ist und sich trotzdem für einen Leasingvertrag entscheidet.²⁵⁰ In der Praxis wird eine negative Bonitätsprüfung wohl darauf hinauslaufen, dass – wie bereits oben ausgeführt – der LG mit dem LN entweder gar nicht kontrahiert bzw für den Fall eines Vertragsabschlusses entsprechende Sicherheiten beibringen muss.

3.5.3 Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung – Umsetzung in Österreich

Bei der Umsetzung der RL ins österreichische Recht war es umstritten, ob eine Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung zivilrechtliche oder rein aufsichtsrechtliche Folgen nach sich ziehen soll. Gegen eine zivilrechtliche Umsetzung wurde ins Treffen geführt, dass Art 8 der RL keinen Eingriff in die zivilrechtliche Vertragslage fordere.²⁵¹ In der RL werde nämlich zum Ausdruck gebracht, dass der Kreditnehmer letztlich selbst entscheiden müsse, ob er einer Kreditbelastung gewachsen sei. Zudem schädige eine unzureichende Bonitätsprüfung nicht den Kreditnehmer, sondern nur den Kreditgeber, der einen etwaigen Kreditausfall tragen müsse.²⁵² Bei der Verpflichtung zur Bonitätsprüfung handle es sich ebenso wie bei den Sorgfaltspflichten nach § 39 BWG um eine Verpflichtung des öffentlichen Interesses, weshalb die Ahndung derartiger Verstöße auch der öffentlichen Aufsicht und nicht den Zivilgerichten unterliegen sollte.²⁵³

In Österreich wurde letztlich eine vermittelnde Lösung zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht gefunden. Einerseits kann 1) eine unterlassene Bewertung der Kreditwürdigkeitsprüfung, 2) eine Verletzung der Hinweispflicht gemäß § 7 Abs 2 VKrG oder 3) wenn der LG es unterlässt, den LN über das Resultat der

²⁵⁰ Zum Kreditvertrag: *Dehn*, ÖBA 2009, 195; *dies* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/60; *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 32; *Hofmann*, Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit, NJW 2010, 1782.

²⁵¹ *Koch*, ÖBA 2009, 106; gegen aufsichtsrechtliche Umsetzung: *B. Jud*, ÖJZ 2009, 887; *dies*, *ecolex* 2010, 527; *Dehn*, ÖBA 2009, 195; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 539.

²⁵² *Koch*, ÖBA 2009, 106.

²⁵³ *Koch*, ÖBA 2009, 106; *ders*, Bonitätsprüfung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie, ÖJZ 2010, 45 (46).

Datenbankanfrage zu informieren, zu einer Verwaltungsstrafe führen, wobei die Geldstrafe eine Höhe von bis zu € 10.000 erreichen kann.²⁵⁴ Andererseits wurde klargestellt,²⁵⁵ dass die Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung auch zivilrechtliche Folgen²⁵⁶ nach sich ziehen kann. Hier kommt vor allem eine Haftung des LG nach *cic* in Betracht, weil es sich bei der Durchführung der Bonitätsprüfung um eine gesetzlich vorgeschriebene Nebenpflicht²⁵⁷ handelt. Bei der Haftung nach *cic* wird aber vor allem zu prüfen sein, ob zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des LG und dem Schaden des LN ein Kausalzusammenhang gegeben ist.²⁵⁸ Weiters besteht die Möglichkeit, den Leasingvertrag nach Irrtumsrecht anzufechten bzw anzupassen.²⁵⁹

3.5.4 Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung – Umsetzung in Deutschland

Eine ähnliche Diskussion wie in Österreich wurde auch in Deutschland geführt, wobei in Deutschland die Entscheidung getroffen wurde, eine Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung in das Bankenaufsichtsrecht zu integrieren (§ 18 Abs 2 dt KWG). Eine Verankerung im Zivilrecht erfolgte jedoch in § 509 BGB für "entgeltliche Finanzierungshilfen", worunter auch Leasingverträge fallen, weil in diesen Fällen die Geschäftspartner der Verbraucher nicht der öffentlich-rechtlichen Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterliegen.²⁶⁰ In Deutschland ist nunmehr eine Diskussion darüber entbrannt, ob nicht die Verletzung der Bonitätsprüfung –

²⁵⁴ Vgl für das Leasinggeschäft § 28 Z 10 VKrG.

²⁵⁵ EB RV 650 BlgNR 24. GP 38.

²⁵⁶ Im Ministerialentwurf war als zivilrechtliche Folge noch ein richterliches Mäßigungsrecht vorgesehen, das aber letztlich keinen Eingang ins Gesetz fand: vgl *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 7 Rz 39 f mwN.

²⁵⁷ *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 541, geht von einer Schutznorm iSd § 1311 ABGB aus; dagegen: *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 478, wonach die Qualifikation als Schutzgesetz nicht in Betracht kommt.

²⁵⁸ *Zöchling-Jud*, eolex 2010, 528; *dies*, in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 7 Rz 43.

²⁵⁹ Vgl *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 7 Rz 36 ff mit detaillierten Ausführungen; *Lenz/Rericha*, ZFR 2010, 114; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 542; *Resch*, Zak 2010, 385; *Dehn*, ÖBA 2009, 195; *Ramharter*, Das Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz, Zak 2010, 303 (305); nach *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 492, kann ein Geschäftsirrtum der den Kreditnehmer zur Anfechtung berechtigen würde, nur dann vorliegen, wenn der Kreditgeber rechtswidrig handelt. Das Bestehen einer Warnpflicht setze nämlich voraus, dass erhebliche Zweifel an der Fähigkeit des Verbrauchers vorliegen, dass dieser seinen Pflichten aus dem Kreditvertrag nachkommt.

²⁶⁰ Vgl *Nobbe*, WM 2011, 629.

trotz Umsetzung ins Aufsichtsrecht – eine zivilrechtliche Schutzwirkung²⁶¹ nach sich zieht. Vor allem im Leasingbereich würde eine Verneinung der Schutzwirkung zu unpassenden Folgen führen. Das Ergebnis wäre nämlich, dass ein LN, der mit einer Bank als LG kontrahiert, keine zivilrechtlichen Ansprüche wegen der Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprüfung erheben könnte, weil nur aufsichtsrechtliche Sanktionen vorgesehen sind, hingegen ein LN, der mit einem Gewerbetreibenden als LG kontrahiert, uU zivilrechtliche Schadenersatzansprüche geltend machen könnte.²⁶²

²⁶¹ Dagegen: *Nobbe*, WM 2011, 629; *Schürnbrand*, Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge, in Bankrechtstag 2009 184; *Heeresthal*, WM 2009, 1178; dafür: *Hofmann*, NJW 2010, 1785, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass durch eine rein aufsichtsrechtliche Sanktion das Effektivitätsgebot verletzt sein könnte; *Knops*, Verbraucherkredit zwischen Privatautonomie und Maximalharmonisierung, in Bankrechtstag 2009 223; für cic-Haftung: *Rott*, WM 2008, 1110.

²⁶² IdS *Ady/Paetz*, WM 2009, 1067; aA *Wösthoff*, Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht 149, der eine Differenzierung zwischen Unternehmen, die einer Aufsicht unterliegen und anderen, bei denen dies aufgrund des Geschäftsmodells nicht zutrifft, für gerechtfertigt hält.

3.6 Zwingende Angaben im Leasingvertrag gemäß § 9 VKrG

Unmittelbar nach Vertragsabschluss hat der LG den Vertragsparteien eine Ausfertigung des Leasingvertrags auf Papier oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Während die vorvertraglichen Informationspflichten iSd § 6 VKrG und die verpflichtenden Angaben bei der Bewerbung dazu dienen sollen, dem LN eine fundierte Grundlage für seine Entscheidung zu gewähren, verfolgt § 9 VKrG den Zweck, den Vertragsinhalt entsprechend zu dokumentieren, damit der LN seine Rechte aus dem Leasingvertrag ausüben kann.²⁶³

Neben 22 Punkten, die ein Kreditvertrag enthalten muss, kommt bei Leasingverträgen hinzu, dass:

- der Barzahlungspreis,²⁶⁴
- die Höhe der Anzahlungen,²⁶⁵
- das Restwertrisiko,
- wie der Wert der Leasingssache bei Rückgabe des LO festgestellt werden soll²⁶⁶
- und besondere Informationspflichten über die Berechnung der verminderten Zahlungspflicht des LN bei vorzeitiger Rückzahlung²⁶⁷

angeführt werden müssen.

In § 9 Abs 5 VKrG ist ein spezielles Sanktionensystem vorgesehen, welches zu einer Vertragsanpassung²⁶⁸ führt, wenn der LG zwingende Angaben

²⁶³ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, *Verbraucherkreditrecht* § 9 Rz 2.

²⁶⁴ Vgl § 26 Abs 2 VKrG.

²⁶⁵ Vgl § 26 Abs 2 VKrG, der auf § 25 Abs 2 VKrG verweist.

²⁶⁶ Vgl § 26 Abs 2 VKrG.

²⁶⁷ Vgl § 26 Abs 4 Satz 3 und 4 VKrG.

²⁶⁸ Wenn der LG zB Angaben zum Sollzinssatz unterlässt, so gilt der in § 1000 Abs 1 ABGB genannte Zinssatz (4%) als vereinbarter Sollzinssatz, soweit nicht der vereinbarte Sollzinssatz niedriger ist, wobei bei einem Ratenkredit die dadurch verminderten Teilzahlungen durch den Kreditgeber zu berechnen und dem Verbraucher bekanntzugeben sind (§ 9 Abs 5 Z 1 VKrG). Wird im Kreditvertrag der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so gilt ein Sollzinssatz als vereinbart, der dieser Angabe unter Berücksichtigung der sonstigen Vertragsinhalte entspricht

im Leasingvertrag unterlässt, außer der LN wurde bereits im Rahmen der vorvertraglichen Information richtig und vollständig informiert und die vorvertraglichen Informationen entsprechen der später getroffenen Vereinbarung.²⁶⁹

Ebenso ist auch auf § 12 Abs 1 Satz 3 VKrG zu verweisen. Dort ist normiert, dass die 14-tägige Rücktrittsfrist²⁷⁰ erst dann zu laufen beginnt, wenn der Verbraucher die Informationen nach § 9 VKrG erhält. Solange der Verbraucher die Information nicht erhält, beginnt auch die Rücktrittsfrist nicht zu laufen. § 12 VKrG findet aber nur auf jene Leasingvarianten Anwendung, die unter die RL fallen, also jene nach § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG, nicht aber auf jene nach § 26 Abs 1 Z 3 und Z 4 VKrG.²⁷¹

(§ 9 Abs 2 Z 2 VKrG). Wenn der Kreditvertrag keine Angaben zu den Bedingungen enthält, unter denen der Sollzinssatz oder sonstige Entgelte geändert werden können, kann der Kreditgeber solche Änderungen nicht vornehmen (§ 9 Abs 1 Z 3 VKrG). Wenn der Kreditvertrag keine Angaben zum Recht auf vorzeitige Rückzahlung oder zum Anspruch auf Entschädigung enthält, kann der Kreditgeber keinen Anspruch auf Entschädigung verlangen (§ 9 Abs 5 Z 4 VKrG).

²⁶⁹ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 9 Rz 41; nach § 28 Z 10 VKrG ist eine Verwaltungsstrafe vorgesehen, wenn der LG iZm § 9 VKrG unvollständige oder falsche Angaben in den Leasingvertrag aufnimmt. Zusätzlich kommt eine Unterlassungsklage nach § 28a Abs 1 KSchG in Frage.

²⁷⁰ Vgl Kap 3.7.

²⁷¹ Vgl § 26 Abs 3 VKrG und Kap 3.7.1.

3.7 Rücktrittsrecht gemäß § 12 VKrG

§ 12 VKrG normiert, dass der LN innerhalb von 14 Tagen vom Leasingvertrag ohne Angabe von Gründen zurücktreten kann,²⁷² wobei die Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts an dem Tag beginnt, an dem der Leasingvertrag abgeschlossen wurde. Wenn der LN als Verbraucher die Vertragsbedingungen und die Informationen²⁷³ nach § 9 VKrG erst später erhält, beginnt die Frist erst mit diesem Tag zu laufen. Vor allem im Leasingverhältnis ist es problematisch, wenn wegen eines Verstoßes gegen § 9 VKrG die Rücktrittsfrist nie zu laufen beginnt und der LG mitunter etliche Jahre, nachdem das Leasingentgelt zurückgezahlt worden ist, mit einem Rücktritt des LN konfrontiert ist.

3.7.1 Anwendungsbereich und Adressat der Rücktrittserklärung

Vorweg ist festzuhalten, dass diese Bestimmung nur bei Leasingverträgen zur Anwendung gelangt, wonach der LN zum Erwerb des LO verpflichtet ist (§ 26 Abs 1 Z 1 VKrG) bzw bei denen der LG ein Andienungsrecht hat (§ 26 Abs 1 Z 2 VKrG) und somit vom LN verlangen kann, dass er das LO erwirbt. Bei den Leasingvertragsvarianten nach § 26 Abs 1 Z 3 und Z 4 VKrG besteht kein derartiges Rücktrittsrecht.²⁷⁴ Begründet wird dies damit, dass der LG das LO in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertragsschluss nach den individuellen Wünschen des LN anschafft und daher eine durch den Rücktritt des LN notwendig werdende Rückabwicklung wenig sinnvoll wäre.²⁷⁵ Diese

²⁷² Eine erste empirische Studie, die aber nicht zwischen Leasinggeschäft und anderen Verbraucherkrediten differenziert, zeigt, dass 84% der an der Studie teilnehmenden Bankenangaben, dass dieses Recht noch nie von Kundenseite in Anspruch genommen wurde: vgl dazu *Schuschnig*, ÖBA 2011, 804 f.

²⁷³ Wie *Dehn* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV 2/131 herausgearbeitet hat, kommt es aber auf die Bedeutung des Vertragspunktes an. Bei einem Fehlen rein informativer Angaben, wie etwa Name und Anschrift der Aufsichtsbehörde des Kreditgebers, ist nicht davon auszugehen, dass der Fristenlauf nicht beginnt; ähnlich *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 12 Rz 11, wonach eine rechtmisbräuchliche Berufung des Verbrauchers auf minimale Informationsfehler ausgeschlossen sein muss; zust: *Pesek*, Der Verbraucherkreditvertrag 229.

²⁷⁴ Vgl § 26 Abs 3 VKrG.

²⁷⁵ So EB RV 650 BlgNR 24. GP 37; *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 465.

Begründung mutet etwas eigenartig an, wenn man sich vor Augen hält, dass dieses Argument ja auch bei den Leasingvarianten nach § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG zutrifft, wird aber verständlich, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber bei den Varianten nach Z 1 und Z 2 aufgrund des Vollharmonisierungscharakters der RL keinerlei Umsetzungsspielräume hatte.²⁷⁶ Anderes gilt bei den Varianten der Z 3 und Z 4, die nicht von der RL erfasst sind und der Gesetzgeber daher in der Gestaltung frei war.

Adressat der Rücktrittserklärung ist der LG, wobei der LN den Rücktritt sowohl schriftlich als auch mündlich erklären kann.²⁷⁷ Der LN trägt die Beweislast, dass dem LG die Rücktrittserklärung zugegangen ist, wobei aber daran keine überspannten Anforderungen gestellt werden.²⁷⁸

3.7.2 Rücktrittsrecht bei mehreren LN

Fraglich ist, was gilt, wenn zwei oder mehrere LN als Verbraucher Parteien des Leasingvertrags sind bzw inwieweit beiden ein Rücktrittsrecht zukommt.

Im Gesetz ist dies nicht deutlich geregelt, weil § 12 VKrG lediglich davon spricht, dass "*dem Verbraucher*" ein Rücktrittsrecht zukommt. In Zusammenschau mit § 9 VKrG, der fordert, dass "*den Vertragsparteien*" eine Ausfertigung des Leasingvertrags mit bestimmten Angaben zur Verfügung gestellt werden muss und den damit verbundenen Rechtsfolgen nach § 12 VKrG, wäre es mE systemwidrig, anzunehmen, dass nur einem der beiden ein Rücktrittsrecht zusteht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass jedem LN ein Rücktrittsrecht zukommt.

a) Möglichkeit eines Teilrücktritts?

Mit Beantwortung der Frage, dass beiden ein Rücktrittsrecht zukommt, ist aber noch nicht geklärt, ob die LN nun gemeinsam den Rücktritt erklären müssen

²⁷⁶ Vgl Art 2 Abs 2 lit d der RL 2008/48/EG.

²⁷⁷ *Stabentheiner/Dimmel*, Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696 (707); *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz, Gestaltungsrechte und Informationspflichten während des Kreditverhältnisses; verbundene Verträge, ÖJZ 2010, 636 (637); *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 12 Rz 19; *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV 2/132.

²⁷⁸ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 12 Rz 26.

bzw was passiert, wenn ein LN zurücktreten will, der andere aber nicht. In der deutschen Literatur wird das Problem damit gelöst, dass für den Fall, dass einer der Gesamtschuldner den Leasingvertrag wirksam widerruft, der gesamte Vertrag nach § 139 BGB²⁷⁹ unwirksam²⁸⁰ wird. Diese Norm ist aber nicht auf österreichische Verhältnisse übertragbar, weil im österreichischen Recht der Restgültigkeit des Vertrags möglichst der Vorzug zu geben ist.²⁸¹

Gestaltungsrechte, wie der Rücktritt oder die Kündigung, sind unteilbar.²⁸² Der OGH hat in mehreren Entscheidungen im Zusammenhang mit Leasingverträgen ausgesprochen, dass eine Kündigung beim Leasing nur gegen alle Mitschuldner wirken kann und dass daher eine Mahnung bzw Auflösungserklärung (außer es wurde vertraglich anders vereinbart) allen Schuldnern zuzustellen ist.²⁸³ Das heißt aber mE umgekehrt, dass ein Rücktritt nur von allen LN gemeinsam gegenüber dem LG erklärt werden kann. Sohin ist ein Teilrücktritt bloß eines LN unzulässig, außer die Parteien kommen überein, dass ein solcher zulässig sein soll.

Der LN, der zurücktreten will, befindet sich sohin in einem Dilemma, weil über das Schuldverhältnis als solches nur alle Parteien einer Vertragsseite,²⁸⁴ also alle LN gemeinsam verfügen können. Da die §§ 888 ff ABGB keine Vorschriften im Hinblick auf Interessenskonflikte bei der gemeinschaftlichen Willensbildung enthalten, sind in solchen Fällen daher die Regelungen über die

²⁷⁹ Demnach ist bei einer Kündigung oder einem Rücktritt, ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig, was nach deutschem Recht zu einer Vermutung der Gesamtnichtigkeit führt: vgl *Busche* in MünchKommBGB⁵ § 139 Rz 1 u 3.

²⁸⁰ So von *Westphalen*, *Der Leasingvertrag*⁶ Kap L Rz 337.

²⁸¹ Vgl *Bollenberger* in KBB³ § 879 Rz 28 f mit weiteren Judikaturnachweisen.

²⁸² *Gschnitzer* in Klang² IV/1 281; *Gamerith* in Rummel³ § 889 Rz 3; *Apathy/Riedler* in Schwimann³ § 890 Rz 10; *P. Bydlinski* in KBB³ § 889 Rz 2; *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 888 Rz 23; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 890 Rz 10 f; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 101; *Gruber* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 918 Rz 31; OGH 1 Ob 616/84 = SZ 57/120 = MietSlg 36.194 = JBl 1985, 170; *Apathy*, Die neuen ABB auf dem Prüfstand, ÖBA 2003, 183, wonach die Kündigung als unteilbares Gestaltungsrecht bei einem Kontovertrag mit mehreren Kontoinhabern allen gegenüber erklärt werden muss; *G. Graf*, Jetzt schlägts aber (fast) 13! *ecolex-script* 24 (2003) 7.

²⁸³ OGH 4 Ob 102/02g = SZ 2002/72 = ZIK 2003, 34 = RdW 2003,191 = ÖJZ 2005/53; OGH 10 Ob 527, 1555/94 = MietSlg 47.087 = ÖBA 1995, 720 = HS 26.650; OGH 4 Ob 567/94 = MietSlg 46.163 = HS 25.452 = JBl 1995, 467 = *ecolex* 1995, 94 = RdW 1995, 261 = RdW 1995, 249 (Anm *Iro*) = KRES 1e/14a; OGH 4 Ob 2307/96k = HS 27.446 = ZfRV 1997/35 = KRES 1d/36.

²⁸⁴ *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 888 Rz 19.

Miteigentumsgemeinschaft nach den §§ 825 ff ABGB analog heranzuziehen.²⁸⁵ Beim Rücktritt im gemeinschaftlichen Leasingverhältnis handelt es sich um eine Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung, die grundsätzlich eine Einstimmigkeit erfordert. Wenn sich die LN nicht auf einen gemeinschaftlichen Rücktritt einigen können, ist der einzelne LN in der Lage entweder Sicherstellung für künftige Schäden zu verlangen und falls man ihm die Sicherstellung verweigert, aus der Gemeinschaft auszutreten, sofern dies nicht zur Unzeit geschieht.²⁸⁶ Wenn die Gemeinschaft der LN überhaupt nur aus zwei LN besteht, hat nach § 835 Satz 2 ABGB der Richter zu entscheiden.²⁸⁷

b) Zwischenergebnis und eigene Ansicht

Diese Lösung erscheint unbefriedigend. Erstens ist fraglich, ob der rücktrittswillige LN aufgrund der oben genannten Maßnahmen, die er ergreifen müsste, um aus der Gemeinschaft auszutreten, nicht ein erhebliches Zeitproblem bekommt, wenn man bedenkt, dass er den Rücktritt binnen 14 Tagen ab Vertragsschluss bzw ab Ausfolgung der Unterlagen gemäß § 9 VKrG erklären muss. Folglich ist zu fragen, ob nicht der Schutzzweck der Norm und der Zweck der RL damit konterkariert wird, da diese ja gerade verhindern will, dass der Verbraucher an übereilt geschlossene Kreditierungsverträge gebunden ist.²⁸⁸ Wenn aber auf der Leasingnehmerseite mehrere Parteien stehen, wird ein einzelner rücktrittswilliger LN gerade nicht um das oben geschilderte Prozedere im innerstaatlichen Recht herumkommen. Damit wird mitunter das Rücktrittsrecht der RL ins Leere laufen und entwertet. Das widerspricht mE jedenfalls dem *effet utile*.

ME kann man dieses Problem nur auf zwei Arten in den Griff bekommen: Entweder man nimmt in solchen Fällen an, dass ein Teilrücktritt des LN möglich ist. Hier könnte argumentiert werden, dass eine Teilbarkeit des Schuldverhältnisses den Interessen der Beteiligten entspricht und dass ein Teilrücktritt sowohl im Interesse des verbleibenden LN als auch des LG liegt, der

²⁸⁵ So Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 888 Rz 17.

²⁸⁶ Vgl allgemein dazu: Gschnitzer in Klang² IV/1 282; Sailer in KBB³ § 834 Rz 4; Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 888 Rz 19.

²⁸⁷ Vgl allgemein: H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 833 Rz 21; Sailer in KBB³ § 836 Rz 7; Gamerith in Rummel³ § 835 Rz 18.

²⁸⁸ Zum Zweck dieser Bestimmung: Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 12 Rz 2.

das Leasingverhältnis fortsetzen will. Die zweite Variante ist, den Leasingvertrag unter eine auflösende Bedingung zu stellen, wenn ein LN den Vertrag widerruft.

Es ist daher dringend anzuraten, eine vertragliche Lösung zu finden, was in dem oben geschilderten Fall passieren soll. In der Praxis wird es in solchen Fällen für den LG zweckmäßig sein, mit der Beschaffung der LO zuzuwarten, bis die vierzehntägige Rücktrittsfrist abgelaufen ist.

Diese Vorgehensweise ist auch in den Fällen zu empfehlen, in denen ein LN als Verbraucher und ein LN als Unternehmer dem LG als Vertragsparteien gegenüber stehen und der Verbraucher zurücktreten will. Die deutsche Rsp geht in solchen Fällen davon aus, dass die verbraucherschützenden Vorschriften auf alle LN anzuwenden sind, auch wenn nur einer der LN Verbraucher ist. Begründet wird dies damit, dass der Leasingvertrag wie ein Mietvertrag auf eine unteilbare Leistung gerichtet ist.²⁸⁹ ME scheidet diese Lösung für das österreichische Recht aus, weil etwa die Anwendung des KSchG alleine auf den Verbraucherbegriff abgestellt und nicht darauf, ob es sich um eine teilbare oder unteilbare Leistung handelt. Daher ist es sehr wohl möglich, dass beim selben Schuldverhältnis hinsichtlich eines Vertragspartner etwa das KSchG zur Anwendung gelangt und hinsichtlich dem anderen Teil das UGB.²⁹⁰ Dieselbe Wertung wird auch für das VKrG vorzunehmen sein. Somit steht in unserem Fall dem unternehmerischen LN mE nicht einmal ein Vertragsrücktritt offen, weshalb man sich gerade in diesen Konstellationen genau überlegen sollte, was mit dem Restvertrag zu geschehen hat, wenn der LN als Verbraucher austreten will.

c) Wegfall der Geschäftsgrundlage?

i. Lehre in Deutschland

Im deutschen Recht, in dem das Instrument des Rücktrittsrechts (dort Widerrufsrecht genannt) bei Verbraucherkreditverträgen schon länger existiert, wird der Fall, dass zwei LN als Verbraucher einen Leasingvertrag abschließen oder einer der beiden zurücktreten will, damit gelöst, dass man eine Störung der

²⁸⁹ So *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 3 Rz 306 ff mwN aus der deutschen Rsp und Lehre.

²⁹⁰ In diese Richtung auch *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/20.

Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB²⁹¹ annimmt. Es wird damit argumentiert, dass der LG nur unter der Bedingung kontrahieren wollte, dass ihm zwei solvente LN gegenüberstehen. Wenn er gewusst hätte, dass ihm einer der beiden abhandenkommt, hätte er den Vertrag nicht zu den vereinbarten Bedingungen, sondern wahrscheinlich zu anderen Konditionen abgeschlossen. Deshalb könne der verbleibende LN auch kein Fortbestehen des Vertrags verlangen.²⁹²

ii. Eigene Ansicht zum österreichischen Recht

Auch für das österreichische Recht ist daher zu prüfen, ob nicht ein Wegfall der Geschäftsgrundlage angenommen werden kann. Dabei fällt aber auf, dass die Regelung des deutschen Rechts erheblich weiter ist²⁹³ und es daher leichter fällt, mit einer "Störung" derselben zu argumentieren. Die österreichische Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die im Gegensatz zum deutschen Recht nicht gesetzlich verankert ist, fordert jedoch kumulativ:

- dass die Möglichkeit des Eintritts des Ereignisses, das letztlich zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, von den Parteien nicht mitbedacht worden sein darf,
- dass das Ereignis nach menschlichem Ermessen unvorhersehbar gewesen ist,
- dass das Ereignis nicht aus der Sphäre eines Vertragsteils stammen darf,
- dass es sich beim nicht eingetretenen Umstand um eine geschäftstypische Voraussetzung handeln und

²⁹¹ § 313 Abs 1 BGB: *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Abs 2: Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen. Abs 3: Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktritts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

²⁹² So von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap L Rz 337.

²⁹³ Vgl FN 291.

- dass die Folge des unveränderten Festhaltens am Vertrag eine schwere Äquivalenzstörung oder Zweckvereitelung darstellen würde.²⁹⁴

In vorliegendem Fall ist es daher schwierig, mit einem Wegfall der Geschäftsgrundlage zu argumentieren, weil der Rücktritt sowohl aus der Sphäre eines Vertragsteils (hier in der Gestalt des LN) stammt und ein Rücktritt vom Vertrag auch nicht ein unvorhersehbares Ereignis darstellt. Diese Lösung scheidet somit für das innerstaatliche Recht aus.

3.7.3 Rücktrittsrecht des Bürgen/Schuldbeitretenden?

Fraglich ist, ob einem Bürgen/Schuldbeitretenden ebenso ein Rücktrittsrecht iSd VKrG zukommt bzw § 12 VKrG gegebenenfalls analog anzuwenden ist. Das VKrG regelt diese Frage nicht.

a) Ansicht *Wendehorst*

Wendehorst spricht sich im Allgemeinen vorsichtig für eine ausgewählte analoge Anwendung der Vorschriften des VKrG auf Interzedenten aus, weist jedoch darauf hin, dass der EuGH zur alten Verbraucherkreditrichtlinie²⁹⁵ ausgesprochen hat, dass Bürgschaften nicht in den Anwendungsbereich der RL fallen.²⁹⁶ Sie vertritt die Ansicht, dass die Bestimmungen des VKrG bspw in den Fällen nicht passen, in denen die Ehefrau aus privaten Gründen einem Kredit beitrifft, den der Ehemann aus gewerblichen Zwecken eingegangen ist. Sie weist aber in Anlehnung an die deutsche Ansicht²⁹⁷ darauf hin, dass manche Bestimmungen des VKrG zumindest dann analog angewendet werden sollten, wenn der Verbraucher Hauptschuldner ist.²⁹⁸ Der Einschränkung *Wendehorsts* hinsichtlich der Ehefrau ist zuzustimmen, zumal mE auch darauf zu verweisen ist,

²⁹⁴ Vgl *P. Bydlinski*, AT⁵ Rz 8/42; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 163 f mwN.

²⁹⁵ RL 87/102/EWG.

²⁹⁶ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 4 Rz 17 mwN; auch *Dehn*, ÖBA 2009, 188, wies im Rahmen des Umsetzungsprozesses ins österreichische Recht darauf hin, dass die RL 2008/48/EG Sicherungsverträge generell vom Anwendungsbereich ausnimmt; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 163, sehen hingegen alle echten Mitschuldner als vom VKrG erfasst an.

²⁹⁷ OLG Düsseldorf I-24 U 26/08 = WM 2009, 847; weitere Nachweise bei *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 15 Rz 17.

²⁹⁸ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 4 Rz 17.

dass die Bestimmungen des § 25a-d KSchG ohnehin auf diese Anwendung finden und sie somit nicht schutzlos gestellt ist.

Auch wenn man die Ansicht teilt, dass in den Fällen, in denen der Verbraucher Hauptschuldner ist, eine analoge Anwendung des VKrG geboten ist, so gilt es dennoch in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob ein Verbraucher, der einem unternehmerischen Leasingverhältnis beitrifft bzw für dieses bürgt, den Rücktritt nach § 12 VKrG erklären kann.

b) Differenzierung Schuldbeitritt und Bürgschaft

Um die oben aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, sollte mE zunächst zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt differenziert werden.

Zweck der Bürgschaft ist eine Sicherstellung der Hauptschuld: Der Bürge ist nur dann zur Leistungserbringung verpflichtet, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.²⁹⁹ Die Pflichten eines Bürgen stimmen jedoch nicht mit jenen eines Hauptschuldners überein. Aus der Sicht des Bürgen wird zwar eine Leistungspflicht übernommen, er ist aber nicht berechtigt, Leistung aus dem Leasingvertrag an sich selbst zu fordern.³⁰⁰ Der Bürge bietet bloß eine Hilfe zur Finanzierung des Vertrags an, der zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossen wurde.³⁰¹ Zum einen spielen für den Bürgen die exakten Konditionen des Leasingvertrags, wie Restwertrisiko udgl keine Rolle, weil er diese nicht genau kennen muss, um seine mögliche wirtschaftliche Belastung abzuschätzen.³⁰² Zum anderen verfolgt das Rücktrittsrecht des Verbrauchers den Zweck, denselben vor übereilt abgeschlossen Leasingverträgen zu schützen³⁰³ und soll ihm die Möglichkeit eröffnen, seine Entscheidung gegebenenfalls zu widerrufen. Dies spielt für den Bürgen, der in erster Linie darauf vertraut, dass der Hauptschuldner seine Leistung erbringt

²⁹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 147; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁴ Rz 6/28.

³⁰⁰ So *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 15 Rz 17 FN 103.

³⁰¹ BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939.

³⁰² BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939; *Oberfeuchtnner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 108; in diese Richtung wohl auch *Dehn*, ÖBA 2009, 187, die davon ausgeht, dass ein Bürge und Garant in der Praxis weder dasselbe Informations- und Schutzbedürfnis, noch ein Interesse wie ein Kreditnehmer hat.

³⁰³ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 12 Rz 2.

wird, keine tragende Rolle.³⁰⁴ Zusätzlich wird in der Lehre aus § 1361 ABGB der Grundsatz abgeleitet, dass der Hauptschuldner allgemein keine Änderungen oder Umgestaltungen der Hauptschuld zu seinen Lasten akzeptieren muss, wenn dies seinen Interessen widerspricht, weil die Bürgschaft nur eine dienende Funktion hat.³⁰⁵ Aus diesen Erwägungen heraus erscheint es nicht angebracht, dem Bürgen ein Rücktrittsrecht – wie im VKrG vorgesehen – einzuräumen.³⁰⁶

Anders stellt sich die Situation beim Schuldbeitritt dar. Dort tritt der Schuldner im Unterschied zu einem Bürgen neben den Altschuldner und haftet im Zweifel solidarisch.³⁰⁷ Der LG hat also nunmehr zwei Schuldner, auf die er zugreifen kann.³⁰⁸ Das Bedürfnis des Schuldbeitretenden, genauso vom VKrG geschützt zu werden, ergibt sich aus seiner vollen Mitverpflichtung,³⁰⁹ weil er im Gegensatz zum Bürgen in eine leasingnehmerähnliche Situation kommt und nicht bloß akzessorisch haftet.³¹⁰ Aus diesem Grund sollten dem Schuldbeitretenden die Vertragsinformationen nach § 9 VKrG analog ausgehändigt werden, weil dieser ein vitales Interesse daran hat, über die Gesamtbelastung im Detail informiert zu sein. Weiters ist es angebracht, dem Schuldbeitretenden ein Rücktrittsrecht nach § 12 VKrG analog zukommen zu lassen.³¹¹

3.7.4 Rechtsfolgen des Rücktritts

Gemäß § 12 Abs 3 Satz 1 VKrG hat der Verbraucher dem Kreditgeber binnen 30 Tagen ab Absendung der Rücktrittserklärung den ausbezahlten Betrag samt den seit der Auszahlung aufgelaufenen Zinsen zurückzuzahlen. Diese Regelung gilt grundsätzlich auch für Verbraucherleasingverträge nach

³⁰⁴ BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 15 Rz 17.

³⁰⁵ So *Th. Rabl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1361 Rz 3.

³⁰⁶ BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939; OLG Düsseldorf I-24 U 26/08 = WM 2009, 847; so auch *Oberfeuchtnner*, Finanzierungleasing und Verbraucherschutz 109; aA *von Westphalen/ von Rottenburg*, Verbraucherkreditgesetz² § 1 Rz 81; *Berninghaus* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 14 Rz 3.

³⁰⁷ *Th. Rabl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 §§ 1346, 1347 Rz 60; *Neumayr* in KBB³ §§ 1405, 1406 Rz 3.

³⁰⁸ *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 31 Rz 50.

³⁰⁹ BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939.

³¹⁰ *Oberfeuchtnner*, Finanzierungleasing und Verbraucherschutz 109.

³¹¹ So auch BGH XI ZR 34/05 = NJW 2006, 431.

§ 26 Abs 1 Z 1 und 2 VKrG,³¹² weil sich in den §§ 25 f VKrG keine diesbezügliche Sonderbestimmung befindet. Dies würde jedoch bedeuten, dass der rüchtrittswillige LN den Barzahlungspreis zu bezahlen und das LO zu übernehmen hätte, wenn er zurücktreten will. *Wendehorst* zeigt, dass diese Lösung nicht interessengerecht ist, weil damit das Rücktrittsrecht des LN entwertet wird.³¹³ Dem ist zu folgen. Meist entscheidet sich der LN nämlich deshalb für die Finanzierungsform Leasing, weil er nicht die nötigen Barmittel hat, um das LO zu erwerben.³¹⁴ Es muss sohin zu einer vollständigen Rückabwicklung des Vertrags kommen. Der LN hat die Sache an den LG zurückzustellen und nach § 4 Abs 1 Z 2 KSchG analog ein angemessenes Benützungsentgelt zu leisten.³¹⁵ Der LG hat etwaig bereits bezahlte Leasingraten zurückzuzahlen und analog § 4 Abs 1 Z 1 KSchG Zinsen für die bezahlten Leasingraten zurückzuerstatten.³¹⁶

³¹² *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 12 Rz 48.

³¹³ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 12 Rz 66.

³¹⁴ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 12 Rz 66.

³¹⁵ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 12 Rz 57.

³¹⁶ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 12 Rz 62

und 66.

4 LEASINGVERTRÄGE UND AGB

Da Leasingverträge nahezu ausschließlich unter der Verwendung von AGB abgeschlossen werden, kommen der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB und nach 6 Abs 3 KSchG, sowie der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu. Darüber hinaus sind im Verbrauchergeschäft die Klauselkataloge des § 6 Abs 1 und 2 KSchG zu beachten.

Im folgenden Kapitel wird ein kurzer Überblick über jene Klauseln in Leasing-AGB geboten, die seitens der Rsp als Verstoß gegen § 864a ABGB, § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB gewertet wurden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit ausgewählten Klauseln erfolgt in den jeweiligen Kapiteln. Zusätzlich wird noch kurz auf das Instrument der Verbandsklage und auf die Rsp des OGH im Zusammenhang mit den Unterlassungserklärungen eingegangen.³¹⁷

4.1 Was sind AGB?

In den §§ 864a ABGB, 879 Abs 3 ABGB, 6 Abs 3 KSchG und 28 KSchG spricht das Gesetz von "AGB" und "Vertragsformblättern"³¹⁸, obwohl es keine gesetzliche Definition dieser beiden Begriffe gibt. Der OGH³¹⁹ beruft sich in seiner Rsp auf § 305 BGB³²⁰ (ehemals § 1 ABGB), wonach AGB³²¹ "alle für eine

³¹⁷ Vgl Kap 4.4.

³¹⁸ Der Begriff des Vertragsformblatts ist weit zu verstehen. Es fallen auch Webportale darunter: vgl OGH 2 Ob 59/12h = Zak 2012/664 = VRInfo 2012 H 9, 4 = RdW 2013/304 = jusIT 2012/99 = ecolex 2013/45 = EvBI-LS 2013/18.

³¹⁹ In 7 Ob 89/08a = EvBI 2008/149 = JBI 2008, 789 = RdW 2008/538 = ecolex 2008/258 = Zak 2008/470.

³²⁰ Krit *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen 222, der die Übernahme der deutschen Legaldefinition ablehnt.

³²¹ Diese Definition deckt auch den Begriff der Vertragsformblätter ab, weil die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln völlig gleich sind, unabhängig davon ob das Gestaltungsmodell nun als AGB oder Vertragsformular bezeichnet wird; so: OGH 7 Ob 89/08a = EvBI 2008/149 = JBI 2008, 789 = RdW 2008/538 = ecolex 2008/258 = Zak 2008/470; auch der äußeren Form nach individuell gestaltete Vereinbarungen können in Wahrheit AGB enthalten: OGH 6 Ob 206/12f = JusGuide 2013/13/10999 = Zak 2013/253.

Vielzahl von Verträgen³²² vorformulierte Vertragsbedingungen³²³ sind, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form³²⁴ der Vertrag hat."

Ein wichtiges Kriterium zur Abgrenzung zwischen AGB und einer Individualabrede stellt der vorformulierte Text dar. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Die Beweislast dafür, dass eine Klausel einzeln ausgehandelt wurde, trifft deren Verwender.³²⁵ Von einer einzeln ausgehandelten Klausel kann aber nur dann gesprochen werden, wenn sie zwischen den Vertragsparteien individuell erörtert wurde und nach Abwägen der rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen bewusst vereinbart worden ist.³²⁶ Dabei reicht es nicht aus, dass die Klausel bloß erörtert wird³²⁷, vielmehr muss der die Klausel verwendende Vertragspartner zur Änderung des Textes erkennbar bereit sein.³²⁸

³²² Es reicht die Absicht, die AGB mehrmals zu verwenden, die tatsächliche Verwendung ist nicht Voraussetzung: *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 9 mwN.

³²³ Dabei ist es unerheblich, ob der Text vom Verwender erstellt wurde oder ob er etwa auf Musterverträgen oder Textbausteinen beruht: *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 6.

³²⁴ AGB liegen auch vor, wenn der Vertragstext im jeweiligen Fall extra geschrieben wird, vorformulierte Textbausteine verwendet werden oder die AGB bloß aus dem Gedächtnis reproduziert werden: vgl *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 10 mwN; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 2; *Mair*, Zum Kriterium der Vorformulierung von Klauseln bei AGB, Zak 2008, 343.

³²⁵ Vgl etwa *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 152; *Kathrein* in KBB³ § 6 KSchG Rz 23; *Prader*, Formularmietverträge – was ist das? immolex 2012, 10 (12).

³²⁶ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 81.

³²⁷ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 81; *Kathrein* in KBB³ § 6 KSchG Rz 23; *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 151.

³²⁸ *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 151; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 81; *Kathrein* in KBB³ § 6 KSchG Rz 23; *Prader*, immolex 2012, 10 (12).

4.2 Geltungskontrolle

4.2.1 § 864a ABGB

Die Geltungskontrolle von AGB nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB vor³²⁹ und gelangt auch bei der Kontrolle von Hauptpflichten zur Anwendung.³³⁰ Unabhängig von der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft³³¹ der Vertragspartner,³³² können alle Vertragsverhältnisse einer Kontrolle nach § 864a ABGB unterzogen werden. Gemäß § 864a ABGB werden Klauseln ungewöhnlichen Inhalts nicht Vertragsbestandteil (dh der Rest der AGB und der Rest des Vertrags bleiben in Geltung),³³³ wenn sie für den Vertragspartner des Verwenders nachteilig sind und dieser nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht mit ihnen zu rechnen brauchte, außer der Verwender hat besonders auf diese Klausel hingewiesen. Der Klausel muss also ein "Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt" innewohnen.³³⁴

Bei der Beurteilung wird einerseits auf die Verkehrsüblichkeit einer Klausel in einem bestimmten Geschäftstyp abgestellt, wobei jedoch im Zusammenhang mit Leasing-AGB ausgesprochen wurde, dass selbst die weite Verbreitung einer Klausel in der Leasingbranche nicht geeignet ist, die Anwendung des § 864a ABGB zu verhindern.³³⁵ Andererseits kommt es neben dem objektiven Inhalt der Klausel noch auf deren Stellung im Gesamtgefüge

³²⁹ Vgl RIS-Justiz RS0014642; *Apathy/Riedler* in Schwimann³ § 864a Rz 6.

³³⁰ Vgl RIS-Justiz RS0014603; *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (453); *Rummel* in Rummel³ § 864a Rz 4; *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 9; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 35; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 35; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 864a Rz 1.

³³¹ *Rummel* in Rummel³ § 864a Rz 4, wobei jedoch bei Unternehmern eine erhöhte Aufmerksamkeit verlangt wird; *Apathy/Riedler* in Schwimann³ § 864a Rz 5; *Perner*, Aktuelle Judikatur zum AGB-Recht, ecolex 2009, 288 (289).

³³² Vgl RIS-Justiz RS0014612; *Kolmasch*, Judikaturübersicht: Geltungskontrolle von AGB-Klauseln, Zak 2012, 83.

³³³ *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 47.

³³⁴ Vgl etwa RIS-Justiz RS0014646; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 37; *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 10; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 864a Rz 7.

³³⁵ OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2.

des Vertragstextes an³³⁶ sowie auf die formale Gestaltung (wie etwa Fettdruck, Farbe).³³⁷ Es ist zu beurteilen, ob eine Klausel im Text derart "versteckt" ist, dass sie ein durchschnittlich sorgfältiger Leser dort nicht findet, wo er sie vermutet oder dort nicht vermutet, wo sie sich befindet.³³⁸ Die Beurteilung nach § 864a ABGB erfasst nachteilige Klauseln, auf eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB kommt es hingegen nicht an.³³⁹

4.2.2 Nachteilige Klauseln in Leasingverträgen

Die Rsp qualifizierte im Zusammenhang mit Leasingverträgen ua folgende Klauseln als überraschend und nachteilig:

- Wenn bei einer Mehrheit von LN Rechte und Ansprüche aus diesem Leasingvertrag nur durch den an erster Stelle genannten LN dem LG gegenüber geltend gemacht werden können.³⁴⁰
- Wenn folgende Anrechnungsregelung "*Es wird daher ausdrücklich vereinbart, dass jede bei der Leasinggeberin eingegangene Zahlung von der Leasinggeberin für die Abdeckung der jeweils jüngsten Forderung gegen diesen Kunden aus einem Service- oder Leasingvertrag verwendet wird. Sodann werden Zinsen und sonstige Kosten herangezogen. Sofern die Leasinggeberin mehrere Forderungen mit gleichem Datum besitzt, werden zuerst Forderungen aus dem Servicevertrag und dann aus dem Leasingvertrag abgedeckt*" mit einem Recht des LG zur vorzeitigen

³³⁶ Zu AGB in Leasingverträgen: OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm *Wilhelm*) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 43; *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 10.

³³⁷ *Rummel* in *Rummel*³ § 864a Rz 7; *Kolmasch* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 864a Rz 7.

³³⁸ Vgl OGH 6 Ob 261/07m = MietSlg 60.217 = MietSlg 60.092 = RZ-EÜ 2008/394 = iFamZ 2008/99 = Zak 2008/368 = KRES 1g/76; *Rummel* in *Rummel*³ § 864a Rz 7; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 864a Rz 43; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 42; *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 10; *Kolmasch* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 864a Rz 7.

³³⁹ *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 10 mwN; *Perner*, ecolex 2009, 288 (289).

³⁴⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 19 Satz 1; OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240 zu Klausel 58.

Vertragsauflösung, wenn der LN mit seiner Zahlungsverpflichtung länger als 30 Tage im Verzug ist, verknüpft wird.³⁴¹

- Wenn *"Aufmachung und Text der Vorderseite des Vertragsformulares auch bei einem sorgfältigen Studium keinen Hinweis geben, dass damit ein Leasingvertrag eingegangen wird, kommen vielmehr nur die mit "Miete" zusammenhängenden Begriffe vor, wird kein einziges Mal das Wort "Leasing" verwendet, weist auch der Firmenwortlaut nicht auf einen Leasinggeber hin, und lassen lediglich die Vertragsbestimmungen auf der Rückseite (ohne das Wort "Leasing" zu verwenden) erkennen, dass der Vertragszweck Finanzierungsleasing sein soll, so wird durch den bloßen Hinweis "wir anerkennen die umseitig angeführten Allgemeinen Vertragsbedingungen" der vordergründig präsentierte Vertragstyp (Mietvertrag über eine bewegliche Sache) heimlich in einen anderen, nämlich in einen Leasingvertrag, umfunktioniert."*³⁴² Eine derartige Klausel ist somit als nachteilig zu qualifizieren.
- Die Verbindung einer automatischen Vertragsverlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung, die mit einer Verpflichtung der Weiterzahlung der bisherigen Leasingraten in voller Höhe verbunden wird, obwohl bereits eine Vollamortisation erreicht ist.³⁴³

4.2.3 Transparenzgebot

Mit der Regelung des § 6 Abs 3 KSchG wurde der Art 5 Satz 1 der "Vertragsklausel-RL"³⁴⁴ ins österreichische Recht umgesetzt,³⁴⁵ wonach *"dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln stets klar und verständlich*

³⁴¹ OGH 6 Ob 684/85 = JBI 1987, 247 = HS 16.591 = MietSlg 39.061; vgl auch Kap 10.2.

³⁴² So LGZ Wien 45 R 240/81 = MietSlg 33.151 = HS 13.107.

³⁴³ OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2; bei der wortidenten Klausel von einem Verstoß nach § 879 Abs 3 ABGB ausgehend: OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm *Wilhelm*) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140; vgl auch Kap 8.9.

³⁴⁴ RL 93/13/EWG, ABL 1993 L 95, 29.

³⁴⁵ Zum Zeitpunkt der Einführung war noch unklar, ob es überhaupt einer derartigen Regelung bedarf, weil in der österreichischen Rechtsordnung ohnehin § 869 ABGB existierte. Der Gesetzgeber führte dennoch das Transparenzgebot ein, um die Rechtslage richtlinienkonform zu gestalten. Vgl zum damaligen Diskussionstand, ob mit der Einführung des § 6 Abs 3 KSchG Neuerungen verbunden wären: *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 205; *Leitner*, Das Transparenzgebot 57 f jeweils mwN.

abgefasst werden müssen.³⁴⁶ Ist eine Klausel unklar oder unverständlich, so hat dies deren Unwirksamkeit zur Folge. Zweck des Transparenzgebots ist, dass dem Kunden die Rechte und Pflichten klar und durchschaubar dargestellt werden und er deren wirtschaftliche Auswirkungen kennt,³⁴⁷ damit dieser beurteilen kann, worauf er sich einlässt.³⁴⁸ Je gewichtiger der Inhalt einer Klausel für den Verbraucher ist, desto höher ist die Anforderung an die Transparenz.³⁴⁹ Eine Klausel ist dann als intransparent zu qualifizieren, wenn der in der jeweiligen Geschäftsart typische Durchschnittskunde den Inhalt und die Tragweite der Klausel nicht durchschauen kann,³⁵⁰ wobei in bestimmten Fällen eine gewisse Mindestkundigkeit des Verbrauchers unterstellt werden muss, weil andernfalls ganze Branchen ihre juristische Kommunikationsfähigkeit verlieren würden.³⁵¹

Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel findet weder im Verbandsprozess³⁵² noch im Individualprozess³⁵³ statt. Im Gegensatz zur Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB gelangt § 6 Abs 3 KSchG auch bei der Überprüfung im Zusammenhang mit Klauseln, welche die Hauptleistung betreffen, zur Anwendung.³⁵⁴ Weiters stellt das Transparenzgebot auch nicht

³⁴⁶ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 106; *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 1; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 84.

³⁴⁷ Vgl OGH 19.6.2013, 7 Ob 90/13f (unveröffentlicht); *Gelbmann/ Jungwirth/ Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 34.

³⁴⁸ Vgl etwa RIS-Justiz RS0122169; *Leitner*, Transparenzgebot, Privatautonomie, Auslegung, JBI 2011, 428 (431); *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 28.

³⁴⁹ *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 5; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 111.

³⁵⁰ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 111 mwN.

³⁵¹ So OGH 4 Ob 56/03v = ecolex 2003/311 = JBI 2003, 640 = bbl 2003/134 = RdW 2003/610 = wobl 2005/20 im Zusammenhang mit dem Bauvertragsrecht; *Krejci*, Das Transparenzgebot im Verbraucherrecht, VR 2007 H 1-2, 25 (34).

³⁵² Vgl RIS-Justiz RS0111641; RIS-Justiz RS0016590.

³⁵³ Vgl RIS-Justiz RS0122168; aA aber OGH 5 Ob 145/11a = wobl 2011/159 (Anm *Vonkilch*) = immolex 2012/25 (Anm *G. Graf*); abl, dass das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht im Individualverfahren gelten soll: *Vonkilch*, Glosse zu OGH 25.8.2011, 5 Ob 145/11a, wobl 2011, 431 und *G. Graf*, Anmerkung zu OGH 25.8.2011, 5 Ob 145/11a, immolex 2012, 82; OGH 2 Ob 22/12t = JBI 2013, 519 = RdW 2013/279 = JusGuide 2013/29/11333 = ÖBA 2013/1918 = ecolex 2013/206 = AnwBl 2013, 475.

³⁵⁴ *Leitner*, Das Transparenzgebot 54 f; *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 15.

auf den Inhalt der betreffenden Klausel ab, sondern auf das Faktum, wie dem Verbraucher der Inhalt der Klausel unterbereitet wird.³⁵⁵

Aus dem Transparenzgebot sind nach der Rsp des OGH mehrere Einzelgebote abzuleiten:³⁵⁶ das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit; das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen; das Bestimmtheitsgebot; das Gebot der Differenzierung; das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben.³⁵⁷

Das Transparenzgebot hat sich in den letzten Jahren zu einem starken Verbraucherschutzinstrument³⁵⁸ entwickelt und wird zu Recht als "*Motor der Entwicklung der Rsp im AGB-Recht für Verbraucherverträge*"³⁵⁹ bezeichnet.

a) Rsp zum Transparenzgebot

Im Bereich des Leasinggeschäfts hat der OGH ua folgende Klauseln als intransparent qualifiziert:

- Wenn eine Klausel einerseits vorsieht, dass der LN die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten geltend zu

³⁵⁵ Leitner, JBI 2011, 428 (433).

³⁵⁶ OGH 4 Ob 28/01y = SZ 74/52 = ecolex 2001, 438 (Rabl) = ÖBA 2001, 645 (Koziol) = RdW 2001/557 = KRES 1h/31; OGH 1 Ob 241/06g = MietSlg 59.129 = immolex 2007, 211 = wobl 2007/76 (Anm Würth) = HS 38.361 = Zak 2007/384 = ecolex 2007/253 = KRES 1d/99 = JAP 2007/2008/17; OGH 9 Ob 66/08h = EvBI-LS 2009/110 = RdW 2009/656 = KRES 1d/128.

³⁵⁷ So im Zusammenhang mit Leasingbedingungen: OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; RIS-Justiz RS0115219.

³⁵⁸ Für eine analoge Anwendung des Transparenzgebots im Unternehmergeschäft: St. Korinek, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 149 (169); Leitner, Das Transparenzgebot 129 f; Krejci, VR 2007 H 1-2, 25 (31); Schilcher, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in Aicher/Holoubek, Der Schutz von Verbraucherinteressen 124 f; Parapatits, Das Transparenzgebot im Unternehmergeschäft, in Knyrim/Leitner/Perner/Riss, Aktuelles AGB-Recht 58; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 111a; Limberg, ecolex 2009, 292 (293); dagegen: Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 8; Lukas, Schutz unterlegener Unternehmer nach Verbrauchermaßstäben? JBI 2011, 772 (777 f);

³⁵⁹ So Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 107.

machen hat, andererseits aber davon spricht, dass der LN die Abtretung der Gewährleistungsrechte vom LG verlangen kann.³⁶⁰

- Wenn der Text des § 5 Abs 2 VerbraucherkreditVO aF gekürzt wiedergegeben wird und nicht darauf verwiesen wird, dass infolge einer vorzeitigen Rückzahlung nicht nur auf die Interessen des LG sondern auch auf die Interessen des LN Bedacht zu nehmen ist. Diesfalls erhält der LN keine verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition.³⁶¹
- Wenn es für den LN unklar ist, welchen Inhalt die Gewährleistungs- und Garantieansprüche haben, die zwischen LG und Lieferant vereinbart wurden und diese in der Folge dem LN mit der Verpflichtung zur Geltendmachung derselben abgetreten werden.³⁶² Dasselbe gilt beim Finanzierungsleasing für Klauseln, wonach "*gesetzliche Gewährleistungsansprüche des Mieters gegen den Vermieter unberührt bleiben*", weil der LN dann davon ausgehen könnte, dass den LG gleich wie einen Vermieter eine Erhaltungspflicht trifft. Beim Finanzierungsleasing sind jedoch keine eigenen Gewährleistungsregeln gesetzlich normiert.³⁶³
- Wenn Datenweitergabeklauseln keinen Hinweis auf die gesetzliche Möglichkeit eines Widerrufs zur Zustimmung der Weitergabe enthalten,³⁶⁴ die Zustimmungserklärung nicht § 4 Z 14 DSGVO entspricht und unklar bleibt, an wen der LG Daten weitergeben darf³⁶⁵ bzw

³⁶⁰ So OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein) zu Klausel 5.

³⁶¹ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 22.

³⁶² So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 6.

³⁶³ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 6.

³⁶⁴ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 25; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 27; OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240 zu Klausel 53.

³⁶⁵ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 27; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide

welchen konkreten Dritten welche konkreten Daten weitergegeben werden sollen.³⁶⁶

- Wenn die Zustimmung zur Entbindung vom Bankgeheimnis in Leasing-AGB aufgenommen und somit der irreführende Eindruck erweckt wird, dass die Klausel bereits dadurch Vertragsinhalt wird, obwohl § 38 Abs 1 BWG voraussetzt, dass die Erklärung über die Entbindung vom Bankgeheimnis vom Kunden (also vom LN) unterschrieben werden muss. Zusätzlich verstößt es gegen das Transparenzgebot, wenn der LN nicht darauf hingewiesen wird, dass er diese Zustimmungserklärung widerrufen kann.³⁶⁷
- Wenn im Zusammenhang mit der Verpflichtung des LN zum Ersatz von Betreuungskosten/Mahnspesen und/oder Verwertungskosten nicht darauf hingewiesen wird, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssen.³⁶⁸

b) Salvatorische Klauseln

Der Zweck einer salvatorischen Klausel liegt darin, Vorsorge für die Anpassung einer Bestimmung zu treffen, wenn sich herausstellt, dass die

2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 33; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 38; OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240 zu Klausel 53.

³⁶⁶ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 25.

³⁶⁷ So OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Koziol*) zu Klausel 43: *"Der Leasingnehmer erklärt sein Einverständnis, dass der Leasinggeber dem Mitschuldner des gegenständlichen Vertrags anlässlich seiner Vertragsunterzeichnung zu dem vorliegenden Leasingvertrag umfassende Auskunft über die finanzielle Situation des Leasingnehmers, einschließlich der vom Leasinggeber eingeholten KSV- und Handelsauskünfte zum Zwecke der Aufklärung des Mitschuldners gemäß § 25c KSchG erteilt"*.

³⁶⁸ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 8; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 31; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 27; vgl Kap 10.4.

ursprüngliche Regelung ganz oder teilweise unwirksam ist.³⁶⁹ Salvatorische Klauseln treten in Leasing-AGB entweder in der Form von Reduktionsklauseln, die etwa einen Inhalt wie "soweit gesetzlich zulässig"³⁷⁰ haben oder in der Form von Ersetzungsklauseln auf.³⁷¹ Ersetzungsklauseln lauten zB wie folgt: "Eine unwirksame Bestimmung ist durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung weitestmöglich entspricht."³⁷²

Im Anwendungsbereich des § 6 Abs 3 KSchG wird von einer Unzulässigkeit derartiger salvatorischer Klauseln ausgegangen,³⁷³ weil sie den Inhalt der AGB verschleiern und somit intransparent sind.³⁷⁴ Reduktionsklauseln würden nämlich den Verbraucher verpflichten, festzustellen, worin der nun der Regelungsinhalt der mitunter komplizierten Regelung besteht, um sich einen Überblick über seine Rechte zu verschaffen.³⁷⁵ Dem Verbraucher würde so das Risiko aufgebürdet, die mitunter bestehende Rechtswidrigkeit der Regelung zu erkennen.³⁷⁶ Im Zusammenhang mit Ersetzungsklauseln wäre der Verbraucher verpflichtet,

³⁶⁹ So Weyer, Salvatorische Klauseln und geltungserhaltende Reduktion, in FS Jürgen F. Baur 681.

³⁷⁰ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 26: "Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Klagenfurt, sofern eine derartige Vereinbarung gesetzlich möglich ist."

³⁷¹ Leitner, Das Transparenzgebot 111 mwN.

³⁷² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 26 Satz 2; Leitner, Das Transparenzgebot 120; für die Wirksamkeit derartiger Ersetzungsklauseln hingegen G. Graf, Auswirkungen des Transparenzgebots, ecolex 1999, 8 (10); für die Wirksamkeit, wenn sie nicht weit von der letztlich als unwirksam erkannten Klausel abweicht: St. Korinek, JBI 1999, 149 (162).

³⁷³ Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 118 mit weiteren Rsp-Nachweisen; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 301.

³⁷⁴ Leitner, Das Transparenzgebot 114 mwN; Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 13.

³⁷⁵ St. Korinek, JBI 1999, 149 (162); Leitner, Das Transparenzgebot 114 mwN; ders, Erscheinungsformen intransparenter AGB-Gestaltung, RdW 2003, 125 (128); ders, JBI 2011, 428 (434); Krejci in FS Jelinek 154, der darauf verweist, dass solche Gestaltungsmethoden schon dem Geist des § 864a ABGB widersprechen; Tschaler, Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, 281 (289), der jedoch von einer Zulässigkeit ausgeht, wenn die Klausel konkrete Regelungen bezüglich der wesentlichen Punkte enthält und die genaue Bezeichnung sämtlicher Einzelfälle und Ausnahmen nicht zumutbar ist.

³⁷⁶ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 26.

durch Abgabe einer Erklärung, die für ihn nicht vorhersehbar ist, einer Vertragsänderung zuzustimmen.³⁷⁷ Zudem ist kaum vorstellbar, wie der Zweck einer unwirksamen Bestimmung durch eine zulässige Bestimmung erreicht werden kann.³⁷⁸

Im Unternehmergeschäft wird von der Zulässigkeit von salvatorischen Klauseln ausgegangen.³⁷⁹ In der Literatur wird jedoch darauf hingewiesen, dass salvatorische Klauseln im Unternehmergeschäft schon *per se* überflüssig sind, weil bereits die anzuwendende geltungserhaltende Reduktion zu entsprechenden Ergebnissen führt.³⁸⁰

³⁷⁷ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 26 Satz 2.

³⁷⁸ So OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 zu Klausel 35; zust: *Böhm*, Miete und Konsumentenschutz III, immolex 2007, 166 (170).

³⁷⁹ Dasselbe gilt wohl auch für salvatorische Klauseln, wenn diese von Privatpersonen eingesetzt werden.

³⁸⁰ So *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 301.

4.3 Inhaltskontrolle

4.3.1 § 879 Abs 3 ABGB

Die inhaltliche Kontrolle von Hauptleistungspflichten ist gemäß den §§ 879 Abs 1 und 4 sowie § 934 ABGB vorzunehmen,³⁸¹ wobei der Begriff der Hauptleistung nach der Rsp möglichst eng zu verstehen ist³⁸² und nur die erstmalige, individuelle ziffernmäßige Festlegung derselben berücksichtigt.³⁸³ Demgegenüber erfasst die Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB nur Nebenstimmungen des Vertrags. Derartige Nebenbestimmungen sind jedenfalls dann nichtig, wenn sie den anderen Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände gröblich benachteiligen.

Für die Inhaltskontrolle sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich.³⁸⁴ Zur Beurteilung der gröblichen Benachteiligung ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, die die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt.³⁸⁵ Im Rahmen eines beweglichen Systems wird zum einen auf das Ausmaß der objektiven Äquivalenzstörung und zum anderen auf das Maß der "verdünnten Willensfreiheit" abgestellt.³⁸⁶ Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners schon dann vor, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt,³⁸⁷ wobei sich eine sachliche Rechtfertigung aus der Natur des Geschäfts ableiten kann. So wurde etwa im Zusammenhang mit Gefahrtragungsregeln in Leasingverträgen, die von den für die Beurteilung in

³⁸¹ Vgl etwa *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 237; *Bollenberger* in KBB³ § 879 Rz 22; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 879 Rz 19; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 288; *Perner*, *ecolex* 2009, 288 (289).

³⁸² Vgl RIS-Justiz RS0016908; RIS-Justiz RS0016931.

³⁸³ *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 238; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 288.

³⁸⁴ Vgl RIS-Justiz RS0016913; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 240; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 879 Rz 20; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 879 Abs 3 Rz 31.

³⁸⁵ Vgl RIS-Justiz RS0016913; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 240.

³⁸⁶ Vgl RIS-Justiz RS0016914.

³⁸⁷ *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 279; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 879 Rz 20; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 879 Abs 3 Rz 16 ff.

Betracht kommenden mietrechtlichen Gefahrtragungsregeln abwichen, ausgesprochen, dass dies wegen des Wesens des Leasingvertrags gerechtfertigt sei.³⁸⁸

Für den Fall, dass gesetzliche Regelungen fehlen, liegt eine gröbliche Benachteiligung dann vor, wenn die Rechtspositionen der Vertragspartner in einem groben Missverhältnis stehen.³⁸⁹

Ferner wird eine gröbliche Benachteiligung in den Fällen bejaht, in denen im Ergebnis die Kardinalpflichten abbedungen werden und somit die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.³⁹⁰ Beim Finanzierungsleasing, bei dem den LG die Hauptpflicht trifft, dem LN zu Beginn des Leasingvertrags ein LO zur Verfügung zu stellen, welches zum vereinbarten Gebrauch tauglich ist,³⁹¹ wird eine gröbliche Benachteiligung bspw bejaht, wenn der LG versucht, seine Hauptleistungspflicht durch Gefahrtragungsregeln oder Freizeichnungsklauseln auszuhöhlen.³⁹²

4.3.2 Gröblich benachteiligende Klauseln in Leasingverträgen

Die Rsp qualifizierte im Zusammenhang mit Leasingverträgen ua folgende Klauseln als gröblich benachteiligend:

- Die Verpflichtung des LN bei einem Kilometerleasingvertrag dem LG Mehrkilometer abzugelten, während Minderkilometer nicht zugunsten des LN berücksichtigt werden.³⁹³
- Die Verpflichtung des LN, Service- und Reparaturarbeiten ausschließlich in der Herstellervertragswerkstätte durchzuführen.³⁹⁴

³⁸⁸ Vgl etwa OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht).

³⁸⁹ Vgl RIS-Justiz RS0016914; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 240; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 879 Abs 3 Rz 20; *Kolmasch* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 879 Rz 20; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 280; *Bollenberger* in KBB³ § 879 Rz 23.

³⁹⁰ *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 246c; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 879 Abs 3 Rz 22; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 283.

³⁹¹ Vgl FN 501.

³⁹² Vgl Rsp-Nachweise auf S 100 ff.

³⁹³ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 8.8.2.

³⁹⁴ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 7.4.2.

- Wenn der LN bei Leasingvarianten, in denen er das Restwertrisiko trägt, im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Vertragsbeendigung einen allfälligen Mindererlös zu 100% zu tragen hat und an einem allfälligen Mehrererlös hingegen nur zu 75% beteiligt wird.³⁹⁵
- Wenn im Zusammenhang damit, dass der LN Einbauten und Fahrnisse anlässlich der Vertragsbeendigung zu entfernen hat, bestimmt wird, dass derartige Einbauten und Fahrnisse entschädigungslos in das Eigentum des LG übergehen, wenn sie vor der Rückgabe des LO nicht vom LN entfernt werden.³⁹⁶
- Wenn der LN bei Beendigung des Leasingvertrags für jeden angefangenen Monat ein Benützungsentgelt in der Höhe der letzten Leasingrate zu entrichten hat.³⁹⁷
- Wenn dem LG bei Beendigung des Leasingvertrags freies Ermessen zukommen soll, wo der LN das LO zurückzustellen hat.³⁹⁸
- Wenn der LG berechtigt sein soll, eingehende Zahlungen des LN ungeachtet entgegenstehender Widmungen nach seinem Ermessen für fällige Verpflichtungen aller Art des LN zu verwenden.³⁹⁹
- Wenn der LG berechtigt sein soll, jederzeit auf Kosten des LN zu überprüfen, ob der LN seinen Benützungs- und Instandhaltungspflichten nachkommt.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Vgl Rsp-Nachweise in 8.7.1.

³⁹⁶ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 12; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 10; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 18 Satz 2; OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zu Klausel 27; vgl Kap 8.4.4.

³⁹⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 17 letzter Absatz; OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 1; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 28;

³⁹⁸ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 8.4.2.

³⁹⁹ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 11.

⁴⁰⁰ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 16.

- Wenn der LG für den Fall, dass der LN mit der Rückstellung des LO in Verzug gerät, sich unmittelbar und auch gegen den Willen des LN Besitz am LO verschaffen kann, wobei der LN auf die Erhebung einer Besitzstörungsklage verzichtet.⁴⁰¹
- Wenn dem LG ein ordentliches Kündigungsrecht während der Grundvertragsdauer zukommen soll, während der LN auf sein Kündigungsrecht verzichtet.⁴⁰²
- Wenn der LG im Fall des Verzugs des LN bei aufrehtem Vertrag kumulativ zur sofortigen Fälligestellung sämtlicher noch ausstehender Leasingraten berechtigt sein soll und dem LN endgültig die Nutzung am LO entzogen werden kann, ohne dass der LN nach Begleichung der Raten erneut Anspruch auf Benützung des LO hat.⁴⁰³

⁴⁰¹ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 10.6.3.

⁴⁰² OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 2.

⁴⁰³ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 10.5.4.

4.4 Verbandsklageverfahren

Der Zweck der Verbandsklage ist, den Rechtsverkehr vor der Verwendung rechtswidriger und unzulässiger Klauseln zu schützen, derartige Klauseln präventiv aus dem Rechtsverkehr zu ziehen⁴⁰⁴ und Verbrauchern das Prozessrisiko abzunehmen.⁴⁰⁵ Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen,⁴⁰⁶ auch wenn eine kundenfreundlichere Auslegung der Klausel möglich wäre.⁴⁰⁷ Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden.⁴⁰⁸ Auf den Umstand, dass eine Klausel in der Praxis anders gehandhabt wird, ist nicht Bedacht zu nehmen.⁴⁰⁹

In den letzten Jahren sind etliche Verbandsklageentscheidungen im Zusammenhang mit Leasingbedingungen ergangen, wobei auffallend ist, dass die AGB-Kontrolle in jüngerer Zeit stark durch Verbandsklagen geprägt war. Nachfolgend wird auf die jüngere Rsp im Zusammenhang mit dem Begriff "Verwender" eingegangen und es wird gezeigt, dass der Begriff des "Verwenders" in bestimmten Leasingkonstellationen zu erweitern ist. Darüber hinaus wird die jüngere Rsp des OGH, unter welchen Voraussetzungen Unterlassungserklärungen als ausreichend angesehen werden, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen und die Kritik der Lehre an dieser Rsp dargestellt.

4.4.1 Verwender von AGB

⁴⁰⁴ *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 502.

⁴⁰⁵ *Krejci* in Rummel³ §§ 28-30 KSchG Rz 2; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 1.

⁴⁰⁶ Ständige Rsp: vgl RIS-Justiz RS0016590.

⁴⁰⁷ *Kathrein* in KBB³ § 28 KSchG Rz 5 mwN.

⁴⁰⁸ Vgl RIS-Justiz RS0038205.

⁴⁰⁹ So OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*); *Krejci* in Rummel³ §§ 28-30 KSchG Rz 8; *Kathrein* in KBB³ § 28 KSchG Rz 3.

Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann gegen einen Unternehmer eine Unterlassungsklage erhoben werden, wenn er im geschäftlichen Verkehr gesetzeswidrige oder gegen die guten Sitten verstoßende Bedingungen in AGB oder in Vertragsformblättern verwendet. Allgemein wird unter dem Verwender derjenige verstanden, der die AGB bzw Vertragsformblätter im geschäftlichen Verkehr benutzt bzw benutzen will.⁴¹⁰ Der Organwalter einer juristischen Person, der Rechtsanwalt des Klauselverwenders⁴¹¹ oder der Stellvertreter bzw Gehilfe der natürlichen Person, die die AGB in den Vertrag einbeziehen möchte, ist nach der Literatur⁴¹² nicht als Verwender anzusehen. Die Unterlassungsklage kann aber dann gegen den Stellvertreter gerichtet werden, wenn dieser ein erhebliches Eigeninteresse an der Verwendung zeigt. Bejaht wird dies bei Inkassobüros, die zwar als Vertreter des betreibenden Gläubigers handeln, dabei aber die eigenen AGB zum Abschluss der Vereinbarungen für die Forderungseintreibung verwenden.⁴¹³

a) Erweiterung des Begriffs "Verwender"

In der Rsp hat der Begriff des Verwenders in letzter Zeit eine sinnvolle Erweiterung erfahren. Auch eine Hausverwalterin, der umfangreiche Verwaltungsaufgaben und Entscheidungskompetenzen wie einer Vermieterin zukamen, wurde in einem Verbandsklageverfahren als Verwenderin angesehen.⁴¹⁴ Dieses Ergebnis des OGH stößt auch in der Literatur auf Zustimmung,⁴¹⁵ *Riss*⁴¹⁶ schlägt aber eine differenzierte Betrachtungsweise vor. Seiner Ansicht nach ist eine Hausverwalterin hinsichtlich jener Klauseln, die zB

⁴¹⁰ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a; *Kathrein* in KBB³ § 28 KSchG Rz 2; *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 75.

⁴¹¹ Außer der Anwalt empfiehlt die von ihm verfassten AGB mehreren Klienten: *Apathy* in Schwimann³ §§ 28-30 KSchG Rz 4; *Lindacher* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ § 1 UKlaG Rz 41; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 506; *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 85.

⁴¹² *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 75; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a; *Krejci* in Rummel³ § 30 KSchG Rz 19.

⁴¹³ *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 76; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a.

⁴¹⁴ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45.

⁴¹⁵ *Apathy*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 110/08x, ÖBA 2009, 472 (473); *Perner*, *ecolex* 2009, 288; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a.

⁴¹⁶ In Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 (64); *ders*, Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verbandsklageverfahren nach § 28 KSchG, RdW 2007, 395.

Verzugszinsen und Konventionalstrafen betreffen, die an den Vermieter zu bezahlen sind, nicht als Verwenderin anzusehen, weil bei solchen Klauseln kein erhebliches Eigeninteresse erkennbar ist.⁴¹⁷ Dem ist mE nicht zu folgen. Auch wenn die Hausverwalterin nicht Nutznießerin aller inkriminierten Klauseln ist, so hat sie dennoch ein erhebliches Eigeninteresse im Hinblick darauf, dass ihr die Vertragsdurchführung mit den Mietern erleichtert wird und sie daher vom Rationalisierungseffekt der AGB profitiert.

Ebenso wurde in einer Entscheidung betreffend Leasing-AGB⁴¹⁸ ein LG als Verwender angesehen, obwohl Teile der inkriminierten Klauseln nicht in seinen AGB enthalten, jedoch Bestandteil seiner Tochterunternehmen waren. Begründet wurde dies damit, dass der LG auch bei den Verträgen, die seine Tochterunternehmen abschlossen, die Rechte und Pflichten eines Vertragspartners zukamen und er in die Vertragsgestaltung involviert war.⁴¹⁹

b) "Verwender" im Leasinggeschäft

Im Leasinggeschäft wird man mE den Begriff des Verwenders auch auf den Lieferanten, der dem LG gemäß § 1313a ABGB⁴²⁰ zurechenbar ist, ausdehnen können. Dies wird vor allem in der Fallkonstellation zu bejahen sein, in der der Lieferant in die Vertragsverhandlung eingebunden ist und die AGB für den Leasingvertrag zwischen LG und LN zur Verfügung stellt, soweit die AGB den Lieferanten jeweils auch im Verhältnis seines Pflichtenprogramms zum LN begünstigen.⁴²¹ Da dem LN die Gewährleistungsansprüche des LG abgetreten werden und es gewollt ist, dass sich der LN in erster Linie an den Lieferanten hält, wenn etwa eine Verbesserung des LO nötig ist, profitiert gerade der Lieferant vom Rationalisierungszeck der AGB. Umgekehrt wird man auch den LG

⁴¹⁷ Vgl FN 416.

⁴¹⁸ OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760; zust *Apathy*, ÖBA 2009, 473; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a; *Kathrein* in KBB³ § 28 KSchG Rz 2.

⁴¹⁹ OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760.

⁴²⁰ Für eine generelle Ausdehnung des Unterlassungsanspruchs auf Gehilfen: *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a.

⁴²¹ *Lindacher* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁵ § 1 UKlaG Rz 29 bejaht die Verwendereigenschaft im Verhältnis Architekt, Bauunternehmer und Bauherr in Bezug auf den Architekten.

als Verwender qualifizieren können, soweit er die Lieferanten-AGB in seinen Leasingvertrag mit dem LN als Verbraucher einbezieht und soweit ihn diese in seinem Pflichtenprogramm zum LN begünstigen. Man denke hier nur an Lieferanten-AGB, die eine Rügeobliegenheit⁴²² im Verhältnis zum LN vorsehen.

c) Folgen der Erweiterung des Begriffs "Verwender"

Dringt ein klageberechtigter Verband mit einer Unterlassungsklage durch, so darf der Verwender die unzulässigen AGB im Rahmen der Vertragsbeziehung zum Verbraucher nicht mehr verwenden. Der Unterlassungsanspruch gegen den Stellvertreter bzw in den oben angeführten Leasingkonstellationen gegen den LG/Lieferanten besteht im Falle der Erstverwendung der AGB (dh dass er künftig keine Verträge mit den inkriminierten AGB abschließen darf) im selben Ausmaß wie gegenüber der unmittelbaren Vertragspartei. Darüber hinaus darf er ebenso wie die unmittelbare Vertragspartei diese Klausel nicht weiterverwenden, dh sich im Rahmen des laufenden Vertragsverhältnisses darauf berufen, soweit der Stellvertreter die inkriminierte Klausel selbst in den Vertrag einbezogen hat.⁴²³

Fraglich ist, ob sich der Stellvertreter auch dann nicht auf die Klausel berufen darf, wenn er gar nicht am ursprünglichen Vertragsabschluss beteiligt war und erst später in die Vertragsabwicklung involviert wurde. Im Leasingverhältnis kann hier mE die Konstellation dienen, dass der ursprüngliche LG durch einen neuen LG (oder der ursprüngliche Lieferant durch einen anderen) zB im Wege der Vertragsübernahme ersetzt wird. *Riss* ist der Meinung, dass dem Stellvertreter im Rahmen der Unterlassungsklage nicht verboten werden kann, sich auf eine Klausel zu berufen, wenn er nicht in den Vertragsabschluss einbezogen war. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass diesfalls die Umstände bei Vertragsabschluss nicht mehr entsprechend beachtet würden.⁴²⁴

⁴²² Zur Frage der Zulässigkeit der Rügeobliegenheit im Verbrauchergeschäft vgl Kap 6.1.3.

⁴²³ *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 98; *Riss*, RdW 2007, 396.

⁴²⁴ *Riss*, RdW 2007, 396 f.

Dem ist mE nicht zu folgen. Der OGH⁴²⁵ hat beispielsweise im Fall einer Vertragsübernahme, im Zuge derer ein Verbraucher in den Vertrag eingetreten ist, der ursprünglich als Unternehmergegeschäft abgeschlossen war, ausgesprochen, dass im Verhältnis zwischen Restpartei und Neupartei nunmehr die Regeln des KSchG gelten und dass nicht gesagt werden könne, dass das KSchG nur für neu abgeschlossene Verträge gelten soll.⁴²⁶ Es kann daher der Fall eintreten, dass bisher gültige Klauseln ungültig werden.

Wenn man diesen Gedanken des Verbraucherschutzes auf den Stellvertreter, der erst später in die Vertragsabwicklung involviert wurde bzw auf die oben angeführten Leasingkonstellation umlegt, gelangt man zur Lösung, dass sich auch der Stellvertreter nicht auf die inkriminierte Klausel berufen darf.⁴²⁷ In der Praxis wird es nämlich gerade oft der Stellvertreter sein, der ein besonderes Interesse daran hat, sich auf eine unzulässige Klausel zu berufen.

4.4.2 Das Abmahnverfahren

Nach § 28 Abs 2 KSchG steht den nach § 29 KSchG klagslegitimierten Verbänden die Möglichkeit offen, vor Erhebung einer Unterlassungsklage ein nicht verpflichtendes Abmahnverfahren durchzuführen. Ziel des Abmahnverfahrens ist eine außergerichtliche Streitbeilegung und letztlich eine Entlastung der Gerichte.⁴²⁸ Gemäß § 28 Abs 2 KSchG fällt die Wiederholungsgefahr und somit die Voraussetzung für die Unterlassungsklage weg, wenn der vom Verband abgemahnte Verwender oder Empfehler der beanstandeten AGB eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt. In der Praxis wird meist eine Konventionalstrafe

⁴²⁵ In 4 Ob 119/03h = MietSlg 55.200 = KRES 1a/47 = ecolex 2004/2 = RdW 2004/177 = ÖJZ 2004/36 (EvBl) = VRInfo 2004 H 4, 3.

⁴²⁶ Vgl FN 425.

⁴²⁷ So auch *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 5a.

⁴²⁸ *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 143; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 40; OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3; OGH 5 Ob 138/09v = ÖBA 2010/1634 (Anm *Koch*) = RdW 2010/36 = ecolex 2010/76 = VRInfo 2009 H 12, 13 = JusGuide 2009/53/7154 = ZFR 2010/42 mwN; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; krit, weil eine Entlastung in den Gesetzesmaterialien nicht betont werde: *Riss*, Verbandsklage: Einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, RdW 2009, 695 (699).

von € 720 pro Klausel und Verstoß verlangt.⁴²⁹ Der OGH hat in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass bei einer Angemessenheitskontrolle der Vertragsstrafe sowohl auf die Größe des Unternehmens, die Verbreitung der AGB als auch auf den Schweregrad des zu befürchtenden Eingriffs in die Verbraucherrechte abgestellt werden muss.⁴³⁰ Demnach wurde eine Vertragsstrafe von € 100 pro Verstoß und Klausel bei einer Hausverwaltung, die 600 Objekte betreut, aufgrund der Größe des Unternehmens als unzureichend beurteilt.

Weigert sich der Verwender oder Empfehler eine derartige strafbesicherte Unterlassungserklärung binnen angemessener Frist⁴³¹ abzugeben, gilt die Wiederholungsgefahr für das nachfolgende Gerichtsverfahren als indiziert. Wird etwa eine Unterlassungserklärung bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz nicht abgegeben, so liegt die Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG vor.⁴³²

4.4.3 Rsp zu den Unterlassungserklärungen

Der OGH hatte in den letzten Jahren mehrmals Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, unter welchen Voraussetzungen Unterlassungserklärungen als ausreichend angesehen werden, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Ganz allgemein gilt, dass Unterlassungserklärungen, die Einschränkungen und/oder Bedingungen bzw Zusätze⁴³³ enthalten, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen können. Das war auch in der Entscheidung des OGH 4 Ob 227/06w

⁴²⁹ *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 155; *Langer*, Wiederholungsgefahr in § 28 KSchG, *ecolex* 1999, 636 (637); *ders* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 47; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 509; *Bollenberger*, Abmahnung von AGB nach § 28 Abs 2 KSchG: Wie können einsichtige Unternehmer noch reagieren? RdW 2010, 442.

⁴³⁰ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45.

⁴³¹ Diese beträgt in der Regel 14 Tage: *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 155; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 48; *Apathy* in Schwimann³ §§ 28-30 KSchG Rz 7.

⁴³² So der OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Kozio*) im Zusammenhang mit Leasingbedingungen.

⁴³³ Die Wiederholungsgefahr fällt nicht weg, wenn das abgemahnte Leasingunternehmen textmäßig zwar eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgibt, diese aber mit dem Zusatz verbindet, dass sich das Leasingunternehmen erst rund 2,5 Monate später als gefordert zur Zahlung einer Konventionalstrafe bei Zuwiderhandeln verpflichten will: vgl OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Kozio*).

der Fall, in der sich die Verwenderin zwar verpflichtete, eine inkriminierte Klausel und sinngleiche Klauseln zu unterlassen, jedoch einen Teil der anfangs inkriminierten Klausel von der Unterlassungsverpflichtung ausgenommen hat.⁴³⁴ In einer nachfolgenden Entscheidung⁴³⁵ im Zusammenhang mit Leasingbedingungen hatte der LG eine Unterlassungserklärung⁴³⁶ abgegeben, die von der VKI- Musterunterlassungserklärung⁴³⁷ abwich. Die Unterlassungserklärung war nicht in der üblichen Klarheit verfasst, die inkriminierten Klauseln nicht mehr zu gebrauchen und sich auch nicht mehr auf diese zu berufen.⁴³⁸ Darüber hinaus hat die Verwenderin auch Ersatzklauseln angeführt. Der OGH erachtete die von der Verwenderin abgegebene Erklärung, künftig nur mehr nach den neuen AGB vorzugehen, nicht als ausreichend, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Nach der Ansicht des OGH stellte die Erklärung gerade keine einer unbedingten und vollständigen Unterlassungserklärung gleichwertige Handlung dar.⁴³⁹

Weiters hatte der OGH im Rahmen von Leasingbedingungen,⁴⁴⁰ Sparbuchbedingungen⁴⁴¹ sowie Mietvertragsbedingungen⁴⁴² folgende

⁴³⁴ OGH 4 Ob 227/06w = HS 38.472 = RdW 2007/677 = MR 2007, 222.

⁴³⁵ OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760.

⁴³⁶ "[Das Unternehmen verpflichtet sich], dass bei bestehenden Verträgen und bei den während der Aufbrauchsfrist geschlossenen Verträgen ausschließlich im Sinn der neuen AVB vorgegangen werde und nach Ablauf der Aufbrauchsfrist allen neuen Verträgen die neuen AVB zugrunde gelegt würden".

⁴³⁷ "[Das Unternehmen verpflichtet sich], die Verwendung der folgenden Klauseln oder die Verwendung folgender sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln – soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern zugrunde gelegt wurden – nicht zu berufen. Auf Wunsch des genannten Unternehmens wird diesem von dem genannten Verband eine Aufbrauchsfrist für die alten – inkriminierten Klauseln eingeräumt. Das Unternehmen verpflichtet sich im Gegenzug, sich auf die genannten Klauseln gegenüber Verbrauchern jedenfalls nicht zu berufen"; vgl. Mustererklärung in *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage 238.

⁴³⁸ *Riss*, RdW 2009, 697.

⁴³⁹ OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760.

⁴⁴⁰ OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620; OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm *Kozioł*).

⁴⁴¹ OGH 5 Ob 138/09v = ÖBA 2010/1634 (Anm *Koch*) = RdW 2010/36 = ecolex 2010/76 = VRInfo 2009 H 12, 13 = JusGuide 2009/53/7154 = ZFR 2010/42.

⁴⁴² OGH 2 Ob 73/10i = EvBl 2011/66 = MietSlg 62.095 = JBI 2011, 175 (Anm *Mayrhofer*) = immolex 2011, 81 (Anm *Prader/Böhm*) = JusGuide 2011/05/8397 = VRInfo

Sachverhaltskonstellation zu beurteilen: Die Verwenderin hatte im Rahmen des Abmahnverfahrens eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben und der Unterlassungserklärung neu formulierte, ihrer Meinung nach zulässige Ersatzklauseln bzw. Einschränkungen⁴⁴³ mit der Anmerkung beifügt, dass diese von der Unterlassungserklärung ausgenommen seien. Der OGH ist dem entgegengetreten und gelangte zum Ergebnis, dass es sich hierbei um eine eingeschränkte Unterlassungserklärung handelt, die nicht geeignet sei, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Der Zweck des § 28 Abs 2 KSchG sei darauf ausgerichtet, eine für beide Parteien kostengünstige, die Gerichte entlastende Bereinigung der Sache herbeizuführen und zusätzlich solle für beide Seiten Rechtssicherheit geschaffen werden.⁴⁴⁴ Es würde nämlich auf ein gesetzlich nicht vorgesehenes Genehmigungssystem⁴⁴⁵ hinauslaufen, wenn der klageberechtigte Verein vorab bzw. – wenn der Verwender und der klageberechtigter Verein unterschiedliche Rechtspositionen vertreten – letztlich

2011 H 2, 3 = ecolex 2011/81 = Zak 2011, 116 = wobl 2011, 114 = RdW 2011/135 = AnwBl 2011, 259; OGH 2 Ob 215/10x = EvBl-LS 2012/98 = immoex-LS 2012/32 = ecolex 2012/239 = AnwBl 2012, 307 = Zak 2012, 112 = immoex 2012, 107 (Anm Prader) = immoex 2012,145 (Anm Grau) = immoex 2012, 137 (Anm Prader) = immoex 2012, 141 (Anm Reichholf) = immoex 2012, 134 (Anm Böhm).

⁴⁴³ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele): in diesem Fall hat der LG mit der abgegebenen Unterlassungserklärung mitgeteilt, dass er vorhat, die konsumentenschutzrechtlich unbedenklichen Teile der inkriminierten Klauseln in der Neufassung weiterhin zu gebrauchen; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748: in diesem Fall nannte der LG als Grundlage und Voraussetzung für die der Unterlassungserklärung eine Anerkennung der Ersatzklauseln. Darüber hinaus verlangte der LG einen Art "Freibrief" für künftige Änderungen, sofern nur nicht die von dem LG aufgegebenen Form und Textierung Wiederverwendung fände; die Wiederholungsgefahr wird auch dann nicht beseitigt, wenn neu formulierte Ersatzklauseln mit der Bemerkung beifügt werden, dass diese von der Unterlassungserklärung ausgenommen sein sollen, weil sie als nicht "sinngleich" zu qualifizieren sind: OGH 8 Ob 124/10h = EvBl-LS 2011/173 = ÖBA 2011/1754 = RdW 2011/680.

⁴⁴⁴ OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm Riss) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm Apathy) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein); OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm Koziol).

⁴⁴⁵ OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm Riss) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm Apathy) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3; zust: Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁹ §§ 28-30 Rz 46a, weil das Abmahnverfahren nicht den Sinn hat, dass sich der Verwender indirekt einen "Persilschein" vom klagslegitimierten Verband besorgt.

das Gericht die Ersatzklauseln dahingehend einer Prüfung unterziehen müssen, ob diese denselben gesetzes- oder sittenwidrigen Inhalt haben, wie die ursprünglich inkriminierten Klauseln, bevor sie das Vorliegen der Wiederholungsgefahr prüfen. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob die Ersatzklauseln im Verhältnis zu den ursprünglich beanstandeten Klauseln sinngleich sind oder nicht.⁴⁴⁶

Nur für den Fall, dass der Verwender in seiner Unterlassungserklärung "*Formulierungsvorschläge für künftige Klauseln*" ankündigt und die vorab übernommene Verpflichtung, sich auf die inkriminierten Klauseln nicht mehr zu berufen, nicht einschränkt, liegt ein Fall vor, der die Wiederholungsgefahr ausschließt.⁴⁴⁷

4.4.4 Reaktion der Lehre auf diese Rsp

Die Rsp des OGH ist in der Lehre auf teils heftige Kritik gestoßen. Nach *Apathy*⁴⁴⁸ führt die neuere Judikaturlinie des OGH dazu, dass ein Verwender, der Klarheit haben möchte, ob seine Ersatzklauseln nunmehr gesetzmäßig sind, den klageberechtigten Verband nicht dazu anhalten kann, außergerichtlich oder in einem Gerichtsverfahren die neuen Ersatzklauseln zu prüfen, anstatt ein sinnloses Verfahren über die inkriminierten Klauseln zu führen. Dies hat vor allem dann unerfreuliche Folgen, wenn offenkundig ist, dass die Ersatzklausel zulässig ist.

Als Beispiel kann hierzu folgende Klausel angeführt werden: Der LG hatte in seiner ursprünglich inkriminierten Klausel eine Bindungsfrist für sein Angebot

⁴⁴⁶ Vgl OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620; OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346; OGH 5 Ob 138/09v = ÖBA 2010/1634 (Anm *Koch*) = RdW 2010/36 = ecolex 2010/76 = VRInfo 2009 H 12, 13 = JusGuide 2009/53/7154 = ZFR 2010/42; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 2 Ob 73/10i = EvBl 2011/66 = MietSlg 62.095 = JBI 2011, 175 (Anm *Mayrhofer*) = immolex 2011, 81 (Anm *Prader/Böhm*) = JusGuide 2011/05/8397 = VRInfo 2011 H 2, 3 = ecolex 2011/81 = Zak 2011, 116 = wobl 2011, 114 = RdW 2011/135 = AnwBl 2011, 259; OGH 6 Ob 24/11i = Zak 2012, 396 = immolex-LS 2012/98 = ecolex 2012, 1065 = ÖBA 2012, 833 = EvBl-LS 2013/4 = RdW 2012, 724.

⁴⁴⁷ OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240.

⁴⁴⁸ In Anmerkung zu OGH 2 Ob 153/08a = ÖBA 2010, 125 (126).

von drei Monaten vorgesehen, wofür er auch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgab, in seiner Ersatzklausel hingegen eine Bindungsfrist von vier Wochen.⁴⁴⁹ Obwohl in der Literatur eine Bindungsfrist von vier Wochen für zulässig gehalten wird,⁴⁵⁰ bleibt nach der neueren Rsp dennoch die Wiederholungsgefahr bestehen. Nur dann wenn der LG "Formulierungsvorschläge für künftige Klauseln" in seiner Unterlassungserklärung ankündigt, würde die Wiederholungsgefahr wegfallen.

Gegen das Argument des OGH, dass die Gerichte bzw der klageberechtigte Verband die Ersatzklauseln vorab prüfen müssten, wird vorgebracht, dass dies auch in dem Fall notwendig sei, in dem der Verwender zwar keine Ersatzklausel anführt, diese jedoch später faktisch verwendet. Auch dann müsse der Verband eine Prüfung der Ersatzklauseln durchführen. Wenn der Verwender die Ersatzklauseln jedoch gleich zusammen mit der Unterlassungserklärung anführt, werde es dem Verwender sogar erleichtert, die neuen AGB zeitgerecht in die Hand zu bekommen und einer Prüfung zu unterziehen.⁴⁵¹

Wenn die Verwender, um den Anforderungen der neueren Rsp gerecht zu werden, eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgeben, laufen sie überdies Gefahr, eine überschießende Unterlassungserklärung abzugeben, dh dass sie sich auch zur Unterlassung solcher Klauseln verpflichten, die eigentlich gesetzlich zulässig sind.⁴⁵²

⁴⁴⁹ *Bollenberger*, Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 304 (306).

⁴⁵⁰ Vgl Kap 5.1; *Klicka*, Die große Schlacht ist geschlagen, *ecolex* 2013, 126 (127) gibt ganz allgemein zu bedenken, dass die Grenzziehung in der Praxis hinsichtlich der Frage, wann eine Klausel noch zulässig ist und wann eine gesetzeswidrige Klausel vorliegt, äußerst schwierig ist.

⁴⁵¹ So *Bollenberger*, ÖBA 2010, 308 f; *Riss*, RdW 2009, 697 ff; *Pöchlhacker/Riede*, Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr: Eine Anmerkung zu OGH 13.10.2009, 5 Ob 138/09v = wbl 2010, 217 (218).

⁴⁵² *Bollenberger*, RdW 2010, 442 (443); *ders*, ÖBA 2010, 304 (311); *Apathy*, ÖBA 2010, 125 (126); *Riss*, RdW 2009, 699 f; *ders*, Mietrecht, Verbraucherrecht und Verbandsklageverfahren, wobl 2011, 98 (102); *Kellner*, Die Rechtsnatur der Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 674 (679); *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (483); krit zur Gefahr der überschießenden Unterlassungserklärung: *Böhm*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 73/10i, *immolex* 2010, 86, weil sich die Verpflichtung, in Zukunft eine bestimmte Klausel nicht mehr zu verwenden, auf den Gesamthalt der Klausel, nicht jedoch auf den einzelnen Inhaltspunkt beziehe.

Diese Gefahr besteht mE beim Leasinggeschäft im Besonderen, da dieses bislang nur rudimentäre gesetzliche Regelungen⁴⁵³ erfahren hat und oftmals auch das dispositive Recht des Miet- bzw Kaufrechts nicht eins zu eins auf Leasingkonstellationen angewendet werden kann. Hierzu kann man als Beispiel erneut die Klauseln mit der Bindungsfrist⁴⁵⁴ strapazieren, wonach die Gefahr der überschießenden Unterlassungserklärung droht, wenn sich der Unternehmer verpflichtet, eine maximale Bindungsfrist von drei Wochen in seine AGB aufzunehmen, während zumindest nach der Literatur eine Frist von vier Wochen als gesetzlich zulässig erachtet wird.

Die Gefahr der überschießenden Unterlassungserklärung stellt sich dann nicht, wenn man davon ausgeht, dass "*die Unterlassungserklärung im Regelfall*⁴⁵⁵ *nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbstständige Verpflichtungserklärung zu verstehen ist*",⁴⁵⁶ es sich somit lediglich um ein deklaratives Anerkenntnis⁴⁵⁷ handelt. Von einer solchen Unterlassungserklärung sind nämlich gesetzlich zulässige Klauseln nicht erfasst.⁴⁵⁸ Ein Teil der Lehre⁴⁵⁹ und nunmehr auch der OGH⁴⁶⁰ gehen jedoch davon aus, dass es sich bei der Unterlassungserklärung um ein konstitutives Anerkenntnis oder einen Feststellungsvertrag(-vergleich) handelt.⁴⁶¹ Da sowohl der Feststellungsvertrag(-vergleich) als auch das konstitutive Anerkenntnis einen selbständigen

⁴⁵³ So zB im VKrG. Eine Legaldefinition gibt es hingegen bis jetzt nicht.

⁴⁵⁴ Weitere Beispiele im Zusammenhang mit der Abtretungskonstruktion beim Leasing: *Bollenberger*, ÖBA 2010, 305 f.

⁴⁵⁵ Fraglich bleibt aber wie dann die Ausnahme vom Regelfall aussieht.

⁴⁵⁶ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*); OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240.

⁴⁵⁷ Eher für ein deklaratives Anerkenntnis: *Apathy*, ÖBA 2010, 126.

⁴⁵⁸ OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide 2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240; OGH 8 Ob 124/10h = EvBl-LS 2011/173 = ÖBA 2011/1754 = RdW 2011/680; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*).

⁴⁵⁹ Vgl *Kellner*, ÖBA 2010, 674 (677).

⁴⁶⁰ Jüngst der OGH in 6 Ob 24/11i = Zak 2012, 396 = immolex-LS 2012/98 = ecolex 2012, 1065 = ÖBA 2012, 833 = EvBl-LS 2013/4 = RdW 2012, 724.

⁴⁶¹ Diese Gefahr bejaht auch *Pletzer*, Mietrechtliche "Klauselentscheidung" – die Vierte, Zak 2011, 106 (108).

Verpflichtungsgrund⁴⁶² darstellen, bezieht sich eine überschießende Unterlassungserklärung auch auf gesetzlich zulässige Klauseln.

Im oben genannten Beispiel mit der Bindungsfrist führt dies dazu, dass der Verwender an die Bindungsfrist von drei Wochen auch dann gebunden ist, wenn an sich vier Wochen gesetzlich zulässig sind.

Zusammengefasst ist die jüngere Rsp in den Fällen, in denen der Verwender nicht sinnliche und zulässige Ersatzklauseln anführt und der OGH⁴⁶³ dennoch eine Wiederholungsfahr annimmt, abzulehnen.⁴⁶⁴ Solch eine Vorgehensweise entspricht nicht den Interessen der Beteiligten und führt gerade zu einer Mehrbelastung der Gerichte, weil diese sowohl die inkriminierten alten Klauseln zu prüfen haben als auch die neuen Ersatzklauseln, wenn diese vom Verwender in Verkehr gebracht und vom klagslegitimierten Verband beanstandet werden.⁴⁶⁵

⁴⁶² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 113 u 115; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁴ Rz 5/14.

⁴⁶³ Jüngst bestätigt OGH in 6 Ob 24/11i = Zak 2012, 396 = immolex-LS 2012/98 = ecolex 2012, 1065 = ÖBA 2012, 833 = EvBl-LS 2013/4 = RdW 2012, 724.

⁴⁶⁴ Krit *Iro*, Verstärkter Senat zur Wiederholungsfahr bei KSchG-Verbandsklage – causa finita? RdW 2012, 703.

⁴⁶⁵ So auch *Riss*, RdW 2009, 699.

5 AUSGEWÄHLTE PROBLEME ZU BEGINN DES LEASINGVERHÄLTNISSES

Im Rahmen der Vertragsanbahnung ist es üblich, dass der Lieferant die Leasingvertragsformulare des LG dem LN bereitstellt und diese nach den Richtlinien des LG und den Wünschen des LN im Hinblick auf Leasingdauer und Ratenhöhe vervollständigt. Der so ausgefüllte und unterschriebene Leasingantrag des künftigen LN wird dann gemeinsam mit dem vorbereiteten Liefervertrag an den künftigen LG geschickt. Der LG prüft den Leasingantrag des LN und den Liefervertrag und entscheidet, ob er diese Angebote annimmt.⁴⁶⁶ Im folgenden Kapitel wird ua erörtert, wie lange es zulässig ist, den LN an seinen Antrag zum Abschluss eines Leasingvertrags zu binden.

Ist der Leasingvertrag abgeschlossen, findet die Lieferung des LO im Rahmen des leasingtypischen Dreiecksverhältnisses auf die Weise statt, dass der Lieferant das LO auf Anordnung des LG direkt an den LN liefert. Der Lieferant erfüllt mit der Lieferung seine Hauptleistungspflicht aus dem Liefervertrag mit dem LG und der LG erfüllt mit der Auslieferung an den LN seine Hauptleistungspflicht aus dem Leasingvertrag mit dem LN. In diesem Zusammenhang wird nachfolgend darauf eingegangen, welche Folgen eine Nicht-, Spät- bzw Schlechtlieferung des LO hat, ob bzw inwieweit sich der LG von seiner Hauptleistungspflicht gegenüber dem LN befreien kann und ob der LG einen Anspruch auf Spesenersatz gegenüber dem LN geltend machen kann, für den Fall, dass das Liefergeschäft fehl schlägt. Weiters wird erörtert, ob und unter welchen Voraussetzungen der LN verpflichtet werden kann, das LO abzunehmen.

Der LN wird durch Bestimmungen im Leasingvertrag oftmals dazu verpflichtet, eine Übernahmebestätigung auszustellen, mit der dem LG der Empfang des LO angezeigt wird. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsnatur der Übernahmebestätigung einzugehen sowie die Frage, ob bzw wann Übernahmebestätigungen im Verbrauchergeschäft mit

⁴⁶⁶ *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 5 Rz 10c.

§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG in Konflikt geraten können. Darüber hinaus wird erörtert, gegen wen der LG Schadenersatzansprüche erheben kann, wenn das LO nicht oder nur teilweise geliefert wird und trotzdem eine Übernahmebestätigung ausgestellt wird. Letztlich wird diskutiert, ob der LN sein Recht auf Hauptleistung verliert, wenn er eine wahrheitswidrige Übernahmebestätigung unterfertigt.

5.1 Bindungsklauseln

In AGB wird oft festgehalten, dass der LN eine bestimmte Zeit, meist zwischen drei Wochen und drei Monaten,⁴⁶⁷ an seinen Antrag zum Abschluss eines Leasingvertrags gebunden ist. LG werden mit solchen Klauseln regelmäßig das Ziel verfolgen, eine möglichst lange Bindung des LN an ihre Angebote zu erreichen. Der LG wird an einer möglichst langen Überlegungsfrist interessiert sein, binnen derer er die Bonität des LN und die Liefermöglichkeit des LO überprüfen kann. Obwohl bereits *Schuhmacher*⁴⁶⁸ die Verwendung solcher Bindungsklauseln in Leasingverträgen kritisierte, finden sich 30 Jahre später in vielen Leasingbedingungen solche Formulierungen. Die Frage, wie lange es zulässig ist, den LN an sein Angebot zu binden, war auch Gegenstand der Verbandsklageentscheidungen des OGH.⁴⁶⁹

5.1.1 Verbrauchergeschäft

Im Verbrauchergeschäft sind Vertragsbestimmungen gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG dann unzulässig, wenn der Unternehmer sich eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während der er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist. Diese Bestimmung ist mit § 308 Nr 1 BGB⁴⁷⁰ vergleichbar, der ebenso wie § 6 Abs 1 Z 1 KSchG nur im Verbrauchergeschäft Anwendung findet.⁴⁷¹ (Unter § 6 Abs 2 Z 1 KSchG fallen auch Vereinbarungen, wonach der Verbraucher das

⁴⁶⁷ Vgl OLG Wien 1 R 69/08m = VRInfo 2009 H 2, 3 Klausel 1: "*An diesen Antrag ist der LN drei Monate ab Antragstellung gebunden*".

⁴⁶⁸ In ZVR 1979, 289 (294).

⁴⁶⁹ Vgl OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm Apathy) = ÖBA 2009, 760 Klausel 50: "*Der LN ist an sein Vertragsangebot während der Dauer der vom Lieferanten genannten Lieferfrist, jedenfalls jedoch sechs Wochen gebunden*"; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 Klausel 1: "*Der Mieter ist 90 Tage ab Unterfertigung an sein Angebot gebunden. Ist der Mieter Konsument iSd KSchG, so ist er sechs Wochen ab Unterfertigung an sein Angebot gebunden*"; vgl auch OLG Wien 1 R 69/08m = VRInfo 2009 H 2, 3 Klausel 1: "*An diesen Antrag ist der LN drei Monate ab Antragstellung gebunden*".

⁴⁷⁰ Apathy in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 5; *Mayrhofer/Tangl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 1.

⁴⁷¹ *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Vor §§ 308, 309 Rz 22.

Rücktrittsrecht des § 918 ABGB nur nach Setzung einer Nachfrist, die als unangemessen lang oder nicht hinreichend bestimmt zu qualifizieren ist, ausüben darf⁴⁷²).

Vorauszuschicken ist, dass vertragliche Fristsetzungen, die den Verbraucher enger an den Vertrag binden sollen, nicht per se nichtig sind. Hier ist eine Beurteilung im Einzelfall vorzunehmen. Eine über die in § 862 ABGB vorgesehene hinausgehende Bindung des Verbrauchers an sein Angebot soll nur solange dauern, als es für die Willensbildung auf Seite des Unternehmers angesichts der typischen Umstände des Falles sachlich erforderlich ist.⁴⁷³

a) Rsp und Lehre

Beim Finanzierungsleasing kann eine zeitaufwändige Bonitätsprüfung oder das Erfordernis, dass der LG abklären muss, ob das gewünschte LO auch beschafft werden kann, eine sachliche Rechtfertigung für die Bindung des LN sein. Die in Deutschland hA⁴⁷⁴ erachtet bei Finanzierungsleasingverträgen eine Bindungs- und Annahmefrist von bis zu einem Monat für sachlich gerechtfertigt, eine Frist von zwei Monaten wird jedoch als überlang angesehen.

Auch die österreichische Rsp⁴⁷⁵ hat in Verbandsklageverfahren Bindungsfristen von sechs Wochen und mehr für sachlich nicht gerechtfertigt erachtet. Als Beispiel dient folgende Klausel: *"Der Mieter ist 90 Tage ab*

⁴⁷² *Mayrhofer/Tangl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 13.

⁴⁷³ *Schumacher*, ZVR 1979, 294; *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 26; *ders* in Das Leasinggeschäft 100 f; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 8 mwN.

⁴⁷⁴ *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 5 Rz 13; *ders*, Aktuelle Rechtsfragen aus Finanzierungsleasingverträgen, DStR 2007, 157; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 40; *Hartleb*, Leasingvertragsklauseln und Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz, NZM 1998, 295 (296); *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 59.

⁴⁷⁵ Vgl zu einem Kreditvertrag OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 Klausel 2.29: *"An das vorstehende Angebot bleiben die Kreditnehmer unwiderruflich zwei Monate ab heute gebunden"*; zu Finanzierungsleasingverträgen: OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009, 402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760 Klausel 50: *"Der LN ist an sein Vertragsangebot während der Dauer der vom Lieferanten genannten Lieferfrist, jedenfalls jedoch sechs Wochen gebunden"*; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 Klausel 1; OLG Wien 1 R 69/08m = VRInfo 2009 H 2, 3 Klausel 1: *"An diesen Antrag ist der LN drei Monate ab Antragstellung gebunden"*.

Unterfertigung an sein Angebot gebunden. Ist der Mieter Konsument iSd KSchG, so ist er sechs Wochen ab Unterfertigung an sein Angebot gebunden". Die Benachteiligung ist nach Ansicht des OGH darin zu erblicken, dass der LN innerhalb der langen Bindungsfrist nicht anderweitig disponieren kann, sondern vielmehr abwarten müsse, ob es letztlich zum Abschluss eines Leasingvertrags durch Annahme seines Vertragsoffers kommt. Die vorgesehene Bindungsfrist führe somit zu einer deutlichen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des LN.⁴⁷⁶ Da im Rahmen des Verbandsklageverfahrens das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt, musste der OGH nicht dazu Stellung nehmen, welche Bindungsfrist im Allgemeinen für sachlich gerechtfertigt erachtet wird.

b) Eigene Ansicht

Der Rsp des OGH ist zu folgen. Zusätzlich ist Folgendes anzumerken: Auch wenn – wie zumindest in der deutschen Literatur vertreten wird – ein genereller Richtwert von vier Wochen für die Bindungsfrist gerechtfertigt sein mag, wird es trotzdem Fälle geben, in denen diese Bindungsfrist als überlang eingestuft werden muss. Das ist zB dann der Fall, wenn der LN das LO beim Lieferanten bereits ausgewählt hat und sich bezüglich der Lieferbarkeit mit dem Händler koordiniert hat. Diesfalls muss der LG keine Recherchen mehr in diese Richtung vornehmen, weshalb sich die Bindungsfrist verkürzen müsste. Zudem wird die Dauer der Durchführung einer Bonitätsprüfung durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel erheblich verkürzt, weshalb auch diese nur einige Tage, nicht jedoch ein Monat oder mehr in Anspruch nehmen wird.⁴⁷⁷

5.1.2 Unternehmergegeschäft

a) Lehre

Auch beim Unternehmergegeschäft kann eine überlange Bindung des Antragstellers sittenwidrig sein.⁴⁷⁸ In der Literatur wird etwa vertreten, dass ein

⁴⁷⁶ So OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 zu Klausel 1.

⁴⁷⁷ So auch *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L266; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap L Rz 304; *ders*, Einige Anmerkungen zu den AGB für den Verkauf von fabrikneuen und gebrauchten Kraftfahrzeugen, ZGS 2002, 214.

⁴⁷⁸ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 101.

Unternehmer noch stärker auf den Erhalt und die Nutzung des LO angewiesen ist. Darüber hinaus sei die Schnelllebigkeit des heutigen Geschäftsverkehrs zu beachten, weshalb dieselbe Wertung wie im Verbrauchergeschäft vorzunehmen und somit bloß eine Maximalfrist von vier Wochen zulässig sei.⁴⁷⁹

b) Eigene Ansicht

Dem ist mE nicht zu folgen, da ein Unternehmer nicht in demselben Maße schutzwürdig ist wie ein Verbraucher. Aufgrund größerer Geschäftserfahrung wird ein Unternehmer eher in der Lage sein, seine eigenen Interessen wahrzunehmen und zu beurteilen, ob er einer Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zustimmt. Zudem kann es auf Unternehmerseite aufgrund individueller Umstände gewollt sein, dass eine längere Bindungsfrist vorgesehen ist.

⁴⁷⁹ von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap C Rz 36.

5.2 Lieferpflicht und Lieferstörungen

Im Fall, dass das LO dem LN nicht oder verspätet bzw nur teilweise geliefert wird, stellt sich die Frage, welche Folgen dies auf den Leasingvertrag haben kann.

5.2.1 Lieferstörungen: Unmöglichkeit und Verzug

Die „Nichtleistung“ ist im System des Leistungsstörungenrechts als Unmöglichkeit bzw Verzug zu qualifizieren. Die Abgrenzung ist danach zu ziehen, ob der geschuldeten Leistung ein dauerndes Hindernis entgegensteht oder ob die ordnungsgemäße Erfüllung grundsätzlich möglich ist, der Schuldner (LG) jedoch bei Fälligkeit nicht geleistet hat.

a) Unmöglichkeit

Wenn der Erfüllung ein dauerndes Hindernis entgegensteht, ist von Unmöglichkeit auszugehen, wobei hier wiederum zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu unterscheiden ist. Eine anfängliche Unmöglichkeit kann im Leasinggeschäft zB dann vorliegen, wenn das vereinbarte LO gar nicht mehr produziert wird. Nach einem Teil der Literatur⁴⁸⁰ kann der LN im Fall einer anfänglichen Unmöglichkeit gemäß §§ 932 iVm 923 ABGB wandeln und vom LG den verschuldeten Schaden ersetzt verlangen.⁴⁸¹ Der andere Teil⁴⁸² spricht sich dafür aus, dem LN ein Rücktrittsrecht in analoger Anwendung zu § 920 ABGB einzuräumen. Dieselben Rechte kommen dem LG gegenüber dem Lieferanten in Bezug auf den Liefervertrag zu.

In der Praxis wird es sich im Leasinggeschäft meist um eine nachträgliche Unmöglichkeit handeln, zB dass das LO nach Leasingvertragsabschluss nicht

⁴⁸⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 173 f; *Bollenberger* in *KBB*³ § 878 Rz 2.

⁴⁸¹ Für den Ersatz des Vertrauensschadens: *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 878 Rz 12; für den Ersatz des Erfüllungsinteresses: *Reischauer* in *Rummel*³ § 920 Rz 18.

⁴⁸² So *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 878 Rz 11; *P. Bydlinski*, AT⁵ Rz 7/16 jeweils mwN.

lieferbar ist. Hat der LG oder der Lieferant, der dem LG als Erfüllungsgehilfe zuzurechnen ist,⁴⁸³ die nachträgliche Unmöglichkeit verschuldet oder sonst zu vertreten, kommt dem Gläubiger (LN) ein Wahlrecht gemäß §§ 920 f ABGB zu. Entweder der LN erbringt seine eigene Leistung und verlangt vom LG den Wert der untergegangenen Sache oder der LN tritt vom Vertrag zurück und verlangt das Erfüllungsinteresse.⁴⁸⁴ Geht die Leistung zufällig unter und ist dies weder vom LG, noch vom Lieferanten noch vom LN zu vertreten, führt dies zu einer Vertragsaufhebung⁴⁸⁵ gemäß § 1447 ABGB.⁴⁸⁶

b) Verzug

Obwohl es sich beim Leasing um ein Dauerschuldverhältnis⁴⁸⁷ handelt, sind die §§ 918 ff ABGB anwendbar, wenn das LO noch nicht übernommen wurde. Im Fall des Verzugs ergeben sich im leasingtypischen Dreiecksverhältnis nachfolgende Ansprüche: Der LN kann gegenüber dem LG weiter auf Erfüllung des Leasingvertrags bestehen oder vom Leasingvertrag unter Setzung einer Nachfrist zurückzutreten. Der LG hat seinerseits dieselben Ansprüche gegenüber dem Lieferanten, dh er kann ebenso weiter auf Erfüllung des Kaufvertrags bestehen oder von diesem, wiederum unter Setzung einer angemessenen Nachfrist, zurücktreten. Hat der LG den Verzug verschuldet (bzw der Lieferant, der dem LG gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen ist⁴⁸⁸) kann der LN gegenüber dem LG bei der Erfüllungsvariante den Verspätungsschaden, bei der Rücktrittsvariante Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern.⁴⁸⁹ Dieselben Ansprüche bestehen auch im Verhältnis LG und Lieferant.

⁴⁸³ Vgl Kap 5.2.2.

⁴⁸⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 47 f.

⁴⁸⁵ Der Gläubiger (LN) kann dann weder Erfüllung noch Schadenersatz fordern. Der LG bzw Lieferant hat dem LN aber bereits empfangene Leistungen, wie etwa eine Anzahlung auf das LO, zurückzuerstatten. Für den Fall, dass dem LG infolge der Unmöglichkeit eine Leistung zugekommen ist, wie etwa die Versicherungssumme für das untergegangene LO, kann der LN die Erfüllung des Vertrags und die Herausgabe des stellvertretenden Commodums verlangen. Der LN hat aber dann auch seine eigene Leistung zu erbringen: vgl allgemein *Griss* in *KBB*³ § 1447 Rz 7.

⁴⁸⁶ Vgl allgemein *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 920 Rz 5.

⁴⁸⁷ Vgl auch FN 764.

⁴⁸⁸ Vgl FN 503 und 506.

⁴⁸⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 52 ff.

Gerät der LG bzw der Lieferant mit einer Teilleistung in Verzug, so ist nach der Teilbarkeit der Gesamtleistung zu unterscheiden (die sich nach dem Parteiwillen richtet⁴⁹⁰) ob es zu einem Gesamt- oder Teilrücktritt kommt. Eine Leistung ist dann teilbar, wenn LG und LN den Vertrag auch über einen Teil gegen entsprechend geringere Gegenleistung, aber sonst unter denselben Bedingungen geschlossen hätten.⁴⁹¹ Ist die Leistung unteilbar, so kann der Gläubiger (hier der LN) vom gesamten Leasingvertrag zurücktreten; bei Teilbarkeit der Leistung kommt dem LN ein Teilrücktrittsrecht zu. Ist die Leistung für den LN unteilbar, für den LG jedoch teilbar, so ist nach der Lehre von einer Unteilbarkeit im Interesse des Gläubigers (LN) auszugehen, weil es sachgerecht ist, Zweifel zu Lasten des LG gehen zu lassen, wenn dieser den Vertrag verletzt.⁴⁹²

5.2.2 Lieferpflicht

LG werden idR bestrebt sein, sich von den Problemen der oben geschilderten Verzugs- und Unmöglichkeitfälle und möglichen daraus resultierenden Haftungen im Zusammenhang mit der Nicht- bzw Spätlieferung des LO freizuzeichnen, dh das Lieferrisiko auf den LN zu überwälzen. Bevor auf die Frage der Zulässigkeit derartiger Freizeichnungen eingegangen wird, muss man sich zuerst die Frage stellen, was unter die Hauptleistungspflicht des LG fällt und ob sich der LG von dieser Hauptleistungspflicht befreien kann. Die Frage, was unter die Hauptleistungspflicht des LG fällt, ist eng mit der Frage der Rechtsnatur des Leasingvertrags⁴⁹³ verknüpft und wie diese kontrovers und mangels Kodifizierung dieses Vertragstypus von verschiedenen Ansichten in der Literatur geprägt.

a) Rsp und Ansicht der Lehre in D

Insbesondere manche Autoren der deutschen Lehre vertreten, dass eine Lieferpflicht des LG nicht den Interessen der Beteiligten entspricht. Begründet wird dies damit, dass sich der LG nämlich bis zum Ablauf des Leasingvertrags

⁴⁹⁰ *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 Rz 106; *Reischauer* in *Rummel*³ § 918 Rz 20; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 918 Rz 40 jeweils mwN.

⁴⁹¹ *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 918 Rz 40.

⁴⁹² So allgemein *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 Rz 106; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 918 Rz 41; *Reischauer* in *Rummel*³ § 918 Rz 20;

⁴⁹³ Vgl Kap 2.

keinen unmittelbaren Besitz am LO verschaffen, sondern bloß die Leasingtransaktion finanzieren will. Dies zeige sich daran, dass der Vertrag zwischen Lieferant und LN bis zur Vertragsreife verhandelt wird und der LG erst dann eintritt.⁴⁹⁴ Demnach schulde der LG lediglich den Vertragsabschluss mit dem Lieferanten und eine Überlassung des LO unter der Voraussetzung, dass der Lieferant seiner Lieferpflicht nachkommt.⁴⁹⁵ Der Lieferant sei daher auch kein Erfüllungsgehilfe des LG.⁴⁹⁶ Eine Pflicht zur Beschaffung und zur positiven Gebrauchsüberlassung bestehe demnach nicht.⁴⁹⁷ Diese Ansicht beschränkt sich daher rein auf die Finanzierungsfunktion des LG.

Die deutsche Rsp ist dieser Ansicht nicht gefolgt und kam zu dem Ergebnis, dass es zu den Hauptpflichten des LG gehöre, das LO pünktlich und in einem für den Vertragszweck geeigneten Zustand dem LN zur Verfügung zu stellen. Diese Hauptpflicht könne auch nicht in AGB abbedungen werden.⁴⁹⁸

b) Rsp und Ansicht der Lehre in Ö

Diese Ansicht vertritt auch die österreichische Rsp⁴⁹⁹ und Lehre.⁵⁰⁰ Demnach ist die Hauptpflicht des LG darin zu sehen, dem LN zu Beginn des

⁴⁹⁴ *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte 109.

⁴⁹⁵ *Canaris*, AcP 190, 433; *Lieb*, DB 1988, 946 (948); *ders*, Zur Risikoverteilung bei Finanzierungsleasingverträgen, insbesondere mit Kaufleuten, WM 1992, Sonderbeilage 6, 1 (18).

⁴⁹⁶ *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 738.

⁴⁹⁷ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 121; in diese Richtung auch *Leenen*, Die Pflichten des Leasinggebers, AcP 190, 260 (280 f); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 736.

⁴⁹⁸ BGH VIII ZR 65/84 = NJW 1985, 1547; *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 529; *Ackermann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 31 Rz 12 mwN; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 128; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 8 Rz 11 jeweils mwN aus der Rsp.

⁴⁹⁹ OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 64; OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*); OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

⁵⁰⁰ *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1066 Rz 56; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 32; *Apathy* in KBB³ § 1063 Rz 27 jeweils mwN; aA aber

Leasingvertrags ein LO zur Verfügung zu stellen, welches zum vereinbarten Gebrauch tauglich ist.⁵⁰¹ Auch wenn die Rolle des LG dem eines Kreditgebers beim drittfinanzierten Kauf nahe kommt, schließt der LN dennoch keinen Kaufvertrag mit dem Lieferanten ab. Dem LN kommt daher auch kein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung gegenüber dem Lieferanten zu.⁵⁰² Die Lieferpflicht fällt eindeutig in den Risikobereich des LG, der sich in diesen Fällen des Lieferanten als Erfüllungsgehilfen bedient.⁵⁰³ An der Pflicht des LG, dem LN die Gebrauchsmöglichkeit am LO zu verschaffen,⁵⁰⁴ ändert sich auch dann nichts, wenn der Lieferant der Sphäre des LN⁵⁰⁵ zugeordnet werden kann.⁵⁰⁶

Die Lieferpflicht als Hauptleistungspflicht des LG ist nicht abdingbar und darf nicht durch Gefahrtragung- und sonstige Freizeichnungsklauseln ausgehöhlt werden.⁵⁰⁷ Daher sind Klauseln, die dem LN das mit der Lieferung des LO verbundene Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung des LO zuweisen

anscheinend *Vonkilch* auf dessen Rechtsgutachten im Rahmen der Entscheidung 2 Ob 1/09z verwiesen wird. Nach seiner Ansicht sei der LG nicht verpflichtet, dem LN den ordnungsgemäßen Gebrauch am LO zu verschaffen.

⁵⁰¹ Vgl FN 499 und FN 500.

⁵⁰² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁵⁰³ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 228 f; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 8 f; *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 320 BGB Rz 538.

⁵⁰⁴ *Apathy* in KBB³ § 1063 Rz 27.

⁵⁰⁵ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 118 f vertritt, dass der Lieferant dann der Sphäre des LN zuzurechnen sei, wenn der LN schon vor der Lieferung die Auswahl des Lieferanten und das LO bestimmt, während dem LG lediglich nach außen hin die Käuferrolle zukommt.

⁵⁰⁶ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); *Fischer-Czermak*, Glosse zu OGH 6 Ob 507/95, ecolex 1996, 254; aA *Krejci* in Das Leasinggeschäft 229; *ders*, JBI 1988, 490 (491); offen lassend noch: OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 (Anm *Iro*) = ecolex 1996, 254 (Anm *Fischer-Czermak*).

⁵⁰⁷ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = (Anm *Thiele*); OGH 3 Ob 35/10h = ÖBA 2011/1709.

wollen, nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam,⁵⁰⁸ weil den LN bereits vor Übergabe des LO die Sachgefahr⁵⁰⁹ treffen würde.⁵¹⁰

i. OGH in Verbandsklageverfahren

Konsequenterweise hat der OGH daher auch Klauseln für unzulässig erklärt, die nicht unterschieden, ob dem LN die ordnungsgemäße Nutzungsmöglichkeit verschafft wurde oder nicht und ihn somit bereits vor Übergabe mit sämtlichen Gefahren belastet hätten.⁵¹¹ Zur Veranschaulichung dienen folgende Klauseln:

- *"Durch teilweise oder gänzliche Nichtbenützbarkeit, Untergang, Zerstörung, Verlust, Beschädigung oder vorzeitigen Verschleiß des Leasinggegenstandes während der Leasingvertragszeit wird die Pflicht des LN zur Zahlung der vereinbarten Leasingraten nicht berührt";⁵¹²*

⁵⁰⁸ OGH 7 Ob 540/85 = MietSlg 37.067 = RdW 1985, 371; OGH 2 Ob 571/79 = SZ 52/157 = MietSlg 31.165; OGH 6 Ob 709/88 = KRES 3/49 = EDVuR 1989 H 2, 50; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) zu Klausel 4 Satz 2; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 13; Würth in Rummel³ § 1090 Rz 32; W. Jud, KSchG, Factoring und Leasing, in HdBzKSchG 526 f; Nitsche, ÖJZ 1974, 66; für den Verbraucher folgt dies auch aus § 9 KSchG: Perner, ABGB-Gefahrtragungsklauseln zugunsten von Verbrauchern zwingend, RdW 2005, 590.

⁵⁰⁹ ME müsste es sich hier um die Preisgefahr, also die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten handeln; zur Unterscheidung zwischen Preis- und Sachgefahr vgl Kap 7.1 und 7.2.

⁵¹⁰ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁵¹¹ Vgl etwa OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) zu Klausel 11 Satz 1, zu Klausel 4 Satz 2; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 zu Klausel 25; ebenso OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 5; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 5.

⁵¹² OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) Klausel 11 Satz 1.

- *"Der LG hat dem LN bei nicht vertragsgemäßer Erfüllung durch Hersteller und/oder die Lieferanten auf dessen Verlangen sämtliche Ansprüche gegen diese hinsichtlich des Leasinggegenstandes abzutreten";⁵¹³*
- *"Der LG haftet nicht für die Einhaltung von Lieferbedingungen und Vertragsbestimmungen von Lieferanten";⁵¹⁴*
- *"Der Mieter trägt die Gefahr für Untergang, Verlust, Beschädigung oder mangelnde Betriebsfähigkeit des Mietgegenstandes. Der Mieter verzichtet auf eine vorzeitige Auflösung des Vertrages aus dem Grunde der Beschädigung und der mangelnden Betriebsfähigkeit";⁵¹⁵*
- *"Zeiten für Wartung, Pflege und Reparatur am Mietgegenstand und sonstige Störungen aus welchen Gründen immer, entbinden den Mieter daher nicht von der Verpflichtung zur Zahlung der Miete";⁵¹⁶*
- *"Stehzeiten, Erschwerung oder Verhinderung des Gebrauchs des LO - aus welchem Grunde immer - entbinden den LN nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen des Leasingvertrags, insbesondere zur Zahlung des vollen Leasingentgelts";⁵¹⁷*
- *"Wird die Benützung des Leasinggegenstandes aus Gründen, die nicht im Verschulden des Leasinggebers liegen, verhindert, so beeinträchtigt dies nicht die Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung des Leasingentgeltes";⁵¹⁸*

Die Überwälzung des Lieferrisikos und somit das Abbedingen der Hauptpflicht des LG ist nach Ansicht des OGH in 5 Ob 159/09g als *"klarer, nicht weiter erörterungsbedürftiger Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen"*,

⁵¹³ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 7 Satz 3.

⁵¹⁴ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 4 Satz 2.

⁵¹⁵ OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 Klausel 25.

⁵¹⁶ OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 Klausel 27.

⁵¹⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 5.

⁵¹⁸ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 5.

selbst wenn der LG dem LN die Käuferrechte abtritt.⁵¹⁹ Die infolge der Abtretung geschaffene Möglichkeit, die Erfüllungsansprüche des LG durchzusetzen, bietet nämlich kein ausreichendes Äquivalent für die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten.⁵²⁰

ii. Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH in 5 Ob 159/09g, dass das Abbedingen der Hauptpflicht des LG einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB darstellt, ist mE nicht zu folgen. Bei der inhaltlichen Kontrolle von Hauptpflichten ist nämlich nicht § 879 Abs 3 ABGB einschlägig, sondern § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen. Zu diesem Ergebnis gelangte der OGH auch in anderen Leasingverbandsklageentscheidungen, wo festgehalten wurde, dass Klauseln, die die erstmalige Verschaffungspflicht des LG abbedingen, gegen § 879 ABGB verstoßen.⁵²¹

5.2.3 Nichtlieferung des LO - Zulässigkeit eines Spesenersatzes?

Im Fall der Unmöglichkeit oder des Verzugs der Lieferung des LO verliert der LG seinen Anspruch auf Zahlung der Leasingraten. Diese finanziellen Folgen versuchen LG idR dadurch abzumildern, dass sie den LN in ihren AGB dazu verpflichten, ihnen "Aufwendungen" im Zusammenhang mit dem Fehlschlagen des Liefer- bzw Leasingvertrags zu ersetzen. Unter dem Begriff der "Aufwendung" werden idR Verwaltungs- und Finanzierungskosten des LG verstanden.

⁵¹⁹ OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288; so auch *Limberg*, AGB bei Abzahlungs- und Leasinggeschäften, *ecolex* 2009, 292;

⁵²⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; so auch schon OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996,657 = ÖBA 1996, 639 (Anm *Iro*) = *ecolex* 1996, 254 (Anm *Fischer-Czermak*).

⁵²¹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132, OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 u OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

a) OGH

Ein Beispiel für eine derartige Klausel,⁵²² die einen "Spesenersatz" vorsieht, lautet ua: "*Kann eine Übergabe/Übernahme aus anderen Gründen als infolge des Annahmeverzugs des LN nicht innerhalb einer üblichen Frist erfolgen, ist die LG berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Der LN hat in diesem Fall der LG alle Aufwendungen samt Zinsen und Spesen zu ersetzen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Abwicklung des Vertrages, insbesondere aus Leistungen an Dritte entstanden sind oder noch entstehen*". Der OGH erklärte diese Klausel im Rahmen eines Verbandsklageverfahrens für unzulässig, weil sie ein Vertragsrücktrittsrecht des LG statuiere, wobei der LN überdies verschuldensunabhängig Aufwendungen samt Zinsen und Spesen zu ersetzen habe.⁵²³ Selbst bei einem Eigenverschulden des LG wäre der LN bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel verschuldensunabhängig zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet.⁵²⁴

b) Eigene Ansicht

Dem ist zuzustimmen, wobei folgende Argumente ins Treffen zu führen sind:

- Es würde zu einem paradoxen Ergebnis führen, wenn man einerseits davon spricht, dass die Überlassung und Verschaffung des LO eine Hauptleistungspflicht des LG ist und andererseits der LN – mitunter auch bei einem Verschulden des LG bzw des Lieferanten als Erfüllungsgehilfen des LG – ohnehin die Aufwendungen des LG ersetzen müsste. Dies würde zu einer Aushöhlung der Lieferpflicht des LG führen. Derartige Aufwendungen fallen daher auch aus diesem Grund in das alleinige Unternehmerrisiko des LG.

⁵²² So die Klausel 2 in OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = eolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132.

⁵²³ Nach § 918 ff ABGB hat der LG aber nur dann einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Verspätung oder durch das gänzliche Ausbleiben der Leistung entstanden ist, wenn der LN den Verzug verschuldet hat.

⁵²⁴ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = eolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 2.

- Ein LG könnte vorbringen, dass ein Auftragsverhältnis besteht und der LN gemäß § 1014 ABGB den "*notwendig oder nützlich gemachten Aufwand selbst bei fehlgeschlagenem Erfolg*" zu ersetzen habe, weil der LG ein fremdes Geschäft führe.⁵²⁵ Wie bereits dargestellt,⁵²⁶ führt der LG jedoch letztlich kein fremdes Geschäft, sondern ein eigenes, wenn er den Kauf des LO finanziert und es dann an den LN zum Gebrauch überlässt. Mangels Vorliegen eines Auftragsverhältnisses kommt daher ein Anspruch gestützt auf § 1014 ABGB nicht in Betracht. Ein LG könnte weiters damit argumentieren, dass sich sein Aufwandersatzanspruch auf die GoA stützt.⁵²⁷ Ein Anspruch aus der GoA wird aber zu verneinen sein,⁵²⁸ weil Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Fehlschlagen des Liefer- bzw Leasingvertrags nicht zum klaren und überwiegenden Vorteil des LN gemacht wurden. Die Aufwendungen sind sogar als unnützlich iSd § 1038 ABGB⁵²⁹ einzustufen, weshalb auch ein Aufwandersatzanspruch des LG nicht zusteht. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man sich die Frage stellt, ob der LG vielleicht einen Verwendungsanspruch gemäß § 1041 ABGB geltend machen kann. Auch hier sind die Aufwendungen jedoch nicht zum Nutzen des LN gemacht worden,⁵³⁰ weshalb dem LG ein Verwendungsanspruch nicht zusteht.
- Satz zwei der oben angeführten Klausel, wonach der LN sämtliche, jetzt oder künftig anfallende Aufwendungen ersetzen soll, ist darüber hinaus gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Auf diese Weise wird dem LN nämlich ein von vornherein unabschätzbares Zahlungsrisiko aufgebürdet und er ist der Willkür des LG ausgeliefert.⁵³¹

⁵²⁵ So *Koziol*, Einwendungsmöglichkeiten und Rückabwicklung bei Drittfinanzierung mit Einlösung der Kaufpreisforderung, ÖBA 1989, 207 (209 ff) zum drittfinanzierten Kauf, wonach der Finanzierer kein selbständiges Interesse am Erwerb der Kaufpreisforderung habe und deshalb aufgrund eines Auftrags ein selbständiger Aufwandersatzanspruch gegenüber dem Käufer bestehe.

⁵²⁶ Vgl FN 109 in Kap 2.3.2.

⁵²⁷ So *Canaris*, AcP 190, 441, weil der Grund für die Nutzlosigkeit der Aufwendungen nicht in der Sphäre des LG liege; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse² 738.

⁵²⁸ So auch *Krejci* in Das Leasinggeschäft 217, eher gegenteilig jedoch *ders*, in Das Leasinggeschäft 110 f.

⁵²⁹ Vgl allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 394.

⁵³⁰ OGH 7 Ob 540/85 = MietSlg 37.067 = RdW 1985, 371.

⁵³¹ OGH 2 Ob 9/97f = SZ 71/150 = MietSlg 50.077 = ecolex 1999/29 (Anm *Rabl*) = ZIK 1999, 144 = RdW 1999, 197; OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154 = RdW 2003, 132 = RdW 2003, 254 = ÖBA 2003, 370 (*Iro*) = ecolex 2003, 237 (*Leitner*); vgl ebenso Kap 10.4.

5.3 Abnahmeverpflichtung?

Fraglich ist, ob der LN wirksam verpflichtet werden kann, das LO abzunehmen. Das Mietrecht statuiert keine Abnahmepflichten⁵³² der Mietsache, weil § 1098 ABGB nur festlegt, dass der Mieter berechtigt, nicht jedoch verpflichtet ist, das Mietobjekt zu gebrauchen. Anders liest sich der Wortlaut des § 1062 ABGB, der statuiert, dass der Käufer verbunden ist, die Sache sogleich oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen. Dies könnte darauf hindeuten, dass im ABGB ähnlich wie zB in Art 60 UN-Kaufrecht⁵³³ eine Abnahmepflicht des Käufers statuiert wird. In der Literatur⁵³⁴ und Judikatur⁵³⁵ wird eine Abnahmeverpflichtung, die es dem Verkäufer ermöglichen würde, die Abnahme auch klagsweise gegen den Käufer durchzusetzen, im Allgemeinen verneint.

5.3.1 Folgen des Annahmeverzugs des LN

Auch wenn der Leasingvertrag meist kein reiner Kaufvertrag ist, erscheint es trotzdem ratsam, die Regelungen, die das Kaufrecht vorsieht, anzuwenden. Folgende Konsequenzen ergeben sich daraus:

⁵³² OGH 1 Ob 788/81 = HS 13.112 = ÖJZ 1982/68.

⁵³³ *Czernich*, UN-Kaufrecht: Gestaltungsmöglichkeiten in der Vertragspraxis durch nachträgliche Rechtswahl, WBI 1997, 230 (233); *Posch* in Schwimann³ Art 60 UN-Kaufrecht Rz 1.

⁵³⁴ *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 1/11; *Aicher* in Rummel³ § 1062 Rz 30; *Binder/Reidinger* in Schwimann³ § 918 Rz 74; *Apathy* in KBB³ § 1062 Rz 6; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1062 Rz 27; *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1419 Rz 5 mwN; *Kramer/Martini* in Straube, UGB I⁴ §§ 373,374 Rz 8; zum Leasing: *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 170 f; nach *Apathy*, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBI 1982, 561 (565), berücksichtige die Annahme einer Obliegenheitsverletzung nur die Interessenlage des Gläubigers, nicht jedoch jene des Schuldners. *Apathy* (S 576) leitet eine Abnahmepflicht aus den vertraglichen Schutzpflichten ab und will die Annahmepflicht nur dann verneinen, wenn die Nichtabnahme keine Interessen des Gläubigers beeinträchtigt; diesem folgend *Schmitzer*, Gibt es nicht dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? WBI 1989, 360 (361 f); explizit für eine klagbare Abnahmeverpflichtung: *Kerschner* in Jabornegg/Artmann, UGB² § 374 Rz 4.

⁵³⁵ OGH 3 Ob 812/54 = SZ 28/8; OGH 6 Ob 396/66 = SZ 39/223.

- Der Gläubigerverzug des LN bildet im Allgemeinen bloß eine Obliegenheitsverletzung gemäß § 1419 ABGB. Ebenso trägt der LN die Preisgefahr.⁵³⁶
- Weiters führt der Annahmeverzug nach einem Teil der Lehre⁵³⁷ zu einer Einschränkung der Haftung des LG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wenn das LO beschädigt wird oder untergeht.⁵³⁸
- Der LG muss seine Leistungsbereitschaft aufrechterhalten und kann nur aufgrund des Annahmeverzugs des LN auch nicht den Rücktritt vom Vertrag erklären.⁵³⁹ Eine Klausel, "*wonach der LG berechtigt ist, den Leasingvertrag jederzeit fristlos durch schriftliche Erklärung aufzulösen, wenn der LN die Übernahme des LO verweigert*"⁵⁴⁰ hat der OGH nach § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 1 KSchG für unzulässig erklärt.⁵⁴¹ Derartige Klauselgestaltungen würden es dem LG nämlich auch in dem Fall ermöglichen, vom Leasingvertrag zurückzutreten, in dem der LN berechtigterweise die Annahme verweigert. Darüber hinaus hat der OGH⁵⁴² eine Klausel für unzulässig erklärt, wonach "*die Übernahme des LO binnen acht Tagen nach Bereitstellung zu erfolgen hat. Gerät der LN mit der Übernahme Verzug, so kann der LG nach Setzung einer zweiwöchigen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen*", weil sich die

⁵³⁶ Vgl zum Kauf: *Koziol* in *KBB*³ § 1419 Rz 4 ff; *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 373, 374 Rz 8; zum Begriff der Preisgefahr vgl Kap 7.1.

⁵³⁷ So *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 121; vgl zu diesem Meinungsstreit, ob es zu einer Haftungsbefreiung für leichte Fahrlässigkeit kommt: *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1419 Rz 8; *Koziol* in *KBB*³ § 1419 Rz 5 jeweils mwN; gegen eine Haftungsminderung: *Ch. Rabl*, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, *JB* 1997, 488 (494); *Reischauer* in *Rummel*³ § 1419 Rz 9.

⁵³⁸ *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 121.

⁵³⁹ Vgl zum Kauf: *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 373, 374 Rz 9 mwN; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1062 Rz 32; *Ch. Rabl*, Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf und Preisgabe – Rechtsbehelfe im Annahmeverzug des Gläubigers, *ÖJZ* 1998, 688; *ders*, *JB* 1997, 488 (489); aA *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 374 Rz 8, der das Rücktrittsrecht auch in Fällen des "normalen" Gläubigerverzugs bejaht.

⁵⁴⁰ So Klausel 16 in OGH 4 Ob 59/09v = *MietSlg* 61.143 = *VRInfo* 2009 H 12, 6 = *JusGuide* 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = *VRInfo* 2010 H 2, 3 = *RdW* 2010, 147 = *ZIK* 2010, 158 = *ÖBA* 2010, 244 = *KRES* 1d/135.

⁵⁴¹ So OGH 4 Ob 59/09v = *MietSlg* 61.143 = *VRInfo* 2009 H 12, 6 = *JusGuide* 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = *VRInfo* 2010 H 2, 3 = *RdW* 2010, 147 = *ZIK* 2010, 158 = *ÖBA* 2010, 244 = *KRES* 1d/135 zu Klausel 16.

⁵⁴² OGH 3 Ob 12/09z = *MietSlg* 61.142 = *VRInfo* 2009 H 8, 2 = *JusGuide* 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = *ÖBA* 2009, 744 = *ÖBA* 2009, 755 (Anm *Apathy*) = *RdW* 2009, 644 = *JB* 2009, 770 = *KRES* 1d/132 zu Klausel 1.

Schadenersatzverpflichtung des LN hier auch auf jene Fälle bezieht, in denen der LN die Annahme des LO berechtigterweise verweigert, zB bei mangelhafter Lieferung. Dem ist zu folgen, weil in so einem Fall der LN sehr wohl berechtigt ist, die Annahme des mangelhaften LO zu verweigern. Ein Ausschluss dieses Rechts verstößt im Verbrauchergeschäft gegen § 6 Abs 1 Z 6 KSchG.⁵⁴³ Im Unternehmergegeschäft kann § 1052 ABGB zwar in AGB abbedungen werden, es wird aber auch dort eine einschränkende Auslegung von Klauseln empfohlen, die die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags komplett abschneiden wollen.⁵⁴⁴

- Verweigert der LN unberechtigterweise die Annahme, kann der LG vom LN den Ersatz von Aufwendungen auf das LO verlangen, wenn ihm diese ohne Leasingnehmerverzug erspart geblieben wären. Diesen Anspruch wird man in der Regel auf die GoA stützen.⁵⁴⁵ Bei einem LO werden das Verwahrungskosten sein oder Kosten des Rücktransports, weil die Übernahme nicht stattgefunden hat.
- Ferner kann der LG das LO, wenn es sich nicht um einen bloßen Annahmeverzug⁵⁴⁶ handelt, nach § 1425 ABGB bzw nach § 373 UGB⁵⁴⁷ hinterlegen, wobei § 373 UGB auch beim einseitigen Unternehmensgeschäft anzuwenden ist.⁵⁴⁸ § 373 UGB ermöglicht dem LG die Hinterlegung in einem öffentlichen Lagerhaus oder in sonstiger sicherer Weise. Weiters besteht die Möglichkeit nach § 373 Abs 2 UGB unter vorheriger Androhung einen Selbsthilfeverkauf des LO durch

⁵⁴³ Vgl allgemein *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 36.

⁵⁴⁴ *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1052 Rz 2 mwN.

⁵⁴⁵ Nach *Bydlinski* in Klang² IV/2 351, ist der Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen aus einer analogen Anwendung der GoA-Regeln abzuleiten; zust *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag 93; nach *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 462, ergibt sich dieser Anspruch analog zu den Fällen angewandter Geschäftsführung gemäß §§ 336, 418 und 1097 ABGB.

⁵⁴⁶ Ein bloßer Annahmeverzug liegt vor, wenn der LN vorgibt, keine Zeit zu haben: vgl allgemein *Reischauer* in Rummel³ § 1425 Rz 1b; zust *Koziol* in KBB³ § 1425 Rz 7.

⁵⁴⁷ Im Gegensatz zu § 1425 ABGB hat die Hinterlegung nach § 373 UGB keine schuldbefreiende Wirkung: vgl *Kerschner* in Jabornegg/Artmann, UGB² § 373 Rz 26.

⁵⁴⁸ *Kerschner* in Jabornegg/Artmann, UGB² § 373 Rz 4. Daher kann der LG auch wenn der LN Verbraucher ist, nach § 373 UGB hinterlegen.

öffentliche Versteigerung oder einen freihändigen Verkauf durchzuführen.⁵⁴⁹

5.3.2 Rsp zur Abnahmeverpflichtung

Wie oben erwähnt, steht die Rsp einer generellen Abnahmeverpflichtung des LO restriktiv gegenüber. Die Rsp hat aber in den Fällen, in denen die Nichtabnahme den Verkäufer schädigen könnte⁵⁵⁰ bzw der Verkäufer ein konkretes Interesse an der Wegschaffung des Kaufobjekts hat⁵⁵¹ oder die Abnahme Voraussetzung dafür ist, dass die Zahlung des Kaufpreises seitens Drittfinanzierers erfolgt,⁵⁵² eine Abnahmepflicht bejaht.

Im Zusammenhang mit einer Entscheidung, in der es um die Abnahme eines geleasteten Kaffeeautomaten ging, sprach der OGH aus, dass die Abnahmepflicht des LN nur dort bejaht werden könne, wo der LG ein Interesse dartun könne, dass über den Erhalt des Leasingentgeltes hinausgehe.⁵⁵³ Dieses Interesse hat er im konkreten Fall verneint.

5.3.3 Abnahmeverpflichtung im Leasinggeschäft in Einzelfällen

a) Eigene Ansicht

Im Leasinggeschäft wird man mE eine Abnahmepflicht vor allem in den Einzelfällen bejahen müssen, in denen das LO etwa nach den Wünschen des LN angefertigt worden ist bzw in Fällen, in denen hohe Hinterlegungskosten für das LO anfallen. Im Bereich des Kfz-Leasing wird es aber mE generell schwierig für den LG sein, ein konkretes, über den Erhalt der Leasingraten hinausgehendes Interesse nachzuweisen, weil es sich bei einem Kfz um ein Massenprodukt handelt.

⁵⁴⁹ Der Verkäufer hat sich aber dann darum zu bemühen, dass die Sache um den nach den Umständen bestmöglichen Preis veräußert wird: *Kerschner* in Jabornegg/Artmann, UGB² § 373 Rz 38.

⁵⁵⁰ So OGH 1 Ob 666/84 = JBI 1985, 746, wo es um gekaufte Erde ging, die auf dem vom Verkäufer benutzten Grundstück gelagert war und der Käufer wusste, dass der Verkäufer den Platz benötigt; *Kozio* in KBB³ § 1419 Rz 2.

⁵⁵¹ OGH 4 Ob 254/01h = RdW 2002/404 = NZ 2002/81 = ecolex 2002/131 = ÖBA 2002/1042.

⁵⁵² OGH 8 Ob 259/69 = SZ 43/6.

⁵⁵³ OGH 1 Ob 788/81 = HS 13.112 = ÖJZ 1982/68.

b) Folgen

Wie bereits ausgeführt,⁵⁵⁴ handelt es sich beim Leasing um ein Dauerschuldverhältnis, weshalb die §§ 918 ff ABGB anwendbar sind, wenn das LO noch nicht übernommen wurde.⁵⁵⁵ Dann kann der LG gemäß § 918 ABGB entweder auf Erfüllung seines Abnahmeanspruchs bestehen oder unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.⁵⁵⁶ Zusätzlich hat der LG bei unberechtigter Annahmeverweigerung und bei Verschulden des LN einen Anspruch auf Ersatz des Verspätungs- oder Nichterfüllungsschadens. Überdies hat der LN die oben angeführten Folgen des § 1419 ABGB zu tragen. Ebenso trägt er die Preisgefahr. Wenn man zumindest bei bestimmten Leasingkonstellationen eine Abnahmepflicht bejaht, führt dies bei einem synallagmatischen Geschäft wie dem Leasing dazu, dass sich der LN zugleich in Schuldnerverzug befindet, wenn er die Zahlung der Leasingraten verweigert.

⁵⁵⁴ Vgl FN 487.

⁵⁵⁵ Zum Bestandvertrag: *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters 204 mwN; *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 Rz 65.

⁵⁵⁶ *Koziol* in *KBB*³ § 1419 Rz 9; *Dullinger*, Schuldrecht BT⁴ 3/42.

5.4 Übernahmebestätigung

Vorauszuschicken ist, dass der LG die Beweislast für die Erfüllung seiner Hauptvertragspflicht, also der Ablieferung des LO, trägt. Mittels einer Übernahmebestätigung, soll dem LG die Übernahme des LO, darüber hinaus die Gebrauchs- und Funktionsfähigkeit des LO⁵⁵⁷ und somit die Vertragserfüllung durch den Lieferanten angezeigt werden. Eine derartige Klausel liest sich meist wie folgt: "*Der LN hat das Leasingobjekt geprüft und besichtigt*"⁵⁵⁸ oder "*der LN hat das LO vollständig erhalten*".⁵⁵⁹ Meist bezahlt der LG nach Erhalt der Übernahmebestätigung den Kaufpreis an den Lieferanten; zudem werden die ersten Leasingraten des LN fällig.

5.4.1 Rechtsnatur

Es stellt sich die Frage, wie die Übernahmebestätigung rechtlich zu qualifizieren ist. IdR wird es sich dabei um eine Quittung iSd § 1426 ABGB, also um eine Wissenserklärung,⁵⁶⁰ handeln. Der Schuldner, in unserem Fall der LG, hat einen Anspruch auf Ausstellung einer Übernahmebestätigung iSd § 1426 ABGB und kann diesen Anspruch auch klagsweise geltend machen.⁵⁶¹ Der LN ist sohin verpflichtet, eine Quittung auszustellen. Mit der Quittung bestätigt der LN die geschuldete Leistung⁵⁶² empfangen zu haben⁵⁶³ und somit den Beweis der Erfüllung.⁵⁶⁴ Durch die Abgabe der Wissenserklärung wird ein Beweismittel geschaffen, das der richterlichen Beweiswürdigung im Prozess unterliegt.⁵⁶⁵ Der

⁵⁵⁷ Im Verbrauchergeschäft verstößt eine solche Vereinbarung gegen § 9 KSchG.

⁵⁵⁸ So der zweite Satz der Klausel 3 in OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132.

⁵⁵⁹ In Anlehnung an OGH 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247.

⁵⁶⁰ *Dullinger* in *Apathy/Riedler*, Schuldrecht AT⁴ Rz 4/13; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 571; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1426 Rz 1; *Heidinger* in *Schwimann*³ § 1426 Rz 2; *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1426 Rz 3.

⁵⁶¹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1426 Rz 6.

⁵⁶² § 1426 ABGB gilt nicht nur für Geldschulden, sondern ebenso für andere Verbindlichkeiten: *Gschnitzer* in *Klang*² VI 422.

⁵⁶³ *Gschnitzer* in *Klang*² VI 420.

⁵⁶⁴ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1426 Rz 9.

⁵⁶⁵ Vgl OGH 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247 (249); OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252; *Reischauer*, Beweislastverschiebung zulasten des Verbrauchers (§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG)

Beweis der Erfüllung kann jedoch durch Beweis des Gegenteils widerlegt werden.⁵⁶⁶ Auch wenn der LN eine Quittung unterfertigt hat, so stehen ihm dennoch die Gewährleistungsansprüche⁵⁶⁷ im Hinblick auf die übernommene Leistung, zur Verfügung.⁵⁶⁸

5.4.2 Übernahmebestätigung und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG

Es ist zu erörtern, ob Übernahmebestätigungen als Quittungen im Verbrauchergeschäft mit § 6 Abs 1 Z 11 KSchG in Konflikt geraten können, wonach vertragliche Beweislastverschiebungen zu Lasten des Verbrauchers unzulässig sind.⁵⁶⁹ Vorauszuschicken ist, dass durch eine Wissenserklärung die Beweislastverteilung nicht geändert wird, weil sie bloß aussagt, wovon der Erklärende zum Zeitpunkt der Erklärung ausgegangen ist.⁵⁷⁰ Eine reine Tatsachenbestätigung fällt jedoch nicht in den Anwendungsbereich des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Der OGH⁵⁷¹ hat ausgesprochen, dass, solange der Verbraucher bloß bestätigt, dass er die Ware vollständig erhalten hat, somit eine Wissenserklärung über die Quantität vorliegt, durch die die Beweislastverteilung nicht geändert wird.⁵⁷² Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG liegt sohin nicht vor.⁵⁷³

und Quittung (§ 1426 f und § 924 ABGB), Zak 2010, 43; *Beckmann*, Das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers bezüglich der Leasingraten, FLF 2005, 261.

⁵⁶⁶ *Reischauer* in Rummel³ § 1426 Rz 9; *ders*, Zak 2010, 43; *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1426 Rz 8.

⁵⁶⁷ Aufgrund der leasingtypischen Abtretungskonstruktion wird der LN aber die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten geltend machen müssen.

⁵⁶⁸ Vgl allgemein *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 571.

⁵⁶⁹ Nach *Aigner*, Die unzulässige Beweislastverteilung des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, ÖJZ 2011, 437 (442) kommt es bei einer Quittung zu einer Beweislastverschiebung kraft gesetzlicher Anordnung. Deshalb kann eine Quittung auch nicht im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig sein, weil diese Bestimmung bloß die Unzulässigkeit von Beweislastverschiebungen normiert, die nicht gesetzlich vorgehen sind.

⁵⁷⁰ OGH 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247.

⁵⁷¹ OGH 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247 (zust. *Leitner*); zust. *Reischauer*, ZAK 2010, 43 (44); *Rummel*, Zur Unwirksamkeit von Klauseln in den AGB einer Bank, ÖBA 2007, 981 (997).

⁵⁷² Die Beweislastverteilung bei der Quittung über die Quantität ist zudem eine gesetzliche: dazu *Reischauer*, Zak 2010, 43 (44).

⁵⁷³ AA *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 139; *ders* in Das Leasinggeschäft 103; ebenso *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 59.

5.4.3 Exkurs: Sonstige Tatsachenbestätigungen und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG

Strenger und mit einer Tendenz § 6 Abs 1 Z 11 KSchG äußerst weit auszulegen, bewertete der OGH sonstige Tatsachenbestätigungen, die über das Vorliegen einer Quantität hinausgingen, obwohl es auch in diesen Fällen zu keiner Beweislastverschiebung, sondern "bloß" zu einer möglichen Erschwerung der Beweissituation kam.

a) OGH

Ausgehend von der Entscheidung 9 Ob 15/05d⁵⁷⁴, über die Entscheidung 4 Ob 221/06p⁵⁷⁵ und in der Entscheidung 7 Ob 78/06f⁵⁷⁶ hat der OGH festgehalten, dass auch Tatsachenbestätigungen wie etwa die Kenntnisnahme von AGB, die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers erschweren können und demnach einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nach sich ziehen. Zur Veranschaulichung dienen folgende Klauseln:

- *"Der Kunde nimmt ausdrücklich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der F. zur Kenntnis und erklärt sich mit diesen ausdrücklich einverstanden",*⁵⁷⁷
- *"Durch meine Unterschrift bestätige ich, die Vertragsbestimmungen und die beigeschlossenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelesen und verstanden zu haben",*⁵⁷⁸
- *"Die Kreditnehmer erklären hiermit ausdrücklich, dass sie sämtliche Punkte dieses Kreditanbotes, sowie die Geschäftsbedingungen der*

⁵⁷⁴ In MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42.

⁵⁷⁵ In ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252; krit zur Anwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Tatsachenbestätigungen: *Gehring*, Verbraucherschutz als Gerechtigkeitserfordernis? RdW 2008, 53 (56)

⁵⁷⁶ In MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45; zust *Böhm*, *Miete und Konsumentenschutz II*, immolex 2007, 134 (135) u *Reidinger/Dirrheimer*, *Der Verbraucher im Mietrecht*, JAP 2006/2007/37, 241 (242); abl: *Vonkilch*, *Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts*, wobl 2007, 185 (205).

⁵⁷⁷ OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42 Klausel 25.

⁵⁷⁸ OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42 Klausel 26.

BANK, die einen wesentlichen Bestandteil dieses Anbots bilden, gelesen und verstanden haben und mit ihnen vollständig einverstanden sind",⁵⁷⁹

- *"Soweit vorstehend keine anders lautenden Regelungen getroffen wurden, finden die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmen" in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Deren Kenntnisnahme wird hiermit durch den Kreditnehmer ausdrücklich bestätigt",⁵⁸⁰*
- *"Da der Mieter den Mietgegenstand durch eigene Besichtigung kennt und dieser durch Pläne/Beschreibungen, die integrierte Bestandteile des Vertrages sind, hinreichend spezifiziert ist, können aus diesem Titel gegenüber dem Vermieter keine wie auch immer gearteten Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden",⁵⁸¹*
- *"Der Mieter bestätigt, den Mietgegenstand in neuwertigem Zustand übernommen zu haben",⁵⁸²*
- *"Vorstehender Vertrag wurde vor der Unterfertigung gelesen und erörtert; bezüglich aller Vertragspunkte wurde Übereinstimmung erzielt".⁵⁸³*

Auch in den Entscheidungen 3 Ob 12/09z⁵⁸⁴, 2 Ob 1 /09z⁵⁸⁵ und 4 Ob 59/09v⁵⁸⁶, die Leasingbedingungen im Rahmen eines Verbandsklageverfahrens betroffen haben, kam der OGH sowohl bei der Klausel: *"Die Verkaufs- und Lieferbedingungen sind vom LN ausgehandelt, geprüft und angenommen"*⁵⁸⁷ als

⁵⁷⁹ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = *ecolex* 2007/252 Klausel 27.

⁵⁸⁰ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = *ecolex* 2007/252 Klausel 28.

⁵⁸¹ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 Klausel 1.

⁵⁸² OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 Klausel 22.

⁵⁸³ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 Klausel 39.

⁵⁸⁴ In MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132.

⁵⁸⁵ In RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = *jusIT* 2010/90 (Anm *Thiele*).

⁵⁸⁶ In MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁵⁸⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) =

auch bei jener Klausel "*Der LN bestätigt, dass das Fahrzeug die von ihm mit dem/den Lieferanten vereinbarte Ausstattung besitzt*",⁵⁸⁸ zum Ergebnis, dass diese gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog verstoßen.

b) Konsequenzen im Leasinggeschäft

Aus der Rsp des OGH lässt sich somit Folgendes ableiten: Solange der LN bloß den Erhalt des LO bestätigt, ist dies nach der bisherigen Judikatur zulässig. Wie das OLG Wien⁵⁸⁹ hat auch der OGH folgende Klausel: "*Der Leasinggegenstand und der Lieferant werden vom Leasingnehmer selbst ausgewählt*"⁵⁹⁰ für zulässig erklärt, weil sich damit die Beweislage des LN nicht erschweren würde und die Auswahl des Lieferanten durch den LN den LG auch nicht von seiner Verschaffungspflicht befreit. Ebenso stellt folgende Klausel: "*Der LN bestätigt, in ausreichendem Maß über die Funktion und den Gebrauch des Leasinggegenstandes, insbesondere über die einsatzgerechte Eignung des Leasingobjektes, als auch über die möglichen Folgen des nicht sachgerechten und nicht bestimmungsgemäßen Gebrauch informiert worden zu sein und ausreichend Informationsunterlagen, das Leasingobjekt betreffend erhalten zu haben*"⁵⁹¹ keinen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG dar. Dies mit der Begründung, dass die in der Klausel enthaltenen Informations- und Aufklärungspflichten den vertraglichen Nebenpflichten zuzuordnen sind. Bei der

RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Satz 3 der Klausel 3; ebenso OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu ähnlich lautender Klausel 6 Satz 2.

⁵⁸⁸ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) Klausel 35.

⁵⁸⁹ In 6 R 571/94 = KRES 1d/31 zu folgender Klausel: "*Die Anbahnung dieser geschäftlichen Verbindung erfolgt durch den Leasingnehmer, wobei der Leasingnehmer das Leasingobjekt, wie vorher beschrieben, ebenso wie den Lieferanten ohne Einfluss des Leasinggebers ausgewählt hat*"; zust Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 11 KSchG Rz 14.

⁵⁹⁰ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 6 Satz 1; in OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 musste der OGH zu dieser Klausel 3 Satz 1 nicht Stellung nehmen, weil die Arbeiterkammer diesen Klauselteil inhaltlich nicht beanstandete; für deren Unzulässigkeit bei Immobilienmaklerverträgen: Fischer-Czermak, Das Konsumentenschutzgesetz und der Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 115 (119).

⁵⁹¹ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) Klausel 18.

Verletzung von Nebenpflichten muss der Geschädigte (in diesem Fall also der LN) aber ohnehin den Beweis erbringen, dass eine Sorgfaltspflicht besteht und dass diese verletzt wurde, weshalb sich auch die Beweislastverteilung bei einer solchen Klausel für den LN nicht ändert.⁵⁹² Sobald jedoch die Wörter "ordnungsgemäßer, mangelfreier, funktionsfähiger und fabriksneuer Zustand"⁵⁹³ mit dem Empfang des LO verbunden werden und es somit zu einer Erschwerung der Beweislage kommen kann, ist von einem Verstoß nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auszugehen.

5.4.4 Übernahmebestätigung und Schadenersatzansprüche des LG?

Da mit einer Übernahmebestätigung die Übergabe des LO angezeigt wird und der LG meist nach Erhalt derselben den Kaufpreis an den Lieferanten zahlt, ist naheliegend, dass der LG an der Richtigkeit der Übernahmebestätigung, also daran, dass der LN das LO auch wirklich erhalten hat, ein großes Interesse hat. Wird eine Übernahmebestätigung unrichtig ausgestellt, ist fraglich, gegen wen der LG allfällige Schadenersatzansprüche richten kann und ob der LN gegenüber dem LG einwenden kann, dass ihn ein Mitverschulden trifft, weil er sich dem Lieferanten als Erfüllungsgehilfen bedient hat. Zunächst ist die Rechtsstellung des Lieferanten zu erörtern.

a) OGH

In der österreichischen Rsp⁵⁹⁴ wird die Ansicht vertreten, dass sich der LG das Verhalten des Lieferanten, dessen er sich als Hilfsperson bedient, zurechnen lassen muss und zwar auch dann, wenn der Lieferant die Übernahmebestätigung

⁵⁹² So OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 18.

⁵⁹³ AA BGH VIII ZR 36/03 = NJW 2005, 365. In dieser Entscheidung hat der BGH diese Klausel nicht näher beanstandet, da er sich vordergründig mit der Frage beschäftigte, ob der Lieferant im Hinblick auf die vom LN abzugebende Übernahmebestätigung ein Erfüllungsgehilfe des LG sei (was er verneint hat) und ob dem LG Schadenersatzansprüche gegen den LN zustehen, wenn er die Übernahme des LO bestätigt, obwohl er dieses nie erhalten hat; krit zur Wirksamkeit dieser Klausel: *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap E Rz 15 .

⁵⁹⁴ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 28.8.1985, 1 Ob 579/85 (unveröffentlicht); OGH 1 Ob 538/82 = SZ 55/75 = JBl 1984, 37 = MietSlg 34.198; zu einer Wechselwidmungserklärung: OGH 7 Ob 639/85 = SZ 58/183 = ÖBA 1986, 356.

an den LG weiterreicht, obwohl er weiß, dass das LO nicht übergeben wurde.⁵⁹⁵
Diese Ansicht bedarf einer Überprüfung.

b) BGH

Im Gegensatz zur österreichischen Rsp differenziert der BGH⁵⁹⁶ hier: Wie die österreichische Rsp geht auch der BGH davon aus, dass der Lieferant Erfüllungsgehilfe ist, solange er im Auftrag des LG tätig wird, dessen Gebrauchsüberlassungspflicht zu erfüllen. Davon ist jedoch die Abgabe der Übernahmebestätigung zu trennen, weil es sich dabei um keine Pflicht des LG, sondern um eine Pflicht des LN handelt.

c) Eigene Ansicht

Dass es sich bei der Abgabe der Übernahmebestätigung um eine Verpflichtung des LN handelt, entspricht auch § 1426 ABGB, wonach der Gläubiger (in unserem Fall also der LN) dem Leistenden die Quittung bei Leistungserbringung zu übergeben hat. Wenn der Lieferant bei der Abgabe einer unrichtigen Lieferbestätigung mitwirkt, kann dieses Verhalten nicht dem LG zugerechnet werden. Somit ist mE der Lieferant im Falle der Abgabe der Übernahmebestätigung nicht dem LG zuzurechnen.

d) Adressaten allfälliger Schadenersatzansprüche u eigene Ansicht

Bei der Frage, gegen wen der LG allfällige Schadenersatzansprüche iZm der Übernahmebestätigung erheben kann, ist zu differenzieren:

- Wenn der LN eine Übernahmebestätigung ausstellt, obwohl das LO gar nicht oder nur teilweise übergeben wurde und der Lieferant in der Folge insolvent wird, hat der LG einerseits einen Anspruch gegenüber dem Lieferanten, der aber nur mehr mit einer Insolvenzquote befriedigt wird und andererseits einen Anspruch gegenüber dem LN auf Ersatz des Schadens, der ihm im Vertrauen auf die unrichtige

⁵⁹⁵ OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 (Anm Iro) = ecolex 1996, 254 (Anm Fischer- Czermak).

⁵⁹⁶ BGH VIII ZR 36/03 = NJW 2005, 365; zust: *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L345; *Tiedtke/Peterek*, Die Rechtsprechung des BGH zum Leasing seit 2004, DB 2008, 335 (336 f).

Übernahmebestätigung entstanden ist. Dieser Schaden liegt im Kaufpreis, den der LG an den Lieferanten bezahlt hat⁵⁹⁷ und den er nun wegen der Insolvenz des Lieferanten nicht mehr in voller Höhe kondizieren kann.⁵⁹⁸

- Ob der LN in derselben Fallkonstellation – dh er stellt wissentlich eine fehlerhafte Übernahmebestätigung aus – neben dem Lieferanten auf den Ersatz des Vertrauensschadens in Anspruch genommen werden kann, wenn der Lieferant nicht insolvent wird, ist bislang nicht geklärt.⁵⁹⁹ Stellungnahmen in der österreichischen Rsp und Lehre zu dieser Frage liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Nach einer Ansicht in der deutschen Lehre⁶⁰⁰ sind die Interessen des LG nicht gefährdet, wenn er den Anspruch auf Rückzahlung gegenüber dem Lieferanten gerichtlich geltend machen muss. Ob wirklich auf den Insolvenzfall abzustellen ist, ist mE zu bezweifeln, da der LG auch für den Fall, dass keine Insolvenz vorliegt, auf die Übernahmebestätigung vertraut hat, die ja gerade das Interesse des LG schützen soll.
- Ein Schadenersatzanspruch des LG gegenüber dem LN ist nach der Rsp dann zu verneinen, wenn die Unrichtigkeit nach den Umständen evident ist. Darunter fallen etwa Übernahmebestätigungen, die der LN bereits mit dem Leasingantrag unterfertigt hat, wobei ihm der Lieferant erklärt hatte, dass dies eine reine Formsache sei, die zur Antragstellung notwendig wäre. Hier fehlt es für einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem LN bereits an einem Verschulden des LN, da der LN unter diesen Umständen gar nicht erkennen konnte, dass er durch die unrichtige Bestätigung die Interessen des LG gefährdet.⁶⁰¹ Es sei nämlich "*Erfahrungstatsache*", dass die Lieferung einer Kaufsache in der Regel nicht vor Abschluss des Kaufvertrags, der erst mit der Annahme gegeben ist, erfolgt.⁶⁰² Der LG kann sich daher nur am Lieferanten schadlos halten.

⁵⁹⁷ Iro, Unwirksamkeit der Vertragsklausel, dass der Leasingnehmer das Lieferrisiko zu tragen hat, ÖBA 1996, 639 (644); Fischer-Czermak, *ecolex* 1996, 256; Harrer, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 49.

⁵⁹⁸ Weber, Die Entwicklung des Leasingrechts in den Jahren Mitte 2003 bis Mitte 2005, NJW 2005, 2195 (2196); von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap E Rz 24; Beckmann, DStR 2006, 1329 (1332).

⁵⁹⁹ Abl: von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap E Rz 24; zust: Beckmann, Finanzierungsleasing³ § 3 Rz 71.

⁶⁰⁰ von Westphalen Der Leasingvertrag⁶ Kap E Rz 24.

⁶⁰¹ OGH 7 Ob 1608/95 = HS 26.702.

⁶⁰² So Bydlinski in Klang² IV/2 447.

- Wenn der Lieferant und der LN in kollusiver Weise zusammenarbeiten und durch Abgabe einer falschen Übernahmebestätigung gemeinschaftlich den LG schädigen, weil sie davon ausgehen, dass der LG nichts von der falschen Übernahmebestätigung weiß und daher den Kaufpreis an den Lieferanten ausbezahlt, liegt eine sittenwidrige Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB vor. Die gemeinschaftliche Schadensherbeiführung von Lieferant und LN führt dann zu einer Solidarhaftung iSd § 1302 ABGB, wobei sich der interne Regress nach § 896 ABGB richtet.⁶⁰³

5.4.5 Folgen einer wahrheitswidrigen Übernahmebestätigung

Weiters stellt sich die Frage, ob der LN, der eine wahrheitswidrige Übernahmebestätigung abgibt, sein Recht auf Hauptleistung aus dem Leasingvertrag verliert?

Nach der Rsp ist das zu verneinen. Auch in dem Fall, in dem der LN eine wahrheitswidrige Übernahmebestätigung unterfertigt, die zur Folge hat, dass der LG den Kaufpreis an den Lieferanten bezahlt (und der Lieferant in der Folge insolvent wird), bleibt das Recht auf die Hauptleistung aus dem Leasingvertrag bestehen.⁶⁰⁴ Dies ergibt sich ebenso aus der Rechtsnatur der Übernahmebestätigung. Bei dieser handelt es sich um eine Wissenserklärung,⁶⁰⁵ die eben nicht die Vernichtung der Schuld zum Gegenstand hat, sondern bloß die Aufhebung der Schuld kundtut.⁶⁰⁶

Auch ist der Ansicht *Iros* zu folgen, wonach eine analoge Anwendung des § 1396 Satz 2 ABGB, der besagt, dass der Schuldner, der dem Zessionar in Kenntnis von Einwendungen gegen die Forderungen des Zedenten deren Richtigkeit bestätigt, diese Einwendungen verliert, für Leasingverträge zu

⁶⁰³ Vgl allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 326; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 13/58.

⁶⁰⁴ Zuletzt bestätigt durch OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*)= jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) in den Rechtsausführungen zu Klausel 4.

⁶⁰⁵ *Bydlinski* in Klang² IV/2 443 f.

⁶⁰⁶ *Gschnitzer* in Klang² VI 419.

verneinen ist.⁶⁰⁷ Auf das Leasingverhältnis umgelegt würde dies nämlich bedeuten, dass sich der LN eben nicht mehr auf eine Verletzung der Verschaffungspflicht berufen könnte, wenn er gegenüber dem LG bewusst eine unwahre Übernahmebestätigung übermittelt. Bei der Zession wird durch die Erfüllungswirkung des deklaratorischen Anerkenntnisses⁶⁰⁸ dem Zessionar nur das zugestanden, was er auf Grund des Vertragsverhältnisses zum Zedenten erwarten durfte, dh der für die Forderung gezahlte Kaufpreis. Der aus § 1396 Satz 2 ABGB abgeleitete Erfüllungsanspruch des Zessionars kommt aber für das Finanzierungsleasing nicht in Betracht, weil der LG darüber hinaus noch Ansprüche aus seinem Verhältnis zum LN geltend machen könnte, also die Zahlung der Leasingraten, die auch Provisionen und Gewinn des LG umfassen. Dies wäre aber mehr, als der LG nach schadenersatzrechtlichen Regeln geltend machen könnte.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ *Iro*, ÖBA 1996, 639 (644).

⁶⁰⁸ Dem Schuldner kann nicht unterstellt werden, dass er sich durch ein konstitutives Anerkenntnis binden will. Der Schuldner soll somit nur jene Einreden verlieren, die er bei Abgabe des deklarativen Anerkenntnisses kannte: vgl im Detail *Bydlinski* in Klang² IV/2 401 f.

⁶⁰⁹ So *Iro*, ÖBA 1996, 639 (644).

6 AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER GEWÄHRLEISTUNG

Der LG pflegt beim mittelbaren Leasing seine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte, die er gegen den Lieferanten hat, an den LN abzutreten. Die Gewährleistungsansprüche des LN gegen den LG werden in der Folge ausgeschlossen, der LN erhält aber die Möglichkeit, selbst gegenüber dem Lieferanten vorzugehen und Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.⁶¹⁰ Der LN erhält sohin ein Surrogat.⁶¹¹

Im Verbrauchergeschäft ist für eine derartige Überbindung der Gewährleistungspflichten auf einen Dritten § 6 Abs 2 Z 2 KSchG heranzuziehen, auch wenn diese Bestimmung in erster Linie nur die Schuld- und die (gesetzlich nicht geregelte) Vertragsübernahme zum Gegenstand hat.⁶¹² Es wird damit argumentiert, dass wenn der Gesetzgeber sowohl die Schuld- als auch die Vertragsübernahme erlaubt, aufgrund des Größenschlusses eine minder folgenschwere Regelung, wie die Überbindung der Gewährleistungspflichten, zulässig sein muss.⁶¹³ Eine derartige Überbindung muss entweder im Einzelnen ausgehandelt werden oder der Lieferant muss namentlich als Gewährleistungspflichtiger genannt sein.

Im Verbrauchergeschäft scheidet der Gewährleistungsausschluss unter gleichzeitiger Abtretung der Gewährleistungsrechte jedoch oftmals an § 9 KSchG, weil diese Abtretung den LN schlechter stellt, als wenn er die Gewährleistung direkt gegenüber dem LG geltend machen könnte. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Klausel den Passus enthält, dass der LG nur für

⁶¹⁰ Vgl OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647.

⁶¹¹ *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 98.

⁶¹² *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 170.

⁶¹³ *Welser*, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in HdBzKSchG 357; zust *Fenyves*, KSchG und Gewährleistung, in HdBzKSchG 403; *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 98; für eine analoge Anwendung des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG: *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 204; *Krejci*, JBI 1988, 490 (498 f) betont, dass kein Fall des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG vorliegt, weil die Unternehmerschuld nicht fortbesteht, sondern an deren Stelle eine Freizeichnung des Unternehmers von seinen Pflichten bei gleichzeitiger Zession von Unternehmerrechten gegenüber Dritten an den Verbraucher tritt.

durchsetzbare Gewährleistungsansprüche in dem Umfang entsteht, die er gegenüber dem Lieferanten aufgrund der Lieferbedingungen des Lieferanten hat und nur diese mitunter eingeschränkten Ansprüche an den LN abtritt.⁶¹⁴ Im folgenden Abschnitt wird näher erörtert, welche Klauselgestaltungen jedenfalls gegen § 9 KSchG verstoßen. Ein Gewährleistungsausschluss ist – kurz zusammengefasst – jedenfalls unzulässig:

- wenn ein Verbraucher mit der Rügeobliegenheit nach § 377 UGB belastet wird.⁶¹⁵
- wenn die Gewährleistungsfrist nicht an § 23 KSchG aF angepasst ist.⁶¹⁶
- wenn Verbesserungsorte nicht an § 8 KSchG angeglichen sind.⁶¹⁷
- wenn durch eine pauschale Leistungsbeschreibung versucht wird, zu verhindern, dass konkrete Eigenschaften des LO zugesichert werden.⁶¹⁸
- wenn der LN verpflichtet ist, Gewährleistungsrechte gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen.⁶¹⁹
- wenn die Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung ausgeschlossen wird.⁶²⁰

⁶¹⁴ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 5 Satz 1 u 2.

⁶¹⁵ Vgl Kap 6.1.3.

⁶¹⁶ Vgl Kap 6.2.

⁶¹⁷ Vgl Kap 6.3.2.

⁶¹⁸ Vgl Kap 6.4.2

⁶¹⁹ Vgl Kap 6.5.2.

⁶²⁰ Vgl Kap 6.8.1.

6.1 Rügeobliegenheit im Leasinggeschäft

6.1.1 Rügeobliegenheit im Unternehmergeschäft

Der Liefervertrag zwischen Lieferant und LG ist für beide Teile ein unternehmensbezogenes Geschäft. Deshalb trifft den LG⁶²¹ die Mängelrügeobliegenheit nach § 377 UGB.⁶²² Da die Gewährleistungsrechte des LG an den unternehmerischen LN abgetreten werden, hat der LN anstatt des LG die Mängelrügeobliegenheit auszuüben. Eine Mängelrügeobliegenheit, die zwischen Unternehmern in AGB vereinbart wurde, kann nicht als ungewöhnlich iSd § 864a ABGB angesehen werden.⁶²³ Sie wird auch nicht gröblich benachteiligend sein, weil die Rügeobliegenheit den LN als Unternehmer auch dann treffen würde, wenn er das LO direkt vom Lieferanten erworben hätte.⁶²⁴ Der LN hat dem Lieferanten sohin allfällige Mängel des LO binnen angemessener Frist⁶²⁵ anzuzeigen. Wenn der LN die Anzeige der Mängel unterlässt, kann er keine Rechte aus der Gewährleistung oder

⁶²¹ Für das deutsche Recht vgl. *Stagl*, Die Selbstständigkeit der Gewährleistungsrechte des Leasingnehmers beim Finanzierungsleasing, ZIP 2009, 846 (853) wonach der LN Adressat des § 377 dHGB ist, weil er eigene Gewährleistungsrechte gegen den Lieferanten habe; in diese Richtung auch *Heermann*, Drittfianzierte Erwerbsgeschäfte 288, wonach der LN und nicht der LG Gläubiger der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten sei; dagegen OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142: "der LN schließt keinen Kaufvertrag mit dem Lieferanten ab, weshalb ihm diesem gegenüber keine eigenen vertraglichen Gewährleistungsansprüche zustehen"; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132.

⁶²² So im Ergebnis auch *Böhler*, Grundwertungen zur Mängelrüge 143. Sie verneint die Anwendung des § 377 HGB (jetzt UGB) aber in den Fällen, in denen der LG zur dauernden Instandhaltung verpflichtet ist; *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 377-378 Rz 8; *dies* in *Straube*, UGB⁴ Vor §§ 373-381 Rz 8; *Kerschner* in *Jabornegg* § 378 Rz 23; für Leasingverträge, die dem Kaufrecht zuzuordnen sind, bejahend: *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 220.

⁶²³ OGH 5 Ob 522/91 = RdW 1992, 8; OGH 8 Ob 166/08g = Zak 2009, 255 = bbl 2009/116.

⁶²⁴ Für die Zulässigkeit auch *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 4 Rz 76; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap E Rz 6; *Canaris*, AcP 190, 410 (431); *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung 408; *Stagl*, ZIP 2009, 846 (852).

⁶²⁵ Nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts ist eine Frist von 14 Tagen als Richtgröße angemessen; vgl dazu: *Krejci* in *FS Honsell* 302; *ders*, Unternehmensrecht⁴ 349; *Dehn*, UGB 2006 220; *Dehn/Krejci* (Hrsg), Das neue UGB 135; *Schauer* in *Krejci*, RK § 377 UGB Rz 6; *Thunhart*, Die wichtigsten Neuerungen für Unternehmensgeschäfte nach der HGB Reform, Zak 2007, 3 (5); *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 377-378 Rz 43.

Schadenersatzansprüche wegen des Mangels gegenüber dem Lieferanten geltend machen. Der LN kann auch keinen Irrtum über die Mangelfreiheit der Sache selbst mehr geltend machen⁶²⁶ und bleibt trotz der Mangelhaftigkeit des LO zur Zahlung der vollen Leasingraten gegenüber dem LG verpflichtet. Der LN hat aber nach wie vor die Möglichkeit, einen Mangelfolgeschaden und/oder einen deliktischen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen.⁶²⁷ Wenn der LN nach der Lieferung Mängel trotz gehöriger Untersuchung nicht feststellen kann, so hat er auch einen später hervorgekommenen Mangel binnen angemessener Frist geltend zu machen.

6.1.2 Operatingleasingverträge – Rügeobliegenheit

Da nach überwiegender Ansicht⁶²⁸ § 377 UGB nicht auf Mietverträge anwendbar ist, ist fraglich, ob der LN auch bei einem Operatingleasingvertrag zu einer Mängelrüge in AGB verpflichtet werden kann. Die Nichtanwendung des § 377 UGB soll auch für Leasingverträge gelten, die nicht kaufähnlich sind,⁶²⁹ wie eben Operatingleasingverträge. Begründet wird dies damit, dass der Bestandgeber – anders als ein Verkäufer – zu keinem Zeitpunkt davon ausgehen kann, dass alles erledigt ist, weil ihn laufend die Instandhaltungsverpflichtung trifft.⁶³⁰

Selbst wenn der Bestandgeber (LG) nicht davon ausgehen kann, dass alles erledigt ist, so ist es in seinem Interesse, zu wissen, ob das LO zumindest bei Übergabe mangelfrei war, nicht zu leugnen. Weiters ist anzumerken, dass die Regelung der Instandhaltung dispositives Recht darstellt und prinzipiell einer vertraglichen Regelung zugänglich ist, sofern man annimmt, dass die

⁶²⁶ Der LN soll sich auch nicht mehr auf eine *laesio enormis* berufen können. Vgl dazu: allgemein *Schauer* in *Krejci*, RK § 377 UGB Rz 13; *Dehn/Krejci* (Hrsg), Das neue UGB 136; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 406.

⁶²⁷ Vgl allgemein *Dehn/Krejci* (Hrsg), Das neue UGB 136; *Schauer* in *Krejci*, RK § 377 UGB Rz 9; *Khachik*, Die wichtigsten Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes durch das Handelsrechtsänderungsgesetz, JAP 2005/2006/32; *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 377-378 Rz 59; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 406.

⁶²⁸ *Kramer/Martini* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 377-378 Rz 10; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 378 Rz 30; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 400.

⁶²⁹ *Böhler*, Grundwertungen zur Mängelrüge 143; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 378 Rz 30; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 400. Selbst wenn man die Rügeobliegenheit für Operatingleasingverträge verneint, weil diese kaufunähnlich sind, steht es den Parteien frei, eine vertragliche Rügeobliegenheit zu vereinbaren: vgl *P. Bydlinski*, JBI 1993, 639.

⁶³⁰ *Böhler*, Grundwertungen zur Mängelrüge 141.

Überwälzung der Instandhaltung auf den Bestandnehmer (LN) nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist. In diesem Fall kann es sehr wohl Konstellationen geben, wo den Bestandgeber (LG) keine Instandhaltungsverpflichtung trifft.

Trifft den Bestandgeber (LG) eine Instandhaltungspflicht, ist der Mieter gemäß § 1097 ABGB verpflichtet, dem Bestandgeber "die Auslösung" dieser Verpflichtung anzuzeigen, widrigenfalls der Mieter schadenersatzpflichtig werden kann. Darüber hinaus kann der Mieter bei Nichtanzeige keine Mietzinsminderung geltend machen⁶³¹ und das Auflösungsrecht gemäß § 1117 ABGB nicht auf die betreffende Gebrauchsbeeinträchtigung stützen.⁶³² Ähnliches lässt sich der Wertung des § 15a MRG entnehmen: Dieser statuiert eine generelle Rügepflicht des Bestandnehmers für kategorierelevante Mängel einer Wohnung.⁶³³

Aus diesen Erwägungen erscheint es auch bei Operatingleasingverträgen zulässig zu sein, den LN in AGB zu einer Mängelrüge zu verpflichten, weil die bestandsrechtlichen Normen (§ 1097 ABGB, § 15a MRG) ebenso eine Art Rügepflicht statuieren.⁶³⁴

6.1.3 Rügeobliegenheit im Verbrauchergeschäft

Es entspricht hA,⁶³⁵ dass es gegen § 9 KSchG verstößt, wenn der LN als Verbraucher⁶³⁶ mit einer Rügeobliegenheit nach § 377 UGB⁶³⁷ belastet wird. Der

⁶³¹ OGH 6 Ob 38/11y = RZ-EÜ 2011/141 = EWr III/1096 A/165 = Zak 2011/241 = immolex 2011/48 (Anm *Pletzer/Prader*) = wobl 2011/66 (Anm *Vonkilch*) = EvBl 2011/109 (Anm *Cerha*) = RdW 2011/337 = JBI 2011, 438.

⁶³² *Iro* in KBB³ § 1097 Rz 1; *Binder* in Schwimann³ § 1097 Rz 15; *Stabentheiner*, Mietrecht³ Rz 36; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1097 Rz 1.

⁶³³ Rügt der Bestandnehmer nicht, scheidet eine Kategorieherabsetzung aus; vgl dazu: *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 170b; *Stabentheiner*, Mietrecht³ Rz 245b.

⁶³⁴ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 257, bejaht die Anwendung des § 1097 ABGB, auch wenn dieser ihrer Ansicht nach keine Untersuchungspflicht normiert für Finanzierungsleasingmodelle, die nach ihrer Ansicht alleine dem Mietrecht zuzurechnen sind; für eine Anzeigepflicht und nicht nur für eine Anzeigeobliegenheit: *Böhler*, Grundwertungen zur Mängelrüge 141 FN 86.

⁶³⁵ Vgl etwa *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 9 Rz 7; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 244; *ders*, JBI 1988, 490 (499); *ders* in Rummel³ § 9 KSchG Rz 18; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 32; *Harrich*, Zak 2009, 347 (348); *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 173 FN 139a; *ders*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, JBI 1993, 567 u 639; *Kerschner* in Jabornegg/Artmann, UGB² § 378 Rz 30; *Kramer/Martini* in Straube, UGB I⁴ §§ 377-378 Rz 34; *Fischer-Czermak*, eolex 1991, 848; *dies*, Mobilienleasing 219; *Kathrein*, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft,

LG darf Verbrauchern daher keine Gewährleistungsansprüche abtreten, die mit einer Mängelrügepflicht belastet sind, weil diese den Verbraucher jedenfalls schlechter stellen und seine Gewährleistungsrechte einschränken.⁶³⁸

a) Transparenzgebot iZm der Mängelrügeobliegenheit

Obwohl die Mängelrügepflicht im Verbrauchergeschäft schon an sich unzulässig ist, hat sich gezeigt, dass die Klauseln darüber hinaus auch gegen das Transparenzgebot verstoßen haben.

i. OGH

Betroffene Klauseln, die der OGH einer Überprüfung zu unterziehen hatte, lauteten wie folgt:

ecolex 2001, 426 (427); *ders* in KBB³ § 9 KSchG Rz 3; *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 9 KSchG Rz 8; *Apathy*, ÖBA 2009, 755 (756); Grüblinger, Tool box Common Frame of Reference - Eine Kodifikationsanleitung für das Finanzierungsleasing? 99; *dies*, ZVR 2010, 483; aA und somit für die Zulässigkeit der Überwälzung der Rügeobliegenheit auf den LN als Verbraucher: *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 4 Rz 79.

⁶³⁶ Dies gilt auch bei Gründungsgeschäften nach § 1 Abs 3 KSchG; vgl OGH 3 Ob 180/02w = MietSlg 55.225 = RdW 2003/435 = ecolex 2003/308 = wbl 2003/276 = ÖJZ 2003/151 (EvBl).

⁶³⁷ Unverständlich daher der OGH in 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 619 (Anm *Fischer-Czermak*) = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*), wonach die Zulässigkeit der Überbindung der Rügeobliegenheit auf einen Verbraucher nicht nach § 9 KSchG überprüft werden muss; abl: *Fischer-Czermak*, Gewährleistung und Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Leasing, ecolex 1995, 619.

⁶³⁸ *Schumacher*, ZVR 1979, 289 (297); *W. Jud*, KSchG, Factoring und Leasing, in HdBzKSchG 532 f; so OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; dies muss wohl auch für OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 zu Klausel 5: "Der Mieter ist verpflichtet, den Mietgegenstand unverzüglich bei Lieferung auf Mängel zu untersuchen und diese sofort dem Vermieter mitzuteilen. Liegen Mängel vor, die eine Übernahmeverweigerung rechtfertigen, so hat der Mieter die Übernahme des Mietgegenstandes zu verweigern. Nachteile, die aus einer Nichtbeachtung dieser Bestimmung entstehen, trägt der Mieter", gelten, wobei diese durch den OGH nicht inhaltlich geprüft wurde, weil der OGH hier bereits Wiederholungsgefahr wegen der beigefügten Ersatzklausel (vgl Kap 4.4.3) angenommen hat; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748; OGH 3 Ob 35/10h = ÖBA 2011/1709.

- *"Der Leasinggeber haftet für Mängel nur im Umfange der gegenüber dem Lieferanten auf Grund dessen Liefer- und Garantiebedingungen durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche. Der Leasinggeber tritt alle gegenüber dem Lieferanten bestehende Gewährleistungs- und Garantieansprüche an den Leasingnehmer ab. Der Leasingnehmer hat solche Ansprüche im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber dem ausliefernden Händler geltend zu machen und den Leasinggeber schad- und klaglos zu halten. Der Leasinggeber steht dafür ein, dass zwingende Rechte des Leasingnehmers als Verbraucher nicht geschmälert werden".*⁶³⁹
- *"Der LG tritt dem LN alle Rechte und Pflichten hinsichtlich der Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung gegenüber dem Lieferanten ab. Der LN nimmt diese Abtretung an und verzichtet darauf, derartige Ansprüche gegen den LG geltend zu machen. Der LN verpflichtet sich, den LG in all diesen Punkten schad- und klaglos zu halten. Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des LN gegenüber dem LG werden dadurch nicht berührt".*⁶⁴⁰
- *"Die HSL (Anm der LG) haftet weder für bestimmte Eigenschaften oder Eignung des LO, noch für Schäden aus dessen Gebrauch. Mit der Übernahme gilt dass LO als vom LN in jeder Hinsicht genehmigt. Der LN tritt in alle Rechte hinsichtlich Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung anstelle der HSL gegenüber der Lieferfirma ein und hält die HSL in allen diesen Punkten schad- und klaglos. [...] Soweit dem LN als Konsument – insbesondere durch §§ 8 und 9 KSchG – unabdingbare Rechte eingeräumt werden, bleiben diese unberührt".*⁶⁴¹
- *"Für das Fahrzeug gelten die Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen des Herstellers. Der Vermieter tritt bereits jetzt*

⁶³⁹ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 5.

⁶⁴⁰ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 9.

⁶⁴¹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 4.

seine Ansprüche auf Garantie oder Gewährleistung gegenüber dem Hersteller oder der Lieferfirma an den Mieter ab. Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet, die Gewährleistungs- und Garantieansprüche bei den Vertragswerkstätten des Herstellers zu erheben." Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Mieters gegen den Vermieter werden hievon nicht berührt".⁶⁴²

Vorauszuschicken ist, dass der OGH die oben genannten Klauseln schon deshalb für unzulässig erklärt hat, weil sich der Gewährleistungsausschluss auf die erstmalige Verschaffungspflicht des LG bezogen hat.⁶⁴³ Während der OGH in der Entscheidung 3 Ob 12/09z nicht gesondert auf den Passus "*Soweit dem LN als Konsument – insbesondere durch §§ 8 und 9 KSchG – unabdingbare Rechte eingeräumt werden, bleiben diese unberührt*" und somit auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot einging, hat der OGH in den Entscheidungen 4 Ob 59/09v und 7 Ob 173/10g angeführt, dass der Zusatz "*dass gesetzliche Ansprüche des LN gegenüber dem LG nicht berührt werden*" gegen das Transparenzgebot verstößt, weil dem LN noch zusätzlich das Risiko aufgebürdet werde, dass er die Rechtswidrigkeit der Regelung erkennt.⁶⁴⁴ Noch deutlicher wurde der OGH in 7 Ob 230/08m. Dort sprach er aus, dass der LN durch den Passus, dass die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche unberührt bleiben, in die Irre geführt werde und annehmen könnte, dass ihm auch mietrechtliche Ansprüche nach § 1096 ABGB verbleiben. Die den LN treffende Erhaltungspflicht in Finanzierungsleasingverträgen stehe aber in einem nicht auflösbaren Widerspruch zu § 1096 ABGB und der dort normierten Erhaltungspflicht des Vermieters. Eine derartige Klausel sei deshalb intransparent, weil beim

⁶⁴² OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 6.

⁶⁴³ Vgl OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 4; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 9; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 5.

⁶⁴⁴ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 9; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 5.

Finanzierungsleasing keine eigenen Gewährleistungsansprüche gesetzlich normiert sind.⁶⁴⁵

ii. Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH ist mE zu folgen. Darüber hinaus ist Folgendes anzumerken: Da die oben angeführten Klauseln schon wegen eines Verstoßes gegen die erstmalige Verschaffungspflicht unzulässig waren, musste der OGH nicht explizit auf die Frage eingehen, ob alleine die Verpflichtung zur Mängelrüge verbunden mit dem Passus, dass gesetzliche Ansprüche des LN gegenüber dem LG nicht berührt werden, gegen das Transparenzgebot verstößt. ME wird dies zu bejahen sein, weil der LN darüber im Unklaren gelassen wird, dass er als Verbraucher gar nicht zur Mängelrüge verpflichtet werden kann. Zusätzlich wird ihm – wie der OGH bereits oben ausgesprochen hat – durch den Verweis auf das Verbleiben der gesetzlichen Ansprüche gegenüber dem LG, das Risiko aufgebürdet, dass er die Rechtswidrigkeit der Regelung, die in diesem Fall in der Mängelrügepflicht liegt, erkennt.

b) Abbedingung des § 377 UGB

Ein Gewährleistungsausschluss des LG gegenüber dem LN als Verbraucher ist daher nur dann gültig und wirksam, wenn der LG im Vertrag mit dem Lieferanten die Anwendung des § 377 UGB abbedungen hat⁶⁴⁶ oder das LO bei Lieferung an den LN selbst untersucht.

i. Lehre

Nach *Canaris*⁶⁴⁷, *Stoffels*⁶⁴⁸ und *Raab*⁶⁴⁹ ist § 377 dHGB (in Österreich nunmehr § 377 UGB) teleologisch zu reduzieren,⁶⁵⁰ wenn der Lieferant mit der

⁶⁴⁵ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 6 Abs 2.

⁶⁴⁶ *Fischer-Czermak*, ecolex 1991, 848; *dies*, Mobilienleasing 219; *Stagl*, ZIP 2009, 853; *Oberfeuchtnner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 250.

⁶⁴⁷ In AcP 190, 431; *ders*, Handelsrecht²⁴ 439 f; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 120; *Wimmer-Leonhardt* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 14 Rz 7 mwN; *Lieb*, Anmerkung zu BGH VIII ZR 22/89, JZ 1990, 976 (977 f).

⁶⁴⁸ In Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge 190.

⁶⁴⁹ In Austauschverträge mit Drittbeteiligung 409.

Weiterleitung der Ware an den Verbraucher (LN) einverstanden war und der LG allein im Interesse des LN als Finanzierer eingeschaltet wurde. Der Lieferant verdiene es nicht, besser gestellt zu werden, als wenn er unmittelbar mit dem LN als Verbraucher kontrahiert hätte.⁶⁵¹ Zudem könne der LG oftmals aufgrund der fehlenden Sachkenntnisse das LO nicht entsprechend untersuchen.⁶⁵²

Nach *Fischer-Czermak* ist im Einzelfall zu beurteilen, ob der LG die Erklärung des Lieferanten als Vorwegverzicht auf die Einrede nach § 377 HGB aF (nunmehr § 377 UGB) deuten durfte. Sie bejaht dies in den Fällen, in denen der Lieferant und LN den Vertrag schon insoweit abgestimmt haben, als der LG diesen nur noch abschließen muss. In diesem Fall darf der LG nämlich das Anbot des Lieferanten dahingehend verstehen, dass sich an dessen Rechtsstellung durch die Einbeziehung des LG nichts ändern soll.⁶⁵³

ii. Eigene Ansicht

Um im Vorhinein mögliche Unklarheiten ausschließen zu können, ist es ratsam, in die Bestellbedingungen einen ausdrücklichen Verzicht des Lieferanten auf die unternehmensrechtliche Rügeobliegenheit gegenüber dem LG aufzunehmen, sofern der LN Verbraucher ist. Eine solche Regelung zwischen Lieferanten und LG ist nicht gröblich benachteiligend, weil der Lieferant oftmals die Vertragsverhandlungen mit dem LN geführt hat (daher um dessen Verbrauchereigenschaft weiß) und der LG erst für die Finanzierung des Leasinggeschäfts eingeschaltet wurde.⁶⁵⁴ Wenn es der LG im Verbrauchergeschäft unterlässt, eine derartige Regelung in die Bestellbedingungen aufzunehmen, kann dies dazu führen, dass der LG dafür sorgen muss, dass der LN etwa eine Verbesserung des LO erhält, weil der LN

⁶⁵⁰ Krit zum Argument der teleologischen Reduktion: *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 219; *Oberfeuchtnner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 246 f; *Oxe*, Der Leasingnehmer als Verbraucher 147; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 80.

⁶⁵¹ *Canaris*, AcP 190, 429.

⁶⁵² So *Knops*, Rügepflicht beim Handelskauf und Leasingvertrag, JuS 1994, 106 (109); abl *Oberfeuchtnner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 247, mit dem zutreffenden Argument, dass es oft auch einem "normalen Käufer" an der erforderlichen Sachkenntnis fehlt.

⁶⁵³ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 220.

⁶⁵⁴ So auch der Vorschlag von *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 4 Rz 81; *Koch* in MünchKommBGB⁵ Leasing Rz 81.

nicht zur Mängelrüge verpflichtet werden kann, obwohl der LG seinerseits gegenüber dem Lieferanten keine Gewährleistungsansprüche mehr erheben kann.⁶⁵⁵ Dies kann zu Kostenbelastungen führen, da der LG dann Leistungen, derer es zB bedarf, um das LO wieder fahrtüchtig/mangelfrei zu machen, bei einem anderen Unternehmer zukaufen muss, weil der LG (man denke hier nur an Banken, die Leasingfinanzierungen anbieten) idR nicht in der Lage sein wird, den Gewährleistungsmangel selbst zu beheben.

c) § 377 UGB und Verbesserung/Austausch

Der Verzicht des Lieferanten auf die Mängelrügeobliegenheit sollte auch jene Fälle erfassen, in denen sich das LO zur Verbesserung bzw zum Austausch beim Lieferanten befindet und wieder an den LN zurückgestellt wird. An sich wäre der LG nämlich auch im Fall der Verbesserung/Austausch wiederum zur Mängelrüge verpflichtet, müsste also auch das verbesserte/ausgetauschte LO untersuchen.⁶⁵⁶ Würde man den Verbraucher im Fall der Verbesserung bzw im Fall eines Austausches zur Mängelrüge verpflichten, würde dies einen Verstoß gegen § 9 KSchG darstellen. Dieser neuerlichen Verpflichtung zur Mängelrügeobliegenheit kann daher nur durch eine vorsichtige Klauselgestaltung Rechnung getragen werden.

⁶⁵⁵ So auch *Harrich*, Zak 2009, 347 (348).

⁶⁵⁶ So auch *Mankowski*, Das Zusammenspiel der Nacherfüllung mit den kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten, NJW 2006, 865 ff, für das deutsche Recht.

6.2 Anpassung der Gewährleistungsfrist an § 23 KSchG aF

Vorauszuschicken ist, dass die Bestimmung des § 23 KSchG aF durch das GewRÄG, womit die Gewährleistungsfrist bei beweglichen Sachen von sechs Monaten auf zwei Jahre angehoben wurde, weitgehend ihre Relevanz verloren hat.⁶⁵⁷ Es erscheint nämlich relativ unrealistisch, dass Mängel bei beweglichen Sachen erst nach zwei Jahren hervorkommen. Selbst wenn dies der Fall wäre, stünde der LN vor dem Problem, dass er den Mangel des LO zum Zeitpunkt der Übergabe des LO beweisen müsste.⁶⁵⁸ Als Akt der Rechtsbereinigung⁶⁵⁹ ist § 23 KSchG aF daher mit 10. Juni 2010 außer Kraft getreten.⁶⁶⁰ Dennoch wird hier kurz auf diese Bestimmung eingegangen, weil die Anpassung an die Gewährleistungsfrist Gegenstand von Verbandsklagen vor dem OGH war und diese Bestimmung weiterhin auf Verträge anwendbar ist, die vor dem 11. Juni 2010 geschlossen wurden.

In der Lehre wurde vertreten, dass es sich bei Finanzierungsleasingverträgen entweder um Abzahlungsgeschäfte iSd § 16 KSchG⁶⁶¹ aF oder um gleichgestellte Geschäfte nach § 17 KSchG⁶⁶² aF

⁶⁵⁷ So auch *Kolba* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 16-25 Rz 2.

⁶⁵⁸ Nur innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe des LO gilt die Vermutung, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorhanden war: vgl OGH 4 Ob 147/10m = EvBl 2011/103 = Zak 2011/239 = JusGuide 2011/11/8550 = Zak 2011/228 (Anm *Foglar-Deinhardstein*).

⁶⁵⁹ So *Kolba* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 16-25 Rz 2.

⁶⁶⁰ Vgl § 41a Abs 23 KSchG.

⁶⁶¹ Sowohl die Bestimmungen des § 16 aF als auch jene des § 17 KSchG aF sind mit 10. Juni 2010 außer Kraft getreten; sie sind aber nach wie vor auf Verträge anwendbar, die vor dem 11. Juni 2010 abgeschlossen wurden; vgl § 41a Abs 23 KSchG.

⁶⁶² Wenn die geschuldeten Teilzahlungen als Kaufpreisraten angesehen wurden und der LN direkt mit der letzten Rate Eigentum am LO erwarb, war § 16 KSchG aF anzuwenden. Andere Varianten wurden § 17 KSchG aF zugeordnet. Dies traf auf Vollamortisationsverträge zu, bei denen das LO während der gesamten wirtschaftlichen Lebensdauer dem LN zustand und ebenso bei Teilamortisationsverträgen, bei denen der Restwert im Vergleich zu der Summe Leasingraten von geringer Bedeutung war, es also unvernünftig gewesen wäre, eine Eigentumsoption nicht wahrzunehmen; vgl dazu im Detail *Mayrhofer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 16 KSchG Rz 6 u § 17 KSchG Rz 10 f; *Lehofer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG² § 23 Rz 2; *Fischer-Czermak*, *ecolex* 1997, 331, stellte auf die Gewährleistungs- und Gefahrtragungsklauseln in den Leasingverträgen ab. Wenn sich der LN mit der kaufrechtlichen Risikotragung abfinden musste, war § 16 KSchG aF (beim reinen Kauf unter Eigentumsvorbehalt) bzw § 17 KSchG aF anzuwenden. Bei den Finanzierungsleasingvarianten, die sie alleine dem Mietrecht zuordnete, gelangte § 17 KSchG aF nicht zur Anwendung, weil der LG

handelt, weshalb § 23 KSchG zu beachten ist. Demnach konnte der LN als Verbraucher seine Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln über die gesetzliche Gewährleistungsfrist (bei beweglichen Sachen also zwei Jahre) hinaus, bis zur Fälligkeit der letzten Teilzahlung durch Klage geltend machen. Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch Einrede blieb dem LN vorbehalten, wenn er bis zur Fälligkeit der letzten Teilzahlung⁶⁶³ den Mangel geltend machte. Unter Fälligkeit der letzten Teilzahlung war die vertraglich vereinbarte Fälligkeit zu verstehen. Es kam daher zu keiner Fristverlängerung, wenn der LN mit der letzten Rate in Verzug geriet.⁶⁶⁴

LG waren daher nach alter Rechtslage gut beraten, in die Bestellbedingungen oder in die Eintrittsvereinbarung mit dem Lieferanten eine Regelung aufzunehmen, dass die Gewährleistungsfrist an die aus dem Leasingvertrag gemäß § 23 KSchG angeglichen wird,⁶⁶⁵ dh dass der Lieferant bei Verbrauchergeschäften bis zur letzten Teilzahlung Gewähr leisten muss. Andernfalls liefen LG nämlich Gefahr, dass der Ausschluss der Gewährleistungsrechte des LN gegen § 9 KSchG verstieß.⁶⁶⁶

ohnedies während der gesamten Vertragsdauer Gewähr leisten müsse und das Risiko einer zufälligen Verschlechterung trage; gegen eine Anwendung der § 16 ff KSchG aF, jedoch ohne nähere Begründung: *Harrich*, Zak 2009, 348 FN 20.

⁶⁶³ Anders § 933 Abs 3 ABGB im Unternehmergegeschäft, wonach dem LN die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch Einrede vorbehalten bleibt, wenn dieser dem LG und dem Lieferanten (gleich einem Drittfinanzierer) den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist anzeigt.

⁶⁶⁴ So *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG² § 23 Rz 6.

⁶⁶⁵ So auch *Apathy*, ÖBA 2009, 755 (756); *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 221.

⁶⁶⁶ So die Ausführungen der Unterinstanzen in OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 7 u 9; ebenso Ausführungen der Unterinstanzen in OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 4.

6.3 Verbesserungs- bzw Austauschort

Dem LN werden meist die Gewährleistungsrechte und damit die Ansprüche auf Verbesserung und Austausch abgetreten. Die Gewährleistungsrechte werden als übertragbar qualifiziert.⁶⁶⁷ Dies wird damit begründet, dass der LN als Zessionar eigene schützenswerte Interessen am Erhalt des Anspruchs hat,⁶⁶⁸ weil er aufgrund des Leasingvertrags einen Anspruch hat, das LO zu gebrauchen und zu nutzen.⁶⁶⁹ Wenn der LN seinen Verbesserungs- bzw Austauschanspruch gegenüber dem Lieferanten geltend macht, ist weiter zu fragen, wo der Lieferant zu verbessern bzw auszutauschen hat.

6.3.1 Verbesserungs- bzw Austauschort im Unternehmergeschäft

Im Unternehmergeschäft wird davon ausgegangen, dass Verbesserungs- bzw Austauschansprüche am ursprünglichen Erfüllungsort vorzunehmen sind, weil es sich bei diesen um erhalten gebliebene Erfüllungsansprüche handelt.⁶⁷⁰ Im Leasingvertrag wird als Erfüllungsort idR der Sitz des Lieferanten oder der Sitz des LN, seltener wohl der Sitz des LG, angegeben. Da es darauf ankommt, ob eine Hol-, Schick- oder Bringschuld vereinbart wurde, ist auch der Erfüllungsort für die Verbesserung der Sitz des Lieferanten (Hol- und Schickschuld) oder der Sitz des LN (Bringschuld).

6.3.2 Verbesserungs- bzw Austauschort im Verbrauchergeschäft

a) Abweichen von den allgemeinen Erfüllungsorten

⁶⁶⁷ *Fuchs* in Schwimann, ABGB-TaKom² § 1393 Rz 10 mwN.

⁶⁶⁸ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 156 f; *Ofner* in Schwimann³ § 932 Rz 15; *Krejci*, JBI 1988, 490 (494); *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 200; *Thöni* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1393 Rz 51.

⁶⁶⁹ *Krejci*, JBI 1988, 490 (494).

⁶⁷⁰ So *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 8 KSchG Rz 1 mwN; *Reischauer* in Rummel³ § 932 Rz 11; *P. Bydlinski*, in KBB³ § 932 Rz 12; *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 8 KSchG Rz 4; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 140 f; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 932 Rz 15.

Im Verbrauchergeschäft weicht § 8 KSchG von den allgemeinen Erfüllungsorten zugunsten des Verbrauchers ab. Wenn der Lieferant verpflichtet ist, die Sache an den LN zu befördern oder zu versenden, also eine Schickschuld vorliegt, tritt der vom Übergabeort verschiedene Bestimmungsort an die Stelle des Übergabeorts.⁶⁷¹ Mithilfe dieser Regelung werden die schutzwürdigen Interessen des Verbrauchers berücksichtigt. Im Unternehmergeschäft wäre nämlich bei der Schickschuld der Verbesserungsort der Sitz des Lieferanten.⁶⁷² Nach § 8 Abs 1 Z 2 KSchG hat der Lieferant auf Verlangen des LN die Verbesserung des mangelhaften LO an dem Ort zu erfüllen, an dem sich die Sache gewöhnlich befindet (Lageort).⁶⁷³ Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass sich dieser Ort im Inland befindet, für den Unternehmer nicht überraschend ist und die Beförderung des LO für den LN untunlich ist. Der Lageort bietet also dann einen Vorteil, wenn ursprünglich eine Holschuld vereinbart war, die Verbesserung also am Sitz des Lieferanten vorzunehmen wäre. Der Lageort stellt auch bei Bring- oder Schickschulden eine Verbesserung für den LN dar, wenn dieser zB umgezogen ist und sich in Folge dessen das LO nicht mehr am Übergabe- bzw Bestimmungsort befindet.⁶⁷⁴

Da sich die Erfüllungsorte des § 8 KSchG von jenen des „normalen“ Gewährleistungsrechts des ABGB unterscheiden können, hat der LG im Liefervertrag (Bestellbedingung, Eintrittsvereinbarung) mit dem Lieferanten darauf Bedacht zu nehmen, dass ein Verbesserungsort an die Vorgaben des § 8 KSchG angeglichen wird. Andernfalls läuft der LG nämlich Gefahr, dass die

⁶⁷¹ *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 8 KSchG Rz 3; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 932 Rz 16; *Kosesnik-Wehrle* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 8 Rz 4.

⁶⁷² *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 8 KSchG Rz 7; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 223.

⁶⁷³ Für Kfz auf den Ort der Zulassung abstellend: *Fenyves* in HdBzKSchG 385 u *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 223; weiter gehend *I. Welser*, Der Erfüllungsort für Verbesserungspflichten des Unternehmers nach § 8 KSchG, ÖJZ 2001, 745 (749), wonach der Ort als gewöhnlicher Aufenthaltsort angesehen werden soll, wo die Sache verwahrt, gewartet oder immer wieder zurückgebracht wird; idS auch *Welser/Jud B.*, Die neue Gewährleistung § 8 KSchG Rz 4; *Krejci* in Rummel³ § 8 KSchG Rz 21; *Kathrein* in KBB³ § 8 KSchG Rz 2; weitergehend *Kosesnik-Wehrle* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 8 Rz 7, wonach bei Kfz jeder im Inland gelegene Ort als der Ort angesehen werden soll, wo sich das Kfz gewöhnlich befindet, weil es nicht als überraschend angesehen werden könne, dass der Verbraucher mit dem Kfz im gesamten Bundesgebiet herumfährt.

⁶⁷⁴ So *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 8 KSchG Rz 8.

Abtretung der Gewährleistungsansprüche an den LN, unwirksam ist, weil sie eine Schlechterstellung des LN bewirken würden.⁶⁷⁵

b) Anforderungen an die Transparenz

Im Zusammenhang mit § 8 KSchG ist ebenso das Transparenzgebot zu beachten. Als Beispiel für eine intransparente Gestaltung dient folgende Klausel: *"Der LN tritt in alle Rechte hinsichtlich Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung anstelle der HSL gegenüber der Lieferfirma ein und hält die HSL in allen diesen Punkten schad- und klaglos. [...] Soweit dem LN als Konsument – insbesondere durch §§ 8 und 9 KSchG – unabdingbare Rechte eingeräumt werden, bleiben diese unberührt".*

Der OGH musste sich hier nicht mit der Frage des Transparenzgebots auseinandersetzen, weil sich der Gewährleistungsausschluss bei kundenfeindlichster Auslegung bereits auf die Verschaffungspflicht des LG bezog und daher bereits aus diesem Grund unzulässig war.⁶⁷⁶

ME erfüllt der LG bei einer derartigen Klauselgestaltung die Anforderungen an das Transparenzgebot nicht, weil der LN durch den allgemeinen Verweis auf § 8 KSchG nicht erkennen kann, dass ihm noch zusätzliche Erfüllungsorte offen stehen, falls er Verbesserung bzw Austausch gegenüber dem Lieferanten geltend macht.

⁶⁷⁵ So auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 223.

⁶⁷⁶ Vgl etwa OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 4; vgl auch Kap 6.1.3.

6.4 Beschränkung der Gewährleistung

6.4.1 Unternehmergegeschäft

Auch wenn die Gewährleistungsansprüche der §§ 922 ff ABGB dispositives Recht darstellen und Verzichte und Einschränkungen derselben im Unternehmergegeschäft grundsätzlich zulässig sind, so müssen derartige Abreden am Maßstab des § 879 ABGB gemessen werden.⁶⁷⁷ So sind bspw Gewährleistungsausschlüsse bei fabriksneuen Waren sittenwidrig.⁶⁷⁸ Im Rahmen des Leasing wird jedoch im Unternehmergegeschäft ein Gewährleistungsausschluss für zulässig gehalten, wenn der unternehmerische LN vom LG die Rechte abgetreten erhält, die dem LG gegenüber dem Lieferanten zustehen.⁶⁷⁹ Unzulässig ist es aber, wenn der LN vom LG Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten abgetreten erhält, die nicht mehr bestehen, die zwischen LG und Lieferanten ausgeschlossen wurden oder die bereits verjährt sind.⁶⁸⁰

6.4.2 Verbrauchergeschäft

a) Verbandsklagen

Vor allem im Verbrauchergeschäft wird oftmals der Versuch unternommen, Gewährleistungsansprüche des LN durch pauschale Leistungsbeschreibungen abzubedingen. Als Beispiel dienen folgende Klauseln, die der OGH einer Überprüfung zu unterziehen hatte:

⁶⁷⁷ P. Bydlinski in KBB³ § 929 Rz 3; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 929 Rz 5.

⁶⁷⁸ OGH 1 Ob 277/98m = RdW 1999, 196 = ecolex 1999/123 = KRES 3/100 = MietSlg 50.239.

⁶⁷⁹ Fischer-Czermak, Mobilienleasing 200; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 929 Rz 14.

⁶⁸⁰ Krejci, JBI 1988, 493.

- *"Die HSL [Anm der LG] haftet weder für bestimmte Eigenschaften oder Eignung des LO, noch für Schäden aus dessen Gebrauch".⁶⁸¹*
- *"Der LG übernimmt keine Haftung für die Eignung und Verwendbarkeit – auch im Sinne behördlicher Bestimmungen oder Anordnungen des Leasinggegenstandes".⁶⁸²*
- *"Der Leasinggeber haftet daher weder für Pflichten des Lieferanten oder der Wartungsfirma, noch für bestimmte Eigenschaften oder Eignung des Leasinggegenstandes, noch für Schäden aus dessen Gebrauch [...]".⁶⁸³*
- *"Angaben in bei Vertragsabschluss gültigen Beschreibungen des Herstellers über Lieferung, Aussehen, Leistungen, Maße und Gewicht, Betriebsstoffverbrauch, Betriebskosten usw des Fahrzeuges sind Vertragsinhalt; sie sind als annähernd zu betrachten und keine zugesicherten Eigenschaften, sondern dienen als Maßstab zur Feststellung, ob das Fahrzeug fehlerfrei ist".⁶⁸⁴*

Der OGH hat im Rahmen von Verbandsklageverfahren ausgesprochen, dass derartige Klauseln mit der Verpflichtung des LG, dem LN ein mangelfreies LO zu beschaffen, in Widerspruch stehen und diese Verpflichtung auch nicht abbedungen werden kann.⁶⁸⁵ Damit werde nämlich versucht, zu verhindern, dass konkrete Eigenschaften des LO zugesichert werden,⁶⁸⁶ was wiederum gegen § 9 KSchG verstößt.⁶⁸⁷

⁶⁸¹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 4 Satz 1.

⁶⁸² OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 8.

⁶⁸³ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 7.

⁶⁸⁴ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 1.

⁶⁸⁵ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 4 Satz 1.

⁶⁸⁶ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 217; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 929 Rz 7, wonach eine Klausel, dass "eine Sache keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften besitzt", gegen § 9 KSchG verstößt; ebenso *P. Bydlinski* in KBB³ § 929 Rz 4; *Apathy* in Schwimann³ § 9 KSchG Rz 3.

⁶⁸⁷ So OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 1; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo

b) Vergleich der jüngeren Rsp mit OGH 1 Ob 579/94

Zu einem Verstoß gegen § 9 KSchG hätte der OGH eigentlich schon in der Entscheidung 1 Ob 579/94 gelangen müssen, selbst wenn damals der Wortlaut des § 9 KSchG⁶⁸⁸ anders lautete. Auch damals wurde versucht mittels pauschaler Leistungsbeschreibung eine Zusicherung konkreter Eigenschaften zu verhindern. In den AGB war folgende Klausel 2: *"Art und Umfang des Mietgegenstandes sind dem Mieter bekannt, der Vermieter haftet nicht für einen bestimmten Umfang, eine bestimmte Eigenschaft oder Eignung des Mietgegenstandes, insbesondere nicht für den vom Mieter beabsichtigten Verwendungszweck"*, mit der Überschrift *"Haftung für den Mietgegenstand"* enthalten,⁶⁸⁹ die der OGH aber nicht in seine Beurteilung einbezog, obwohl sich der LN darauf berufen hat, dass ein Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG vorlag.

2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁶⁸⁸ § 9 KSchG aF: *Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers dürfen nur durch Vereinbarungen beschränkt werden, nach denen 1) sich der Unternehmer bei einer Gattungsschuld von den Ansprüchen auf Aufhebung des Vertrages oder auf angemessene Preisminderung dadurch befreien kann, dass er in angemessener Frist die mangelhafte Sache gegen eine mängelfreie austauscht; 2) sich der Unternehmer von der Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Preisminderung dadurch befreien kann, dass er in angemessener Frist in einer für den Verbraucher zumutbaren Weise eine Verbesserung bewirkt oder das Fehlende nachträgt.* § 9 KSchG aF ist mit 31.12.2001 außer Kraft getreten; vgl § 41a Abs 11 KSchG.

⁶⁸⁹ OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBl 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm Iro).

6.5 Verpflichtung des LN zur Geltendmachung von Rechten aus der Gewährleistung

Dem LN werden vom LG idR alle Rechte⁶⁹⁰ aus der Gewährleistung gegen den Lieferanten abgetreten. Weiters wird er verpflichtet, diese gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen.

6.5.1 Unternehmergegeschäft

a) OGH

Der OGH⁶⁹¹ hat eine Klausel, wonach der LN verpflichtet war, alle dem LG zustehenden Rechte aus der Gewährleistung dritten Personen gegenüber fristgerecht und auf eigene Kosten geltend zu machen, nicht beanstandet. Er sprach aus, dass eine solche Regelung der Interessenlage der Parteien entspreche. Den LN trafen nämlich alle Pflichten wie einen Käufer.

b) Eigene Ansicht

⁶⁹⁰ Ebenso können Ansprüche aus einer Garantie abgetreten werden. Die Garantieansprüche stehen grundsätzlich dem LG zu. Erst mit der Abtretung erhält der LN die Rechte des Käufers und LG gegenüber dem Lieferanten: vgl OGH 6 Ob 217/09v = EvBl 2010/46 (Anm *Parapatits*) = ecolex 2010, 242 = JusGuide 2010/05/7255 = ÖAMTC-LSK 2010/7. Im Verbrauchergeschäft ist im Zusammenhang mit der Garantie § 9b KSchG zu beachten, wonach der Garantieverleiher auch auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinzuweisen hat, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt wird: vgl dazu *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 9b KSchG Rz 8; *Leitner*, Das Transparenzgebot 101, weist darauf hin, dass in § 9b KSchG explizit bestimmte Schutz- und Sorgfaltspflichten vorgeschrieben werden, so zB die Aufklärung über die neben der Garantie zustehende Gewährleistung und deren transparente Darstellung. Bei Verletzung dieser Schutz- und Sorgfaltspflichten wird der Ersatz des schuldhaft zugefügten Schadens angeordnet.

⁶⁹¹ Vgl den Aufzugsakt OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*); OGH 1 Ob 718/80 = MietSlg 33.149 = JBI 1982, 38 (Anm *Wilhelm*); auch in OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241, schien sich der sechste Senat nicht an einer derartigen Klauselgestaltung zu stoßen; in OGH 1 Ob 538/82 = SZ 55/75 = JBI 1984, 37 = MietSlg 34.198 fand sich eine ähnliche Klausel, doch wurde diese nicht inhaltlich geprüft; ebenso in OGH 11.11. 2004, 2 Ob 146/03i (unveröffentlicht), wo eine solche Abtretungsklausel mit einem jederzeitigen Widerrufsrecht des LG verbunden war. Eine inhaltliche Auseinandersetzung hinsichtlich einer allfälligen Sittenwidrigkeit durch den OGH gab es nicht, da der OGH dies im vorliegenden Fall als nicht entscheidungserheblich qualifizierte.

Die Begründung, dass den LN alle Pflichten wie einen Käufer treffen und er daher die Gewährleistungsrechte geltend machen muss, erscheint wenig überzeugend. Ein Käufer hat nämlich nur das Recht, nicht aber die Pflicht, Rechte aus der Gewährleistung geltend zu machen. Er kann sich auch dazu entschließen, dies nicht zu tun und die Leasingraten einfach weiterzuzahlen. Am ehesten wird man eine Verpflichtung des LN zur Ausübung der Gewährleistungsrechte mit dem Sicherheitsinteresse des LG für seine Leasingraten begründen können. Führt nämlich das Nichtausüben der Gewährleistungsrechte dazu, dass der Wert des LO gemindert wird, so wird das Sicherheitsinteresse des LG mitunter wesentlich beeinträchtigt,⁶⁹² weil der LG zumindest formell bis zum Ende der Grundvertragsdauer Eigentümer des LO bleibt.

c) Gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung?

Weiters ist zu untersuchen, was die Leasingvertragsparteien unter der Verpflichtung zur Geltendmachung der Gewährleistungsrechte verstehen. Ist damit eine gerichtliche Geltendmachung gemeint oder reicht eine außergerichtliche Geltendmachung aus? Mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung wird sich ergeben, dass die Parteien eine gerichtliche Geltendmachung vor Augen hatten, weil dies auch der gesetzliche Regelung des § 933 ABGB entspricht. Eine außergerichtliche Erklärung reicht demnach nicht aus, außer die Parteien haben sich außervertraglich geeinigt.⁶⁹³

Nachfolgend werden die Argumente gegenübergestellt, die für und gegen eine gröbliche Benachteiligung des LN als Unternehmer sprechen, wenn dieser zur gerichtlichen Geltendmachung verpflichtet wird.

i. Argumente, die gegen eine gröbliche Benachteiligung sprechen

Die Argumente, die gegen eine gröbliche Benachteiligung sprechen sind:
Der LG ist grundsätzlich ein schlechter Adressat für Gewährleistungsansprüche

⁶⁹² So zum Eigentumsvorbehaltskauf: *Aicher* in Rummel³ § 1063 Rz 48.

⁶⁹³ *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 79.

des LN, da er idR auch nicht die erforderlichen Kenntnisse haben wird,⁶⁹⁴ um zB eine Verbesserung selbst vorzunehmen. Zudem ist es der LN, der die Sache gebraucht und die Funktionstüchtigkeit anders als der LG beurteilen kann.⁶⁹⁵ Der Lieferant und der LN sind jene Parteien, die – auch wenn die nicht in einer direkten Vertragsbeziehung stehen – die höchste Sachnähe betreffend das LO haben.⁶⁹⁶ Wie *Stagl* zeigt, entspricht es dem Willen der Parteien, dass die Gewährleistung so ausgestaltet ist, dass der LN die Gewährleistung vom Lieferant auf jene Art und Weise beanspruchen kann, als wäre er Partei des Liefervertrags.⁶⁹⁷ Zudem wäre der LN auch im zweipersonalen Verhältnis verpflichtet, Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Überdies ordne auch § 933 ABGB ausdrücklich an, dass Gewährleistungsrechte innerhalb der Frist gerichtlich geltend zu machen sind,⁶⁹⁸ dh bei der Verpflichtung zur gerichtlichen Geltendmachung würde es sich um keine Abweichung vom dispositiven Recht handeln.

ii. Argumente, die für eine gröbliche Benachteiligung sprechen

Die Argumente, die für eine gröbliche Benachteiligung sprechen, lauten: Obwohl die gerichtliche Geltendmachung auch in § 933 ABGB aF vorgesehen war, vertrat *Fischer-Czermak* noch zur alten Rechtslage die Ansicht, dass der LN im Unternehmergegeschäft nur im Fall der Verbesserung, nicht jedoch in den Fällen der Preisminderung oder Wandlung zur gerichtlichen Geltendmachung verpflichtet werden kann und auch nur dann, wenn klar ist, dass ein behebbarer Mangel⁶⁹⁹ vorliegt.⁷⁰⁰ *Wilhelm* vertritt

⁶⁹⁴ *Krejci*, JBl 1988, 490 (500); *Parapatits*, AGB-Kontrolle beim Finanzierungsleasing, ZFR 2010, 150 (151); *Harrich*, Zak 2009, 347; weiter gehend *Grüblinger*, Zak 2009, 343 (345), die im Verhältnis zwischen Lieferanten und LN von einem fingierten Vertragsverhältnis spricht und sich für eine "actio directa" des LN gegen den Lieferanten ausspricht.

⁶⁹⁵ Vgl etwa OLG Rostock 3 U 234/00 = NJW-RR 2002, 1712 mwN.

⁶⁹⁶ Vgl *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 158; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 8 Rz 17.

⁶⁹⁷ *Stagl*, ZIP 2009, 846 (848); ähnlich *Parapatits*, Glosse zu OGH 6 Ob 217/09v, EvBl 2010, 321, wonach die primäre gewährleistungsrechtliche Inanspruchnahme des Lieferanten näher liege.

⁶⁹⁸ *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 19; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 933 Rz 19; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 164.

⁶⁹⁹ Die Unterscheidung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist aber mit dem GewRÄG entfallen, wobei aber der Begriff des nicht geringfügigen Mangels eingeführt wurde; vgl dazu *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 8.

⁷⁰⁰ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 222.

zumindest für den Fall, dass eine Verbesserung des LO fehlschlägt, die Ansicht, dass § 933 ABGB aF teleologisch zu reduzieren ist und eine außergerichtliche Wandlungserklärung seitens des LN ausreicht.⁷⁰¹ *Reischauer* hat ferner dargelegt, dass die gerichtliche Geltendmachung für den Gewährleistungsberechtigten nachteilig und sachwidrig ist.⁷⁰² Es stelle nämlich einen Wertungswiderspruch dar, wenn zwar der Rücktritt nach §§ 918 ff ABGB außergerichtlich erklärt werden könne, im Bereich des Gewährleistungsrechts aber eine gerichtliche Geltendmachung verlangt werde.⁷⁰³ Zudem werde auch beim drittfinanzierten Kauf vertreten, dass die Gewährleistungsrechte gegenüber dem Unternehmer außergerichtlich geltend gemacht werden können. Eine außergerichtliche Wandlung bzw Preisminderung bringe den Vorteil, dass nur die Bereicherungsklage, also die Kondiktionsansprüche, innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich erhoben werden müssen. Ebenso wenig sei im dBGB und im UN-Kaufrecht eine gerichtliche Geltendmachung vorgesehen.⁷⁰⁴

d) Ergebnis

Trotz der beachtlichen Argumente der Lehre gegen eine gerichtliche Geltendmachung, wird es zumindest de lege lata möglich sein, dass der LG den LN im Unternehmensbereich dazu verpflichten kann, seine Gewährleistungsrechte gerichtlich geltend zu machen. Eine Klausel, die eine gerichtliche Geltendmachung vorschreibt, wird aber teleologisch dahingehend zu reduzieren sein, dass LN dann nicht zur Klagsführung verpflichtet ist, wenn sich der Lieferant und LN außergerichtlich zB auf Verbesserung⁷⁰⁵ oder Wandlung⁷⁰⁶ geeinigt haben.⁷⁰⁷ Dies ergibt sich auch aus § 41 ZPO, wonach nur Kosten, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind, ersetzt werden.

⁷⁰¹ *Wilhelm*, Glosse zu OGH 2.5.1979, 1 Ob 568/79, = JBI 1980, 262; *ders*, Glosse zu OGH 14.1.1981, 1 Ob 718/80 = JBI 1982, 40; dagegen: *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 444 FN 1.

⁷⁰² *Reischauer* in FS Welser 902.

⁷⁰³ *Reischauer* in FS Welser 903; aA *Ofner* in Schwimann³ § 933 Rz 12; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 444 FN 1.

⁷⁰⁴ *Reischauer* in FS Welser 903 ff.

⁷⁰⁵ *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 118 mwN.

⁷⁰⁶ Dies gilt natürlich nicht für die Kondiktionsansprüche aus der Wandlung, die gerichtlich geltend zu machen sind.

⁷⁰⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 77; vgl für das deutsche Recht: *Tiedtke/Möllmann*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform im Leasingrecht, DB 2004, 583 (584); *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 118; *ders* in Martinek/Stoffels/Wimmer-

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der LN als Unternehmer nach erfolglosen außergerichtlichen Schritten vom LG dazu verpflichtet werden kann, die Gewährleistungsansprüche gerichtlich geltend zu machen. ME ist hier eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen. Anerkennt der Lieferant etwa einen Mangel, bringt jedoch andererseits glaubhaft vor, dass er aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage ist, den Mangel zu beheben bzw zu zahlen, so kann in einer derartigen Situation nicht erwartet werden, dass eine Klagsführung die Position verbessert. Wäre der LN in einer solchen Situation trotzdem verpflichtet, die Gewährleistungsansprüche gerichtlich geltend zu machen, läge mE Sittenwidrigkeit vor, weil der LN nicht dazu angehalten werden kann, von Beginn an aussichtslose Prozesse zu führen.

6.5.2 Verbrauchergeschäft

a) Ansicht *Fischer-Czermak*

Mit der Frage, ob ein Verbraucher verpflichtet werden kann, Rechte aus der Gewährleistung geltend zu machen, hat sich – soweit ersichtlich – erstmals *Fischer-Czermak* auseinandergesetzt.

Sie hat ua dargelegt, dass die Verpflichtung des LN zur Geltendmachung von Verbesserungsansprüchen gegenüber dem Lieferanten im Verbrauchergeschäft gegen § 9 KSchG verstößt. Dem LN werde nämlich dadurch die Möglichkeit genommen, über seine Gewährleistungsansprüche frei zu disponieren und gegebenenfalls von einer Geltendmachung Abstand zu nehmen.⁷⁰⁸

b) OGH in den Entscheidungen 7 Ob 230/08m, 3 Ob 12/09z, 4 Ob 59/09v, 2 Ob 1/09z, 7 Ob 173/10g

Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 25 Rz 26; *Oberfeuchtnner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 327. Alle genannten Autoren gehen von einem Verstoß gegen § 307 BGB aus, wenn der LG auf einer Klagsführung besteht. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass das BGB keine gerichtliche Geltendmachung vorsieht.⁷⁰⁸

Vgl *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 222; aA *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 169.

Schon im Rahmen der ersten Verbandsklageentscheidungen hätte sich für den OGH die Gelegenheit geboten, dazu Stellung zu nehmen, ob der LN als Verbraucher verpflichtet werden kann, Rechte aus der Gewährleistung gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen. In den geprüften AGB war nämlich kein Hinweis enthalten, was passiert, wenn der LN seine Gewährleistungsrechte nicht geltend macht.

Folgende Klauseln waren Gegenstand der genannten Entscheidungen:

- *"Für das Fahrzeug gelten die Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen des Herstellers. Der Vermieter tritt bereits jetzt seine Ansprüche auf Garantie oder Gewährleistung gegenüber dem Hersteller oder der Lieferfirma an den Mieter ab. Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet, die Gewährleistungs- und Garantieansprüche bei den Vertragswerkstätten des Herstellers zu erheben";*⁷⁰⁹
- *"Der Leasinggeber haftet für Mängel nur im Umfange der gegenüber dem Lieferanten auf Grund dessen Liefer- und Garantiebedingungen durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche. Der Leasinggeber tritt alle gegenüber dem Lieferanten bestehende Gewährleistungs- und Garantieansprüche an den Leasingnehmer ab. Der Leasingnehmer hat solche Ansprüche im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber dem ausliefernden Händler geltend zu machen und den Leasinggeber schad- und klaglos zu halten. Der Leasinggeber steht dafür ein, dass zwingende Rechte des Leasingnehmers als Verbraucher nicht geschmälert werden";*⁷¹⁰
- *"Die HSL (Anm der LG) haftet weder für bestimmte Eigenschaften oder Eignung des LO, noch für Schäden aus dessen Gebrauch. Mit der Übernahme gilt das LO als vom LN in jeder Hinsicht genehmigt. Der LN tritt in alle Rechte und Pflichten hinsichtlich Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung anstelle der HSL gegenüber der Lieferfirma ein und hält die HSL in allen diesen Punkten*

⁷⁰⁹ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 6 Satz 1.

⁷¹⁰ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 5.

schad- und klaglos. Im Fall der erfolgten Abtretung solcher Ansprüche darf der LN das Recht auf Rücktritt und auf Wandlung von Verträgen mit Dritten erst nach schriftlicher Zustimmung des HSL ausüben. Soweit dem Leasingnehmer als Konsument - insbesondere durch § 8 und 9 KSchG - unabdingbare Rechte eingeräumt werden, bleiben diese unberührt",⁷¹¹

- *"Der Leasinggeber tritt dem Leasingnehmer alle Rechte und Pflichten hinsichtlich der Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung gegenüber dem Lieferanten ab. Der Leasingnehmer nimmt diese Abtretung an und verzichtet darauf, derartige Ansprüche gegen den Leasinggeber geltend zu machen. Der Leasingnehmer verpflichtet sich, den Leasinggeber in all diesen Punkten schad- und klaglos zu halten. Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber werden hievon nicht berührt",⁷¹²*
- *"Der LG übernimmt keinerlei wie immer geartete Gewährleistungspflicht, sondern beauftragt, bevollmächtigt und verpflichtet den LN, alle dem LG zustehenden Rechte aus Gewährleistungsansprüchen, Garantien, Wartungsverpflichtungen, Vertragsverletzungen, Verzug, Beschädigung und dergleichen gegenüber dritten Personen, insbesondere gegenüber den Lieferanten des Leasingobjektes fristgerecht auf eigene Kosten, im eigenen Namen bzw im Namen des LG geltend zu machen, zu welchem Zweck der LG dem LN diese Ansprüche abtritt (Satz 4). Der LG ist jedoch auch berechtigt, vom LN eine Rückabtretung zu verlangen, um diese Ansprüche auch selbst im Interesse und auf Kosten des LN zu betreiben (Satz 5)".⁷¹³*

Der OGH setzte sich mit den Klauseln inhaltlich jedoch nicht weiter auseinander, sondern monierte in 7 Ob 230/08m lediglich die Intransparenz der Klausel, weil dem LN weder der Inhalt der Gewährleistungsrechte noch die

⁷¹¹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 4.

⁷¹² OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 9.

⁷¹³ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 4 Satz 4,5.

Voraussetzung für die Geltendmachung derselben bekannt seien.⁷¹⁴ Zusätzlich lässt sich den Ausführungen des OGH entnehmen, dass eine entsprechende Transparenz leicht herbeigeführt werden könne, indem man den jeweiligen Inhalt der Gewährleistungs- bzw Garantieansprüche in Anhängen zu den AGB klar darlegt.⁷¹⁵

In 7 Ob 173/10g gelangte der OGH zu dem Ergebnis, dass eine Klausel, wonach der LG seine Gewährleistungspflicht auf Mängel einschränken kann, die ihm gegenüber dem Lieferanten auf Grund dessen Lieferbedingungen zustehen, den LN gröblich benachteilige und zudem intransparent sei, weil der LN nicht Partei des Kaufvertrags zwischen LG und Lieferant sei und somit seine Rechtsposition ständig verändert werden könne, wodurch sie zusätzlich unklar werde.⁷¹⁶ Obwohl in dieser Entscheidung bereits das Berufungsgericht darauf hingewiesen hat, dass dem Verbraucher durch eine solche Klauselgestaltung die Möglichkeit genommen wird, von der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche abzusehen und eine solche Klausel deshalb intransparent sei, hat sich der OGH mit diesem Argument nicht weiter befasst.

In 3 Ob 12/09z, 4 Ob 59/09v, 2 Ob 1/09z, 7 Ob 173/10g erklärte der OGH, dass sich die obigen Klauseln bei kundenfeindlichster Auslegung auf die erstmalige Verschaffungspflicht des LG beziehen könnten und deshalb unzulässig seien.⁷¹⁷

c) OGH in 2 Ob 198/10x

⁷¹⁴ Krit dazu auch *Apathy*, ÖBA 2009, 756.

⁷¹⁵ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = *ecolex* 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131.

⁷¹⁶ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 5.

⁷¹⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 4; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 9; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = *jusIT* 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 4 Satz 4,5; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 5.

In der Entscheidung 2 Ob 198/10x hat sich der OGH ausdrücklich mit der Problematik der Verpflichtung zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten auseinandergesetzt. Hier hatte der OGH die nachfolgende Klausel 5⁷¹⁸ zu beurteilen.

*"Gewährleistung: Der Kunde ist verpflichtet, die Behebung von Gewährleistungsmängeln und Garantieansprüchen beim Lieferanten geltend zu machen. Erfolgt die Behebung nicht bzw verlangt der Kunde Preisminderung, wird der Kunde derartige Ansprüche innerhalb der Gewährleistungsfrist des Lieferanten P***** schriftlich mitteilen und das Leasingobjekt in eine von P***** genannte Werkstatt bringen. Stellt ein von P***** beauftragter Sachverständiger fest, dass die Kundenansprüche nicht gerechtfertigt sind, kann P***** die Ansprüche ablehnen, wobei es dem Kunden freisteht, die Abtretung der Gewährleistungsansprüche von P***** gegen den Lieferanten zu verlangen. Hält der Sachverständige hingegen die Ansprüche für gerechtfertigt, sorgt P***** für die Behebung der Mängel bzw im Fall der Preisminderung für eine angemessene Reduktion des Entgelts".*

Der OGH folgte den Unterinstanzen, die diese Klausel sowohl als intransparent als auch dem § 9 KSchG widersprechend beurteilten. Dass die Klausel am Transparenzgebot scheiterte, ist nicht weiter verwunderlich, weil diese einerseits eine Verpflichtung des LN vorsah, die Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten geltend zu machen, andererseits aber davon sprach, dass der LN die Abtretung der Gewährleistungsrechte vom LG verlangen könne. Viel interessanter sind die Ausführungen im Zusammenhang mit § 9 KSchG, weil der OGH hier betonte, dass mit der Verpflichtung des LN, Gewährleistungs- und Garantieansprüche geltend zu machen, diesem die Möglichkeit genommen werde, über diese zu disponieren und er zudem in seinen Gewährleistungsrechten eingeschränkt werde, weil er sich bei manchen Gewährleistungsansprüchen in einer Art "Zwischenverfahren"⁷¹⁹ an den LG wenden müsse.⁷²⁰

⁷¹⁸ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein).

⁷¹⁹ So war etwa vorgesehen, dass der LN das LO in bestimmten Fällen in eine vom LG benannte Werkstatt zu bringen hat und ein vom LG beauftragter Sachverständiger feststellt, ob die Ansprüche des LN gerechtfertigt sind. Die Verpflichtung, das LO in eine vom LG benannte Werkstätte zu bringen, ist mE nach

d) Eigene Ansicht

Die Ausführungen des OGH, nämlich dass die Verpflichtung des LN, Gewährleistungs- und Garantieansprüche geltend zu machen, gegen § 9 KSchG verstößt, weil dem LN die Möglichkeit genommen werde, über diese zu disponieren, entsprechen jenen *Fischer-Czermaks*, obwohl der zweite Senat in der Entscheidung nicht darauf verwiesen hat.

Unter der Annahme, dass der OGH den Verstoß gegen § 9 KSchG nicht (hauptsächlich) aufgrund des in der Klausel vorgesehenen "Zwischenverfahrens" ausgesprochen hat, hat dies zur Folge, dass der LN im Verbrauchergeschäft nicht mehr verpflichtet werden kann, die ihm abgetretenen Gewährleistungsrechte geltend zu machen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang – wie schon im Unternehmergegeschäft – was unter Geltendmachung zu verstehen ist. Je nachdem, ob man unter dem Wort "Geltendmachung" eine außergerichtliche oder eine gerichtliche Geltendmachung iSd § 933 ABGB versteht (was der zweite Senat in der Entscheidung 2 Ob 198/10x aber offen gelassen hat) kann dies für den LG auch bedeuten, dass bereits eine Verpflichtung zur außergerichtlichen Geltendmachung der Gewährleistungsrechte als Verstoß gegen § 9 KSchG gewertet wird. Dies würde jedoch im Widerspruch zur Auffassung der Lehre im Zusammenhang mit § 18 KSchG aF⁷²¹ (und nunmehr § 13 Abs 2 VKrG⁷²²)

§ 879 Abs 3 ABGB unzulässig, weil der LN in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt wird. Ebenso ist es unter dem Blickwinkel des § 6 Abs 1 Z 10 KSchG als kritisch zu betrachten, dass ein vom LG bestellter Sachverständiger feststellt, ob die Ansprüche des LN berechtigt sind, da die Gefahr besteht, dass solch ein Sachverständiger dem Einflussbereich des LG unterliegt.

⁷²⁰ OGH 2 Ob 198/10x = *jusIT* 2011, 181 (Anm *Thiele*) = *RdW* 2012, 19 = *ZVR* 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 5.

⁷²¹ Vgl *Kathrein* in *KBB*² § 18 KSchG Rz 5; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 18 KSchG Rz 27; *Krejci* in *Rummel*³ § 18 KSchG Rz 26.

⁷²² Vgl *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht* § 13 Rz 33. Auch wenn in den Materialien zu § 26 VKrG erwähnt wird, dass die Regelungen des § 13 VKrG über verbundene Kreditverträge nicht unmittelbar für Leasingverhältnisse anzuwenden sind, so findet sich darin auch der Verweis, dass eine analoge Anwendung der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit auf Leasingkonstellationen in Betracht kommt. Aufgrund der ähnlichen Interessenlage ist mE im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Geltendmachung die Wertung des § 13 Abs 2 VKrG heranzuziehen.

stehen, wonach der Verbraucher seine Zahlungen nicht einfach einstellen kann, sondern seine Einwendungen außergerichtlich geltend zu machen und bei der Erfüllung der Gewährleistungsansprüche durch den Lieferanten mitzuwirken hat. ME kann der LN als Verbraucher also zumindest verpflichtet werden, seine Gewährleistungsrechte außergerichtlich geltend zu machen.

6.5.3 Abtretungsklausel u gesonderte Rechtsverfolgung seitens LG?

In der Entscheidung 1 Ob 568/79⁷²³ fand sich ein Passus in Punkt 11 Abs 5 der AGB des LG, der zum einen den LN verpflichtete, die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen und zum anderen vorsah, dass der Vermieter diese Ansprüche auch selbst im Interesse und auf Kosten des Mieters geltend machen kann. Der OGH ging auf die Frage der Zulässigkeit der gesonderten Rechtsverfolgung durch den LG nicht ein, sondern sprach bloß aus, dass eine Sittenwidrigkeit nur vorliege, wenn der LN schlechter als ein Käufer gestellt würde.⁷²⁴

Demgegenüber werden in der deutschen Rsp Klauseln als unzulässig beurteilt, die vorsehen, dass der LG dem LN zwar die Gewährleistungsansprüche abtritt, sich aber gleichzeitig die eigene Rechtsverfolgung vorbehält.⁷²⁵

Dieser Judikatur ist mE auch für das österreichische Recht zu folgen, weil der LN andernfalls nie sicher sein kann, ob im Gewährleistungsfall er zur Geltendmachung berechtigt ist oder der LG. Zudem würde der LN in so einem Fall auch schlechter gestellt als ein Käufer, weil ein solcher nicht Gefahr läuft, dass sich ein Dritter in die Rechtsverfolgung einmengt.

6.5.4 Abtretungsklausel mit jederzeitigem Widerrufsrecht

a) OGH

⁷²³ In JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*).

⁷²⁴ OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*).

⁷²⁵ BGH VIII ZR 84/87 = NJW 1988, 2465; BGH X ZR 70/00 = NJW-RR 2003, 51 (52); *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 111.

In der Entscheidung 2 Ob 146/03i⁷²⁶ fand sich eine Abtretungsklausel, die eine Verpflichtung zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche auf eigene Kosten mit einem jederzeitigen Widerrufsrecht des LG verbunden hat. Demnach war der LG berechtigt, die Ansprüche durch bloßen Widerruf an sich zu ziehen und auf Kosten und Gefahr des LN im eigenen Namen weiterzuverfolgen. Eine ähnliche Klausel enthielt auch eine der Leasing-Verbandsklageentscheidungen, die lautete: "*Der LG ist jedoch auch berechtigt, vom LN eine Rückabtretung zu verlangen, um diese Ansprüche auch selbst im Interesse und auf Kosten des LN zu betreiben*".⁷²⁷

In keiner der beiden Entscheidungen fand eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Klausel hinsichtlich einer allfälligen Sittenwidrigkeit statt, weil der OGH dies in der Entscheidung 2 Ob 146/03i als nicht entscheidungserheblich qualifizierte und im Verbandsklageverfahren die Klausel mit einer anderen unwirksamen Klausel in einem inneren Zusammenhang stand und deshalb nicht gesondert beurteilt wurde.⁷²⁸

b) BGH und deutsche Lehre

Da zur Frage, ob es zulässig ist, die Abtretung mit einem jederzeitigen Widerrufsrecht des LG zu verbinden, soweit ersichtlich keine weiteren Urteile der österreichischen Gerichte vorliegen, erscheint ein Blick in die Judikatur des BGH und in die deutsche Lehre geboten. Dort wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die Lieferanten an den LN nur dann wirksam ist, wenn sie uneingeschränkt, unbedingt und vorbehaltlos erfolgt,⁷²⁹ da andernfalls der LN rechtlos gestellt

⁷²⁶ Unveröffentlicht.

⁷²⁷ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 4 Satz 5.

⁷²⁸ So OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 4 Satz 5.

⁷²⁹ Vgl BGH VIII ZR 279/85 = NJW 1987, 1072 (1073); BGH X ZR 70/00 = NJW-RR 2003, 51 (52); BGH VIII ZR 85/05 = NJW 2006, 1066 = BB 2006, 384 = DB 2006, 348 = NZV 2006, 140 = EWiR 2006, 299 (Anm *Moseschus*); OLG Rostock 3 U 234/00 = NJW-RR 2002, 1712 (1713); *H. Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 529; *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 25 Rz 25; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 104; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 110.

würde. Demnach ist es unzulässig, wenn sich der LG eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit vorbehält.⁷³⁰

c) Eigene Ansicht

Zum gleichen Ergebnis muss man auch für österreichische Recht gelangen, wenn man bedenkt, dass der OGH immer wieder darauf verweist, dass der LN nicht schlechter als ein Käufer und nicht rechtlos gestellt werden darf.⁷³¹ Würde man eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit bejahen, hätte dies zur Folge, dass der LN der Willkür des LG ausgeliefert und somit schlechter als ein Käufer gestellt wäre.

d) Widerrufsmöglichkeit im Einzelfall?

In der deutschen Rsp wird es aber als zulässig erachtet, wenn sich der LG den Widerruf der Übertragung der Gewährleistungsansprüche für den alleinigen Fall vorbehält, dass der LN seine Gewährleistungsansprüche nicht ausübt.⁷³² Der LG hat als Eigentümer ein Sicherungsinteresse am LO. Darüber hinaus kann der LG durch den Widerruf im Fall der Nichtausübung der Gewährleistungsrechte sicherstellen, dass die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten nicht verjähren. Der LN wird durch die Widerrufsmöglichkeit im Fall der Nichtausübung auch nicht benachteiligt,⁷³³ da er zu erkennen gibt, dass ihn eine Ausübung derselben nicht interessiert.

e) Eigene Ansicht

⁷³⁰ BGH VIII ZR 279/85 = NJW 1987, 1072; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 118; *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 25 Rz 26; *H. Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 529; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 104; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 111; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap H Rz 3; so auch *Harrich*, Zak 2009, 347 (348).

⁷³¹ Vgl RIS-Justiz RS0016641.

⁷³² So OLG Rostock 3 U 234/00 = NJW-RR 2002, 1712; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 120; *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 25 Rz 27; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 104; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 111; krit *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap H Rz 6.

⁷³³ Vgl FN 732.

Dieses Ergebnis müsste auch einer österreichischen Klauselkontrolle standhalten, wenn man bedenkt, dass man nicht von einer gröblichen Benachteiligung des LN sprechen kann, wenn dieser an der Ausübung seiner Rechte kein Interesse zeigt. Mit der uneingeschränkten, unbedingten und vorbehaltlosen Abtretung soll ja der Schutz des LN bezweckt werden, dass dieser jederzeit über seine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verfügen kann. Wenn dieser aber zu erkennen gibt, dass er dieses Schutzes nicht (mehr) bedarf, kann bei einer Interessenabwägung keine Rede davon sein, dass der LN bei einer (transparenten⁷³⁴) Klauselgestaltung, die eine Widerrufsmöglichkeit für lediglich diesen Fall vorsieht, gröblich benachteiligt wird.

⁷³⁴ Im Verbrauchergeschäft muss bei einer solchen Klauselgestaltung das Transparenzgebot beachtet werden.

6.6 Wandlung und Wegfall der Geschäftsgrundlage

Im Folgenden wird erörtert, wie sich eine Wandlung des Kaufvertrags über das LO, der zwischen LG und Lieferanten abgeschlossen wurde, auf das Leasingvertragsverhältnis auswirkt.

6.6.1 OGH

Der OGH vertritt die Ansicht, – wobei er hier der Meinung von *P. Bydlinski*⁷³⁵ folgt – dass das Wandlungsrecht selbständig zedierbar ist,⁷³⁶ weil der LN an der Ausübung des Gestaltungsrechts ein von der Rechtsordnung gebilligtes Interesse hat.⁷³⁷ Nach der Rsp des OGH sollen jedoch Kondiktionsansprüche aus der Wandlung⁷³⁸ an sich nicht von der Zession erfasst sein.⁷³⁹ Für den Fall, dass auch die Kondiktionsansprüche an den LN abgetreten wurden, kann der LN aufgrund des Sicherheitsbedürfnisses des LG nur Rückzahlung des Kaufpreises an den LG verlangen.⁷⁴⁰

⁷³⁵ In Die Übertragung von Gestaltungsrechten 171.

⁷³⁶ OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112; OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*); so auch; *Krejci*, JBI 1988, 490 (496); *Ertl* in Rummel³ § 1393 Rz 5.

⁷³⁷ OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112; so auch *Ofner* in Schwimann³ § 932 Rz 78; *Reischauer* in Rummel³ § 932 Rz 21a; *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 164; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 201.

⁷³⁸ AA *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 171.

⁷³⁹ So OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112; zust: *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 163, da der LN bei Abtretung des Kondiktionsanspruchs auch das Insolvenzrisiko des Lieferanten tragen müsste; abl: *Fischer-Czermak*, Zur Abtretung der Gewährleistungsrechte des Leasinggebers an den Leasingnehmer, WBI 1989, 87; *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 164 f.

⁷⁴⁰ OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112.

Die Wandlung des Kaufvertrags zwischen Lieferanten und LG zieht nach ständiger Rsp des OGH⁷⁴¹ und des BGH⁷⁴² die Folge nach sich, dass auch der Leasingvertrag wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ex tunc beendet wird.⁷⁴³ Der LN hat somit keine Leasingraten mehr zu zahlen. Er hat das LO zurückzustellen und kann die bereits geleisteten Raten vom LG kondizieren. Begründet wird dies damit, dass die Verschaffung eines ordnungsgemäßen Gebrauchs des LO zur unabdingbaren Verpflichtung des LG gehöre und er dafür einzustehen habe, dass sich die Sache zu Beginn des Vertragsverhältnisses in einem brauchbaren Zustand befindet.⁷⁴⁴

6.6.2 Lehre

a) Ansicht *Bydlinski*

P. Bydlinski vertritt, dass dem LN sehr wohl auch die Kondiktionsansprüche im Wandlungsfall mitabgetreten werden.⁷⁴⁵ Es läge nämlich auch im Interesse des LG, dass nur ein Prozess, nämlich der zwischen LN und Lieferant, geführt werde. Aufgrund des Sicherheitsbedürfnisses des LG

⁷⁴¹ OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*); OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 = JBI 1988, 719; OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112; OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBI 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*); OGH 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000/13 = HS 30.402 = ecolex 2000, 97 (Anm *Fischer-Czermak*) = ZIK 1999, 210.

⁷⁴² Vgl weitere Rsp-Nachweise in *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap H Rz 145 FN 2. Zu beachten ist, dass infolge der deutschen Schuldrechtsreform das Wandlungsrecht gestrichen wurde und durch ein Rücktrittsrecht ersetzt wurde. Dennoch soll auch der Rücktritt zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags führen, wobei strittig ist, ob es zu einer Beendigung des Leasingvertrages ex nunc oder ex tunc kommt: vgl dazu *H. Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 535; *Martinek* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ II § 101 Rz 82b f.

⁷⁴³ OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*); OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112; OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBI 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*); OGH 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000/13 = HS 30.402 = ecolex 2000, 97 (Anm *Fischer-Czermak*) = ZIK 1999, 210.

⁷⁴⁴ Vgl OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBI 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*); OGH 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000/13 = HS 30.402 = ecolex 2000, 97 (Anm *Fischer-Czermak*) = ZIK 1999, 210.

⁷⁴⁵ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 171.

könne der LN aber nicht Zahlung an sich selbst, sondern nur an den LG verlangen.⁷⁴⁶ Nach *P. Bydlinski's* Ansicht führt die Wandlung des Kaufvertrags nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich des Leasingvertrags. Der Leasingvertrag bleibt vielmehr aufrecht, da sonst der Gewährleistungsausschluss im Leasingvertrag keine Wirkung hätte. Jedoch müssten die Leasingraten im Verhältnis LG und LN entsprechend angepasst werden. Dies ergebe sich aus ergänzender Auslegung, wonach der LG nicht sowohl die Leasingraten vom LN fordern könne als auch den Kaufpreis aus der Wandlung vom Lieferanten zurückerhalte.⁷⁴⁷

b) Ansicht *Fischer-Czermak*

Fischer-Czermak lehnt die Ansicht des OGH, dass die Kondiktionsansprüche aus der Wandlung nicht von der Abtretung erfasst seien, ab. Der LG müsste dann die Kondiktionsansprüche selbst gerichtlich geltend machen und gegebenenfalls wären daher zwei Prozesse notwendig:⁷⁴⁸ einer des LN gegen den Lieferanten, in dem er das Gestaltungsrecht der Wandlung geltend macht und einer des LG gegen den Lieferanten, in dem er die Ansprüche aus der Wandlung, also die Rückzahlung des Kaufpreises begehrt.

Generell spricht sich *Fischer-Czermak* gegen einen Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Leasing aus, weil andernfalls der Gewährleistungsausschluss wieder aufgehoben wäre und der LG letztlich das Risiko der Mangelhaftigkeit der Sache zu tragen hätte.⁷⁴⁹ Der Wegfall der Geschäftsgrundlage stelle nur einen Auffangtatbestand dar. Nur für den Fall, dass kein gültiger Gewährleistungsverzicht bestehe, stehe dem Wegfall der Geschäftsgrundlage keine entgegengesetzte Vereinbarung zwischen LN und LG entgegen.⁷⁵⁰ Der Leasingvertrag bleibe im Fall der Wandlung des Kaufvertrags zwischen dem LG und dem Lieferanten sohin bestehen. Nach Ansicht von *Fischer-Czermak* ist der Kondiktionsanspruch zwischen LG und LN aufzuteilen.

⁷⁴⁶ So auch *Krejci*, JBl 1988, 490 (495 FN 25).

⁷⁴⁷ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 171 f.

⁷⁴⁸ *Fischer-Czermak*, WBI 1989, 87.

⁷⁴⁹ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 209; *dies*, *ecolex* 1995, 619; *dies*, Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Leasing, *ecolex* 2000, 97 (98); ebenso *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 166.

⁷⁵⁰ *Fischer-Czermak*, *ecolex* 2000, 97 (98 f).

Dem LG stehe eine Kondiktion in der Höhe der noch ausstehenden Leasingraten offen, die mit dem Wert des LO begrenzt sei, während der LN die restliche Kondiktion erhalte. Um die Abwicklung zu vereinfachen, sollte der zurückerhaltene Kaufpreis vom Lieferanten mit den Leasingraten aufgerechnet werden.⁷⁵¹

c) Ansicht *Harrich*

Harrich vertritt unter Verweis auf einen Teil der deutschen Lehre⁷⁵² die Ansicht, dass bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Leasing anstatt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit ex tunc Wirkung einer außerordentlichen Kündigung ex nunc in Anlehnung an § 1117 ABGB der Vorzug zu geben sei.⁷⁵³ Dem liegt die Ansicht zugrunde, dass es sich beim Leasing um ein bereits ins Erfüllungsstadium getretene Dauerschuldverhältnis handelt, weshalb nur mehr eine Kündigung ex nunc offensteht.⁷⁵⁴

6.6.3 Eigene Ansicht

Zur Aussage des OGH⁷⁵⁵, dass Kondiktionsansprüche aus der Wandlung nicht von der Zession erfasst sind, ist Folgendes anzumerken: Im Verbrauchergeschäft müsste sich mE klar aus den AGB ergeben, dass Kondiktionsansprüche nicht an den LN abgetreten werden. Andernfalls werden nämlich die Anforderungen an das Transparenzgebot nicht erfüllt, weil nicht davon auszugehen ist, dass einem Verbraucher die diffizile Unterscheidung zwischen dem Recht der Wandlung und dem Recht aus der Wandlung bekannt ist.

Wie *Martinek* zutreffend ausgeführt hat, stellt die Funktionstüchtigkeit des LO die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags dar, weil beide Parteien bei

⁷⁵¹ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 211 f.

⁷⁵² *Stoffels* in *Staudinger*, BGB¹³ Leasing Rz 245 ff; *Arnold*, Gewährleistung beim Finanzierungsleasing nach der Schuldrechtsreform, DStR 2002, 1049 (1053).

⁷⁵³ *Harrich*, Zak 2009, 347 (349) mwN.

⁷⁵⁴ Vgl. *Apathy* in *KBB*³ § 1063 Rz 28; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 901 Rz 53.

⁷⁵⁵ Vgl. OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm. *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112.

Vertragsschluss annehmen, dass ein funktionstüchtiges LO überlassen wird. Die Funktionstüchtigkeit des LO wird von beiden Vertragsparteien vorausgesetzt, weil sowohl der LN bei Vertragsschluss von der Einsatzmöglichkeit des LO ausgeht, als auch dem LG an der Mangelfreiheit des LO etwas gelegen ist, da er kein funktionsuntaugliches LO in seiner Bilanz haben möchte.⁷⁵⁶ Die Äquivalenz⁷⁵⁷ des Leasingvertrags wäre gestört, hätte der LN alle Nachteile iZm der Funktionstüchtigkeit des LO zu tragen. Vielmehr ist es angemessen, beide Vertragsparteien die Nachteile des Wegfalls der Geschäftsgrundlage tragen zu lassen.⁷⁵⁸

Der Ansatz der Lehre, dass einer Kündigung nach § 1117 ABGB der Vorzug zu geben ist, mit der Folge, dass die Ratenzahlungspflicht des LN in der Zukunft entfällt,⁷⁵⁹ berücksichtigt nicht, dass sich Leasing und Miete gerade im Punkt der Vollamortisation erheblich voneinander unterscheiden. Während der Mieter nämlich keine weiteren Mietzinshzahlungen mehr zu leisten hat und ihn keine wie auch immer geartete Pflicht zur Vollamortisation trifft, könnte der LG im Fall der Kündigung einen (abgezinsten) Anspruch auf Vollamortisation geltend machen.

Weiters könnte man auch einwenden, dass zwischen Leasingverträgen und Darlehens- bzw Kreditverträgen eine gewisse Ähnlichkeit besteht und § 987 ABGB im Darlehensrecht ebenso nur eine Kündigung ex nunc vorsieht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei Leasingverträgen zusätzlich zur Finanzierung noch eine Gebrauchsüberlassungskomponente hinzutritt, die dem Darlehensrecht fremd ist. Würde man alleine auf die Finanzierungskomponente abstellen, wäre der LG auch nicht mehr verpflichtet, dem LN ein zum Gebrauch taugliches LO zu überlassen. Darüber hinaus unterscheidet sich auch der Vollamortisationsanspruch beim Leasing vom Darlehensrecht, weil beim Leasing zusätzlich zur Tilgung des eingesetzten Kapitals und eines Gewinns auch noch die Marktverhältnisse zum Zeitpunkt der Beendigung des Leasingvertrags

⁷⁵⁶ *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I* 176 f.

⁷⁵⁷ Zur Frage, wie schwer eine Äquivalenzstörung sein muss, um einen Wegfall der Geschäftsgrundlage herbeizuführen, nimmt *F. Bydlinski* eine Bewertung im Rahmen eines beweglichen Systems vor; vgl im Detail *F. Bydlinski*, *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht*, ÖBA 1996, 499 (509).

⁷⁵⁸ *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I* 177 f.

⁷⁵⁹ Vgl FN 753.

berücksichtigt werden müssen.⁷⁶⁰ Ebenso darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der LG auch keinen Vorteil aus der Unbrauchbarkeit des LO ziehen soll, weshalb die Rechtsfolgen der Rückwicklung des Liefervertrags zwischen LG und Lieferant an die Rechtsfolgen der Rückabwicklung des Leasingvertrags angeglichen werden sollten. Würde man eine ex nunc Kündigung des Leasingvertrags bejahen, könnte der LG die bereits vom LN bezahlten Raten behalten und würde aber andererseits dem LG die Möglichkeit eröffnen – infolge der Wandlung des Liefervertrags – die Kaufpreiszahlung des Lieferanten zurückzubekommen.⁷⁶¹

Auch der Einwand, dass es sich beim Leasingvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das – sobald es in Vollzug gesetzt wurde⁷⁶² – nur mehr mit der Wirkung ex nunc aufgelöst werden könne,⁷⁶³ überzeugt nicht. Beim Leasing wird darauf verwiesen, dass der Umfang der insgesamt zu erbringenden Leistung im Vorhinein genau bestimmt ist und somit definitionsgemäß eigentlich ein Zielschuldverhältnis vorliegt und deshalb das Dauermoment bei solchen Schuldverhältnissen eine andere Interessenwertung verlangt.⁷⁶⁴ Dies spricht mE dafür, dass beim Leasing eine allzu starre Anwendung der für "klassische" Dauerschuldverhältnisse angeordneten ex nunc Wirkung nicht in jedem Fall interessengerecht ist.

Selbst wenn man das Leasing als "klassisches" Dauerschuldverhältnis qualifizieren würde, ist anzumerken, dass ebenso bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine ex tunc Wirkung in den Fällen von Arglist⁷⁶⁵, Täuschung, Zwang und Irrtum⁷⁶⁶ bejaht wird.⁷⁶⁷ Weiters hat die jüngere Rsp⁷⁶⁸

⁷⁶⁰ So auch *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I* 81.

⁷⁶¹ Ähnlich *von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*⁶ Kap H Rz 155 zum deutschen Recht.

⁷⁶² Bei Bestandverträgen wird vertreten, dass bis zur Objektübergabe ist Rücktritt zulässig ist, danach weicht er der Auflösung aus wichtigem Grund: vgl *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 ABGB Rz 64 mwN.

⁷⁶³ Vgl FN 754.

⁷⁶⁴ Zu einem Leasingvertrag: OGH 8 Ob 607/84 = SZ 57/186 = MietSlg 36.182 = HS 14.823 = JBI 1985, 350 = RdW 1985, 150 = ÖBA 1986, 241; so *Rummel* in *Rummel*³ § 859 Rz 28.

⁷⁶⁵ Vgl OGH 2 Ob 131/97x = HS 28.304 = RdW 1997, 715 = MietSlg 49.059 = MietSlg 49.074; OGH 6 Ob 81/99a = wobl 1999/165 = MietSlg 51.079.

⁷⁶⁶ Zu einem Leasingvertrag: OGH 2 Ob 581/79 = HS 10.205/21; OGH 6 Ob 81/99a = wobl 1999/165 = MietSlg 51.079; zu einem Bestandvertrag: OGH 1 Ob 27/89 = JBI 1990, 321 = HS 20.485 = MietSlg 41.041/34.

auch bei "klassischen" Dauerschuldverhältnissen, die bereits in Vollzug gesetzt waren, in jenen Fällen eine Auflösung ex tunc bejaht, wo keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestanden haben.⁷⁶⁹

Wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben wurde, kann beim Leasing nicht von Rückabwicklungsschwierigkeiten gesprochen werden, weil zum einen die Zahlung der Raten entsprechend aufgezeichnet wird und andererseits die Vertragsdauer zumeist von Beginn an genau festgelegt ist.⁷⁷⁰ Zudem liegt die Grundvertragsdauer va im Bereich des Kfz-Leasing in der Regel zwischen drei und fünf Jahren, wobei der LN nur innerhalb der ersten zwei Jahre seine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte⁷⁷¹ geltend machen kann. Nur innerhalb dieses Zeitraums kann es daher zu einer Wandlung und somit zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage kommen. Somit ist eine mögliche Rückabwicklung schon von Vertragsbeginn an zeitlich begrenzt und überschaubar.⁷⁷²

Demgemäß führt auch die derzeitige Rsp des OGH⁷⁷³, die einen Wegfall der Geschäftsgrundlage ex tunc befürwortet, zu einer ausgewogenen Lösung,⁷⁷⁴ weil bei Leasingverträgen von keinen Rückabwicklungsschwierigkeiten gesprochen werden kann, die "nur" eine Auflösung bzw Kündigung ex nunc ermöglichen würde.

6.6.4 Zeitpunkt der Einstellung der Zahlung der Leasingraten

⁷⁶⁷ Rummel in Rummel³ § 859 Rz 27 mwN aus der Rsp.

⁷⁶⁸ Vgl OGH 1 Ob 27/89 = JBl 1990, 321 = HS 20.485 = MietSlg 41.041/34; OGH 26.11.1996, 1 Ob 2169/96v (unveröffentlicht); OGH 2 Ob 131/97x = HS 28.304 = RdW 1997, 715 = MietSlg 49.059 = MietSlg 49.074; OGH 6 Ob 81/99a = wobl 1999/165 = MietSlg 51.079; OGH 6 Ob 257/08z = iFamZ 2009/106 = ecolx 2009/106 mwN; OGH 02.07.2009, 6 Ob 69/08b (unveröffentlicht).

⁷⁶⁹ Vgl Apathy/Riedler in Schwimann³ § 870 Rz 19.

⁷⁷⁰ Grüblinger, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 164.

⁷⁷¹ Bei Verbraucherleasingverträgen, die bis zum 11.06.2010 abgeschlossen wurden, ist aber § 23 KSchG zu beachten: vgl Kap 6.2.

⁷⁷² So auch Oberfeuchtnr, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 43, für das deutsche Recht.

⁷⁷³ Vgl Rsp-Nachweise in Kap 6.6.1.

⁷⁷⁴ Nach Grüblinger, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 162, sollte der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Kodifizierungsbemühungen für den Leasingvertrag gesetzlich verankert werden.

Es stellt sich die Frage, ab wann der LN im Fall einer Wandlung berechtigt ist, die Zahlung der Leasingraten einzustellen. Grundsätzlich wird nämlich erst mit rechtskräftiger Wandlung klar, ob dem Kläger überhaupt ein Wandlungsrecht zusteht.⁷⁷⁵

a) Rsp und Lehre

Der OGH sprach aus, dass der LN ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Wandlung von seiner Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten befreit ist.⁷⁷⁶ *Iro* merkte im Fall der gerichtlichen Geltendmachung an, dass der LN nur dann seine Zahlungen einstellen kann, wenn das Wandlungsbegehren auch der objektiven Rechtslage entspricht. LN und Lieferant könnten sich sonst auf ein Anerkenntnis oder einen gerichtlichen Vergleich einigen, der nicht der objektiven Rechtslage entspricht und so zum Nachteil des LG agieren.⁷⁷⁷ Im Fall einer außergerichtlichen Wandlungsvereinbarung mit dem Lieferanten, kann der LN seine Zahlungen erst dann einstellen, wenn der LG der außergerichtlichen Wandlungsvereinbarung mit dem Lieferanten zustimmt oder wenn ein Wandlungsurteil auch gerichtlich hätte erwirkt werden können.⁷⁷⁸

b) Eigene Ansicht

Diesen Ausführungen wohnen allesamt die Bedenken inne, dass sich der LN und der Lieferant auch zum Nachteil des LG auf eine Aufhebung des Kaufvertrags einigen könnten und sohin die Leasinggeberrechte untergraben, zumal die Aufhebung ja auch die Leistungspflichten des LN beeinflusst. ME müsste jedoch schon eine außergerichtliche Wandlungserklärung des LN ausreichen, um seine Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten (einstweilen) zu beenden. Dies aus folgenden Gründen: Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung bringt ohnehin das gerichtliche Verfahren zum Vorschein, ob die Wandlung berechtigt war oder nicht. Hat der LN schon vorab seine Zahlungen eingestellt und stellt sich heraus, dass die Wandlung nicht berechtigt

⁷⁷⁵ *Krejci*, JBI 1988, 490 (497).

⁷⁷⁶ OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*).

⁷⁷⁷ *Iro*, Zum Recht des Leasingnehmers, den Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant zu wandeln, ÖBA 1995, 813 (818).

⁷⁷⁸ OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 = *ecolex* 1995, 628 = *ecolex* 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*).

war, führt dies dazu, dass sich der LN mit seinen Zahlungen in Verzug befindet, Terminsverlust eintritt, Verzugszinsen anfallen und dem LG uU das Recht zukommt, den Leasingvertrag außerordentlich zu beenden. Der LN trägt sohin das Risiko, dass sich das Wandlungsbegehren als ungerechtfertigt herausstellt.⁷⁷⁹ Außerdem würden sich der LN und der Lieferant im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens ohnehin schadenersatzpflichtig nach § 1295 Abs 2 ABGB machen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ So auch *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* I 181 f; *Fischer-Czermak*, *ecolex* 1995, 619.

⁷⁸⁰ Vgl ebenso BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746, wonach der LG eine Wandlung ausnahmsweise nicht akzeptieren muss, wenn der LN mit dem Lieferant kollusiv zum Nachteil des LG zusammengearbeitet hat.

6.7 Preisminderung

Obwohl das Preisminderungsrecht als zedierbar gilt,⁷⁸¹ wird man auch hier davon ausgehen müssen, dass der Kondiktionsanspruch davon nicht erfasst ist, außer der Kondiktionsanspruch wurde *expressis verbis* abgetreten. Dies ergibt sich einerseits aus der Rsp des OGH zur Wandlung, wonach die Kondiktionsansprüche aus der Wandlung nicht als an den LN abgetreten gelten.⁷⁸² Zum anderen hat der OGH in einer Verbandsklageentscheidung eine Klausel, wonach *"eingehende Zahlungen aufgrund von Gewährleistungsansprüchen unmittelbar an den LG zu leisten sind und von diesem hinsichtlich der Leasingberechnungsbasis zu berücksichtigen sind"*,⁷⁸³ inhaltlich nicht beanstandet. Daraus kann geschlossen werden, dass der LG selbst den Kondiktionsanspruch beim Lieferanten gerichtlich geltend machen muss oder – falls der Anspruch doch abgetreten wurde – der LN auf Zahlung des geminderten Kaufpreises an den LG klagen muss.⁷⁸⁴

6.7.1 Neuberechnung der Leasingraten

Wenn man davon ausgeht, dass der Kondiktionsanspruch von der Abtretung nicht erfasst ist, hat dies zur Folge, dass der Lieferant den geminderten Kaufpreis, der nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln ist, an den LG zu bezahlen hat. Dies hat auch Vorteile für den LN: Der Leasingvertrag bleibt zwar aufrecht, muss jedoch entsprechend angepasst werden. Dies deshalb, da durch die Kaufpreisminderung die Vollamortisation im Leasingverhältnis früher eintritt, weil die Leasingraten ursprünglich nach dem Wert eines mangelfreien LO berechnet wurden.⁷⁸⁵ Die Leasingraten müssen sohin neu berechnet und gesenkt werden,⁷⁸⁶ da andernfalls der LG bereichert

⁷⁸¹ *Ofner* in *Schwimann*³ § 932 Rz 69; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 155; *Krejci*, JBl 1988, 490 (494 f).

⁷⁸² Vgl FN 739.

⁷⁸³ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 5.

⁷⁸⁴ Vgl *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 172.

⁷⁸⁵ Vgl *Oberfeuchtner*, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz 199.

⁷⁸⁶ Im Rahmen einer Verbandsklageentscheidung sprach der OGH aus, dass bei einer Klauselgestaltung, wonach Zahlungen aus Gewährleistungsansprüchen an den LG

wäre. Anderes wäre als sittenwidrig anzusehen.⁷⁸⁷ Wie eine solche Anpassung des Leasingvertrags berechnet werden soll, ist unklar. Während für die Minderung im Verhältnis Lieferant und LG der in diesem Verhältnis vereinbarte Preis und der objektive Wert der Sache ausschlaggebend ist,⁷⁸⁸ umfasst das Leasingentgelt neben dem Anschaffungspreis des LO noch weitere Kostenfaktoren und den Gewinn des LG.⁷⁸⁹ Der Minderungsbetrag im Liefervertrag entspricht somit nicht dem Minderungsbetrag im Leasingverhältnis.⁷⁹⁰

Können sich LG und LN nicht auf einen angemessenen Minderungswert einigen und berücksichtigt man, dass ein Sachverständigengutachten idR teuer ist, so scheint die Anwendung des § 273 ZPO eine geeignete Abhilfe zu schaffen. In der Judikatur wurde § 273 ZPO bereits im Zusammenhang mit der Bemessung von Preisminderungsansprüchen herangezogen.⁷⁹¹ Damit erhält der Richter die Möglichkeit, einen streitigen Betrag, der dem Grunde nach feststeht, dessen Höhe aber nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten festzustellen ist, nach freier Überzeugung festzusetzen.

6.7.2 Zeitpunkt, ab dem angepasste Leasingraten zu zahlen sind

Fraglich ist – wie bei der Wandlung –, ab welchem Zeitpunkt der LN nur mehr die angepassten Leasingraten zu bezahlen hat. Zieht man die Rsp des

zu leisten sind und vom LG hinsichtlich der Leasingberechnungsbasis zu berücksichtigen sind, das Transparenzgebot nicht verletzt werde, da auch dem durchschnittlichen Leasingkunden zugemutet werden kann, dass ihm klar ist, dass wenn sich der Kaufpreis mindert, sich auch die Anschaffungskosten und somit auch die Basis für die Berechnung der Leasingraten mindert: vgl OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 5.

⁷⁸⁷ OGH 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421, wonach dem LN auf die geschuldeten Raten jedenfalls Zahlungen Dritter, wie Schadenersatz und Versicherungsleistungen angerechnet werden müssen; *Krejci*, JBI 1988, 490 (495); *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 166.

⁷⁸⁸ Vgl allgemein *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 932 Rz 36.

⁷⁸⁹ *Von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap L Rz 201; *Beckmann* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 11 Rz 51; *ders* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 29 Rz 58.

⁷⁹⁰ *Beckmann* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 11 Rz 51; *ders* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 29 Rz 58.

⁷⁹¹ OGH 7 Ob 626/82 = JBI 1983, 39; *Rechberger* in Rechberger³ § 273 Rz 4.

OGH⁷⁹² zur Wandlung heran, wonach der LN erst ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Wandlung von seiner Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten befreit wird, so ist davon ausgehen, dass die Rsp auch im Fall der Preisminderung zur selben Ansicht gelangen würde.⁷⁹³ Das würde bedeuten, dass der LN erst ab gerichtlicher Geltendmachung der Preisminderung die Leasingraten reduzieren kann.

ME müsste jedoch auch hier der Zeitpunkt der außergerichtlichen Preisminderungserklärung des LN ausreichen, weil auch bei der Bürgschaft⁷⁹⁴ und bei der Zession die dilatorische Einrede beim Preisminderungsrecht⁷⁹⁵ bejaht wird.

⁷⁹² OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*); vgl Kap 6.6.4.

⁷⁹³ So *Beckmann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 29 Rz 58, für das deutsche Recht. Erst zu dem Zeitpunkt in dem der LN die Klage auf Preisminderung erhebt, hat er nur mehr die angepassten Leasingraten zu bezahlen.

⁷⁹⁴ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 166 f; *Schett*, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt und ihre Bedeutung, JAP 1991/92, 201 (203).

⁷⁹⁵ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 165.

6.8 Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit

§ 1397 ABGB normiert bei der entgeltlichen Zession eine Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zum Zeitpunkt der Abtretung. Im Leasinggeschäft ist die Zession deshalb als entgeltlich anzusehen, weil der LG seine Ansprüche nur deshalb abtritt, weil der LN auf seine Ansprüche gegenüber dem LG verzichtet⁷⁹⁶ und im Gegenzug die Ansprüche gegen den Lieferanten erhält. Demnach hätte der LG grundsätzlich dafür einzustehen, wenn die Forderung überhaupt nicht oder nicht in der zugesagten Höhe besteht, bedingt oder befristet ist⁷⁹⁷ (= Haftung für die Richtigkeit) oder wenn der Lieferant zahlungsunfähig ist⁷⁹⁸ (= Haftung für die Einbringlichkeit). Im Folgenden soll erörtert werden, ob ein Ausschluss dieser Haftung möglich ist.

6.8.1 Verbrauchergeschäft

Im Bereich des Verbrauchergeschäfts kann der LG die Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung nicht ausschließen,⁷⁹⁹ da dies gegen § 9 KSchG verstoßen würde.⁸⁰⁰ Das heißt, der LG hat dafür einzustehen, dass dem LN keine Gewährleistungsansprüche abtreten werden, die dem LN im Allgemeinen nichts bringen, wie etwa Gewährleistungsansprüche, die mit einer Mängelrügeobliegenheit belastet sind⁸⁰¹ (= Haftung für Richtigkeit).

⁷⁹⁶ *Krejci*, JBl 1988, 490 (501); *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 170; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 242.

⁷⁹⁷ *Iro*, Probleme der Haftung des "Zedenten", JBl 1977, 449 (453); *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1397 Rz 7; *Ertl* in *Rummel*³ § 1397 Rz 2; *Heidinger* in *Schwimann*³ § 1397 Rz 4.

⁷⁹⁸ *Iro*, JBl 1977, 449 (453); *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1397 Rz 10; *Ertl* in *Rummel*³ § 1397 Rz 3; *Heidinger* in *Schwimann*³ § 1397 Rz 4.

⁷⁹⁹ Auch *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 155, spricht sich im Rahmen der Kodifikationsvorschläge dafür aus, dass die Haftung für Richtigkeit und Einbringlichkeit im Verbrauchergeschäft beibehalten werden sollte. Eine Überwälzung des Insolvenzrisikos auf den LN ließe sich nämlich nicht mit der Kardinalpflicht des LG, eine mangelfreie Sache bereitstellen zu müssen, in Einklang bringen.

⁸⁰⁰ So *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 229; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 242; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 173; *W. Jud*, KSchG, Factoring und Leasing, in *HdBzKSchG* 533; *Fenyves*, KSchG und Gewährleistung, in *HdBzKSchG* 397.

⁸⁰¹ Vgl Kap 6.1.3.

Wenn man jedoch wie der OGH davon ausgeht, dass der LN ohnehin keine Kondiktionsansprüche aus der Wandlung bzw Preisminderung erhält,⁸⁰² so wird sich die Haftung für die Einbringlichkeit nicht in der Schärfe stellen, weil der LG ohnehin selbst den Kaufpreis bzw im Falle der Preisminderung einen Teil des Kaufpreises beim Lieferanten kondizieren muss. Keinesfalls kann der LG dem LN entgegenhalten, dass der LN seine bereits bezahlten Leasingraten etwa infolge einer Wandlung verbunden mit einem Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zurückerhalte, weil der Lieferant zahlungsunfähig sei und deshalb der LG selbst den Kaufpreis beim Lieferanten nicht mehr einbringlich machen könne.

6.8.2 Unternehmergegeschäft

Fraglich ist, ob die Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit nach § 1397 ABGB gegenüber dem LN als Unternehmer ausgeschlossen werden kann, oder ob das den LN gröblich benachteiligt.⁸⁰³ Ein Blick in die österreichische Literatur zeigt, dass einem Ausschluss von § 1397 ABGB skeptisch gegenüber gestanden wird.

Krejci gibt etwa ganz allgemein zu bedenken, dass der Ausschluss der Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit den LN weitestgehend entrechten kann. Der LG habe dafür einzustehen, dass die behaupteten Gewährleistungsansprüche bestehen und zusätzlich habe der LG die Bonität des Lieferanten zu prästieren.⁸⁰⁴

Zum selben Ergebnis gelangt auch *Schumacher*. Demnach haftet der LG für die Richtigkeit der abgetretenen Gewährleistungsansprüche, also dafür, dass diese auch wirklich bestehen. Weiters habe der LG für die Einbringlichkeit, also für die Bonität des Lieferanten, einzustehen. Somit habe der LG für die Erfüllbarkeit der mit dem LO übertragenen Gewährleistungsansprüche zu haften und müsse das Insolvenzrisiko des Lieferanten tragen.⁸⁰⁵

⁸⁰² Vgl OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87 (Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 = KRES 5/112.

⁸⁰³ Offen lassend *Harrich*, Zak 2009, 347 (348).

⁸⁰⁴ *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 247; *ders*, JBI 1988, 490 (501).

⁸⁰⁵ *Schumacher*, ZVR 1979, 297.

Nach Ansicht *Fischer-Czermaks* habe der LG dafür einzustehen, dass der Kaufpreis an den Lieferanten bezahlt wurde, weil andernfalls kein Kondiktionsanspruch im Falle der Wandlung bestehen würde. Es sei aber gröblich benachteiligend, wenn sich der LG aufgrund der Wandlung des Vertrags mit dem Lieferanten den Kaufpreis "ersparen" könnte, während der LN weiterhin die Leasingraten bezahlen müsste.⁸⁰⁶ Es muss jedoch beachtet werden, dass *Fischer-Czermak* davon ausgeht, dass der Kondiktionsanspruch zwischen LG und LN aufgeteilt wird, während der OGH davon ausgeht, dass der Kondiktionsanspruch beim LG verbleibt. Hinsichtlich der Einbringlichkeit der Gewährleistungsansprüche vertritt *Fischer-Czermak* zumindest in den Fällen, in denen LG und Lieferant ähnlich wie bei einem drittfinanzierten Kauf verbunden sind, dass die Belastung des LN mit dem Insolvenzrisiko hinsichtlich der gesamten Kaufpreisforderung bereits an § 864a ABGB scheitert, weil der LN nur damit rechnen müsse, dass ihn für die bereits gezahlten Raten die Lieferanteninsolvenz treffe.⁸⁰⁷

Gegen eine gröbliche Benachteiligung könnte sprechen, dass der LN, stünde er in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Lieferanten (ähnlich wie bei einem Kauf oder Darlehen) ebenso das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Lieferanten zu tragen hätte.⁸⁰⁸ Weiters wird in diesem Zusammenhang argumentiert, dass das Insolvenzrisiko für den LN beherrschbarer ist, weil der LN das LO beim Lieferanten ausgewählt hat und der LN den Lieferanten oftmals schon aus anderen Geschäften kennt. Da der LG mit einer Vielzahl von Lieferanten Verträge schließt, verfügt er über keine ausreichenden Mittel (wie etwa Einblicke in die Bilanz), um sich vor dem Insolvenzrisiko zu schützen.⁸⁰⁹

Dass ein Haftungsausschluss unter den Gesichtspunkten des § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls als kritisch anzusehen ist, wenn der LG versucht, das Insolvenzrisiko auf den LN zu verlagern, zeigt auch ein Blick in die deutsche Literatur und Judikatur. Obwohl das deutsche Recht im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage nur eine Haftung für die Richtigkeit, nicht jedoch für

⁸⁰⁶ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 244.

⁸⁰⁷ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 246 f.

⁸⁰⁸ *Canaris*, AcP 190, 427.

⁸⁰⁹ So *Canaris*, AcP 190, 422.

die Einbringlichkeit kennt,⁸¹⁰ verstößt es sowohl im Unternehmer- als auch im Verbrauchergeschäft gegen § 307 BGB, wenn der LG in seinen AGB den Versuch unternimmt, das Insolvenzrisiko auf den LN zu überwälzen.⁸¹¹ Der LN darf nämlich durch die Abtretungskonstruktion im Leasinggeschäft nicht einen Nachteil erleiden, der etwa im Fall der Wandlung dazu führt, dass der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises entfällt.⁸¹² Begründet wird dies damit, dass das Äquivalenzprinzip des Leasingvertrags erheblich gestört würde, da nicht berücksichtigt würde, dass der LG trotzdem Eigentümer des LO ist.⁸¹³ Da der LG auch keine Kosten vom LN für den Fall verlangen kann, dass das Liefergeschäft fehlschlägt, ist dieselbe Wertung auch für den Fall der Überwälzung des Insolvenzrisikos vorzunehmen.⁸¹⁴ Überträgt man diese zutreffenden Argumente ins österreichische Recht, gelangt man zum Ergebnis, dass es zu einer gröblichen Benachteiligung des LN führt, müsste er das Risiko einer Lieferanteninsolvenz tragen.

⁸¹⁰ Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1397 Rz 10.

⁸¹¹ BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap H Rz 255 mwN aus der Lehre und Rsp; *Beckmann*, Haftungsbeschränkung des Leasinggebers im Rahmen der leasingtypischen Abtretungskonstruktion für sämtliche Leistungsstörungen aus dem Liefervertrag, DB 2006, 320 (322).

⁸¹² BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746 (1749); *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap H Rz 255 mwN aus der Lehre und Rsp.

⁸¹³ BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746 (1749) mwN aus der Rsp; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I 185; ähnlich auch *Schumacher*, ZVR 1979, 297 für das österreichische Recht.

⁸¹⁴ BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746 (1749).

7 AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER GEFahrTRAGUNG

Im folgenden Abschnitt wird zuerst eine Abgrenzung zwischen Sach- und Preisgefahr⁸¹⁵ vorgenommen. In diesem Zusammenhang wird auf die Rsp zur Gefahrtragung und hier insbesondere auf die jüngere Rsp des OGH im Zusammenhang mit der Preis und Sachgefahrtragung durch den LN eingegangen und diese einer kritischen Würdigung unterzogen.⁸¹⁶ Weiters wird erörtert, ob Instandhaltungs- und Reparaturpflichten auf den LN überwältzt werden können.⁸¹⁷ Zudem wird der Frage nachgegangen, ob der LN wirksam verpflichtet werden kann, allfällige Reparaturen des LO nur in der Herstellerwerkstatt vorzunehmen.⁸¹⁸ Ebenso wird die Rsp und Literatur zur Frage, ob dem Werkunternehmer ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem LG als Eigentümer zukommt, wenn er vom LN mit einer Reparatur betraut wurde und der LN diese nicht bezahlt, dargestellt.⁸¹⁹ Im Anschluss daran werden noch die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Versicherung des LO erläutert.⁸²⁰ Schließlich wird noch diskutiert, ob den LN auch dann die Preis- und Sachgefahr trifft, wenn das LO beim verbessernden Lieferanten untergeht.⁸²¹

⁸¹⁵ Vgl Kap 7.1 u Kap 7.2.

⁸¹⁶ Vgl Kap 7.3.

⁸¹⁷ Vgl Kap 7.4.

⁸¹⁸ Vgl Kap 7.4.2.

⁸¹⁹ Vgl Kap 7.4.3

⁸²⁰ Vgl Kap 7.5.

⁸²¹ Vgl Kap 7.6.

7.1 Preisgefahr

Die Preisgefahr ist in §§ 1048 ff ABGB normiert. Klauseln über die Preisgefahr regeln, wer das Risiko trägt, wenn das mangelfrei übergebene LO wegen eines zufälligen Ereignisses (zB Untergang, wirtschaftlicher Totalschaden, Verlust oder Diebstahl) nicht mehr zum Gebrauch zur Verfügung steht. Trägt der LN die Preisgefahr, so hat dies zur Folge, dass er bei Weiterlaufen des Vertrages die Leasingraten, sonstige Leistungen und den Gewinnanteil des LG zahlen muss. Der LN schuldet also Vollamortisation und kann für die untergegangene Sache keinen Ersatz vom LG verlangen.⁸²² Die Belastung des LN mit der Preisgefahr lässt sich damit argumentieren, dass der jeweilige LN über die Einsatzmöglichkeit der Sache entscheiden und somit auch die Gefahren, die der Sache drohen, kalkulieren kann.⁸²³

Vor allem die ältere Literatur sprach sich noch dafür aus, dass sich die Preisgefahrtragung bei Leasingverträgen nicht am Kaufrecht, sondern am Bestandrecht zu orientieren habe.⁸²⁴ Dies habe zur Folge, dass dem LN keine Pflicht zur Substanzerhaltung auferlegt werden könne⁸²⁵ und der LN bei unverschuldetem Untergang des LO von seiner Verpflichtung zur Weiterzahlung der Leasingraten befreit werde.⁸²⁶

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Leasingvertragsparteien idR davon ausgehen, dass der LN am Ende des Beschaffungsvorgangs die Rechte eines Käufers haben soll, weshalb sich eine Orientierung am Mietrecht als nicht sachgerecht erweist.⁸²⁷

⁸²² *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 275 u 290; *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 191.

⁸²³ *Ch. Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf 34 mwN.

⁸²⁴ *Frotz* in *FS Hämmerle* 111 u 123; *Nitsche*, Zur Rechtsnatur des Leasing, *ÖJZ* 1974, 61 (66); *Schumacher*, *ZVR* 1979, 289 (298).

⁸²⁵ *Schumacher*, *ZVR* 1979, 289 (298).

⁸²⁶ *Nitsche*, *ÖJZ* 1974, 61 (66); *W. Jud*, *KSChG*, Factoring und Leasing, in *HdBzKSChG* 528.

⁸²⁷ So auch *Oberfeuchtnner*, *Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz* 187.

Vor allem *Krejci* und *Fischer-Czermak*⁸²⁸ gehen von einer Zulässigkeit der Gefahrtragung des LN aus, weil auch ein (Eigentumsvorbehalts-) Käufer ab dem bedungenen Zeitpunkt der Übergabe die Preisgefahr trägt.⁸²⁹ Der Zinsanteil, der im Leasingentgelt enthalten ist, kann vom LG bei Weiterlaufen des Vertrages vollständig in Rechnung gestellt werden, weil er ein Teil des festgesetzten Entgelts ist.⁸³⁰ Die Preisgefahrtragung soll jedoch nicht dazu führen, dass dem LG Vorteile zukommen, die er bei ungestörter Vertragserfüllung nicht hätte. Dem LN müssen auf die geschuldeten Leasingraten jedenfalls Zahlungen Dritter, wie Schadenersatz- oder Versicherungsleistungen angerechnet werden.⁸³¹ Überdies muss sich der LG Ansprüche gegen Dritte anrechnen lassen, die er nicht geltend gemacht hat.⁸³²

Für den Fall des Untergangs des LO sehen die AGB von Leasingverträgen meist vor, dass es zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung kommt. Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist nicht an § 13 KSchG aF (nunmehr § 14 Abs 3 VKrG), sondern an § 879 Abs 3 ABGB bzw an § 6 Abs 2 Z 1 KSchG zu messen.⁸³³ Da der LG durch den Untergang des LO seine Sicherheit für die ausstehenden Leasingraten verliert, wird er an der vorzeitigen Beendigung interessiert sein. Dem Interesse des LG kann jedoch auch durch die Bestellung anderer Sicherheiten durch den LN Rechnung getragen werden. Daher sollte der LG nur dann zu einer vorzeitigen Fälligestellung berechtigt sein, wenn der LG vom LN keine anderen Sicherheiten erhält.⁸³⁴ Bei vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrags kann der LG den in künftigen Leasingraten enthaltenen Gewinnanteil nicht verlangen.⁸³⁵

⁸²⁸ Anzumerken ist, dass *Fischer-Czermak* diese Ansicht nur hinsichtlich der Leasingverträge vertritt, die ihrer Ansicht nach dem Kaufrecht zuzuordnen sind; hinsichtlich der Leasingverträge die sie dem dispositiven Mietrecht zuordnet, gelangt sie zu einer abweichenden Wertung (vgl. *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 313 ff).

⁸²⁹ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 191; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 298.

⁸³⁰ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 298; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 195 f.

⁸³¹ OGH 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421.

⁸³² *Krejci* in Das Leasinggeschäft 192 f; *ders.*, ÖJZ 1988, 129 (134 f); *Rainer*, immolex 2005, 166 (170).

⁸³³ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 298 ff.

⁸³⁴ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 300 f.

⁸³⁵ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 302; für eine Kürzung des Gewinnanteils: *Krejci* in Das Leasinggeschäft 195.

7.2 Sachgefahr

Anders als die Preisgefahr wird die Sachgefahr nicht in den §§ 1048 ff ABGB geregelt.⁸³⁶ Sie ist vielmehr Ausdruck des allgemeinen Prinzips "casum sentit dominus" (§ 1311 S 1 ABGB), das besagt, dass den Zufall derjenige zu tragen hat, in dessen Vermögen (oder Person) er sich ereignet hat.⁸³⁷ Die Überwälzung der Sachgefahr bedeutet eigentlich nur, dass nicht der LG als Eigentümer, sondern der LN das Risiko eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des LO zu tragen hat. Will der LN eine Reparatur oder Wiederherstellung der Sache, so hat er diese aus seinem Vermögen zu bezahlen.

In den gängigen Leasingbedingungen wird der LN aber "zusätzlich" zur Wiederherstellung, zum Wertersatz oder zur Reparatur verpflichtet. Wenn nun teilweise in der Rsp und Literatur angeführt wird, dass "*die Überwälzung der Sachgefahr heißt, dass der LN bei Untergang oder Verlust des LO diesen Nachteil nicht nur zu tragen sondern ihn zusätzlich noch auszugleichen hat,*"⁸³⁸ so erscheint dies verwirrend. Die Regelung der Sachgefahr des § 1311 S 1 ABGB statuiert nämlich gerade keine Pflicht zur Wiederherstellung,⁸³⁹ zum Wertersatz⁸⁴⁰ oder zur Reparatur.⁸⁴¹ Eine Wiederherstellungs-, Wertersatz- oder Reparaturpflicht lässt sich auch nicht mit der kaufrechtlichen Gefahrtragung begründen, weil auch ein Vorbehaltskäufer nach dispositivem Recht nicht damit

⁸³⁶ Binder in Schwimann³ § 1048 Rz 3; Aicher in Rummel³ §§ 1048-1051 Rz 2; Wahle in Klang² IV/2 46.

⁸³⁷ Reischauer in Rummel³ § 1311 Rz 1; ders in Rummel³ § 1419 Rz 12; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 299; Apathy/Riedler, Schuldrecht BT⁴ Rz 13/1.

⁸³⁸ OGH 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080/6 = RdW 1984, 206 = JBl 1985, 233; OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); Würth in Rummel³ § 1090 Rz 33; Krejci in Das Leasinggeschäft 199; auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 245 begründen mit der Gefahrtragung eine Reparaturverpflichtung; auch nach Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing² (2005) 126, bedeutet die Übernahme der Sachgefahr eine Verpflichtung zur Reparatur bzw zur Beschaffung eines Ersatzobjekts.

⁸³⁹ Nach Schumacher, ZVR 1979, 298, ist diese Wiederherstellungspflicht Ausfluss der zulässigen Überwälzung der Sachgefahr.

⁸⁴⁰ Zutr Krejci in Das Leasinggeschäft 203, der anführt, dass die Sachwertgefahrtragung über das allgemeine Verständnis der Sachgefahr hinausgeht.

⁸⁴¹ So auch Fischer-Czermak, Mobilienleasing 120; dies, JBl 1994, 460.

belastet wird.⁸⁴² Es ist daher zu beachten, dass unter dem Begriff der Übernahme der Sachgefahr beim Leasing üblicherweise "mehr" verstanden wird, als dass der LN das Risiko eines zufälligen Untergangs des LO zu tragen hat. Der LN soll zusätzlich entweder zur Reparatur, zum Wertersatz oder zur Herstellung verpflichtet werden.

7.2.1 Zulässigkeit der Beschaffung eines Ersatzobjekts?

a) Rsp des OGH und des OLG Wien

Der OGH⁸⁴³ hat in einer älteren Entscheidung ausgesprochen, dass es den LN als Unternehmer nicht gröblich benachteiligt, wenn der LG berechtigt ist, im Fall des Untergangs oder Verlusts des LO auf Kosten des LN einen Ersatzgegenstand gleicher Art und Güte anzuschaffen, auch wenn der Untergang des LO nicht vom LN, sondern von einem Dritten verschuldet ist. Hier zeigt sich, dass der OGH offensichtlich unter dem Begriff der Sachgefahr auch eine Ersatzbeschaffung versteht.

Dem ist jedoch das OLG Wien⁸⁴⁴ in einem Verbandsklageverfahren bei folgender Klausel: "*Den LN trifft auch das Risiko des zufälligen Unterganges sowie das Risiko der eingeschränkten Gebrauchsfähigkeit des LO. Bei Untergang des LO steht es dem LG frei, entweder das Leasingvertragsverhältnis aufzulösen [...], oder aber vom LN zu verlangen, dass dieser das LO durch ein gleichwertiges ersetzt*", entgegengetreten. Es sprach aus, dass es zu einer gröblichen Benachteiligung führt, wenn der LN bei zufälligem Untergang des LO einerseits zur Weiterbezahlung der Leasingraten, andererseits auch noch zur Ersatzbeschaffung des zufällig untergegangenen LO verpflichtet ist. Solch eine Vereinbarung stelle nämlich eine Doppelbelastung für den LN dar, die diesen in den wirtschaftlichen Ruin treiben könne.

b) Eigene Ansicht

⁸⁴² So auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 120; *dies*, JBI 1994, 460.

⁸⁴³ In 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421; aA *Krejci*, ÖJZ 1988, 129 (140), wonach die Ersatzbeschaffung nur dann zulässig sei, wenn umgekehrt die Verpflichtung, die Preisgefahr zu tragen, entfalle.

⁸⁴⁴ In 1 R 69/08m = VRInfo 2009 H 2, 3 zu Klausel 10.

Keiner der beiden oben genannten Entscheidungen kann entnommen werden, ob für das LO eine aufrechte Kaskoversicherung bestanden hat. Wäre diese nämlich gegeben, so kann auch im Verbrauchergeschäft nicht davon ausgegangen werden, dass eine Ersatzbeschaffung per se unzulässig ist, wenn die Ersatzbeschaffung durch eine allfällige Versicherungsleistung gedeckt wäre.⁸⁴⁵

7.2.2 Bestellung einer Sicherheit

Auch wenn man davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Ersatzbeschaffung unzulässig ist, weil etwa keine Versicherung zur Abdeckung der Kosten für eine Ersatzbeschaffung herangezogen werden kann, so hat der LG dennoch bei Untergang bzw bei Wertverlust des LO ein Interesse an einer Sicherheit für die noch ausstehenden Leasingraten, gleich wie ein Kreditgeber. Durch den Untergang des ursprünglichen LO bzw wegen eines Wertverlusts desselben ist auch die Sicherheit des LG für die noch ausstehenden Leasingraten ganz oder teilweise verloren gegangen.⁸⁴⁶ *Fischer-Czermak* zeigt, dass auch wenn die Ersatzbeschaffung – wie seitens des OLG Wien vertreten – unzulässig ist, der Leasingvertrag in diesem Punkt Lücken aufweist. Keineswegs darf aus der Unwirksamkeit der Ersatzbeschaffung nach § 879 Abs 3 ABGB geschlossen werden, dass der LN nunmehr keinerlei Sicherheiten bestellen muss. Wenn der LN eine Ersatzsicherheit zu bestellen hat, ist jedoch zu beachten, dass diese nur in dem Ausmaß zu bestellen ist, in dem wegen der Verschlechterung des LO keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist.⁸⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist zu erörtern, aus welchen Regelungen sich ein nachträglicher Anspruch des LG auf Bestellung einer Sicherheit ableiten lässt.

a) § 458 ABGB im Unternehmer- und Verbrauchergeschäft

§ 458 ABGB bestimmt, dass der Pfandgläubiger nur dann berechtigt ist, ein anderes angemessenes Pfand vom Pfandgeber zu fordern, wenn der Wert

⁸⁴⁵ So auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 311 f.

⁸⁴⁶ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 306.

⁸⁴⁷ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 306.

des Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels zur Bedeckung der Restschuld nicht mehr zureicht. Zufällige Verschlechterungen gehen auf die Gefahr des Pfandgläubigers.⁸⁴⁸ Wenn den LN ein Verschulden an der Wertverschlechterung des LO trifft, kommt eine Heranziehung von § 458 ABGB analog sowohl im Verbraucher- als auch im Unternehmensgeschäft in Betracht, nicht jedoch bei zufälligen Verschlechterungen.

b) § 991 ABGB

i. Unternehmensgeschäft

§ 991 ABGB normiert, dass der Kreditgeber die Auszahlung des Kreditbetrags verweigern kann, wenn sich nach Vertragsabschluss Umstände ergeben, die eine Verschlechterung der Vermögenslage des Kreditnehmers oder eine Entwertung bedingener Sicherheiten in einem solchen Ausmaß erweisen, dass die Rückzahlung des Kredits oder die Entrichtung der Zinsen selbst bei Verwertung der Sicherheiten gefährdet ist. Ein Verschulden des Kreditnehmers ist nicht erforderlich.

Obwohl diese Norm in erster Linie auf Kreditverträge anwendbar ist, kann sie auch für Leasingverträge fruchtbar gemacht werden. Wenn der Kreditgeber die Auszahlung des Kreditbetrags verweigern kann, wenn eine Entwertung bedingener Sicherheiten in einem solchen Ausmaß besteht, dass die Rückzahlung des Kredits gefährdet ist und dieses Recht vertraglich näher ausgestaltet werden kann, so ergibt sich aufgrund eines *argumentum a maiori ad minus*⁸⁴⁹ auch, dass es nach Auszahlung des Kredits zulässig sein muss, Sicherheiten zu verlangen. Dagegen könnte man nun einwenden, dass die Rechtsfolgen, die sich aus dem *argumentum a maiori ad minus* zu § 991 ABGB ergeben, mit den Rechtsfolgen, die in § 458 ABGB angeordnet sind (also dass zufällige Verschlechterungen auf die Gefahr des Pfandgläubigers gehen) in Widerspruch stehen und sohin eine Antinomie⁸⁵⁰ vorliegt. Diese Antinomie lässt

⁸⁴⁸ Klang in Klang² II 482; Koch in KBB³ § 458 Rz 3; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 458 Rz 1; Eicher in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IX/2 Rz 1/59.

⁸⁴⁹ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 479.

⁸⁵⁰ Vgl F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 463.

sich aber mit dem Satz "lex specialis derogat legi generali"⁸⁵¹ und der Derogationsregel "lex posterior derogat legi priori"⁸⁵² auflösen. Erstens handelt es sich mE bei der Rechtsfolge, die sich aus dem argumentum a maiori ad minus zu § 991 ABGB ergibt (also die Möglichkeit, dass auch nach der Auszahlung des Kredites Sicherheiten verlangt werden können), um die für das Kreditvertragsrecht gegenüber dem Pfandrecht speziellere Norm. Zweitens ist § 991 ABGB auch die gegenüber § 458 ABGB spätere Norm.

Auf das Leasingverhältnis umgelegt bedeutet dies im Ergebnis, dass der LG auch bei Wertverschlechterung des LO Sicherheiten verlangen kann und zwar unabhängig davon, ob den LN an der Wertverschlechterung ein Verschulden trifft, weil auch § 991 ABGB nicht auf ein Verschulden des Kreditnehmers abstellt.

ii. Verbrauchergeschäft

Gemäß § 14 Abs 2 Satz 1 1. Halbsatz VKrG steht dem Kreditgeber das gesetzliche Auszahlungsverweigerungsrecht nach § 991 ABGB bei Krediten, die unter das VKrG fallen, nicht zu. Jedoch kann sich der Kreditgeber nach § 14 Abs 2 Satz 1 1. Halbsatz VKrG vertraglich das Recht vorbehalten, die Kreditauszahlung aus sachlich gerechtfertigten Gründen zu verweigern⁸⁵³, wobei die möglichen Verweigerungsgründe über jene des § 991 ABGB hinausgehen.⁸⁵⁴ Auf ein Verschulden des Kreditnehmers wird nicht abgestellt. Neben den in § 991 ABGB genannten Gründen,⁸⁵⁵ kommt als sachlich gerechtfertigter Grund etwa das beträchtlich erhöhte Risiko in Betracht, dass der Verbraucher seiner Pflicht zur Rückzahlung des Kredits nicht nachkommen werde.⁸⁵⁶

Es wurde bereits oben iZm § 991 ABGB herausgearbeitet, dass sich aufgrund eines argumentum a maiori ad minus⁸⁵⁷ ergibt, dass es auch nach

⁸⁵¹ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 465.

⁸⁵² F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 572 f.

⁸⁵³ Wenn der Kreditgeber beabsichtigt, von diesem Recht Gebrauch zu machen, so hat er dies dem Verbraucher unverzüglich auf Papier oder einem dauerhaften Datenträger unter Angabe der Gründe mitzuteilen.

⁸⁵⁴ Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 991 Rz 5; Dehn in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/177.

⁸⁵⁵ Lenz/Rericha, ZFR 2010, 110 (114 f).

⁸⁵⁶ Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 14 Rz 27 f.

⁸⁵⁷ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 479.

Auszahlung des Kredits zulässig sein muss, Sicherheiten zu verlangen. Nachdem die Regelung des § 14 Abs 2 Satz 1 1. Halbsatz VKrG (sofern vertraglich vereinbart) sogar über § 991 ABGB hinausgeht, bedeutet dies, dass der Kreditgeber auch gegenüber einem Verbraucher Sicherheiten verlangen kann. Ein Widerspruch dieser Regelung zu den Rechtsfolgen, die in § 458 ABGB angeordnet sind, liegt auch – wie schon oben iZm § 991 ABGB erörtert – nicht vor. Die Anordnung des § 14 Abs 2 Satz 1 1. Halbsatz VKrG als Norm des Kreditvertragsrechts ist die gegenüber dem Pfandrecht speziellere Norm. Zweitens ist § 14 Abs 2 Satz 1 1. Halbsatz VKrG auch die gegenüber § 458 ABGB spätere Norm.

Da die Bestimmung des § 14 VKrG auch auf Leasingverträge anwendbar ist, bedeutet dies – sofern vertraglich vereinbart – dass der LG auch bei Wertverschlechterung des LO Sicherheiten verlangen kann und zwar unabhängig davon, ob den LN an der Wertverschlechterung ein Verschulden trifft, weil § 14 Abs 2 VKrG ebensowenig wie § 991 ABGB auf ein Verschulden des Kreditnehmers abstellt.

c) Z 48 Abs 1 der Banken AGB 2009

i. Unternehmergegeschäft

Z 48 Abs 1 der Banken AGB 2009⁸⁵⁸ beinhaltet eine Regelung, die einen nachträglichen Sicherstellungsanspruch begründet und wie folgt lautet:

"Wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen, ist das Kreditinstitut berechtigt, die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachteilig verändert haben oder zu verändern drohen oder die vorhandenen Sicherheiten sich wertmäßig verschlechtern haben oder zu verschlechtern drohen".

⁸⁵⁸ Diese Regelung ist Punkt 13 Abs 2 der deutschen Banken AGB nachgebildet; vgl. Casper in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 3 Rz 76 ff; Berger in MünchKommBGB⁶ § 490 Rz 50.

Voraussetzung für die Berufung auf Z 48 ist, dass sich die Risikoeinschätzung, auf der die ursprüngliche Vereinbarung über die Besicherung basiert, nachträglich als unzutreffend erweist.⁸⁵⁹ Es handelt sich typischerweise um Gründe, die in der Sphäre des Kunden – sei es zufällig oder durch dessen Verschulden – eintreten.⁸⁶⁰ Auch wenn die Bank ursprünglich keine Besicherung verlangt hat, so können auf Basis der Z 48 Sicherheiten gefordert werden, wenn sich die Risikolage verschlechtert, außer ein Anspruch auf Bestellung (weiterer) Sicherheiten wurde vertraglich ausgeschlossen.⁸⁶¹ Für den nachträglichen Besicherungsanspruch des Kreditinstituts reicht es aus, wenn eine konkrete Gefahr der Wertminderung der Sicherheiten droht.⁸⁶² Da es sich bei LG häufig um Kreditinstitute handelt, werden diese die nachträglichen Besicherungsansprüche auf Z 48 der Banken-AGB 2009 stützen können. Das Kreditinstitut kann jedoch nur eine angemessene Besicherung⁸⁶³ binnen angemessener Frist verlangen. Die deutsche Lehre schlägt hier als Mindestfrist eine Untergrenze von acht bis vierzehn Tagen vor.⁸⁶⁴

ii. Eigene Ansicht

ME können auch LG, bei denen es sich nicht um eine Bank handelt, einen nachträglichen Besicherungsanspruch nach Z 48 analog vereinbaren. Auch diese haben aber zu beachten, dass sie nur eine der neuen Risikolage angemessene Besicherung, verlangen dürfen.

iii. Verbrauchergeschäft

Anzumerken ist, dass bereits in den Banken AGB 2000 eine wortgleiche Regelung der Z 48 Abs 1 der Banken AGB 2009 enthalten war. Die Z 48 differenzierte nicht zwischen Unternehmer- und Verbrauchergeschäft. Obwohl

⁸⁵⁹ Iro in Iro/Koziol, ABB Z 48, Rz 2 zu den Banken AGB 2000. Da sich die Regelung der Ziffer 48 in den Banken AGB 2009 gegenüber den Banken AGB 2000 nicht geändert hat, kann die Literatur dazu nach wie vor herangezogen werden.

⁸⁶⁰ Iro in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² I Rz 1/232; Iro in Iro/Koziol, ABB Z 48 Rz 6.

⁸⁶¹ Iro in Iro/Koziol, ABB Z 48, Rz 3 und Rz 4.

⁸⁶² Iro in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² I Rz 1/232; Iro in Iro/Koziol, ABB Z 48 Rz 6.

⁸⁶³ Dies ist zwar in Z 48 nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich jedoch aus Z 47, wonach das Kreditinstitut nur einen Anspruch auf angemessene Sicherheiten hat: Iro in Iro/Koziol, ABB Z 48, Rz 7.

⁸⁶⁴ Casper in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 3 Rz 82.

der VKI im Rahmen einer Verbandsklage eine Vielzahl der in den Banken AGB enthaltenen Regelungen beanstandete und in der Entscheidung des OGH 4 Ob 179/02f bestätigt wurde, dass von 17 beanstandeten Klauseln 12 rechtswidrig sind, hat der VKI die Regelung der Z 48 der Banken AGB 2000 damals nicht beanstandet. Auch in der Literatur finden sich – soweit ersichtlich – keinerlei kritische Stellungnahmen zur Z 48 der Banken AGB 2000.

Jüngst hat der VKI jedoch die Regelung der Z 48 der Banken AGB 2009 beanstandet und der OGH sprach in der Entscheidung 8 Ob 49/12g aus, dass die Z 48 gegen das Transparenzgebot verstößt. Dies aus folgenden Gründen: *"Es sei unklar, auf welcher Grundlage die Entscheidung über den Eintritt der relevante Veränderung erfolgt und in welchem Ausmaß eine Änderung eintreten muss, damit die Bank eine Verstärkung der Sicherheit verlangen kann. Es bleibe unklar, in welchem Umfang die Sicherheiten zu verstärken sind, wobei eine Relation zur Erhöhung des Risikos bzw zum Wertverlust nicht hergestellt werde. Ebenso werde nicht erklärt, was unter "angemessener" Frist zu verstehen ist."* Nach Ansicht des OGH wird durch die Klausel der Eindruck vermittelt, dass es der Bank nach eigener Einschätzung einer Risikoerhöhung frei steht, Sicherheiten nachzuverlangen. Dies stelle einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar.⁸⁶⁵

iv. Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt, weil die Bank *"die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten innerhalb angemessener Frist verlangen kann"*, ist mE nicht zu folgen. Nicht nur im ABGB (vgl etwa §§ 864 Abs 1, 865 ABGB), sondern sogar im KSchG (vgl etwa § 6 Abs 1 Z 2 KSchG) wird der Terminus "angemessene Frist" verwendet.⁸⁶⁶ Außerdem läuft die Bank Gefahr, wenn sie zB eine Frist von 14 Tagen in ihre AGB aufnimmt, dass dies als gröblich benachteiligend angesehen wird, weil der Verbraucher abwesend ist oder weil die Sicherheitenbestellung im Einzelfall nicht

⁸⁶⁵ OGH 8 Ob 49/12g = ÖBA 2012, 619 = RdW 2012, 598 = JusGuide 2012/29/10177 = ZIK 2013/53 = ZFR 2012/168.

⁸⁶⁶ Krit auch Koch, Der OGH und die Banken-AGB, ÖBA 2013, 553 (556).

so rasch erfolgen kann.⁸⁶⁷ Zuzustimmen ist dem OGH, dass es gegen das Transparenzgebot verstößt, wenn unklar ist, in welchem Umfang Sicherheiten zu verstärken sind und auf welcher Grundlage die Entscheidung über den Eintritt der relevanten Veränderung erfolgt.

Solange aber eine Klausel im Leasinggeschäft zB darauf abstellt, dass der LN seine Sicherheit binnen einem Monat zu verstärken hat, wenn sich der Wert des LO etwa um 10% verschlechtert und dass der LN dann eine Sicherheit in dem Ausmaß zu bestellen hat, in dem wegen der Verschlechterung des LO keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist, müsste eine derartige Klausel auch im Verbrauchergeschäft zulässig sein.⁸⁶⁸ Dies auch vor dem Hintergrund der oben zu § 14 VKrG herausgearbeiteten Lösung. Der OGH Entscheidung kann nämlich auch nicht entnommen werden, dass das Sicherungsinteresse der Bank schon per se inhaltlich nachteilig ist, solange der nachträgliche Besicherungsanspruch ausreichend transparent dargestellt ist.

d) Art der Sicherheiten und Information über Sicherheitenbestellung

Bei der Frage, welche Sicherheiten der LN zu bestellen hat, wird mangels gegenteiliger Vereinbarung § 1373 ABGB heranzuziehen sein. Danach ist die Pflicht zur Sicherstellung in erster Linie durch Pfandbestellung zu erfüllen, wobei Handpfand oder Hypothek in Betracht kommen. Nur wenn der LN zu einer solchen Sicherstellung nicht in der Lage ist, kommt ein tauglicher Bürge in Betracht. Grundsätzlich steht dem LN die Auswahl des Sicherungsmittels zu. Der LG ist daher nicht berechtigt, eine bestimmte Form der Besicherung zu verlangen.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ Krit auch *Ch. Rabl*, Intransparente Klauseln der ABB 2000 - to be continued, RdW 2012, 644 (645); nach *Koch*, ÖBA 2013, 558 ist in diesem Zusammenhang, die Präzisierung der Angemessenheit der Frist für die Sicherheitenbestellung derart auszugestalten, dass eine für den Durchschnittsfall hinreichende Minimalfrist in die AGB aufgenommen wird (etwa eine sechs Wochen Frist).

⁸⁶⁸ Ähnlich *Koch*, ÖBA 2013, 558, der vorschlägt, dass das Ausmaß der Sicherheitenbestellung dem Ausmaß der Risikoerhöhung entsprechen muss.

⁸⁶⁹ *Klang* in *Klang*² VI 260; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² I Rz 1/227; *Iro* in *Iro/Koziol*, Z 47 Rz 6; *Hofmann* in *Rummel*³ § 1373 Rz 2 u 3; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*³ §§ 1373-1374 Rz 2; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 1373-1374 Rz 6; OGH 1 Ob 2138/96k = SZ 69/263 = JBI 1997, 306.

Bei Verbraucherleasingverträgen, die der Regelung des § 26 VKrG unterliegen, ist zu beachten, dass bereits im Rahmen der vorvertraglichen Informationen bzw im Leasingvertrag selbst angegeben werden muss, ob der Verbraucher Sicherheiten zu leisten hat. Unterlässt der LG dies, kann dies ua zu einer verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion⁸⁷⁰ führen.

⁸⁷⁰ Daneben kommen noch zivilrechtliche Sanktionen in Betracht: vgl Kap 3.4.

7.3 Rsp zur Gefahrtragung

Nach ständiger Rsp des OGH⁸⁷¹ gehört es zum Wesen des Finanzierungsleasing, dass den LN das Verlustrisiko und das Risiko einer über die normale Abnutzung hinausgehenden Verschlechterung oder Beschädigung des LO treffen. Dem LN müssen jedoch die Rechte eines Käufers zukommen.⁸⁷² Die gänzlich vom Bestandrecht abweichende Gefahrtragung ist sohin beim Finanzierungsleasing typisch.⁸⁷³ Der LG hat dafür einzustehen, dass sich die Sache zu Beginn des Leasingverhältnisses in einem brauchbaren Zustand befindet, weshalb auch eine Verlagerung der Gefahr vor ordnungsgemäßer Übergabe unzulässig ist.⁸⁷⁴ Ab Erfüllung kann jedoch die Sachgefahr auf den LN überwältigt werden⁸⁷⁵ und er hat die Leasingraten zu entrichten, auch wenn das erworbene Gut beschädigt oder zerstört wird.⁸⁷⁶

⁸⁷¹ OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 1 Ob 718/80 = MietSlg 33.149 = JBI 1982, 38 (Anm *Wilhelm*) = KRES 5/87; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 = JBI 1988, 719; OGH 8 Ob 545/91 = SZ 64/73 = ÖBA 1992, 838; OGH 30.11.1993, 8 Ob 1654/93 (unveröffentlicht); OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70; OGH 28.04.2000, 2 Ob 60/00p (unveröffentlicht); OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁸⁷² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

⁸⁷³ OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989 H 2, 48 = JBI 1988, 719; OGH 8 Ob 545/91 = SZ 64/73 = ÖBA 1992, 838.

⁸⁷⁴ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 5; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 5 u Klausel 11; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

⁸⁷⁵ So OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 zu Klausel 25 u Klausel 27; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90

In den Kap 7.1 und 7.2 wurde eine Abgrenzung zwischen Sach- und Preisgefahr vorgenommen. Es wurde gezeigt, dass unter dem Begriff der Sachgefahr im Leasingverhältnis "mehr" verstanden wird, als dass den LN das Risiko des zufälligen Untergangs des LO trifft. Vielmehr ist der LG berechtigt, in gewissen Grenzen eine Ersatzsicherheit zu fordern, wenn das LO untergeht oder sich der Wert erheblich verschlechtert. Nachfolgend wird die jüngere Rsp des OGH zu Gefahrtragungsklauseln, die im Rahmen der Verbandsklageverfahren im Zusammenhang mit den Leasingverträgen, überprüft wurden, analysiert.

7.3.1 Mangelnde Differenzierung zwischen Preis- und Sachgefahr

Bevor man sich der Frage zuwendet, ob der LG bei Untergang, Totalschaden bzw Diebstahl oder Verlust des LO berechtigt ist, den Leasingvertrag aufzulösen, ist vorweg Folgendes festzuhalten: Der OGH hat leider in der jüngeren Rsp nicht hinreichend zwischen der Frage, ob den LN nun die Preis- und/oder die Sachgefahr trifft, differenziert, obwohl hier erhebliche Unterschiede hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen auftreten können. Auch wenn in der Praxis zB im Rahmen von Kfz-Leasingverträgen idR eine Vollkaskoversicherung besteht und deshalb – trotz mangelnder Differenzierung zwischen Preis- und/oder Sachgefahr – die wirtschaftlichen Folgen vernachlässigbar sein werden, so sind diese beiden Begriffe dennoch streng voneinander zu trennen. Trägt der LN nämlich "nur" die Preisgefahr, hat er bloß die Leasingraten weiter zu bezahlen und kann keine Wiederherstellung des LO vom LG fordern. Trägt der LN hingegen neben der Preis- auch die Sachgefahr, so hat dies beim Leasing zur Folge, dass der LN nicht nur die Leasingraten weiter bezahlen muss, sondern zumindest nach Ansicht des OGH⁸⁷⁷ auch den Schaden auf seine Kosten zu beseitigen hat.

(Anm *Thiele*); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

⁸⁷⁶ OGH 28.04.2000, 2 Ob 60/00p (unveröffentlicht); OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748.

⁸⁷⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecollex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 22.

a) OGH 4 Ob 59/09v

In 4 Ob 59/09v sprach der OGH zu Klausel 11: "*Der LN nimmt ausdrücklich zur Kenntnis, dass der Leasingvertrag weder durch die eingeschränkte oder unmögliche Verwendbarkeit des Leasinggegenstandes, sei es durch Beschädigung, rechtliche oder technische Unbrauchbarkeit noch durch Zufall oder höhere Gewalt berührt wird. Die Pflicht zur Zahlung des Leasingentgeltes bleibt dadurch aufrecht*", aus, dass diese Klausel die Überwälzung der Sachgefahr⁸⁷⁸ betreffe.⁸⁷⁹

b) Eigene Ansicht

ME ist in dieser Klausel hingegen sowohl die Sach- als auch die Preisgefahr geregelt. Der erste Satz der Klausel besagt, dass den LN gleich wie einen Eigentümer alle Gefahren treffen und dass er deswegen nicht berechtigt ist, das Vertragsverhältnis aufzulösen. Der zweite Teil der Klausel ist mE eindeutig der Preisgefahr zuzuordnen, da der LN ebenso das Leasingentgelt weiter bezahlen muss.

c) OGH 3 Ob 12/09z

In 3 Ob 12/09z sprach der OGH zu Klausel 22: "*Soweit nicht eine Versicherung Ersatz leistet (Selbstbehalt, mangelnde Deckung, Eigenverschulden des LN, Obliegenheitsverletzung etc), hat der LN alle Schäden selbst zu tragen bzw der HSL zu ersetzen [...]*" aus, dass die Sachgefahr den LN treffe.⁸⁸⁰ Daraus folge, dass der LN nach Übergabe des LO verschuldensunabhängig trotz Beschädigung des LO die Leasingraten weiter zu

⁸⁷⁸ Die Klausel wurde deshalb für unzulässig erklärt, weil sie umfassend die Sachgefahr auf den LN überwälzte, ohne zu differenzieren, ob der LG dem LN überhaupt die ordnungsgemäße Nutzungsmöglichkeit verschafft hatte: OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 11. Ein Eingehen des OGH auf die Frage, ob mit der Klausel nicht auch die Preisgefahr überwälzt wurde, ist unterblieben.

⁸⁷⁹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

⁸⁸⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132.

entrichten habe. Die Verpflichtung des LN, die Schäden selbst zu tragen bzw zu ersetzen, stehe mit dem Wesen des Finanzierungsleasing in Einklang. Nach Schadensbeseitigung könne der LN das LO in gebrauchsfähigem Zustand weiterbenutzen, weshalb es auch zu keiner Doppelbelastung dadurch komme, dass der LN einerseits die Raten leisten müsse und andererseits den Schaden zu tragen habe.⁸⁸¹ Die Klausel sei daher zulässig.

d) Eigene Ansicht

Dass der LN trotz Beschädigung des LO die Leasingraten weiter zu entrichten hat, folgt mE nicht aus der Sachgefahr, sondern aus der Preisgefahr. Der Klausel ist nicht einmal klar zu entnehmen, ob den LN die Preisgefahr wirklich trifft. Dies kann man jedoch der Klausel 5⁸⁸² derselben OGH Entscheidung entnehmen, die besagt, dass "*Stehzeiten, Erschwerung oder Verhinderung des Gebrauchs – aus welchem Grunde immer – den LN nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen des Leasingvertrags, insbesondere zur Zahlung des vollen Leasingentgelts entbinden*".

Zudem erscheint hier die in der Klausel angeführte Wertersatzpflicht iZm der Sachgefahrtragung problematisch. Der Wertersatz geht nämlich – wie oben bereits ausgeführt⁸⁸³ – über die reine Sachgefahrtragung hinaus, da der LN zusätzlich den Wert des untergegangenen LO zu ersetzen hat. Die Schadensbeseitigungs- bzw Wertersatzpflicht lässt sich aber nur mit dem Sicherungsinteresse⁸⁸⁴ und nicht mit der Sachgefahr begründen. Der LN kann mE (sofern nicht ohnehin eine Versicherung besteht, die Ersatz leistet) daher nur verpflichtet werden, eine andere angemessene Sicherheit in dem Ausmaß zu bestellen, in dem wegen der Verschlechterung keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist. Wie bereits ausgeführt, ist im Verbrauchergeschäft das Transparenzgebot zu beachten. Es muss daher klar

⁸⁸¹ Vgl letzte FN.

⁸⁸² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 5.

⁸⁸³ Vgl Kap 7.2.

⁸⁸⁴ Vgl Kap 7.2.2.

festgelegt werden, wann ein Fall vorliegt, der den LG berechtigt, eine Verstärkung der Sicherheiten zu verlangen und binnen welcher Frist.⁸⁸⁵

7.3.2 Untergang des LO – Auflösung des Leasingvertrags?

a) OGH

Die Frage, ob der LG bei Untergang des LO zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung berechtigt ist, hat der OGH⁸⁸⁶ bei folgender Klausel 14 lit g: *"Die HSL [Anm LG] ist berechtigt das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn g) ein Untergang [Anm des LO] vorliegt"*, bejaht. Es liege kein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG vor. Dem LG sei nämlich eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar, wenn der Erfüllung ein endgültiges Hindernis entgegensteht, dh das konkrete LO nicht mehr existiert und der LG dies nicht zu vertreten habe.

b) Eigene Ansicht

Es ist zutreffend, dass der LG das LO wegen des Untergangs nicht mehr überlassen kann. Der LG wird aber wohl nur deswegen an einer Auflösung interessiert sein, weil er durch den Untergang des LO seine Sicherheit für die noch ausstehenden Raten verloren hat.⁸⁸⁷ Nach der Klausel 5⁸⁸⁸ der in dieser Entscheidung verwendeten Leasing-AGB hat der LN nämlich die Preisgefahr zu tragen. Dem Sicherungsinteresse des LG wäre aber dann Genüge getan, wenn eine andere angemessene Sicherheit in dem Ausmaß bestellt wird, in dem wegen der Verschlechterung des LO keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist.⁸⁸⁹ Nur für den Fall, dass sich der LN weigert, eine

⁸⁸⁵ Vgl Kap 7.2.2.

⁸⁸⁶ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit g ("Untergang des LO").

⁸⁸⁷ Vgl Kap 7.2.2.

⁸⁸⁸ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 5: *"Stehzeiten, Erschwerung oder Verhinderung des Gebrauchs – aus welchem Grunde immer – entbinden den LN nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen des Leasingvertrags, insbesondere zur Zahlung des vollen Leasingentgelts"*.

⁸⁸⁹ Vgl Kap 7.2.2.

andere angemessene Sicherheit zu bestellen, sollte der LG zur außerordentlichen Vertragsbeendigung berechtigt sein.⁸⁹⁰ Dann kann nämlich die Erfüllung der Verbindlichkeit gegenüber dem LG gefährdet sein.⁸⁹¹

7.3.3 Wirtschaftlicher Totalschaden – Auflösung des Leasingvertrags?

Ein Totalschaden⁸⁹² liegt immer dann vor, wenn die beschädigte Sache technisch nicht mehr funktionsfähig gemacht werden kann⁸⁹³ oder die Reparatur unwirtschaftlich und somit untunlich wäre.⁸⁹⁴ Dann hat der Geschädigte nur einen Anspruch auf Wertersatz.⁸⁹⁵ Der Naturalersatz iSd § 1323 Satz 1 ABGB ist etwa bei Kfz dann untunlich, wenn die Reparatur erheblich höhere Kosten verursachen würde, als der gemeine Wert (Zeitwert), den das Fahrzeug zur Zeit der Beschädigung hatte.⁸⁹⁶ Wenn die Grenze von 10% des Wiederbeschaffungswerts überschritten wird, ist ein LO als untergegangen zu betrachten.⁸⁹⁷

a) OGH

Der OGH hat bei folgenden Klauseln das Auflösungsrecht des LG im Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens, verneint:

⁸⁹⁰ So auch *Gruber*, Die deutsche Rechtsprechung zur Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund, ÖBA 1992, 1104 (1106).

⁸⁹¹ Vgl Kap 9.4.1 f.

⁸⁹² Löst der LG den Leasingvertrag infolge Totalschadens auf und verlangt die abgezinsten restlichen Raten vom LN, so kann der LN in der Folge vom Schädiger nicht die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und den abgezinsten restlichen Leasingraten verlangen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten hat der LN nämlich bei Vertragsschluss übernommen und diese geht nicht kausal auf die vom Schädiger verschuldete Zerstörung des LO zurück. Der LN kann nur jenen Schaden (Mehrkosten) gegenüber dem Schädiger geltend machen, der sich durch die Verpflichtung zur sofortigen Zahlung der restlichen Raten ergibt: vgl OGH 2 Ob 26/93 = JBI 1994, 121 = ZVR 1994, 118 = HS 24.581; zust *Fischer-Czermak*, Schadenersatz beim KFZ-Leasing, Der Sachverständige 2006, 22 (26).

⁸⁹³ Vgl *Harrer* in *Schwimann*³ § 1323 Rz 41.

⁸⁹⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 10/19 mwN; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1323 Rz 12.

⁸⁹⁵ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1323 Rz 15.

⁸⁹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0030487; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1323 Rz 9; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1323 Rz 13.

⁸⁹⁷ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 276.

- "Die HSL (Anm LG) ist berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn: g) [Anm ein] Totalschaden vorliegt".⁸⁹⁸
- "Totalschaden/Diebstahl: Mit der Schadensmeldung gilt der Vertrag als aufgelöst (bei Diebstahl nur, wenn das Fahrzeug nicht binnen vier Wochen aufgefunden wird)".⁸⁹⁹

Der OGH hat seine Entscheidung damit begründet, dass den LN ohnehin die Sachgefahr trifft und er daher die Leasingraten weiterhin bezahlen muss. Deshalb sei das Interesse des LN an der Aufrechterhaltung des Vertrags höher zu bewerten. Da der LN die Reparaturkosten, die eine allfällige Versicherungsleistung übersteigen, zu tragen habe, müsse das Interesse des LG an der Vertragsauflösung in den Hintergrund treten.⁹⁰⁰

b) Eigene Ansicht

Wegen der Sachgefahr alleine muss der LN noch keine Leasingraten bezahlen. Diese folgt mE alleine aus der Preisgefahr. Weshalb der OGH die Auflösungsmöglichkeit des Leasingvertrags bei einem Untergang des LO bejaht, bei einem Totalschaden hingegen verneint, ist nicht einleuchtend. Selbst wenn bei einem Totalschaden die Sache mitunter noch vorhanden ist, so ist sie dennoch mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht mehr wiederherzustellen. Letzteres ist aber mE einem Untergang gleich zu halten.

Die Reparaturkosten sind überdies keine bloße Frage der Sachgefahr, sondern reichen über diese hinaus. Sie lassen sich – wie bereits oben ausgeführt – mit einem Sicherheitsinteresse des LG begründen. Diesfalls müsste es jedoch

⁸⁹⁸ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 14 lit g.

⁸⁹⁹ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 10.

⁹⁰⁰ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit g; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 10; aA der BGH, wonach es für den Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens nicht ersichtlich sei, welches Interesse der LN an einer Fortsetzung des Leasingvertrags haben könne: vgl dazu BGH VIII ZR 55/03 = NJW 2004, 1041 = BB 2004, 69 = DAR 2004, 137 = NZV 2004, 77.

ausreichen, wenn seitens des LN eine andere angemessene Sicherheit in dem Ausmaß bestellt wird, in dem wegen der Verschlechterung des LO keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist.⁹⁰¹

7.3.4 Verlust bzw Diebstahl des LO

a) OGH

Der OGH⁹⁰² hat eine Klausel, wonach der LG bei Verlust oder Diebstahl zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigt sein soll, wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG für unwirksam erklärt. Es sei nämlich nicht undenkbar, dass das Fahrzeug binnen angemessener Frist wieder in die Verfügungsgewalt des LN gelange. Aufgrund der weit reichenden und nachteiligen wirtschaftlichen Folgen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung für den LN, den nach Übergabe des LO die volle Sachgefahr trifft, sei der LN dann gröblich benachteiligt, wenn das Fahrzeug wieder auftaucht, der LN aber mangels aufrechter Vertragsverhältnisse sein Benützungsrecht am LO nicht mehr ausüben kann. Daher müsse eine angemessene Frist abgewartet werden, innerhalb derer man beurteilen kann, ob das Fahrzeug wiedererlangt werden kann. Da den LN aufgrund der Tragung der Sachgefahr ohnehin die Verpflichtung zur Bezahlung der Leasingraten treffe, sei ein besonderes Interesse des LG an der sofortigen Vertragsauflösung nicht erkennbar. Auch bei Bestehen einer Versicherung sei der LG nicht zur sofortigen Auflösung berechtigt, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass eine allfällige Versicherungsleistung den Schaden des LN zur Gänze abdeckt.⁹⁰³

⁹⁰¹ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 307. Nur in den Fällen, wo die Nichtvornahme einer Reparatur zu weiteren Schäden am LO führen würde, wird die Reparaturverpflichtung bejaht; vgl Kap 7.2.2.

⁹⁰² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit g ("Diebstahl und Verlust"); auch in OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 10: "*Totalschaden/Diebstahl: Mit der Schadensmeldung gilt der Vertrag als aufgelöst (bei Diebstahl nur, wenn das Fahrzeug nicht binnen vier Wochen aufgefunden wird)*" fand sich ein Satzteil betreffend Diebstahl. Der OGH ging aber auf diesen Teil der Klausel nicht gesondert ein.

⁹⁰³ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit g ("Diebstahl und Verlust").

b) Eigene Ansicht

Entgegen den Ausführungen des OGH trifft den LN wiederum alleine aufgrund der Preis- und nicht der Sachgefahr die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten. Die vom OGH vorgenommene unterschiedliche Behandlung von Untergang einerseits und Verlust bzw Diebstahl andererseits ist – wie schon iZm dem Totalschaden – nicht begründbar. So wird beim Kauf der Diebstahl bzw Verlust gleich wie ein Untergang behandelt.⁹⁰⁴ Konsequenterweise hätte daher der OGH ein Recht des LG zur außerordentlichen Vertragsbeendigung gleich wie bei einem Untergang bejahen müssen.

Es ist widersprüchlich, wenn der OGH in seiner Begründung meint, dass es ja sein könnte, dass eine Versicherungsleistung den Schaden nicht zur Gänze deckt und der LG deshalb nicht zur Auflösung berechtigt ist. Dasselbe könnte nämlich auch bei einem Untergang des LO der Fall sein.⁹⁰⁵ Für den Untergang hat aber der dritte Senat nicht problematisiert, dass eine Versicherungsleistung den Schaden möglicherweise nicht zur Gänze decken könnte, sondern sehr wohl die Auflösungsmöglichkeit bejaht.⁹⁰⁶

Dass die Aussage des OGH zur Versicherungsleistung im Zusammenhang mit Verlust und Diebstahl im Grunde zutreffend ist und diese Wertung daher auch für den Untergang des LO vorzunehmen wäre, zeigt folgendes Beispiel: Der Neuwagenwert beträgt € 30.000. Nach elf Monaten geht das LO unter. Der Wertverlust eines Neuwagens beträgt innerhalb des ersten Jahres ca 20-30%. Der Wiederbeschaffungswert des LO beträgt € 21.000, während der Restwert zum Zeitpunkt der Vertragsabrechnung € 25.000 beträgt. Da der LG einen (abgezinsten) Anspruch auf Vollamortisation hat, entsteht daher eine Belastung für den LN in der Höhe von € 4.000, die er an den LG zu bezahlen hätte. Aus diesem Beispiel lässt sich ableiten, dass sich für den Fall,

⁹⁰⁴ *Bydlinski* in Klang² IV/2 496.

⁹⁰⁵ AA *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 310, die davon ausgeht, dass der LG bei einem Untergang des LO berechtigt ist, das Leasingvertragsverhältnis aufzulösen, wenn eine aufrechte Versicherung besteht. Da der LN wegen der Abzinsung und wegen der Anrechnung der Versicherungsleistung insgesamt weniger zahlen müsse, führe die vorzeitige Auflösung zu keiner unzumutbaren Belastung und sei daher nicht gröblich benachteiligend.

⁹⁰⁶ Vgl Kap 7.3.2.

dass der Restwert höher als der Wiederbeschaffungswert ist, weitere Zahlungspflichten für den LN ergeben können, die diesen unzumutbar belasten. Man wird daher je nach Zeitpunkt des Schadensfalles zu prüfen haben, ob die Vertragsauflösung den LN nicht doch gröblich benachteiligt. Mittlerweile bieten Versicherungen jedoch eine GAP-Versicherung an, welche bei LO auch eine etwaige Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und Restwert abdeckt. Bei Bestehen einer solchen Versicherung ebenso wie bei Bestehen einer Neuwertversicherung wird man daher eine gröbliche Benachteiligung verneinen können.

Dem OGH könnten bei seinen Ausführungen, dass eine angemessene Frist abgewartet werden muss, binnen derer man beurteilen kann, ob das LO wiedererlangt werden kann, Regelungen in den Versicherungsbedingungen⁹⁰⁷ und die deutsche Literatur⁹⁰⁸ ein Vorbild gewesen sein. Regelmäßig wird nämlich in den Versicherungsbedingungen eine Frist festgesetzt, binnen derer der Versicherer die Leistung erbringen muss. Bei einem Diebstahl wird die Versicherungsleistung erst nach Ablauf einer einmonatigen Frist fällig.⁹⁰⁹ Deshalb wird in der deutschen Literatur⁹¹⁰ eine Regelung für den Fall empfohlen, dass das LO vor dem Eintritt der Leistungsverpflichtung des Versicherers wieder aufgefunden wird. Diesfalls soll der Leasingvertrag zu den bisherigen Bedingungen fortgesetzt werden. Dieser Ansicht folgend wäre eine außerordentliche Vertragsbeendigung vor Ablauf der einmonatigen Frist unzulässig, danach jedoch möglich.

⁹⁰⁷ Vgl FN 909.

⁹⁰⁸ Vgl *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L599.

⁹⁰⁹ So die AKKB (Allgemeinen Bedingungen für die Kollisionskaskoversicherung) 2009 Klausel 4.1.3 für den Fall des Diebstahls <http://www.donauversicherung.at/fileadmin/donau/Dokumente/klauseln/KFZ/KC6.pdf> (abgerufen am 06.09.2011).

⁹¹⁰ So *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L599.

7.4 Instandhaltungspflicht und Reparatur des LO

Leasing-AGB enthalten oftmals die Verpflichtung des LN, dass er das LO während der Dauer des Leasingverhältnisses auf eigene Kosten in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten hat⁹¹¹ bzw dass "*Der Mieter alle Abgaben, Gebühren, Versicherungen, Steuern sowie Service- und Reparaturkosten, die während der Laufzeit des Leasingvertrages anfallen, trägt*".⁹¹² Der OGH hat hierzu ausgesprochen, dass es zulässig und typisch für das Finanzierungsleasing ist, dass der LN die Erhaltungskosten trägt.⁹¹³

In der Literatur⁹¹⁴ wird die Verpflichtung zur Instandhaltung der Sachgefahr zugeordnet. Weil die Überwälzung der Sachgefahr in den oben erwähnten Grenzen zulässig ist,⁹¹⁵ muss dies argumentum a maiori ad minus für die Instandhaltungsverpflichtung gelten. Auch diese dient dem Sicherungsinteresse des LG.⁹¹⁶ Würde man hingegen den LG zur Instandhaltung verpflichten, hätte dies wohl in der Praxis zur Konsequenz, dass sich die Leasingraten wesentlich verteuern würden. Die Instandhaltungsverpflichtung dient dazu, eine Wertminderung des LO hintanzuhalten.⁹¹⁷ Genau dieselbe Wertung ist für Reparaturen vorzunehmen, sofern sie als Instandhaltungsarbeiten zu qualifizieren sind.⁹¹⁸

Sind Reparaturarbeiten vorzunehmen, die über eine Instandhaltungsverpflichtung hinausgehen, ist zu differenzieren: Sofern die Nichtvornahme der Reparatur zu einem weiteren Schaden am LO führen würde,

⁹¹¹ Vgl etwa OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 Klausel 20 Satz 1: "*Der Mieter hat den Mietgegenstand auf seine Kosten in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten [...]*". Aufgrund des Vorliegens der Wiederholungsgefahr prüfte der OGH diese Klausel nicht inhaltlich.

⁹¹² OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolx 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 5.

⁹¹³ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolx 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 5.

⁹¹⁴ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 308.

⁹¹⁵ Vgl Kap 7.2.2.

⁹¹⁶ *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 103; *Ackermann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 31 Rz 31.

⁹¹⁷ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 308.

⁹¹⁸ So *Krejci*, ÖJZ 1988, 129 (140).

ist die Reparaturverpflichtung des LN zu bejahen. Wenn durch die Nichtvornahme der Reparatur keine weiteren Wertminderungen am LO drohen, reicht es jedoch aus, dass seitens des LN eine angemessene Sicherheit in dem Ausmaß zu bestellt wird, in dem wegen der Verschlechterung keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist.

7.4.1 Exkurs: Instandhaltungsverpflichtung des LG?

a) Verbrauchergeschäft

Auch wenn in der vorliegenden Arbeit die Ansicht vertreten wird, dass im Zusammenhang mit Leasingverträgen nur eine vorsichtige Heranziehung der bestandrechtlichen Normen in Betracht kommt und dass *va* im Bereich der Gewährleistung und Gefahrtragung die Anwendung der Normen des Kauf- und Kreditrechts zu sachgerechteren Ergebnissen führt, so gibt es in der Literatur dennoch Stimmen, die für bestimmte Leasingvarianten für die Bereiche der Gewährleistung und Gefahrtragung eine Heranziehung der dispositiven Normen des Bestandsrechts vertreten.⁹¹⁹ Da sich im Bereich des Mietrechts Gewährleistung und Gefahrtragung nicht klar trennen lassen, weil der Vermieter während der gesamten Vertragsdauer Gewähr leisten muss und er daher auch das Risiko zu tragen hat, dass sich das Bestandobjekt nach der Übergabe verschlechtert,⁹²⁰ wird nachfolgend erörtert, ob – wenn man Anwendung der dispositiven Normen des Bestandsrechts für Leasingverträge bejaht – eine Abbedingung bzw Überwälzung der Instandhaltungsverpflichtungen auf den LN, zulässig wäre. Ist es nämlich zulässig, den LN mit der Erhaltung des LO zu belasten, so ist es ebenso zulässig, den LG in den oben erwähnten Grenzen zu Reparaturen zu verpflichten.

Zunächst soll erörtert werden, ob eine Überwälzung der Erhaltungspflicht, (§ 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB) vom Vermieter auf den Mieter im Verbrauchergeschäft gegen § 9 KSchG verstößt. Dabei wird auch auf die Klauselentscheidungen des OGH im Bereich des Bestandsrechts eingegangen.

i. Rsp

⁹¹⁹ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 251 ff u 313 ff; dieser folgend: *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 9 Rz 8.

⁹²⁰ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 315.

In der ersten Klauselentscheidung 7 Ob 78/06f⁹²¹ hatte sich der OGH aufgrund einer Verbandsklage der Arbeiterkammer mit Klauseln eines Mietvertrags zu befassen, der von einer österreichischen Hausverwaltung verwendet wurde. Dabei handelte es sich um einen Mietvertrag, auf den das MRG nur teilweise anwendbar war. IZm der Erhaltungspflicht hatte sich der OGH mit nachstehender Klausel auseinanderzusetzen:

"Der Mieter verpflichtet sich, den Mietgegenstand pfleglich zu behandeln und unter Ausschluss des § 1096 sämtliche am Mietgegenstand notwendig werdenden Reparaturen auf eigene Kosten durchzuführen und überhaupt den Mietgegenstand zu erhalten; er ist unter anderem verpflichtet, die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsanlagen, ferner sämtliche Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen samt Geräten stets in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten instandsetzen zu lassen [...]".

Der OGH sprach aus, dass § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art für Bestandverträge sei,⁹²² sodass der Ausschluss dieses Rechts aufgrund von § 9 Abs 1 KSchG unzulässig sei. Weiters wurde unter Berufung auf *Wilhelm*⁹²³ und *Faber*⁹²⁴ dargelegt, dass auch die Erhaltungspflicht des Vermieters Ausdruck seiner bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht sei⁹²⁵ und daher einem Verbraucher gegenüber nicht generell ausgeschlossen werden könne.⁹²⁶ Das Mietzinsminderungsrecht sei nämlich nur ein Druckmittel zur Durchsetzung von Erhaltungsmaßnahmen, dh der Gewährleistungspflicht gegen den Vermieter. Wenn der Mieter generell zur Erhaltung des vereinbarten und ordnungsgemäßen Gebrauchs verpflichtet wäre,

⁹²¹ In MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBl 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45.

⁹²² Dies ist seit OGH 5 Ob 768/80 = SZ 54/88 = MietSlg 33.110 und OGH 1 Ob 685/83 = MietSlg 35.174 ständige Judikatur.

⁹²³ In ecolex 2002, 637.

⁹²⁴ In immoLex 2001, 246.

⁹²⁵ So auch OGH 4 Ob 196/08i = MietSlg 60.129 = immoLex-LS 2009/23 = immoLex 2009/57 = EwR III/1096 A/142: *"Die Wirtschaftlichkeit von Erhaltungsarbeiten, die der Vermieter im Rahmen der ihn treffenden Gewährleistungspflichten nach § 1096 ABGB zu leisten hat"*; LG Linz 1 Cg 55/08s = VRInfo 2008 H 12, 3.

⁹²⁶ So auch schon *Fischer-Czermak*, NZ 1991, 115 (129); *dies*, Mobilienleasing, 254 f.

könne niemals ein Zustand, bei dem das Zinsminderungsrecht zum Tragen käme, eintreten.⁹²⁷ Weil Gewährleistungsansprüche eines Konsumenten jedoch vor Kenntnis des Mangels gemäß § 9 Abs 1 KSchG nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können, könne einem Verbraucher gegenüber die Erhaltungspflicht des bedungenen Zustands nicht übertragen werden.⁹²⁸

In seiner zweiten Klauselentscheidung 1 Ob 241/06g ging es um AGB in Mietverträgen, die in den Vollenwendungsbereich des MRG fielen. Der OGH hatte, wiederum im Rahmen einer Verbandsklage, folgende Klausel 2 zu prüfen:

"Der Mieter hat den Mietgegenstand und die für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte wie insbesondere Elektroleitungs-, Gasleitungs- [...] Anlagen zu warten sowie instand zu halten, als es sich nicht um ernste Schäden des Hauses handelt [...]".⁹²⁹

Der OGH sprach aus, dass die vorliegende Klausel darauf abziele, dem Mieter die Erhaltungspflicht für den bedungenen Gebrauch aufzuerlegen. Außerhalb des vollen Anwendungsbereichs des MRG sei es grundsätzlich zulässig, die Pflicht zur Instandhaltung des Bestandgegenstands auf den Mieter abzuwälzen. Wenn der Bestandnehmer generell zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung aller für den Mietgegenstand bestimmten Gegenstände verpflichtet werde, bedeute dies, dass das Zinsminderungsrecht des § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB nie zur Anwendung gelangen würde, weil der Mieter – auch dann, wenn ohne Schuld des Bestandnehmers ein Mangel am Bestandobjekt auftritt – die notwendigen Maßnahmen auf seine Kosten vornehmen müsste. Der OGH führte weiters aus, dass wenn die Pflicht zur Erhaltung des Mietobjekts generell auf den Mieter überwälzt werde, er sich nie auf die Unbrauchbarkeit des Mietobjekts berufen könne, was aber Voraussetzung für den Zinsminderungsanspruch wäre. Letztlich nahm der OGH Bezug auf die erste Klauselentscheidung und legte dar, dass die Klausel wegen

⁹²⁷ Krit zu dieser Argumentation *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? *immolex* 2007, 262 (264).

⁹²⁸ OGH 7 Ob 78/06f = *MietSlg* 58.197 = wobl 2007, 74 = *JBI* 2007, 181 = *RdW* 2007/233 = *VRInfo* 2007 H 2, 5 = *Zak* 2007/45.

⁹²⁹ OGH 1 Ob 241/06g = *MietSlg* 59.129 = *immolex* 2007, 211 = wobl 2007/76 (*Anm Würth*) = *HS* 38.361 = *Zak* 2007/384 = *ecolex* 2007/253 = *KRES* 1d/99 = *JAP* 2007/2008/17.

eines Verstoßes gegen § 9 Abs 1 KSchG unwirksam sei, da gegenüber einem Verbraucher Gewährleistungsrechte (beim Bestandvertrag die Zinsminderung) nicht im Voraus ausgeschlossen werden können.⁹³⁰

Anzumerken ist, dass in der zweiten Klauselentscheidung – anders als wie in der ersten Klauselentscheidung – die ausdrückliche Gleichsetzung von Erhaltung und Gewährleistung fehlt und das Mietzinsminderungsrecht stellt den alleinigen Begründungsansatz dar.⁹³¹

ii. Lehre

Die Ansicht des OGH, wonach es sich bei der Erhaltung nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB um eine Gewährleistungspflicht handelt, weshalb eine Überwälzung der Erhaltung auf den Verbraucher gegen § 9 KSchG verstößt, ist in der Literatur auf große Resonanz gestoßen.

Als Befürworter der Ansicht des OGH gelten va *Wilhelm*⁹³², *Rosifka*⁹³³ und *Böhm*.⁹³⁴ Um zu untermauern, dass es sich bei der Erhaltungspflicht um eine Gewährleistungspflicht handelt, wird von der Lehre auch auf die Materialien zur III. Teilnovelle des ABGB (HHB)⁹³⁵ verwiesen. Folglich hat der Bestandgeber verschuldensunabhängig für Mängel der Sache, die ihr "*bei der Übergabe anhaften oder während des Gebrauchs im gewöhnlichen Verlaufe der Dinge entstehen*" Gewähr zu leisten, solange es sich nicht um außerordentliche Zufälle handelt.⁹³⁶

⁹³⁰ OGH 1 Ob 241/06g = MietSlg 59.129 = immolex 2007, 211 = wobl 2007/76 (Anm *Würth*) = HS 38.361 = Zak 2007/384 = ecolex 2007/253 = KRES 1d/99 = JAP 2007/2008/17.

⁹³¹ *Böhm*, immolex 2007, 262 (263); *ders*, Topaktuell: Die 2. "Klauselentscheidung" des OGH liegt vor! immolex 2007, 198 (200 f); *Kothbauer*, Die mietrechtlichen Erhaltungspflichten im Lichte der neuesten Rechtsprechung, ImmZ 2007, 237 (241).

⁹³² *Wilhelm*, Nachtrag zur Erhaltungspflicht im MRG-Vollanwendungsbereich, Noch eine Anmerkung zu 10 Ob 79/07a = ecolex 2008, 32 (33).

⁹³³ *Rosifka*, Erhaltungspflicht des Bestandgebers gemäß § 1096 ABGB und ihre vertragliche Abdingbarkeit, ecolex 2008, 720; *ders*, OGH 5 Ob 17/09z: Konsequenzen und Kritik, immolex 2009, 206 (207).

⁹³⁴ *Böhm/Graf*, Miete und Konsumentenschutz, immolex 2007, 102 (105); *Böhm*, immolex 2007, 262 (264); *ders*, OGH 5 Ob 17/09z: Ein Pyrrhussieg für die Vermieter, immolex 2009, 198 (201).

⁹³⁵ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 124 hat den gleichen Begründungsansatz gewählt.

⁹³⁶ *Rosifka*, ecolex 2008, 720 (721).

Die Kritiker lehnen den Begründungsansatz des OGH ab und sehen die Erhaltungspflicht nicht als Gewährleistungspflicht sondern als Hauptleistungspflicht des Vermieters⁹³⁷ an. Dafür spreche der Wortlaut des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB, der kumulativ die drei Hauptleistungspflichten des Vermieters, nämlich Übergabe in brauchbarem Zustand, Erhaltung in diesem und Schutz vor Störungen aufzähle.⁹³⁸ Als Gewährleistungsanspruch eigener Art knüpfe das Mietzinsminderungsrecht des § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB an die Hauptleistungspflichten an. Die Hauptleistungspflichten und deren Reichweite würden Auskunft darüber geben, ob überhaupt Gewährleistungsansprüche bestehen und wenn ja wie weit diese reichen.⁹³⁹ Weiters wird ins Treffen geführt, dass Gewährleistungsansprüche überdies erst dann ein greifen, wenn die Istbeschaffenheit einer Leistung hinter der Sollbeschaffenheit der zunächst vertraglich geschuldeten Leistung zurückbleibt,⁹⁴⁰ also eine Schlechterfüllung bzw Pflicht zur Leistung vorliegt.⁹⁴¹ Wenn der Vermieter aber beispielsweise die Übergabe in einem bestimmten Zustand schulde, für die Zeit nach der Übergabe hingegen vereinbart sei, dass der Mieter und nicht der Vermieter diesen Zustand zu erhalten hat, so sei die Sollbeschaffenheit des Bestandobjekts in die Richtung bestimmt, dass der Vermieter nur die Verschaffung des bestimmten Gebrauchs minus die Übernahme von Erhaltungspflichten schulde.⁹⁴² Wenn der Vermieter das vertragliche Pflichtenprogramm wie in dem vorigen Beispiel modifiziere und

⁹³⁷ *Riss*, Zur Abdingbarkeit der Erhaltungspflicht des Vermieters im Verbrauchergeschäft, wobl 2002, 345 (349); *ders*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters 91 ff; *ders* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1096 Rz 7; *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (194); *Würth*, Glosse zu OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g, wobl 2007, 210 f; *Prader*, OGH: Klarstellung der Erhaltungspflichten im Vollenwendungsbereich des MRG, RdW 2009, 391; LGZ Wien 39 R 307/07x = immolex 2008/75 (zust *Prader*); LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241; *Lenk*, Haus- und Wohnungselektrik im Lichte der WRN 2006 und der Klauselentscheidungen (Teil I), immolex 2007, 276 (280); *Iro* in KBB³ § 1096 Rz 4.

⁹³⁸ *Lenk*, immolex 2007, 276 (280); *Prader*, RdW 2009, 391.

⁹³⁹ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (193); *Prader*, RdW 2009, 391 (392).

⁹⁴⁰ *Kothbauer*, ImmZ 2007, 237 (242); *Lenk*, immolex 2007, 276 (280); LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241.

⁹⁴¹ *Reidinger/Dirrheimer*, JAP 2007/2008/17, 178 (180); *Würth*, wobl 2007, 210; LGZ Wien 39 R 307/07x = immolex 2008/75 (zust *Prader*).

⁹⁴² So *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (193); diesem folgend: OGH 3 Ob 20/09a = wobl 2009, 249 = ecolex 2009/294 = JusGuide 2009/43/6986 = EvBl-LS 2009/142 = Zak 2009/468 = immolex 2009/82; *Hausmann*, NetV 2007, 145 (151).

dem Mieter eine positive Vertragspflicht auferlege,⁹⁴³ handle es sich aber gerade um keinen Gewährleistungsausschluss, der im Verbrauchergeschäft gegen § 9 KSchG verstoßen könnte, weil dem Mieter eine bestimmte Beschaffenheit nach Übergabe des Bestandobjekt gerade nicht zugesagt worden sei.⁹⁴⁴

Selbst wenn man – wie die Kritiker – die Erhaltungspflicht als Erfüllungsanspruch ansieht, ist dennoch zu prüfen, ob nicht § 9 KSchG analog zur Anwendung gelangt. Das Verbot des § 9 KSchG, dass Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nicht eingeschränkt werden können, darf nämlich nicht durch einschränkende bzw negative Leistungsbeschreibungen⁹⁴⁵ umgangen werden.⁹⁴⁶ Eine einschränkende Leistungsbeschreibung liegt etwa dann vor, wenn der Unternehmer dem Verbraucher vertraglich etwas zusichert und dann versucht, die beim Verbraucher erweckte Erwartungserhaltung mittels eines allgemeinen und umfassenden Ausschlusses der Gewährleistung für eine Nichterfüllung des vertraglichen Versprechens zu enttäuschen.⁹⁴⁷ Von einem Verstoß gegen § 9 KSchG ist aber nicht auszugehen, wenn die Minderbeschaffenheit des Leistungsgegenstandes offen gelegt wird,⁹⁴⁸ dh dem Verbraucher klar vor Augen geführt wird, dass vom Leistungsversprechen des Unternehmers bestimmte Komponenten, wie etwa die Erhaltung des Bestandobjekts nicht

⁹⁴³ *Riss*, wobl 2007, 62 (70 f); *ders* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1096 Rz 9; OGH 3 Ob 20/09a = wobl 2009, 249 = ecolex 2009/294 = JusGuide 2009/43/6986 = EvBl-LS 2009/142 = Zak 2009/468 = immolex 2009/82.

⁹⁴⁴ *Vonkilch*, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 309 (310); LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241.

⁹⁴⁵ Eine negative Leistungsbeschreibung liegt etwa bei Formulierungen wie "*Die Sache hat keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften*" oder "*mit Mängeln aller Art ist zu rechnen*" vor; vgl dazu: *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 224; *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters 282 mwN; *Vonkilch*, wobl 2008, 309 (312).

⁹⁴⁶ *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 9 Rz 7; *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters 280 ff.

⁹⁴⁷ So *Vonkilch*, wobl 2008, 309 (311); diesem folgend: LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241; aA *Böhm*, immolex 2007, 262 (267); *ders*, immolex 2009, 198 (203); *Rosifka*, ecolex 2008, 720 (722), wonach der Zweck des § 9 KSchG darin liegen soll, dass der Verbraucher die Belastungen, die auf ihn zukommen, kalkulieren kann. Dem Verbraucher muss offengelegt werden, ob und wann ein Mangel auftreten kann und welche Kosten für die Mangelbeseitigung zu veranschlagen sind.

⁹⁴⁸ *Riss*, wobl 2002, 345 (352); *ders*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters 282 mwN.

erfasst sind.⁹⁴⁹ Dem Verbraucher muss also bereits bei Vertragsabschluss transparent gemacht werden, dass den Vermieter zu Beginn des Leistungsverhältnisses eine qualitativ andere bzw bessere Leistungspflicht trifft als während der Dauer des Mietverhältnisses.⁹⁵⁰

iii. Folgerungen für das Leasinggeschäft

Selbst wenn man eine analoge Anwendung des § 1096 ABGB im Bereich des Finanzierungsleasing erwägt, wird auch dort eine Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den LN als Verbraucher nicht gegen § 9 KSchG (analog) verstoßen. Dies aus folgendem Grund: Der LG ist nach hM verpflichtet, ein mangelfreies LO zu übergeben.⁹⁵¹ Wenn der LG im Leasingvertrag ausdrücklich und unter Beachtung des Transparenzgebots festlegt, dass ihn während der Dauer des Leasingvertrags eine qualitativ andere Leistungspflicht (also zwar eine Gebrauchsüberlassungspflicht, jedoch minus der Instandhaltungspflicht) als zu Beginn des Leasingverhältnisses (Überlassung eines mangelfreien LO) trifft, erfüllt er vertragskonform, solange er dem LN das LO zum Gebrauch überlässt. Bei vertragskonformer Erfüllung werden aber gar keine Gewährleistungsrechte des LN ausgeschlossen, weil diese eine Schlechterfüllung voraussetzen. Weiters ist anzumerken, dass die Leasingraten – anders als Mietzinszahlungen – der Preis für die Verschaffung, die Finanzierung des LO und für die ungestörte Gebrauchsüberlassung während der Dauer des Leasingvertragsverhältnisses, nicht jedoch der Preis für die Aufrechterhaltung der Gebrauchstauglichkeit während der Vertragsdauer sind.⁹⁵²

b) Unternehmergeschäft

Die im Verbrauchergeschäft getroffenen Folgerungen haben erst Recht im Bereich des Unternehmergeschäfts zu gelten. Anzuführen ist weiters, dass die in § 1096 ABGB normierten Pflichten dispositiv sind und es daher außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG, der bei Mobilienleasingverträgen nicht zur

⁹⁴⁹ *Vonkilch*, wobl 2008, 309 (311); diesem folgend: LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241.

⁹⁵⁰ *Rosifka*, *ecolex* 2008, 720 (723.)

⁹⁵¹ Vgl Kap 5.2.2.

⁹⁵² So auch *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I* 145.

Anwendung kommt, zulässig ist, die Instandhaltung auf den Mieter (LN)⁹⁵³ zu überwälzen.⁹⁵⁴ Selbst wenn man die Erhaltungspflicht als Hauptleistungspflicht ansieht, könnte man einwenden, dass eine derartige Überwälzung den LN iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligt.⁹⁵⁵ Gegen eine gröbliche Benachteiligung spricht jedoch, dass es der LN eher in der Hand hat als der LG, das LO vor negativen Einflüssen zu schützen, weil er auch die tatsächliche Sachherrschaft darüber ausübt.⁹⁵⁶ Zudem hängt gerade im Bereich des Kfz-Leasing der Umfang der notwendigen Erhaltungsmaßnahmen stark vom Nutzerverhalten⁹⁵⁷ des jeweiligen LN ab. Wenn der LN das Kfz etwa stark beansprucht, werden umso eher Erhaltungsmaßnahmen notwendig sein.

c) Ergebnis

Wenn der LG festlegt, dass ihn nach ordnungsgemäßer Übergabe des LO eine qualitativ andere Leistungspflicht trifft, er also dem LG nicht während der gesamten Vertragsdauer für den Zustand des LO Gewähr leisten muss, so schlägt diese Wertung auch auf die Gefahrtragung durch. Folglich ist es auch zulässig, den LN mit einer Reparaturverpflichtung in den in Punkt 7.4 erwähnten Grenzen zu belasten.

7.4.2 Verpflichtung zur Reparatur in der Hersteller-Vertragswerkstatt

Nachfolgend wird erörtert, ob der LN in AGB verpflichtet werden kann, allfällige Reparaturen des LO nur in der Hersteller-Vertragswerkstatt vorzunehmen.

a) OGH in Verbandsklageverfahren

⁹⁵³ So auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 258 ff.

⁹⁵⁴ Vgl etwa OGH 3 Ob 20/09a = wobl 2009, 249 = ecolex 2009/294 = JusGuide 2009/43/6986 = EvBl-LS 2009/142 = Zak 2009/468 = immolex 2009/82; LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241 mwN; vgl RIS-Justiz RS0021525.

⁹⁵⁵ Da der Begriff der Hauptleistung eng zu verstehen ist, fallen auch Klauseln, die das entgeltliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen unter § 879 Abs 3 ABGB: vgl dazu OGH 2 Ob 73/10i = EvBl 2011/66 = MietSlg 62.095 = JBl 2011, 175 (Anm *Mayrhofer*) = immolex 2011, 81 (Anm *Prader/Böhm*) = JusGuide 2011/05/8397 = VRInfo 2011 H 2, 3 = ecolex 2011/81 = Zak 2011, 116 = wobl 2011, 114 = RdW 2011/135 = AnwBl 2011, 259 mwN.

⁹⁵⁶ So das Argument von *Riss*, wobl 2007, 62 (72) zum Bestandrecht.

⁹⁵⁷ Zum Argument des Nutzerverhaltens im Bestandrecht: *Vonkilch*, wobl 2008, 309 (316).

Die betroffenen Klauseln, die der OGH einer Überprüfung zu unterziehen hatte, lauteten wie folgt:⁹⁵⁸

- *"Der Mieter hat das Fahrzeug schonend und pfleglich zu behandeln, es in ordentlichem und beschädigungsfreiem Zustand zu erhalten, alle vom Hersteller vorgesehenen Wartungsarbeiten pünktlich durchführen zu lassen und allfällige Reparaturen bei einer Hersteller-Vertragswerkstatt zu veranlassen. Alle damit verbundenen Kosten trägt der Mieter".*⁹⁵⁹
- *"Service- und Reparaturarbeiten sind nur in autorisierten Markenwerkstätten durchzuführen".*⁹⁶⁰
- *"Die Schadensbegutachtung durch einen Sachverständigen und die Überstellung des Fahrzeuges in eine nach Herstellerrichtlinie reparierende Markenwerkstätte sind vom Leasingnehmer zu veranlassen".*⁹⁶¹
- *"Reparaturen dürfen nur durch Markenwerkstätten durchgeführt werden".*⁹⁶²

Der OGH hat in den Entscheidungen 7 Ob 230/08m und 7 Ob 173/10g ausgesprochen, dass eine Klausel, wonach Reparaturen ausschließlich in der Hersteller-Vertragswerkstätte durchgeführt werden dürfen, für den LN gröblich

⁹⁵⁸ In OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 fand sich folgende Klausel 20: *"Der Mieter hat auf seine Kosten den Mietgegenstand in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten und Einzelteile, die dazu erforderlich sind, auf seine Kosten zu beschaffen und auszuwechseln. Der Mieter hat sich für sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag einer Markenwerkstätte zu bedienen. Der Vermieter ist berechtigt, zur Vermeidung von technischer oder wirtschaftlicher Gebrauchsunfähigkeit des Mietgegenstandes nötige Maßnahmen vorläufig auf eigene Kosten durchzuführen und vom Mieter Erstattung zu verlangen, sofern der Mieter solche Maßnahmen nicht selbst oder nur in ungenügender Form setzt".* Das Erstgericht hat nur Satz 2 der angeführten Klausel für unzulässig erklärt. In der Folge formulierte der LG eine Ersatzklausel. Der OGH prüfte diese neu formulierte Klausel nicht inhaltlich, sondern sprach lediglich aus, dass die vom LG formulierte Ersatzklausel die Wiederholungsgefahr nicht beseitige.

⁹⁵⁹ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 8.

⁹⁶⁰ OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346 = KRES 1d/141 = RdW 2010/289 = ÖBA 2010/1621 Klausel 49 Satz 1.

⁹⁶¹ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 14 Satz 2.

⁹⁶² OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 4.

benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist.⁹⁶³ Das Sicherungsinteresse des LG erfordere nicht, dass unbedeutende oder geringfügige Reparaturen, die weder die Verwendung von Originalersatzteilen noch Spezialkenntnisse erfordern, bei der Hersteller-Vertragswerkstätte durchgeführt werden müssen. Der LN hätte bei kundenfeindlichster Auslegung weder die Möglichkeit, einen anderen Anbieter am Markt zu wählen, der vielleicht günstiger ist, noch die Möglichkeit, eine Mitgliedschaft in einem Autofahrerclub zu nützen.⁹⁶⁴ In den Entscheidungen 2 Ob 198/10x und 1 Ob 131/09k merkte der OGH darüber hinaus an, dass der LN durch derartige Klauseln in der Wahl der Reparaturwerkstätten beschränkt werde,⁹⁶⁵ was – nach der Aussage des OGH in 2 Ob 198/10x – sittenwidrig sei.⁹⁶⁶

b) Individualprozess

Fraglich ist, wie eine derartige Klausel in einem Individualprozess beurteilt würde. Eine Klausel, die im Verbandsklageverfahren als nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig beurteilt wird, kann sich nämlich in einem Individualprozess aufgrund besonderer Umstände im konkreten Einzelfall durchaus als zulässig erweisen.⁹⁶⁷

Da keine Rsp des OGH in diesem Zusammenhang vorliegt, ist auf die Rsp des BGH zu verweisen. Der BGH hatte jüngst in einem Individualprozess eine Klausel zu prüfen, in der dem Käufer im Rahmen eines Gebrauchtwagengarantievertrags auferlegt wurde, die vom Fahrzeughersteller empfohlenen Wartungsarbeiten ausschließlich in der Werkstatt des Verkäufers durchzuführen.⁹⁶⁸ Obwohl es sich im Gegensatz zu der oben genannten Leasingklausel nicht um Reparaturarbeiten, sondern um bloße Wartungsarbeiten handelte (die für den LN leichter planbar sind als eine Reparatur, die oftmals

⁹⁶³ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 8; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 14 Satz 2.

⁹⁶⁴ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 8.

⁹⁶⁵ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 4; OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346 = KRES 1d/141 = RdW 2010/289 = ÖBA 2010/1621 zu Klausel 49 Satz 1.

⁹⁶⁶ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 4.

⁹⁶⁷ So *Leitner*, Das Transparenzgebot 125.

⁹⁶⁸ BGH VIII ZR 354/08 = NJW 2009, 3714.

rasch durchgeführt werden muss, um einen größeren Schaden zu verhindern bzw um eine Weiterfahrt des LN zu ermöglichen) hat der BGH ausgesprochen, dass eine solche Klausel den Käufer unangemessen benachteiligt.

Auch wenn der BGH dem Verkäufer ein Interesse dahingehend zugestanden hat, Kunden an die eigene Werkstatt zu binden und damit das eigene Geschäft zu fördern, gelangte er zum Ergebnis, dass durch eine solche Klausel die Interessen des anderen Vertragspartners nicht angemessen berücksichtigt werden. Es sei dem Käufer nämlich nicht zumutbar, dass dieser eine Herstellerwerkstätte aufsuchen muss, wenn er sich bspw auf Reise befindet oder die Werkstätte von seinem Wohnort so weit entfernt ist, dass der Weg dorthin mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.⁹⁶⁹

Unter Berücksichtigung dieser Wertung des BGH, ist bei der Klauselgestaltung iZm Leasingverträgen zu empfehlen, dem LN die Wahlfreiheit zwischen der Hersteller-Vertragswerkstätte und einer anderen Werkstätte zu lassen. Letzteres umso mehr als sich die Notwendigkeit einer Reparatur viel schneller stellen kann als die einer (eher vorhersehbaren) Wartung. Die Interessen des LG haben sohin zurückzutreten. Andernfalls wird der LN nämlich in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt.

7.4.3 Exkurs: Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers

Nachstehend wird erörtert, ob sich ein Werkunternehmer gegenüber dem LG (und Eigentümer) auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen kann, wenn er vom LN mit der Reparatur des LO beauftragt wird und der LN in der Folge die Reparatur nicht bezahlt.

a) OGH 4 Ob 544/88

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ist die Entscheidung 4 Ob 544/88.⁹⁷⁰ Damals hatte der OGH zu klären, ob einem Werkunternehmer gegenüber einem Vorbehaltseigentümer ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht

⁹⁶⁹ So BGH VIII ZR 354/08 = NJW 2009, 3714.

⁹⁷⁰ In RdW 1988, 349 = ÖBA 1989, 82 (Anm *Apathy*) = JBI 1989, 584 (Anm *Kömürücü-Spielbücher*) = JAP 1990/91, 237 (Anm *Reidinger*) = WBI 1989, 30.

iSd § 471 ABGB zusteht, wenn der Vorbehaltskäufer dem Werkunternehmer einen Reparaturauftrag erteilt hat. Der Vorbehaltseigentümer hatte die Zustimmung zur Reparatur zwar nicht ausdrücklich erteilt, nach Ansicht des OGH lag aber ein schlüssiges Einverständnis vor, weil der Vorbehaltseigentümer mehrmals mit dem Werkunternehmer telefoniert hatte und ihn wochenlang an der Eigentumsvorbehaltssache arbeiten hatte lassen. Der Vorbehaltseigentümer hatte weiters zu erkennen gegeben, dass er die Versicherungsleistung aus der Kaskoversicherung in Anspruch nehmen würde und hatte auch nicht erklärt, diese Versicherungsleistung nicht für die Reparatur zur Verfügung zu stellen. Letztlich wurde der Werklohn des Werkunternehmers weder vom Vorbehaltseigentümer noch vom Vorbehaltskäufer bezahlt. Der Vorbehaltseigentümer klagte den Werkunternehmer auf Herausgabe der Vorbehaltssache, welche der Werkunternehmer unter Berufung auf sein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht verweigerte.

Der OGH griff in seiner Beurteilung den Gedanken des Vertrauensschutzes auf und gelangte zum Ergebnis, dass der Werkunternehmer schutzwürdig sei, weil der Vorbehaltseigentümer der Reparatur schlüssig zustimmt habe und dem Vorbehaltseigentümer auch die Verfügungsbefugnis über die vom Vorbehaltskäufer abgeschlossene Kaskoversicherung zukomme. Der Werkunternehmer habe daher gegenüber dem Vorbehaltseigentümer nach § 367 ABGB gutgläubig ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht erworben.⁹⁷¹

b) OGH 1 Ob 537/94

Einen ähnlichen Sachverhalt hatte der OGH in 1 Ob 537/94⁹⁷² zu beurteilen: Der Eigentümer (LG) verlangte das LO vom Werkunternehmer unter Berufung auf sein Eigentumsrecht heraus. Weder der LN noch der LG hatten jedoch den Werklohn beglichen. Unter Berufung auf sein gesetzliches

⁹⁷¹ Abl: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 349; *Rummel*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 615/90, JBI 1991, 241 (244); *ders* in *Rummel*³ § 1041 Rz 10; *Wilhelm*, Gutgläubiger Erwerb des Zurückbehaltungsrechts, *ecolex* 1991, 145; zust: *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 334 Rz 2; *Hofmann* in *Rummel*³ § 471 Rz 2a, auch für den Fall, dass keine Anscheinsvollmacht besteht; zust im Ergebnis, jedoch krit, ob bei dem Sachverhalt überhaupt das Problem eines Zurückbehaltungsrechts gegen dritte Eigentümer vorliegt: *Reidinger*, Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers gegen den Dritteigentümer, JAP 1990/91, 237 (239); *ders*, Zum Konflikt Werkunternehmer – Besteller – Eigentümer, JAP 1990/91, 206 (209); *Binder/Koppensteiner*, Der Musterfall, JAP 1991/92, 36 (41 f).

⁹⁷² In SZ 67/82 = HS 25.562 = JBI 1994, 821 = *ecolex* 1994, 618 (Anm *Heid*).

Zurückbehaltungsrecht verweigerte der Werkunternehmer die Herausgabe. Nach den Leasingbedingungen war der LN verpflichtet, das LO in technisch einwandfreiem Zustand zu erhalten und notwendige Reparaturen unverzüglich durch einen hierzu befugten Gewerbsmann durchführen zu lassen; sämtliche Reparaturkosten gingen zu Lasten des LN. Die Kaskoversicherung war zugunsten des LG vinkuliert.

Der OGH sprach aus, dass der LG durch die Leasingbedingungen nicht nur den LN zur Reparatur verpflichte, sondern durch die von ihm allein bestimmte Gestaltung der Leasingbedingungen auch einen äußeren Tatbestand schaffe. Vertraue der Werkunternehmer auf diesen äußeren Tatbestand, sei er zu schützen, auch wenn der Werkunternehmer weiß, dass der LN nicht Eigentümer ist. Da sogar dem Vorbehaltseigentümer unterstellt werde, dass dieser eine Ermächtigung zur Reparatur gibt,⁹⁷³ obwohl der Vorbehaltverkäufer weniger Rechte hat als der LG, sei der vom LN beauftragte Werkunternehmer umso mehr zu schützen. Die Verpflichtung zur Reparatur im Leasingvertrag gehe über die bloße Ermächtigung zu dieser hinaus. Zudem könne einem redlichen LG nicht unterstellt werden, dass er den LN zwar verpflichten will, die Instandsetzungsarbeiten auf eigene Rechnung zu bestellen, den Werkunternehmer hingegen für die Bezahlung der Werklohnforderung an den LN verweisen will. Durch die Instandsetzung bleibe nämlich der Wert des LO erhalten und dem LG komme die Leistung aus der Kaskoversicherung zu, die zu seinen Gunsten vinkuliert sei.⁹⁷⁴ Durch die Vertragsgestaltung erwecke der LG gegenüber dem Werkunternehmer den Anschein, dass der LG das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht, das gegenüber dem LN entsteht, auch gegen sich wirken lassen will.⁹⁷⁵

c) Anmerkung zu OGH 1 Ob 537/94

⁹⁷³ OGH 7 Ob 615/90 = JBI 1991, 241 = RdW 1991, 109 = ecolex 1991, 156 = JAP 1990/91, 235 (Anm *Reidinger*).

⁹⁷⁴ OGH 1 Ob 537/94 = SZ 67/82 = HS 25.562 = JBI 1994, 821 = ecolex 1994, 618 (Anm *Heid*).

⁹⁷⁵ Dieses Zurückbehaltungsrecht ist nach Ansicht des OGH nicht nur auf Reparaturkosten beschränkt, sondern umfasst auch Garagierungskosten: vgl dazu OGH 6 Ob 213/08d = ecolex 2009/176 = ZVR 2009/80 = JusGuide 2009/04/6330 = JBI 2009, 439 = ÖAMTC-LSK 2009/110; zust *Reidinger* in FS Binder 152; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1041 Rz 18.

Eine denkbare andere Begründung, die der OGH hätte wählen können, wäre die folgende gewesen: Den Feststellungen des OGH war nicht zu entnehmen, dass der Leasingvertrag zwischen dem LG und dem LN aufgelöst worden war. Der LN hat sohin eine Einrede zum Recht des Besitzes gegenüber dem LG. Der Werkunternehmer hat gegenüber dem LN ein Zurückbehaltungsrecht und somit ebenfalls ein Recht zum Besitz, wenn dieser den Werklohn nicht bezahlt. Solange der Leasingvertrag zwischen LG und LN aufrecht ist, liegt daher eine geschlossene Einredekette vor. Durch diese Einredekette ist der Werkunternehmer gegenüber dem vindizierenden Eigentümer (LG) geschützt.⁹⁷⁶ Anders als in den Fällen, in denen der Besitzer nicht zur Überlassung berechtigt ist, liegt bei Leasingverträgen idR eine konkludente Zustimmung zur Weitergabe des LO vor. Dies deshalb, da der LN in den meisten AGB durch den LG auch zu einer Reparatur verpflichtet wird und der LG ein Sicherheitsinteresse am LO hat.⁹⁷⁷

Anders ist dies zu beurteilen, wenn keine geschlossene Einredekette mehr vorliegt. Das ist zB der Fall, wenn der LN seine Raten nicht rechtzeitig zahlt und der LG den Leasingvertrag wirksam auflöst. Diesfalls verliert der LN gegenüber dem LG sein Recht zum Besitz.⁹⁷⁸ In der Folge könnte der Werkunternehmer jedoch auch – bei einem aufrechten Vertrag mit dem LN – seinen Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten gemäß § 1041 ABGB gegenüber dem LG geltend machen. Somit wäre das Zurückbehaltungsrecht Folge des Verwendungsanspruches.⁹⁷⁹

⁹⁷⁶ Vgl zu all dem: *Reidinger*, JAP 1990/91, 206 (207); *ders* in FS Binder 148; *Reidinger/Ofner*, Bürgerliches Recht⁸ III 72, wonach aber der gute Glaube an das Bestehen eines Gliedes der Kette nicht reicht.

⁹⁷⁷ *Reidinger*, JAP 1990/91, 206 (207); *ders* in FS Binder 148; *Reidinger/Ofner*, Bürgerliches Recht⁸ III 72.

⁹⁷⁸ *Reidinger* in FS Binder 148.

⁹⁷⁹ *Heid*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 537/94, *ecolex* 1994, 618 (619); *Reidinger* in FS Binder 149; *Apathy*, Der Verwendungsanspruch 93, wonach das Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers gegenüber dem Eigentümer aber nur solange besteht, als der Werkunternehmer die reparierte Sache nicht an den Werkbesteller ausgefolgt hat; krit zum Kriterium der Ausfolgung: *Reidinger*, JAP 1990/91, 206 (211 f) mwN u *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 145, weil die Übergabe die bereicherungsrechtliche Zuweisung nicht mehr berührt, da der Eigentumsverlust des Werkunternehmers bereits mit der Verarbeitung eintreten ist.

Ein Teil der Lehre⁹⁸⁰ vertritt jedoch die Ansicht, dass die Anwendung des § 1041 ABGB im dreipersonalen Verhältnis ausgeschlossen ist, wenn die Vermögensverschiebung in einem Vertragsverhältnis zu einem Dritten ihren Rechtsgrund findet. Der Werkvertrag zwischen dem Werkunternehmer und dem LN würde nach dieser Ansicht den Anspruch nach § 1041 ABGB ausschließen. Der Werkunternehmer könnte sich demnach nur an den LN, nicht jedoch an den LG halten.⁹⁸¹

Dieser Ansicht wurde in der Literatur⁹⁸² zutr entgegengetreten. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum der LG, der den Nutzen aus der Reparatur zieht und dessen Vermögen vermehrt wird, nicht einem Anspruch gemäß § 1041 ABGB ausgesetzt werden soll, wenn der LN nicht zahlt.⁹⁸³ Der Schutz des Werkunternehmers hat also vorzugehen.

⁹⁸⁰ *Stanzl* in Klang² IV/2, 912; *Rummel* in Rummel³ § 1041 Rz 10 mwN; *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 145.

⁹⁸¹ *Rummel*, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? JBI 1977, 521 (525).

⁹⁸² *Reidinger*, JAP 1990/91, 206 (211); *Binder*, *Sachenrecht*² 222; *Heid*, *ecolex* 1994, 618 (619); *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 471 Rz 14.

⁹⁸³ Auch *Wilburg*, Die „Subsidiarität“ des Verwendungsanspruches, JBI 1992, 545 (551), hält es für bedenklich, dass der Werkunternehmer wegen der Subsidiarität des Verwendungsanspruches nichts bekommen soll; *Reidinger*, JAP 1990/91, 206 (211); *Reidinger/Ofner*, *Bürgerliches Recht*⁷ II 317; *Binder*, *Sachenrecht*² 222.

7.5 Versicherung des LO

7.5.1 Versicherungspflicht und Prämienzahlung durch den LN

In der Praxis wird der LN meist in den AGB verpflichtet, das LO gegen Untergang, Totalschaden, Diebstahl oder Verlust zu versichern. Durch den Abschluss der Versicherung wird einerseits das Risiko des LN gemindert, den aufgrund der Leasingbedingungen meist die Preis- und Sachgefahr trifft; andererseits kommt die Versicherungspflicht auch dem Sicherungsinteresse des LG zugute.⁹⁸⁴ Gegen eine Verpflichtung zum Abschluss einer Versicherung sowie gegen eine Verpflichtung zur Zahlung der Prämien durch den LN bestehen keine Bedenken.⁹⁸⁵ Letzteres ist auch bei reinen Bestandverträgen zulässig und verstößt nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB.⁹⁸⁶ Begründet wird die Zulässigkeit der Verpflichtung zur Zahlung der Prämien damit, dass sich bei einem Bestandvertrag, gleich wie bei einem Leasingvertrag, der Bestandgegenstand/das LO zur Gänze in der Obhut des Mieters/des LN befindet.⁹⁸⁷ Würde man gegen eine Verpflichtung zur Prämienzahlung seitens des LN argumentieren, hätte dies bloß zur Konsequenz, dass sich die Leasingraten verteuern würden, da LG die Kosten für eine Versicherung in die Leasingraten einpreisen würden.⁹⁸⁸

7.5.2 Vinkulierung

Nach den gängigen Leasingbedingungen hat der LN meist eine Versicherung für das LO abzuschließen, die Versicherung zu Gunsten des LG zu

⁹⁸⁴ OGH 7 Ob 123/09b = ÖBA 2010/1593 = JusGuide 2009/39/6905 = ZIK 2010/165 = ZVR 2011/8 (Anm. *Huber*) = *ecolex* 2010/44; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 309; *Ackermann* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 31 Rz 26; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 10; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 12 Rz 3.

⁹⁸⁵ *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 309; *Stoffels* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*; AGB-Recht⁵ Klauseln L 99; *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 541; *Beckmann/Kügel* in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing § 6 Rz 172.

⁹⁸⁶ Vgl OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42; für das deutsche Recht bejahend: *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 12 Rz 1.

⁹⁸⁷ OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42.

⁹⁸⁸ So auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 309; *Ackermann* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 31 Rz 26 mwN; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge 320.

"vinkulieren"⁹⁸⁹ und dem LG eine entsprechende Bestätigung hierüber beizubringen.⁹⁹⁰ Ebenso kann der LG den Versicherungsvertrag im Namen und auf Rechnung des LN abschließen. Der LN ist somit hier Versicherungsnehmer.⁹⁹¹ Bei diesen Konstellationen liegt eine Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VersVG vor, da der LN als Versicherungsnehmer das Eigentümerinteresse des LG versichern lässt. Der LG ist daher materiell Berechtigter aus dem Vertrag.⁹⁹² Dass der LN durch die Versicherung auch sein eigenes Risiko mindert, hindert die Annahme einer Versicherung für fremde Rechnung nicht.⁹⁹³

Der Versicherte (LG) ist bei der Versicherung für fremde Rechnung dann Verfügungsberechtigt und somit zur Klage gegen den Versicherer aktivlegitimiert, wenn:

- a) der VN (LN) zustimmt,⁹⁹⁴
- b) der LG im Besitz des Versicherungsscheins ist,⁹⁹⁵
- c) dies in den allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehen ist oder

⁹⁸⁹ Zur unterschiedlichen Bedeutung des Begriffs Vinkulierung: *Kömürücü-Spielbücher*, Die Vinkulierung von Versicherungen 10 f u 61, wonach Vinkulierung regelmäßig eine Zahlungssperre bedeutet, wobei aber noch zusätzliche Vereinbarungen hinzukommen können, wie etwa, dass der Vinkulargläubiger verständigt wird, wenn der VN seine Raten nicht begleicht; vgl *Fenyves*, Die "Vinkulierung" von Versicherungsforderungen, ÖBA 1991, 13 (19 f); *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ 287; *Grassl-Palten*, Zur "Vinkulierung" von Versicherungsverträgen, RdW 1997, 386.

⁹⁹⁰ Vgl Punkt 9.3 Abs 1 der Allgemeinen Leasingbedingungen von BMW <http://www.bmw.at/de/topics/finanzieren-versichern/leasing.html#restwertleasing> (abgerufen am 24.8.2012).

⁹⁹¹ Vgl Punkt 9.3 Abs 2 der Allgemeinen Leasingbedingungen von BMW <http://www.bmw.at/de/topics/finanzieren-versichern/leasing.html#restwertleasing> (abgerufen am 24.8.2012).

⁹⁹² *Grassl-Palten*, RdW 1997, 386; *Fenyves*, Absolute Wirkung der Zahlungssperre aufgrund der Vinkulierung einer Versicherungsforderung, ÖBA 1998, 337 (339); *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ 287; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 310; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 209; *Grüblinger*, Zak 2009, 343 (345); OGH 7 Ob 19/95 = VersE 1657 = ZIK 1996, 144 = ZVR 1997/62.

⁹⁹³ *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ 166.

⁹⁹⁴ Dies wird dann der Fall sein, wenn der LN alle Ansprüche auf Versicherungsleistung an den LG abtritt: vgl dazu Punkt 9.5 der Allgemeinen Leasingbedingungen von BMW <http://www.bmw.at/de/topics/finanzieren-versichern/leasing.html#restwertleasing> (abgerufen am 24.8.2012); *Krejci* in Das Leasinggeschäft 209.

⁹⁹⁵ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 209; *von Westphalen*, AGB-Recht im Jahr 2003, NJW 2004, 1993 (1999); *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 92.

- d) der VN (LN) die Ansprüche des Versicherten nicht verfolgen will.⁹⁹⁶

7.5.3 Informationspflicht iZm Versicherungen im VKrG

Seit Inkrafttreten des VKrG hat der LG im Rahmen seiner vorvertraglichen Informationspflichten nach § 6 Abs 1 Z 11 VKrG darauf hinzuweisen, wenn der Abschluss einer Versicherung Voraussetzung für den Abschluss des Leasingvertrags ist. Im Leasingvertrag selbst ist dann ebenso anzugeben, ob der LN Versicherungen abzuschließen hatte,⁹⁹⁷ wobei nach Anhang II der Standardinformation für Verbraucherkredite auch anzugeben ist, um welche Art der Versicherung es sich handelt. Bei Kfz-Leasingverträgen ist meist der Abschluss einer Vollkaskoversicherung vorgesehen.⁹⁹⁸

Im VKrG wurde somit nunmehr gesetzlich verankert, was bislang schon das Transparenzgebot forderte, nämlich die Anführung der Art der abzuschließenden Versicherung. ME lag schon bislang ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, wenn im Leasingvertrag nur generell bestimmt war, dass sich der LN gegen die üblichen Sachrisiken zu versichern hat.⁹⁹⁹ Zudem sollte auch der Umfang der Versicherung hinreichend konkretisiert sein.¹⁰⁰⁰

7.5.4 Informationspflicht iZm Versicherungen im Unternehmergeschäft

Auch wenn im Unternehmergeschäft nicht von einer generellen Informationspflicht auszugehen ist, so kann im Einzelfall dennoch eine umfassende Information über den Umfang der Versicherung und allfälliger abzudeckender Risiken geboten sein. Dieser Informationspflicht wird der LG vor allem in den Fällen nachkommen müssen, in denen er damit rechnen kann, dass sich der LN von der abgeschlossenen Versicherung einen anderen

⁹⁹⁶ OGH 7 Ob 15/94 = VersE 1609 = VersR 1995, 1123 = VR 1995/364 = ecolex 1995, 624.

⁹⁹⁷ Vgl § 9 Abs 2 Z 15 VKrG; vgl Kap 3.6.

⁹⁹⁸ Vgl Punkt 7.1 der ALB der Hypo Alpe Adria: [http://www.hypo-alpe-adria.at/015/home.nsf/r/Leasing/\\$file/ALB-092010-HLA.pdf](http://www.hypo-alpe-adria.at/015/home.nsf/r/Leasing/$file/ALB-092010-HLA.pdf) (abgerufen am 9.9.2011).

⁹⁹⁹ So auch von *Westphalen*, Der Leasingvertrag⁵ Kap I Rz 11.

¹⁰⁰⁰ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 207 f; *Engel/Paul*, Handbuch Kraftfahrzeugleasing § 12 Rz 1.

Versicherungsschutz erwartet als er dann im Versicherungsfall tatsächlich erhalten würde.¹⁰⁰¹

7.5.5 Anrechnung der Versicherungsleistung

Nach der Rsp des OGH ist der LG zumindest in den Fällen des Untergangs des LO¹⁰⁰² – nicht jedoch bei einem wirtschaftlichen Totalschaden¹⁰⁰³ oder Diebstahl¹⁰⁰⁴ – berechtigt, das Leasingverhältnis vorzeitig aufzulösen.¹⁰⁰⁵ Jedenfalls ist eine allfällige Versicherungsleistung aber auf die Zahlungspflicht des LN anzurechnen.¹⁰⁰⁶ Dasselbe gilt in den Fällen, in denen das LO zwar beschädigt wird, der Leasingvertrag aber aufrecht bleibt und der LN daher die Leasingraten weiter zu bezahlen hat.

Der OGH hatte jüngst eine Klausel zu beurteilen, wonach *"Allfällige Versicherungsleistungen für Wertminderungen dem LG zustehen"*. Der OGH sprach in dem Verbandsklageverfahren aus, dass diese Klausel den LN gröblich benachteiligt, weil durch eine derartige Regelung nicht gewährleistet werde, dass der LG die Versicherungsleistung zum Vorteil des LN in Anspruch nimmt. Der LG könnte nämlich bei solch einer Klauselgestaltung auch auf die Versicherungsleistung verzichten, wenn der LN ohnehin seine Leasingraten bezahlt.¹⁰⁰⁷

a) Transparenz im Verbrauchergeschäft

¹⁰⁰¹ Zutr *Krejci* in Das Leasinggeschäft 207 f.

¹⁰⁰² Vgl Kap 7.3.2.

¹⁰⁰³ Vgl Kap 7.3.3.

¹⁰⁰⁴ Vgl 7.3.4.

¹⁰⁰⁵ Vgl Kap 7.3.4 zur Kritik, dass eine vorzeitige Vertragsauflösung den LN belasten kann, wenn die Versicherungsleistung den Schaden nicht deckt.

¹⁰⁰⁶ OGH 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg 36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 310; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 192; *Würth* in Rummel³ § 1090 Rz 33; *Apathy* in KBB³ § 1063 Rz 27; *Binder* in Schwimann³ § 1090 Rz 82; *Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz*, Handbuch des Leasing 47; *Beckmann/Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 6 Rz 173.

¹⁰⁰⁷ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 40 Satz 4.

In AGB¹⁰⁰⁸ findet sich meist ein Hinweis darauf, dass die Versicherungsleistung auf die Zahlungspflicht des LN angerechnet wird. Fehlt ein solcher Hinweis, stellt sich die Frage, ob dies im Verbrauchergeschäft nicht das Transparenzgebot verletzt.

i. Rsp

Der OGH musste bislang zu dieser Frage noch nicht Stellung beziehen. Der BGH¹⁰⁰⁹ sprach jedoch aus, dass das Transparenzgebot nicht verletzt wird, wenn die Verpflichtung zur Anrechnung nicht in den AGB selbst vorgesehen ist. Die Verpflichtung zur Anrechnung folge bereits aus der leasingvertraglichen Zweckbindung, da auch die Versicherung im beiderseitigen Interesse der Absicherung der vom LN übernommenen Sachgefahr dient.¹⁰¹⁰ Nach Ansicht des BGH erscheint es daher nahe liegend, dass sich der LN im Klaren darüber ist, dass für den Fall, dass eine Versicherungsleistung an den LG ausbezahlt wird, der LG diese Ersatzleistung nicht ebenso vom LN verlangen kann.¹⁰¹¹

ii. Eigene Ansicht

ME hat eine Klausel im Verbrauchergeschäft jedoch eine Anrechnungspflicht vorzusehen. Gerade im Verbrauchergeschäft besteht die Gefahr, dass der LN von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird.¹⁰¹² Ein Verbraucher wird nämlich – entgegen der Ansicht des BGH – zB oft nicht

¹⁰⁰⁸ Vgl zB Punkt 3.6 der BKS Leasingbedingungen: http://www.bksleasing.at/BKS_LE_AT_webp/BKS/Informationsobjekte/Dokumente/AGB/AGB_Verbraucher.pdf (abgerufen am 10.9.211).

¹⁰⁰⁹ BGH VIII ZR 55/03 = NJW 2004, 1041 = BB 2004, 69 = DAR 2004, 137 = NZV 2004, 77.

¹⁰¹⁰ Nach *Tiedtke/Möllmann*, Entwicklung der aktuellen Rechtsprechung des BGH zum Leasingrecht, DB 2004, 915 (917), folgt die Pflicht zur Anrechnung bereits aus den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung; zur Vorteilsanrechnung im österreichischen Recht: vgl etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 329 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1295 Rz 41 ff; *Karner* in *KBB*³ § 1295 Rz 16 f.

¹⁰¹¹ So BGH VIII ZR 55/03 = NJW 2004, 1041 = BB 2004, 69 = DAR 2004, 137 = NZV 2004, 77; zust *Tiedtke/Möllmann*, DB 2004, 915 (917); krit: *Koch* in *MünchKommBGB*⁶ Leasing Rz 89.

¹⁰¹² So im Ergebnis auch *von Westphalen*, NJW 2004, 1993 (1999); *ders*, Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 16; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 481.

wissen, dass der LG eine Versicherungsleistung nicht mit anderen Forderungen aus dem Leasingvertrag verrechnen darf.¹⁰¹³

b) Transparenz im Unternehmergeschäft

Im Unternehmergeschäft wird wohl *von Westphalen*¹⁰¹⁴ zu folgen sein, nach dem es zulässig sei, die Anrechnungspflicht nicht explizit vorzusehen. Von einem Unternehmer wird man erwarten können, dass er den Zusammenhang zwischen Gefahrtragung, Abschluss einer Versicherung, Prämienzahlung und der Anrechnung einer Versicherungsleistung kennt und damit seine Rechte durchsetzen kann.

¹⁰¹³ *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 Rz 541; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 15 mwN.

¹⁰¹⁴ In Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 17.

7.6 Untergang des LO beim verbessernden Lieferanten

Wie bereits erörtert, besteht die Hauptpflicht des LG darin, dem LN zu Beginn des Leasingverhältnisses ein LO zu überlassen, welches zum vereinbarten Gebrauch tauglich ist.¹⁰¹⁵ Zur Erfüllung seiner Lieferpflicht bedient sich der LG meist eines Lieferanten. Wird das LO etwa nicht vereinbarungsgemäß vom Lieferanten an den LN übergeben, so ist die unterlassene Lieferung des Lieferanten dem LG gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen, weil der Lieferant Erfüllungsgehilfe des LG ist.¹⁰¹⁶ Nach erstmaliger Verschaffung des LO werden in den allgemeinen Leasingbedingungen meist die Gewährleistungsrechte des LN gegenüber dem LG ausgeschlossen. Als Ausgleich werden dem LN jedoch die Gewährleistungsrechte des LG gegenüber dem Lieferanten abgetreten und der LN wird verpflichtet, die Gewährleistungsansprüche beim Lieferanten geltend zu machen. Den Lieferanten trifft demnach eine Reparaturpflicht (sofern die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch wie etwa eine Verbesserung gegeben sind). Übergibt der LN das LO vertragsgemäß an den reparaturpflichtigen Lieferanten zur Verbesserung, stellt sich die Frage, ob der Lieferant in Erfüllung der Reparaturpflicht gleich wie bei der erstmaligen Verschaffung des LO als Erfüllungsgehilfe des LG tätig wird. Weiters stellt sich die Frage, ob sich hinsichtlich der Preis- und Sachgefahrtragung des LN etwas ändert, wenn das LO beim verbessernden Lieferanten untergeht. Es sind hier zwei Varianten denkbar: Entweder der LN trägt nach wie vor die Preis- und Sachgefahr oder es kommt zu einem Rückübergang der Gefahren auf den LG.

Der OGH hatte sich – soweit ersichtlich – noch nicht mit diesen Fragen zu befassen. Nachfolgend werden daher die Argumente für bzw gegen einen Rückübergang der Gefahr in der Literatur und deutschen Rsp dargestellt und einer Würdigung unterzogen.

¹⁰¹⁵ Vgl Kap 5.2.2.

¹⁰¹⁶ OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 (Anm Iro) = ecollex 1996, 254 (Anm Fischer- Czermak); vgl Kap 5.2.2.

7.6.1 Argumente für einen Rückübergang der Gefahr

Der BGH¹⁰¹⁷ und die überwiegende hL¹⁰¹⁸ in Deutschland vertreten die Ansicht, dass die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den LN nicht für den Fall gilt, in dem sich das LO zum Zweck der Nachbesserung (in Österreich: Verbesserung) beim Lieferanten befindet. Bei interessengerechter Auslegung der Gefahrtragungsklauseln sollen den LN diese Gefahren nur in der Zeit treffen, in der sich das LO im Einflussbereich des LN befindet.

Auch *Hager*¹⁰¹⁹ hält es für angemessen, dass die Gefahr auf den Verkäufer (hier LG) zurückfällt, wenn der Verkäufer die mangelhafte Sache zur Durchführung der Nachbesserung an sich nimmt. Darin liege nämlich ein Tatbestand, der die Aufhebung des Gefahrenübergangs herbeiführe.

*Reinking*¹⁰²⁰ ist ebenfalls der Ansicht, dass die Rechtsfolgen vor (wohl erstmaligem) Gefahrübergang und danach bei Durchführung einer Nacherfüllungsmaßnahme gleich behandelt werden müssten. In beiden Fällen befinde sich die Sache in der Sphäre des Übergebers (Lieferant oder LG), die sich jedoch der Einwirkung des Übernehmers (LN) entzieht. Der Nacherfüllungsanspruch sei Teil des Hauptanspruchs, der auf die Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtet ist. Deshalb müssten für den Nacherfüllungsanspruch dieselben Grundsätze gelten wie für den ersten Erfüllungsversuch.

*Wilhelm*¹⁰²¹ vertritt die Ansicht, dass wenn ein Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert, dieser mit einem Teil der Leistung in Verzug ist und daher die

¹⁰¹⁷ BGH VIII ZR 328/83 = NJW 1985, 1535.

¹⁰¹⁸ *Von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap I Rz 8; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 2 Rz 488; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁵ Klauseln L 94; *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ Anh § 310 BGB Rz 540; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 89; *Beckmann/Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 6 Rz 162.

¹⁰¹⁹ *Hager*, Die Gefahrtragung beim Kauf 174.

¹⁰²⁰ *Reinking*, Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, DAR 2001, 8 (12 f); zust *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 144 va FN 213; *Westermann* in MünchKommBGB⁶ § 439 BGB Rz 14b.

¹⁰²¹ In Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBl 1975, 113 (118 ff).

Folgen des § 918 ABGB zur Anwendung gelangen. Am Verzug ändere sich auch dann nichts, wenn der Gläubiger die Sache als Erfüllung angenommen hat, weil in der Annahme als Erfüllung eine die Schlechterfüllung sanierende Erklärung nicht zu erblicken sei.

7.6.2 Argumente gegen einen Rückübergang der Gefahr

Nach *Fischer-Czermak* wird durch die Rückstellung des LO zur Verbesserung der einmal eingetretene Gefahrenübergang nicht wieder rückgängig gemacht, auch wenn der Lieferant Erfüllungsgehilfe des LG ist. Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Eigentum und Gefahrtragung auseinander fallen können, sei die ursprüngliche Übergabe an den LN mit dem Willen erfolgt, dass dieser das LO endgültig erhalten und alle Risiken übernehmen soll. Die Sache solle zudem nur zur vorübergehenden Verbesserung zurückgestellt werden, wobei sie der verbesserungspflichtige Lieferant möglichst bald wieder herausgeben soll. Deshalb lasse sich der Gefahrenübergang trotz Mangelhaftigkeit des LO begründen.¹⁰²²

Auch nach *Canaris* soll der LG – entgegen der Ansicht des BGH – nicht das Risiko des Untergangs des LO tragen, wenn sich dieses beim Lieferanten zur Nachbesserung befindet. Dies aus folgenden Gründen: Weil sich die Gebrauchsüberlassungspflicht nach erstmaliger Übergabe des LO darauf beschränkt, den LN nicht in seiner Nutzung zu stören und ihn gegenüber Störungen Dritter zu schützen, habe der Lieferant im Rahmen seiner Reparaturverpflichtung nur seine eigene Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag gegenüber dem LG zu erfüllen, er nehme aber keine Pflichten des LG wahr, weil diese infolge der Haftungsfreizeichnung nicht bestehen.¹⁰²³

7.6.3 Mittelposition

Die Ausführungen *Krejci* zum Rückübergang der Gefahr scheinen "zweigeteilt". In der Kommentierung zu § 8 KSchG¹⁰²⁴ vertritt er die Ansicht, dass

¹⁰²² *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 294 mwN.

¹⁰²³ *Canaris*, AcP 190, 411 (438); diesem zust *Ackermann* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 31 Rz 8.

¹⁰²⁴ *Krejci* in Rummel³ § 8 KSchG Rz 55.

der Erwerber schon nach den Regelungen der §§ 1168a¹⁰²⁵ und 1311 ABGB die Gefahr des Verlustes trägt, auch wenn die mangelhafte Sache dem Unternehmer zur Verbesserung zurückgestellt wird und dort zufällig untergeht. Wie *Fischer-Czermak* betont auch er, dass die Gefahr auf den Erwerber bereits einmal übergegangen sei und dass auch die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen daran nichts ändere.¹⁰²⁶ An anderer Stelle¹⁰²⁷ lässt er jedoch Sympathien für die Ansicht des BGH erkennen. Dies für den Fall, dass der Lieferant formell wie materiell der Gehilfe des LG ist und den Untergang des LO verschuldet hat. Sei der Lieferant jedoch materiell der Sphäre des LN zuzuordnen, so wenn der LN vor Lieferung die Auswahl des LO und des Lieferanten bestimmt und der LG nur mehr nach außen hin die Käuferrolle einnimmt,¹⁰²⁸ dann müsse der zufällige Untergang des LO im Bereich des reparierenden Lieferanten vom LN verantwortet werden,¹⁰²⁹ dh dass es diesfalls zu keinem Rückübergang der Gefahr komme.

7.6.4 Würdigung und eigene Ansicht

Es fällt auf, dass der BGH und jene Autoren, die sich für einen Rückübergang der Gefahr aussprechen, dies maßgeblich damit begründen, dass den LN die Gefahren nur dann treffen sollen, wenn sich das LO in seinem Einflussbereich befindet. Auf die Vorfrage, ob der Lieferant in Erfüllung der Reparaturpflicht dem LG zuzurechnen ist, wird jedoch nicht näher eingegangen.

Jene Autoren, die sich gegen einen Rückübergang der Gefahr aussprechen, begründen dies unterschiedlich. *Fischer-Czermak*, die die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Lieferanten grundsätzlich bejaht, legt das Hauptaugenmerk darauf, dass das LO im Zuge der Verbesserung eben nur zwischenzeitig zurückgestellt werden soll und gelangt zum Ergebnis, dass es deshalb zu keinem Rückübergang der Gefahr auf den LG kommt, sondern die Gefahr beim LN bleibt. *Canaris* verneint die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des

¹⁰²⁵ Krit zum Argument des § 1168a ABGB: *Ch. Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf 258, weil der Käufer dem Verkäufer nur den "Stoff" zurückstelle, den er ursprünglich vom Verkäufer erhalten habe.

¹⁰²⁶ *Krejci* in Rummel³ § 8 KSchG Rz 55.

¹⁰²⁷ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 202.

¹⁰²⁸ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 118 f.

¹⁰²⁹ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 202.

Lieferanten, weil er davon ausgeht, dass der verbesserungspflichtige Lieferant keine Pflicht des LG wahrnimmt, daher nicht als dessen Erfüllungsgehilfe tätig wird und gelangt konsequenterweise zum Schluss, dass es deshalb auch zu keinem Gefahrenrückübergang kommt.

ME muss bei der Frage, ob es zu einem Gefahrenrückübergang auf den LG kommt oder ob die Gefahren beim LN bleiben, zu allererst die Vorfrage beantwortet werden, ob der Lieferant Erfüllungsgehilfe des LG ist. Wenn der LN im Leasingvertrag verpflichtet ist, seine Gewährleistungsansprüche beim Lieferanten geltend zu machen, trifft den Lieferanten eine Reparaturpflicht (sofern die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch wie etwa eine Verbesserung gegeben sind). Übergibt der LN das LO an den verbesserungspflichtigen Lieferanten, so wird letzterer mE als Erfüllungsgehilfe des LG tätig. In diesem Zusammenhang ist *Krejcis* Argument, dass es dann zu keinem Gefahrenrückübergang kommt, wenn der Lieferant der Sphäre des LN zuzurechnen ist, nicht zu folgen. Die Auswahl des Lieferanten durch den LN ändert nämlich nichts daran, dass der LG seine Hauptleistungspflicht, nämlich dem LN ein zum Gebrauch taugliches LO zur Verfügung zu stellen, zu erfüllen hat.¹⁰³⁰ Auch wenn im Rahmen der erstmaligen Verschaffungspflicht die ursprüngliche Übergabe des LO mit dem Willen der Parteien erfolgt ist, dass der LN nunmehr alle damit verbundenen Gefahren zu tragen hat, so werden redliche Parteien doch davon ausgehen, dass die Übergabe einer mangelfreien Sache erfolgen soll. Man kann dem LN (ohne besondere Parteienvereinbarung) nicht unterstellen, dass er auch die Gefahren für eine mangelhafte Sache übernehmen will. Wenn der LN dem LG bzw dem Lieferanten die Sache zur Verbesserung zurückstellt, bringt er zum Ausdruck, dass er die Sache erst dann wieder für sich behalten und nutzen möchte, wenn das LO verbessert ist.¹⁰³¹

Weil der Leasingvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, kann auch der LG nicht darauf vertrauen, dass der Gefahrenübergang für den anderen Teil

¹⁰³⁰ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBl 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; so bereits *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 228 f; *dies*, ecolex 1996, 254.

¹⁰³¹ So auch zum Kauf: *Ch. Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf 258 f.

endgültig ist.¹⁰³² Daher ist es sinnvoll, dieselben Rechtsfolgen wie vor der ursprünglichen Übergabe eintreten zu lassen, dh dass den LG mit der Übernahme zur Verbesserung (auch wenn diese der Lieferant vornimmt) erneut seine Erfüllungspflicht trifft. Solange sich das LO beim Lieferanten zur Verbesserung befindet, trifft den LG die Gefahr, weil ihm der Lieferant zurechenbar ist. Erst mit Übergabe der verbesserten Sache kommt es zu einem neuerlichen Übergang der Gefahr auf den LN.¹⁰³³

¹⁰³² *Reinking/Eggert, Der Autokauf*¹¹ Rz 845 f.

¹⁰³³ So zum Kauf: *Ch. Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf* 259.

8 AUSGEWÄHLTE PROBLEME DER ORDENTLICHEN BEENDIGUNG UND VERTRAGSABWICKLUNG

Wann und unter welcher Voraussetzung es zu einer ordentlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses kommt, hängt von der jeweiligen Leasingvertragsvariante ab. Vollamortisationsverträge können ebenso wie Teilamortisationsverträge¹⁰³⁴ auf bestimmte¹⁰³⁵ oder unbestimmte Dauer abgeschlossen sein. Bei unbestimmter Vertragsdauer bedarf es zur Beendigung des Vertrages einer Kündigung.¹⁰³⁶ Ist der Voll- bzw Teilamortisationsvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so läuft dieser nach der Grundmietzeit oder nach einer vertraglich auf diesen Zeitpunkt festgelegten Frist aus.¹⁰³⁷ Hierbei bedarf es daher keiner Kündigung.¹⁰³⁸

Im folgenden Abschnitt wird auf die Kündigungsrechte des LN bzw LG im Zusammenhang mit der ordentlichen Beendigung des Leasingverhältnisses eingegangen, soweit diese gesetzlich geregelt sind. Dabei werden die Bestimmungen des VKrG entsprechend berücksichtigt.¹⁰³⁹ Weiters werden ausgewählte Fragen und Probleme bei der Vertragsabwicklung dargestellt. Dazu gehören insbesondere:

- Rückgabeort des LO, sofern der LN das LO nicht erwirbt.¹⁰⁴⁰
- Gröblich benachteiligende bzw intransparente Klauselgestaltungen iZm der Rückgabe des LO.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁴ Vgl etwa die Klausel 2 letzter Satz in OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131, wobei es sich um einen Teilamortisationsvertrag handelte: "*Wird das Mietverhältnis auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, kann es von keiner Seite gekündigt werden, sondern endet mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit. Bei unbestimmter Vertragszeit kann das Mietverhältnis vom Vermieter jederzeit, von den Mietern erst nach Ablauf der Dauer des Kündigungsverzichts aufgekündigt werden*".

¹⁰³⁵ Vgl Kap 8.1.

¹⁰³⁶ Vgl Kap 8.2.

¹⁰³⁷ Vgl *Berninghaus* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 34 Rz 2.

¹⁰³⁸ Vgl Kap 8.1.1; zur Frage der Zulässigkeit, wenn bei einem Vollamortisationsvertrag mit bestimmter Vertragsdauer trotzdem eine Kündigung erforderlich ist, weil sonst Vertrag zu denselben Konditionen weiterläuft: vgl Kap 8.9.5.

¹⁰³⁹ Vgl Kap 8.3.

¹⁰⁴⁰ Vgl Kap 8.4.1.

- Kosten der Rückgabe.¹⁰⁴²
- Zulässigkeit von Klauseln die vorsehen, dass Einbauten, die vom LN bei der Rückgabe nicht entfernt werden, entschädigungslos in das Eigentum des LG übergehen.¹⁰⁴³
- Definition des ordnungsgemäßen Zustandes bei der Rückgabe des LO durch den LN.¹⁰⁴⁴
- Probleme bei der Beendigung eines Teilamortisationsvertrages mit Aufteilung Mehr/Mindererlös, wobei insbesondere jene Konstellationen beleuchtet werden, in denen der LN nicht verpflichtet werden kann, einen allfälligen Mindererlös abzudecken.¹⁰⁴⁵
- Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung des LN, wenn er verpflichtet ist, einen Mindererlös zum kalkulierten Restwert zu 100% abzudecken, während er von einem Mehrerlös nur 75% erhält.¹⁰⁴⁶
- Probleme bei der Beendigung eines Kilometerleasingvertrages.¹⁰⁴⁷
- Zulässigkeit der Verpflichtung des LN zur Fortzahlung der Leasingraten in voller Höhe, wenn die Vollamortisation erreicht ist und der LN mit Ablauf der Grundvertragsdauer nicht gekündigt hat.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴¹ Vgl Kap 8.4.2.

¹⁰⁴² Vgl Kap 8.4.3.

¹⁰⁴³ Vgl Kap 8.4.4.

¹⁰⁴⁴ Vgl Kap 8.5.

¹⁰⁴⁵ Vgl Kap 8.6.

¹⁰⁴⁶ Vgl Kap 8.7.

¹⁰⁴⁷ Vgl Kap 8.8.

¹⁰⁴⁸ Vgl Kap 8.9.

8.1 Leasingverträge mit bestimmter Vertragsdauer

8.1.1 Unternehmergeschäft – Kündigungsrecht des LG?

Bei Leasingverträgen, die auf bestimmte Dauer abgeschlossen werden, ist meist vereinbart, dass diese von keiner der Leasingvertragsparteien mittels ordentlicher Kündigung aufgelöst werden können, sondern mit Zeitablauf enden.¹⁰⁴⁹

Fraglich ist, ob es zulässig ist, wenn sich der LG dennoch eine Kündigungsmöglichkeit einräumen lässt. Dazu erscheint es im Unternehmergeschäft sinnvoll, die dispositive Regelung des § 986 Abs 3 ABGB heranzuziehen, die besagt, dass befristete Darlehensverträge durch bloßen Zeitablauf enden. Daraus ist zu folgern, dass eine ordentliche Kündigung solcher Verträge von Gesetzes wegen nicht vorgesehen ist.¹⁰⁵⁰

Dies wird man wohl in analoger Anwendung des § 986 Abs 3 ABGB auch für Leasingverträge annehmen können. Zudem ist in § 990 ABGB für Kreditverträge vorgesehen, dass Vereinbarungen unwirksam sind, nach denen sich der Kreditgeber ein nicht an sachlich gerechtfertigte Gründe geknüpftes Recht zur vorzeitigen Kündigung eines auf bestimmte Zeit geschlossenen und seinerseits schon erfüllten Kreditvertrags einräumen lässt. Wendet man diese Norm analog für das Leasing an, so erscheint es unrealistisch, dass der LG sachlich gerechtfertigte Gründe für die Vereinbarung einer vorzeitigen Kündigung findet, wenn man bedenkt, dass sich der LN darauf einstellt, dass er das LO während der vereinbarten Vertragsdauer nutzen kann und auch die Finanzierbarkeit und Kalkulation des Vertrages auf diese Vertragsdauer ausgerichtet sind. Es wird nicht im Interesse des LN liegen, dass er mit

¹⁰⁴⁹ Vgl etwa Klausel 2 letzter Satz in OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131: "Wird das Mietverhältnis auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, kann es von keiner Seite gekündigt werden, sondern endet mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit".

¹⁰⁵⁰ So *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 636 (645); *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht* § 986 Rz 19.

Zahlungspflichten und Kosten belastet wird, die von ihm in keiner Weise verursacht wurden.¹⁰⁵¹

8.1.2 Unternehmergegeschäft – Kündigungsrecht des LN?

Ebenso wie dem LG kommt auch dem LN mangels gesetzlicher Regelung kein Recht auf eine ordentliche Kündigung zu.¹⁰⁵²

8.1.3 Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LG?

Im Rahmen des Verbrauchergeschäfts und im Zusammenhang mit den Leasingvertragsvarianten, die dem VKrG unterliegen, stellt sich ebenso die Frage, ob sich der LG bei bestimmter Vertragsdauer das Recht zur ordentlichen Kündigung vorbehalten darf. Dies ist nach den Erläuternden Bemerkungen für den Bereich des VKrG und somit für Leasingverträge iSd VKrG zu verneinen. Darin ist nämlich angeführt, dass schon die Verbraucherkreditrichtlinie kein ordentliches Kündigungsrecht für Verbraucherkreditverträge vorsieht. Zudem wird in den "Erläuternden Bemerkungen" auch auf die Systematik des § 986 ABGB hingewiesen, der ein ordentliches Kündigungsrecht – wie oben ausgeführt – ja schon für den Bereich des Unternehmergeäfts gesetzlich nicht vorsieht. Zudem wird im ABGB durch die Regelung des § 990 klargestellt, dass eine Kündigung ohne sachliche Rechtfertigung unzulässig ist.¹⁰⁵³

8.1.4 Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LN?

Ebenso wenig wie dem LG kommt dem LN bei bestimmter Vertragsdauer das Recht auf ordentliche Kündigung zu. Hinzuweisen ist jedoch auf §§ 16 iVm 26 Abs 4 ff VKrG, die dem LN das Recht einräumen, das LO vorzeitig zu

¹⁰⁵¹ Ähnlich OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu einer Klausel, in der der LN zeitlich beschränkt auf sein ordentliches Kündigungsrecht verzichtet hat, der LG jedoch jederzeit die Möglichkeit hatte, das Leasingverhältnis zu beenden. Hierzu muss beachtet werden, dass sich die Aussage des OGH auf das ordentliche Kündigungsrecht im Zusammenhang mit einer unbestimmten Vertragsdauer bezogen hat. Die Argumente passen mE aber auch für die oben behandelte bestimmte Vertragsdauer.

¹⁰⁵² Vgl Kap 8.1.1.

¹⁰⁵³ EB RV 650 BlgNR 24. GP 27.

erwerben oder vorzeitig zurückzustellen, weshalb dieser Regelung mehr oder minder die Funktion einer ordentlichen Kündigung zukommt.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵⁴ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* § 15 Rz 17; auf §§ 16 iVm § 26 Abs 4 ff VKrG wird in Kap 8.3 näher eingegangen.

8.2 Leasingverträge mit unbestimmter Vertragsdauer

8.2.1 Unternehmergegeschäft – Kündigungsrecht des LG

Bei Leasingverträgen mit unbestimmter Vertragsdauer wird meist vereinbart, dass diese mittels ordentlicher Kündigung, die an Fristen und Termine gebunden ist, aufgelöst werden können.¹⁰⁵⁵

Nunmehr ist in § 986 Abs 2 ABGB¹⁰⁵⁶ normiert, dass Darlehensverträge, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden, von jedem Vertragsteil unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden können. Kündigungstermine sind in dieser Norm nicht vorgesehen.¹⁰⁵⁷ *Stabentheiner*¹⁰⁵⁸ hat die Frage aufgeworfen, ob diese Regelung überhaupt auf Leasingverträge anzuwenden ist.

Dies ist mE zu bejahen,¹⁰⁵⁹ wenn man bedenkt, dass schon bisher allgemein im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen vertreten wurde, dass diese durch eine ordentliche Kündigung beendet werden können, wobei im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung keine besonderen Gründe vorliegen müssen.¹⁰⁶⁰ Es bleibt abzuwarten, ob die Rsp für den Fall, dass sich in Leasing-AGB mit Unternehmern ein Kündigungstermin findet, dies wegen einer Abweichung von der dispositiven Regelung des § 986 Abs 2 ABGB als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert wird.

¹⁰⁵⁵ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 2 Satz 3: " *Die Kündigung hat schriftlich zum Ende eines Mietmonats zu erfolgen und [es] ist eine einmonatige Kündigungsfrist einzuhalten*".

¹⁰⁵⁶ Diese Bestimmung gilt für alle Darlehensverträge, die nach dem 10.6.2010 abgeschlossen wurden: vgl BGBl 2010/28.

¹⁰⁵⁷ Vgl *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 177.

¹⁰⁵⁸ In ÖJZ 2010, 743 (750).

¹⁰⁵⁹ So auch *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 27.

¹⁰⁶⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 8; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 174; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ 617 f; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁴ Rz 4/54.

Da die Regelung des § 986 Abs 2 ABGB dispositiv ist, könnten LG versuchen, in ihre AGB Klauseln¹⁰⁶¹ aufzunehmen, in denen dem LG jederzeit die ordentliche Kündigung offen stehen soll, während der LN bis zum Ende der Grundvertragsdauer auf sein Kündigungsrecht verzichten muss. Solch ein einseitiges Kündigungsrecht wird aber schon wie bisher nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig sein.¹⁰⁶² In diesem Zusammenhang ist nämlich – wie bereits unter Kap 8.1.1 ausgeführt – der Sinn und Zweck des Leasinggeschäfts zu beachten, das von der Intention des LN getragen ist, das LO bis zum Ende der Grundvertragsdauer zu gebrauchen und nicht mit vorzeitigen Zahlungspflichten belastet zu werden.

8.2.2 Unternehmergegeschäft – Kündigungsrecht des LN

Grundsätzlich steht auch dem LN das Recht zu, einen Leasingvertrag mit unbestimmter Vertragsdauer unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zu beenden. Aufgrund der dispositiven Natur des § 986 Abs 2 ABGB ist jedoch davon auszugehen, dass dieses Recht in der Praxis regelmäßig abgedungen wird.

8.2.3 Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LG

In § 14 VKrG ist das Recht des Kreditgebers normiert, einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Kreditvertrag ordentlich zu kündigen, wenn dieses Recht mit dem Verbraucher vertraglich vereinbart wurde¹⁰⁶³ und zumindest eine zweimonatige Kündigungsfrist¹⁰⁶⁴ eingehalten wird. Darüber hinaus muss die Kündigung dem Verbraucher entweder auf Papier oder auf

¹⁰⁶¹ Vgl OGH 7 Ob 230/08m = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 Klausel 2 Satz 2: "*Bei unbestimmter Vertragszeit kann das Mietverhältnis vom Vermieter jederzeit, von den Mietern erst nach Ablauf der Dauer des Kündigungsverzichts aufgekündigt werden*".

¹⁰⁶² Vgl *Krejci* in Das Leasinggeschäft 285 f; diesem folgend OGH 7 Ob 230/08m = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 zu Klausel 2 Satz 2.

¹⁰⁶³ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 14 Rz 6 f, hat darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass der Kreditgeber "vergisst", eine derartige Regelung aufzunehmen, dieser ewig an den Vertrag gebunden bleiben würde, sofern nicht außerordentliche Kündigungsgründe vorliegen. Dies sei aber mit den Wertungen des Zivilrechts unvereinbar.

¹⁰⁶⁴ Im Unternehmergegeschäft ist nach § 986 Abs 2 ABGB nur eine einmonatige Frist vorgesehen; vgl auch *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 636 (645).

einem anderen dauerhaften Datenträger¹⁰⁶⁵ zugehen. Diese Bestimmung ist uneingeschränkt auf Leasingverträge iSd VKrG anwendbar,¹⁰⁶⁶ weil § 25 VKrG normiert, dass die Bestimmungen des 2. Abschnitts des VKrG auch auf sonstige Finanzierungshilfen, wie das Leasing anwendbar sind und § 26 VKrG keine Spezialbestimmung enthält, die die Anwendung des § 14 VKrG ausschließen würde. Der Leasingvertrag hat die einzuhaltenden Modalitäten bei der Ausübung des Rechts der Kündigung zu enthalten,¹⁰⁶⁷ weshalb sowohl auf das Kündigungsrecht des LG als auch auf jenes des LN nach § 15 VKrG¹⁰⁶⁸ hinzuweisen ist.¹⁰⁶⁹

8.2.4 Verbrauchergeschäft – Kündigungsrecht des LN

Gemäß § 15 VKrG hat der LN das Recht einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Leasingvertrag jederzeit ordentlich zu kündigen, wobei für die Kündigung keinerlei Kosten, wie etwa Bearbeitungsgebühren,¹⁰⁷⁰ verrechnet werden dürfen. Die Kündigungsfrist ist nur unter der Voraussetzung einzuhalten, dass diese vertraglich vereinbart wurde und eine einmonatige Frist nicht übersteigt. Andernfalls kann der LN ohne Einhaltung einer Frist kündigen.¹⁰⁷¹ Kündigungstermine¹⁰⁷² können nicht wirksam vereinbart werden.¹⁰⁷³ Der volle noch ausstehende Betrag wird entweder sofort fällig oder, falls eine Kündigungsfrist vereinbart wurde, nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig.¹⁰⁷⁴ Dieses Recht des LN kann wegen § 3 VKrG auch nicht ausgeschlossen werden,

¹⁰⁶⁵ Zum Begriff des dauerhaften Datenträgers vgl § 2 Abs 11 VKrG.

¹⁰⁶⁶ Gemäß § 29 Abs 3 VKrG ist § 14 Abs 1 VKrG auch auf jene Finanzierungsleasingverträge anzuwenden, die vor dem 11. Juni 2010 abgeschlossen wurden und die zum 11. Juni 2010 noch aufrecht waren.

¹⁰⁶⁷ Vgl § 9 Abs 2 Z 19 VKrG.

¹⁰⁶⁸ Vgl Kap 8.2.4.

¹⁰⁶⁹ So *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 9 Rz 33.

¹⁰⁷⁰ *Wendehorst*, ÖBA 2009, 30 (36); *dies* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 15 Rz 6.

¹⁰⁷¹ Vgl auch *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, 696 (711).

¹⁰⁷² Vgl aber OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = *ecolex* 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 2 Satz 3: "Die Kündigung hat schriftlich zum Ende eines Mietmonats zu erfolgen und [es] ist eine einmonatige Kündigungsfrist einzuhalten". Der OGH musste hier zu einer Unzulässigkeit des Kündigungstermins nicht Stellung nehmen, weil diese Entscheidung am 13.5.2009 ergangen ist und die Regelung des § 15 VKrG erst mit 10.6.2010 in Kraft getreten ist.

¹⁰⁷³ *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 178.

¹⁰⁷⁴ *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 15 Rz 13.

da es sich bei den Bestimmungen des VKrG um einseitig zwingendes Recht handelt.¹⁰⁷⁵

Das Recht zur ordentlichen Kündigung nach § 15 VKrG kommt aber nur jenen LN zu, die nach § 26 Abs 1 Z 1 VKrG verpflichtet sind, das LO zu erwerben, oder von denen der LG verlangen kann, dass sie das LO erwerben (§ 26 Abs 1 Z 2 VKrG).¹⁰⁷⁶ Zu beachten ist, dass § 15 VKrG auch auf jene Finanzierungsleasingverträge anzuwenden ist, die vor dem 11. Juni 2010 abgeschlossen wurden und die zum 11. Juni 2010 noch aufrecht waren und in denen entweder ein Erwerbsrecht des LN oder ein Andienungsrecht des LG vereinbart wurde.¹⁰⁷⁷

Bei Leasingverträgen iSd § 26 Abs 1 Z 3 VKrG ist die Anwendung des § 15 VKrG ausgeschlossen. Dem LN kommt jedoch das Recht auf vorzeitigen Erwerb bzw vorzeitige Rückstellung des LO nach §§ 16 iVm 26 Abs 6 VKrG zu. Bei Leasingverträgen nach § 26 Abs 1 Z 4 ist auch das Recht nach § 16 VKrG ausgeschlossen, wird aber durch ein besonderes Kündigungsrecht ersetzt, dass in § 26 Abs 7 VKrG normiert ist.¹⁰⁷⁸ Auch wenn bei diesen beiden Leasingvarianten das Kündigungsrecht nach § 15 VKrG ausgeschlossen ist, können die LN dennoch nach § 986 Abs 2 ABGB ordentlich kündigen, sofern dieses Recht nicht vertraglich ausgeschlossen wurde.¹⁰⁷⁹

8.2.5 Eigene Ansicht

Man könnte nun meinen, dass das Recht des LN im Verbrauchergeschäft gemäß § 15 VKrG zu kündigen, mit dem Kündigungsverzicht, der vom LN während der Grundvertragsdauer abgegeben wird, in Konflikt steht. Es gilt nämlich als wesentliches Merkmal des Leasingvertrags, dass dieser während der Grundvertragsdauer durch den LN unkündbar ist, um den

¹⁰⁷⁵ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* § 3 Rz 1.

¹⁰⁷⁶ Vgl auch *Zöchling-Jud* in *FS Reischauer* 473.

¹⁰⁷⁷ Vgl § 29 Abs 3 VKrG.

¹⁰⁷⁸ *Stabentheiner*, *ÖJZ* 2010, 743 (750); *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* § 26 Rz 40.

¹⁰⁷⁹ *Stabentheiner*, *ÖJZ* 2010, 743 (750); *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* § 26 Rz 27.

Vollamortisationsanspruch des LN nicht zu gefährden.¹⁰⁸⁰ Eine Gefährdung des Vollamortisationsanspruchs ist mE auch nach neuer Rechtslage nicht gegeben, da nur die Leasingvarianten erfasst werden, bei denen der LN das LO letztlich erwirbt bzw der LG verlangen kann, dass er das LO erwirbt und der volle noch ausstehende Betrag ohnehin spätestens nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig wird.

¹⁰⁸⁰ Vgl etwa OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 23 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen: "*Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Dauer geschlossen und kann von beiden Parteien jeweils zum Ende jedes Leasingmonats unter Einhaltung einer einmonatigen Frist schriftlich gekündigt werden. Der LN verzichtet jedoch ausdrücklich und unwiderruflich darauf, vor Ablauf des im Leasingvertrag festgelegten Zeitraums von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen*".

8.3 Recht zum vorzeitigen Erwerb bzw vorzeitiger Rückstellung (bestimmte und unbestimmte Vertragsdauer)

8.3.1 Unternehmergeschäft

Im Unternehmergeschäft kommt dem LN sowohl bei bestimmter als auch bei unbestimmter Vertragsdauer kein Recht auf vorzeitigen Erwerb bzw vorzeitige Rückstellung zu, weil der LG nach § 1413 ABGB eine vorzeitige Leistung nicht annehmen muss, sondern diese zurückweisen kann.¹⁰⁸¹ Nur wenn der LG zustimmt, ist der LN berechtigt, das LO vorzeitig zu erwerben bzw zurückzustellen.

8.3.2 Verbrauchergeschäft

a) Recht zum vorzeitigen Erwerb / vorzeitigen Rückstellung vor dem VKrG

Bislang war das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten aus dem Verbraucherkreditvertrag vorzeitig zu erfüllen, in den §§ 33 Abs 8 BWG aF¹⁰⁸², 5 VerbraucherkreditVO aF¹⁰⁸³ und subsidiär in § 12a KSchG verankert. § 5 Abs 2 VerbraucherkreditVO aF sah vor, dass der LN zur gänzlichen vorzeitigen Erfüllung¹⁰⁸⁴ seiner Verbindlichkeiten berechtigt ist. Diesfalls war der LG verpflichtet, bei Abrechnung des Vertrages die noch offenen Verbindlichkeiten in einem Ausmaß zu mäßigen, dass die beiderseitigen Interessen den Umständen nach angemessen berücksichtigt wurden.¹⁰⁸⁵ Auf die

¹⁰⁸¹ Vgl *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1413 Rz 4.

¹⁰⁸² § 33 Abs 8 BWG aF war aber nicht für Kreditinstitute, die das Leasinggeschäft betrieben haben, anwendbar. Der Wortlaut des § 33 BWG aF, der festlegte, was unter den Begriff des Verbraucherkredits fiel und normierte, bei welchen Krediten eine vorzeitige Rückzahlung möglich war, bezog sich nur auf Kredite iSd §§ 1 Abs 1 Z 3 (Geldkredit- und Gelddarlehensverträge) und 1 Abs 1 Z 12 (Bauspargeschäft) BWG, nicht jedoch auf Leasingverträge nach § 1 Abs 2 BWG; vgl *Writze* in Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz § 33 Rz 3.

¹⁰⁸³ BGBl II 1999/260 aufgehoben durch BGBl I 2010/28.

¹⁰⁸⁴ Nach dem VKrG kommt dem LN nun auch das Recht zu, die Verbindlichkeiten teilweise vorzeitig zu erfüllen, während nach alter Rechtslage nur eine gänzliche vorzeitige Erfüllung vorgesehen war.

¹⁰⁸⁵ § 5 Abs 2 VerbraucherkreditVO aF (BGBl II 1999/260 aufgehoben durch BGBl I 2010/28): *Bei Finanzierungsleasingverträgen ist der Verbraucher abweichend von Abs 1 nur zu einer gänzlichen vorzeitigen Erfüllung seiner Verpflichtungen berechtigt. In diesem Fall hat der Gewerbetreibende bei der Abrechnung des Finanzierungsleasingvertrages die Gesamtbelastung des Verbrauchers in einem Ausmaß*

Möglichkeit dieser vorzeitigen Rückzahlung war der LN nach § 5 Abs 3 VerbraucherkreditVO aF hinzuweisen.

Im Zusammenhang mit der vorzeitigen Rückzahlung hatte der OGH in der Entscheidung 7 Ob 230/08m nachfolgende Klausel zu beurteilen: "*Der Mieter ist weiters zur vorzeitigen, gänzlichen Erfüllung seiner vertraglichen Zahlungspflichten gegen eine angemessene Ermäßigung der Gesamtbelastung berechtigt*".¹⁰⁸⁶ Der OGH gelangte zum Ergebnis, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot verstößt, weil der Zusatz "*das die beiderseitigen Interessen den Umständen nach angemessen berücksichtigt werden*",¹⁰⁸⁷ der jedoch in § 5 Abs 2 VerbraucherkreditVO aF vorgesehen ist, fehlt. Bei der Mäßigung der Zahlungspflichten infolge vorzeitiger Rückzahlung sei nämlich nicht nur auf die Interessen des LG, sondern auch auf die Interessen des LN Bedacht zu nehmen. Durch die oben angeführte Klauselgestaltung, die eine gekürzte Wiedergabe des Verordnungstextes darstellte, erhalte der LN nämlich keine verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition.¹⁰⁸⁸

b) Recht zum vorzeitigem Erwerb / vorzeitiger Rückstellung im VKrG

Das Recht des Kreditnehmers, den Kredit vorzeitig zurückzuzahlen, ist in § 16 VKrG normiert. Um den Besonderheiten des Leasinggeschäfts Rechnung zu tragen, wurden Sonderregeln geschaffen, die § 16 Abs 1 VKrG modifizieren. In § 26 Abs 4 bis 6 VKrG wird für die Leasingvarianten nach § 26 Abs 1 Z 1 bis Z 3 VKrG das Recht des LN normiert, das LO vorzeitig zu erwerben bzw vorzeitig zurückzustellen.¹⁰⁸⁹ Für Leasingverträge nach § 26 Abs 1 Z 4 VKrG ist ein

zu ermäßigen, das unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen den Umständen nach angemessen ist.

¹⁰⁸⁶ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 22.

¹⁰⁸⁷ Vgl Wortlaut des § 5 Abs 2 VerbraucherkreditVO aF in FN 1085.

¹⁰⁸⁸ So OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu Klausel 22.

¹⁰⁸⁹ Zu beachten ist, dass der Kreditnehmer nach § 16 VKrG auch das Recht hat, den Kredit nicht nur gänzlich, sondern auch teilweise zurückzuzahlen. Dieses Recht kommt ebenso jenen LN zu, die einen Leasingvertrag nach den Leasingvarianten § 26 Abs 1 Z 1 bis 3 VKrG abgeschlossen haben. Dann kommt es aber zu keinem vorzeitigem Erwerb bzw keiner vorzeitigen Rückstellung. Im § 26 Abs 4 bis 6 VKrG findet sich keine Sondernorm, die das Problem der vorzeitigen teilweisen Rückzahlung iZm Leasingverträgen regelt, weshalb sich die Rechte und Pflichten des LN und des LG an § 16 VKrG zu orientieren haben. Bei der vorzeitigen Zahlung müssen daher die Zinsen und die laufzeitabhängigen Kosten nach § 16 Abs 1 VKrG gemindert werden: vgl dazu im

besonderes Kündigungsrecht vorgesehen. Wenn der LN nicht über sein Recht auf vorzeitigen Erwerb bzw vorzeitige Rückstellung belehrt wird, kann er einen Schadenersatzanspruch wegen Informationspflichtverletzung gelten machen, der in der Regel darin liegen wird, dass er Zinsen bezahlt hat, die er nicht zu zahlen gehabt hätte, hätte er gewusst, dass er das LO vorzeitig erwerben bzw vorzeitig das LO zurückstellen kann.¹⁰⁹⁰

i. Vorfälligkeitsentschädigung im Leasinggeschäft

Fraglich ist, ob mit der Bestimmung des § 26 Abs 4 bis 6 VKrG § 16 VKrG in seiner Gesamtheit verdrängt wird, oder ob § 16 Abs 1 VKrG bloß modifiziert wird und die Regelung des § 16 Abs 2 bis 5 VKrG auch im Leasinggeschäft gilt. Würde der § 16 Abs 2 bis 5 VKrG auch im Leasinggeschäft gelten, so könnte der LG vom LN eine sogenannte Vorfälligkeitsentschädigung, also eine Entschädigung dafür, dass die Rückzahlung verfrüht erfolgte, verlangen.

1. Literatur

Nach *Stabentheiner* wird in § 26 Abs 4 bis 6 VKrG nur auf § 16 Abs 1 VKrG verwiesen, weshalb § 16 Abs 2 bis 5 VKrG nicht für das Leasinggeschäft anwendbar ist.¹⁰⁹¹ Zusätzlich führt er aus, dass die Vorfälligkeitsentschädigung im Leasinggeschäft entbehrlich ist. Auch wenn dem LG bei vorzeitigem Vertragsende durch den antizipierten Erwerb des LO die Zinsen und das Leasingentgelt für die verkürzte Vertragsdauer entgehen, so könne der LG im Gegenzug durch den früheren Sacherwerb einen höheren Wert für das LO lukrieren.¹⁰⁹²

Demgegenüber vertritt *Zöchling-Jud* unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes¹⁰⁹³ und unter Heranziehung des Gebotes der richtlinienkonformen

Detail: *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 31 u *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 16 Rz 12 ff.

¹⁰⁹⁰ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 9 Rz 62.

¹⁰⁹¹ *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); diesem folgend *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (486).

¹⁰⁹² *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751).

¹⁰⁹³ *Zöchling-Jud* bezieht sich hier wohl auf Art 16 RL 2008/48/EG, der für alle Formen der Kreditierung gilt, die unter die RL fallen. Deshalb sei auch der innerstaatliche § 16 VKrG nicht nur iZm Kreditverträgen, sondern auch iZm dem Zahlungsaufschub und sonstigen Finanzierungshilfen nach § 25 Abs 1 VKrG

Interpretation, dass die Regelung des § 16 Abs 2 bis 5 VKrG auch für das Leasinggeschäft anwendbar ist, weil der Gesetzgeber wegen des Grundsatzes der Vollharmonisierung auch nicht zum Nachteil des Unternehmers von der Richtlinie abweichen dürfe.¹⁰⁹⁴ Der LG könne daher eine Vorfälligkeitsentschädigung verlangen. *Zöchling-Jud* weist aber einschränkend darauf hin, dass die Vorfälligkeitsentschädigung in der Praxis nur selten vorkommen wird, weil die Ausnahmebestimmung des § 16 Abs 2 Z 2 VKrG im Leasingverhältnis anwendbar sein wird, die besagt, dass keine Entschädigung geschuldet ist, wenn kein fester Sollzinssatz zum Erwerbszeitpunkt vereinbart wurde und Leasingverträge meist mit variablen Zinssätzen operieren.¹⁰⁹⁵ Auch die Anwendung des § 16 Abs 4 u 5 VKrG wird selten vorkommen, weil (Mobilien-) Leasingverträge idR weder hypothekarisch gesichert werden noch mit einem Tilgungsträger verknüpft sind.¹⁰⁹⁶

2. Nachvollziehbarkeit des Vermögensnachteils

Sollte in bestimmten Leasingkonstellationen dennoch eine Vorfälligkeitsentschädigung seitens des LG verlangt werden können, so hat der LG nach den Erläuterungen¹⁰⁹⁷ nachvollziehbar darzulegen, inwieweit ihm durch die vorzeitige Rückzahlung ein solcher Vermögensnachteil, der auch in einem entgangenen Gewinn bestehen kann, verursacht wurde und welches Ausmaß dieser Nachteil erreicht.

Dehn vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass es nicht ausreicht, dass sich der Kreditgeber (hier: LG) auf die Vorfälligkeitsentschädigung beruft. Vielmehr habe der LG im Einzelnen einen

anzuwenden: vgl auch *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 16 Rz 4.

¹⁰⁹⁴ In *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 30.

¹⁰⁹⁵ *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 30; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (486); *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) 83.

¹⁰⁹⁶ *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 30.

¹⁰⁹⁷ RV 650 BlgNR 24. GP 29.

voraussichtlich unmittelbar entstehenden Vermögensnachteil und die Kausalität der vorzeitigen Rückzahlung für diesen Vermögensnachteil zu beweisen.¹⁰⁹⁸

Entgegen den eindeutigen Aussagen in den Erläuterungen, sieht *Wendehorst* in der Wortfolge des § 16 Abs 2 VKrG, wonach die Entschädigung "*angemessen und objektiv gerechtfertigt*" sein müsse, bloß eine programmatische Aussage und meint, dass an die "nachvollziehbare Darlegung" keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Im Regelfall reiche eine pauschalierte Geltendmachung der Entschädigung aus.¹⁰⁹⁹

Den Ausführungen von *Wendehorst* ist *Reidinger* entgegengetreten. Wenn schon der Gesetzgeber in den Erläuterungen die Nachvollziehbarkeit anordne, sei es auch unter dem Blickwinkel der strengen Rsp zum Transparenzgebot nicht einzusehen, warum gerade an den Punkt der Nachvollziehbarkeit keine strengen Anforderungen zu stellen seien. Darüber hinaus soll die pauschalierte Geltendmachung gerade nicht den Regelfall darstellen, wenn der Verbraucher ein gesetzlich eingeräumtes Recht ausübt, weil bei der Konventionalstrafe sogar für den Fall verschuldeter Schadenszufügung ein richterliches Mäßigungsrecht vorgesehen sei.¹¹⁰⁰

Den Argumenten von *Dehn* und *Reidinger* ist zu folgen. Gerade in jenen (wenigen) Konstellationen im Leasinggeschäft, in denen eine Vorfälligkeitsentschädigung in Betracht kommt, ist besonderes Augenmerk auf die Begründetheit und Nachvollziehbarkeit des Vermögensnachteils zu legen, weil der LG durch den früheren Sacherwerb einen höheren Wert für das LO lukrieren kann und vermieden werden soll, dass sich LG zusätzlich ein "Körpergeld" verschaffen.

ii. Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 1 VKrG

Bei Leasingverträgen, bei denen der LN zum Erwerb der Sache gemäß § 26 Abs 1 Z 1 VKrG verpflichtet ist, kommt dem LN das Recht zu, die Sache

¹⁰⁹⁸ *Dehn* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV Rz 2/194.

¹⁰⁹⁹ *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 16 Rz 28 ff.

¹¹⁰⁰ *Reidinger*, Gesammelte Fälle Bürgerliches Recht³ 173 FN 6.

vorzeitig zu erwerben. Diesfalls ist die Zahlungspflicht des LN um die dem "abgeschnittenen" Vertragszeitraum entsprechende Zinskomponente und um die darauf entfallenden laufzeitabhängigen Kosten zu mindern, wobei die Berechnung von der Ausgestaltung des konkreten Leasingvertrags abhängt.¹¹⁰¹ Unter laufzeitabhängige Kosten fallen etwa die in den Leasingraten enthaltene Entgeltkomponente für die Gebrauchsüberlassung, Refinanzierungskosten, kalkulatorische Kosten des Kreditausfallsrisikos, uU vertraglich vereinbarte Kosten für die Administration des Leasingverhältnisses durch den LG oder Kosten einer Versicherung, sofern diese vom LG getragen wurde.¹¹⁰² Laufzeitunabhängige Kosten sind etwa Kosten der Bonitätsprüfung, Vertragserrichtungskosten oder Rechtsgeschäftsgebühren, für den Fall, dass der LG dafür aufgekommen ist.¹¹⁰³ Der LG hat im Leasingvertrag die erforderlichen Grundlagen für die Vornahme dieser Berechnung anzugeben,¹¹⁰⁴ wobei diese besondere vertragliche Informationspflicht zusätzlich zu den Informationspflichten nach §§ 6¹¹⁰⁵ und 9 VKrG¹¹⁰⁶ zu erfüllen ist.¹¹⁰⁷

iii. Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 2 VKrG

Will der LN bei der Variante nach § 26 Abs 1 Z 2 VKrG¹¹⁰⁸ von seinem Recht auf vorzeitige Vertragsbeendigung Gebrauch machen, so steht es dem LG dennoch offen, vom LN den Erwerb des LO zu verlangen. Verlangt der LG vom LN den Erwerb des LO, so gelten dieselben Regeln wie bei der Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 1 VKrG.¹¹⁰⁹ Verlangt der LG keinen Erwerb des LO, so sind die vom LN zu leistenden Zahlungen überdies um den Wert des LO zum Zeitpunkt der Rückstellung zu mindern. Somit ist der höhere Wert des LO

¹¹⁰¹ Vgl RV 650 BlgNR 24. GP 36; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (750); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 474; *dies* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 32; *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (486); *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 205.

¹¹⁰² *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 32.

¹¹⁰³ Vgl RV 650 BlgNR 24. GP 36; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Grüblinger*, ZVR 2010, 481 (486); *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 33.

¹¹⁰⁴ Vgl § 26 Abs 4 letzter Satz VKrG.

¹¹⁰⁵ Vgl Kap 3.3.

¹¹⁰⁶ Vgl Kap 3.6.

¹¹⁰⁷ So *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucher kreditrecht § 26 Rz 34.

¹¹⁰⁸ Der LG kann vom LN den Erwerb des LO verlangen.

¹¹⁰⁹ Vgl auch *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 475; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 206.

aufgrund der früheren Rückstellung entsprechend zu berücksichtigen.¹¹¹⁰ Laufzeitunabhängige Kosten, die bei der vorzeitigen Rückstellung in Betracht kommen, sind etwa Sachverständigenkosten für die Begutachtung und Schätzung des LO.¹¹¹¹ Ebenso wie bei der Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 1 VKrG hat der LG im Leasingvertrag die erforderlichen Grundlagen für die Vornahme dieser Berechnung anzugeben.¹¹¹²

iv. Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 3 VKrG

Bei den Leasingvarianten nach § 26 Abs 1 Z 3 VKrG liegt die Entscheidung, ob der LN das LO zu einem bestimmten Preis vorzeitig erwirbt oder an den LG zurückstellt, beim LN. Erwirbt der LN das LO vorzeitig, so vermindern sich die Zahlungen des LN entsprechend der durch den vorzeitigen Erwerb verkürzten Vertragsdauer. Kommt es zu einer vorzeitigen Rückstellung des LO, sind die Zahlungen, die vom LN zu leisten sind, überdies um den höheren Sachwert des LO zu mindern.¹¹¹³ Ebenso wie bei den Leasingvarianten nach § 26 Abs 1 Z 1 und § 26 Abs 1 Z 2 VKrG hat der LG im Leasingvertrag die erforderlichen Grundlagen für die Vornahme dieser Berechnung anzugeben.¹¹¹⁴

v. Leasingvariante nach § 26 Abs 1 Z 4 VKrG

Bei Leasingverträgen nach § 26 Abs 1 Z 4 VKrG ist das Recht nach § 16 VKrG ausgeschlossen, wurde jedoch durch ein besonderes Kündigungsrecht ersetzt, welches in § 26 Abs 7 VKrG normiert ist und dem LN die Möglichkeit eröffnet, den Leasingvertrag jederzeit zu kündigen. Diesfalls ist der LG an keine Kündigungsfrist und an keinen Kündigungstermin gebunden.¹¹¹⁵ Der LG kann hier gleich hohe Zahlungen verlangen, wie sie der LN iZm einem Verbraucherleasingvertrag nach § 26 Abs 1 Z 2 oder 3 VKrG auf Grund der vorzeitigen Rückstellung des LO nach § 26 Abs 5 dritter Satz VKrG oder

¹¹¹⁰ Vgl RV 650 BlgNR 24. GP 36; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 475; *dies* in Wendehorst/Zöchling-Jud, *Verbraucherkreditrecht* § 26 Rz 35.

¹¹¹¹ Vgl RV 650 BlgNR 24. GP 36.

¹¹¹² Vgl § 26 Abs 5 letzter Satz VKrG.

¹¹¹³ Vgl RV 650 BlgNR 24. GP 36; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 743 (751); *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 475; *dies* in Wendehorst/Zöchling-Jud, *Verbraucherkreditrecht* § 26 Rz 37; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, *Konsumentenrecht und Banken* 206.

¹¹¹⁴ Vgl § 26 Abs 6 letzter Satz VKrG.

¹¹¹⁵ *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, *Verbraucherkreditrecht* § 26 Rz 40;

§ 26 Abs 6 dritter Satz VKrG zu leisten hätte.¹¹¹⁶ Dies bedeutet, dass sich die Zahlungspflicht des LN um die Kosten und Zinsen für den abgeschnittenen Zeitraum verringert. Überdies ist der Wert des LO zum Zeitpunkt der Rückgabe entsprechend zu berücksichtigen.¹¹¹⁷ Im Rahmen der vorvertraglichen Informationspflicht ist der LG bei dieser Leasingvariante über das Bestehen eines derartigen Kündigungsrechts aufzuklären. Zudem hat der LG im Leasingvertrag die Zahlungspflicht, die den LN in so einem Fall trifft und die erforderlichen Grundlagen für die Vornahme dieser Berechnung anzugeben.¹¹¹⁸

¹¹¹⁶ Vgl § 26 Abs 7 Satz 3 VKrG; *Zöchling-Jud* in FS Reischauer 476.

¹¹¹⁷ *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 206.

¹¹¹⁸ Vgl § 26 Abs 7 letzter Satz VKrG; RV 650 BlgNR 24. GP 37; *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 26 Rz 41; *dies* in FS Reischauer 476.

8.4 Verpflichtung zur Rückgabe des LO

8.4.1 Rückgabeort

In jenen Fällen, in denen der LN das LO letztlich erwirbt, besteht per definitionem keine Rückgabepflicht an den LG. In allen anderen Fällen muss der LN das LO bei Vertragsende an den LG zurückgeben, so zB, wenn der LG bei einem Teilamortisationsvertrag sein Andienungsrecht nicht ausübt oder der LN zwar für den Restwert bei Vertragsende einzustehen hat, aber keine Erwerbsoption hinsichtlich des LO hat. Hier stellt sich die Frage, wo das LO zurückzustellen ist.

a) Bestimmung des Rückgabeorts

Eine Möglichkeit ist, den Betriebssitz des Lieferanten als Rückgabeort vertraglich festzulegen, da der LN das LO in der Regel auch dort in Empfang nimmt.¹¹¹⁹

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, an welchem Ort das LO zurückgegeben werden muss, wenn keine vertragliche Regelung getroffen wurde. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob sich der Rückgabeort aus der Natur oder dem Zweck der Verbindlichkeit ergibt, wobei auch hier die Interessenlage der Parteien und die Verkehrssitten zu berücksichtigen sind.¹¹²⁰ Es wird dem Parteieninteresse entsprechen, dass das LO am Betriebssitz des Lieferanten zurückgestellt wird, weil für den LG oft nicht die Möglichkeit besteht, das LO an seinem Sitz zu nutzen bzw weiter zu verwerten.¹¹²¹

Nur wenn sich der Rückgabeort weder aus der vertraglichen Vereinbarung ergibt noch aus der Natur und dem Zweck des Geschäftes bestimmt werden kann, ist die gesetzliche Zweifelsregel des § 905 Abs 1 ABGB

¹¹¹⁹ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L614.

¹¹²⁰ *Aichberger-Beig* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 905 Rz 33.

¹¹²¹ *Berninghaus* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 35 Rz 9.

heranzuziehen,¹¹²² wonach grundsätzlich eine Holschuld vorliegt. Das heißt, dass die Rückgabe an dem Ort zu erfüllen ist, an dem der LN seinen Wohnsitz hat.¹¹²³ Demnach müsste der LN die Sache nur zur Abholung bereithalten.

b) OGH

Der OGH¹¹²⁴ vertritt iZm Leasingverträgen die Ansicht, dass hinsichtlich des Rückgabeortes die Zweifelsregel des § 905 Abs 1 ABGB zur Anwendung gelangt.

c) Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH ist aus zweierlei Gründen nicht zu folgen: Erstens hat der OGH nicht erörtert, ob sich der Rückgabeort nicht möglicherweise bereits aus der Natur oder dem Zweck der Verbindlichkeit bzw den Parteieninteressen ergibt, sondern hat gleich die Zweifelsregel angewendet. Zweitens stellt die dispositiven Regelung des § 1109 ABGB, die mE speziellere Norm zur Zweifelsregel des § 905 Abs 1 ABGB dar. Demnach ist die Rückgabe beweglicher Sachen prinzipiell am Wohnsitz bzw Niederlassungsort des Bestandgebers zu erfüllen.¹¹²⁵ Auf das Leasingverhältnis umgelegt, bedeutet dies, dass den LN eine Bringschuld trifft.¹¹²⁶

8.4.2 Gröbliche Benachteiligung und Intransparenz im Verbrauchergeschäft

Klauseln,¹¹²⁷ die festlegen, dass der LG dem LN bei Vertragsbeendigung bekannt geben wird, an welchem Ort die Rückgabe zu erfolgen hat, sind nach

¹¹²² *Aichberger-Beig* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 905 Rz 39.

¹¹²³ So *Mankowski/Knöfel* in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 21 Rz 108; *Grüblinger*, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? 184.

¹¹²⁴ OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zu Klausel 24.

¹¹²⁵ *Würth* in Rummel³ §§ 1109-1110 Rz 3; *Iro* in KBB³ §§ 1109-1110 Rz 3; OGH 3 Ob 475/52 = SZ 25/227.

¹¹²⁶ *IdS Krejci* in Das Leasinggeschäft 292; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 5f; *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 124; *Engel*, Miete, Kauf, Leasing Rz 484.

¹¹²⁷ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = eolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 17 erster Satz: "*Bei Beendigung des Leasingvertrags [...] hat der LN das LO [...] an die von der HSL dem LN bekannte Übernahmestelle [...] zurückzustellen*". OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 =

der Ansicht des OGH gröblich benachteiligend.¹¹²⁸ Auch Klauseln, die vorsehen, dass das LO an eine inländische Abgabestelle zurückgestellt werden muss, verstoßen gegen § 879 Abs 3 ABGB.¹¹²⁹ Solche Klauseln berücksichtigen nämlich nicht, dass der Rückgabeort dem LN zumutbar sein muss. Ein LN, der in Wien seinen Wohnsitz hat, könnte diesfalls dazu verpflichtet werden, das LO in Vorarlberg zurückzugeben, obwohl der LG ebenso eine Niederlassung in Wien betreibt. Das kann erhebliche und für den LN unkalkulierbare Mehraufwendungen mit sich bringen.¹¹³⁰ Dasselbe gilt für Klauseln, wonach "*das LO bei Vertragsbeendigung an einen vom LG genannten Händler zurückzustellen ist*".¹¹³¹ Auch hier gilt, dass der LG verlangen könnte, dass der LN das LO an einen Händler zurückstellen müsste, der unzumutbar schwer zu erreichen ist, was aber zu einer gröblichen Benachteiligung führt, weil dem kein anerkanntes Interesse des LG gegenübersteht.¹¹³²

RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 Klausel 31: "*Bei Beendigung des Vertrages, aus welchen Gründen immer, hat der Mieter den Mietgegenstand nach Wahl des Vermieters auf Kosten und Gefahr des Mieters unverzüglich an eine vom Vermieter bestimmende Anschrift zurückzuliefern, zur Abholung bereit zu halten oder selbst zu entsorgen*".

¹¹²⁸ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 17 erster Satz; OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 zu Klausel 31; aA und somit für die Zulässigkeit: *Berninghaus* in *Büschgen*, *Praxishandbuch Leasing* § 12 Rz 5.

¹¹²⁹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 12 erster Satz: "*Bei Beendigung des Leasingvertrags [...] ist der Leasinggegenstand vom LN [...] an die vom LG angegebene inländische Übernahmestelle zurück zu liefern*"; ebenso OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zu Klausel 24: "*Bei Beendigung des Leasingvertrages – aus welchem Grund immer – stellt der LN nach Wahl des LG das LO betriebsfähig und verkehrssicher mit allen Papieren, Schlüsseln und Servicenachweis entweder zur Abholung bereit oder an die vom LG angegebene inländische Übernahmestelle zurück*".

¹¹³⁰ So im Ergebnis auch *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 292 f; *Stoffels* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*; *AGB-Recht*⁵ Klauseln L 136; *Zahn/Bahmann*, *KFZ-Leasingvertrag* 160 f.

¹¹³¹ OGH 2 Ob 198/10x = *jusIT* 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 18 erster Satz.

¹¹³² So OGH 2 Ob 198/10x = *jusIT* 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 18 erster Satz in einem der Verbandsklageverfahren. Im Individualprozess kann sich jedoch eine abweichende Beurteilung ergeben, wenn ohnehin der vom LN gewählte Händler zur Rückstellung herangezogen wird; vgl dazu auch allgemein *Leitner*, *Das Transparenzgebot* 125.

Auch wenn der OGH in keiner der oben angeführten Entscheidungen auf § 6 Abs 3 KSchG Bezug nahm, verstoßen Klauseln wie "dass bei Vertragsbeendigung ein inländischer Rückgabeort bekannt gegeben wird" mE ebenso gegen das Transparenzgebot. Das Bestimmtheitsgebot wird hier nicht erfüllt, weil der LN als Verbraucher nicht erkennen kann, an welchen Orten eine Rückstellung in Betracht kommt.¹¹³³ Es empfiehlt sich bei Verbrauchergeschäften in den AGB daher klar zu regeln, an welchem "bestimmten" Ort die Rückgabe zu erfolgen hat.

8.4.3 Kosten der Rückgabe

Wenn man wie der OGH¹¹³⁴ von einer Holschuld ausgeht, so hat die Kosten der Rückgabe der LG zu tragen, weil der LN das LO nur zur Abholung bereitstellen muss. Eine Überwälzung dieser Kosten wäre daher gröblich benachteiligend.

Wenn man wie hier davon ausgeht, dass sich aus Natur bzw Zweck der Verbindlichkeit und Parteieninteresse ergibt, dass den LN eine Bringschuld trifft bzw dass vertraglich vereinbart ist, dass das LO am Sitz des Lieferanten zurückzustellen ist, so ist es mE nicht zu beanstanden, dass der LN Kosten für die Überbringung des LO an den LG/Lieferanten trägt.¹¹³⁵ Darüber hinaus sieht auch die dispositive Regelung des § 1109 ABGB vor, dass die Rückstellung mangels anderer Vereinbarung auf Kosten des Mieters zu erfolgen hat.¹¹³⁶

8.4.4 Einbauten

Eine Vereinbarung, wonach der LN bei der Rückstellung des LO Einbauten und sonstige Fahrnisse zu entfernen hat, ist nicht zu beanstanden.

¹¹³³ Vgl auch *Leitner*, Das Transparenzgebot 90.

¹¹³⁴ In 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zu Klausel 24.

¹¹³⁵ So auch *Berninghaus* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 35 Rz 21; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 136.

¹¹³⁶ OGH 3 Ob 475/52 = SZ 25/227; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht BT² 121.

Dies ergibt sich schon aus der Rsp des OGH zum Bestandrecht,¹¹³⁷ in der eine solche Vereinbarung für zulässig erklärt wurde.¹¹³⁸ Zudem wird auch aus § 1109 ABGB abgeleitet, dass der Bestandnehmer Veränderungen am Bestandsobjekt rückgängig zu machen hat.¹¹³⁹ Weiters sind die Besonderheiten des Leasinggeschäfts zu berücksichtigen, wobei davon auszugehen ist, dass der LG ein besonderes Interesse daran hat, das LO schnellstmöglich zu verwerten. Letzteres ist naturgemäß nicht möglich, wenn sich noch Einbauten oder sonstige Fahrnisse des LN im/am LO befinden.

a) OGH im Verbrauchergeschäft

Der OGH hatte im Rahmen einiger Verbandsklageverfahren Klauseln zu beurteilen, in denen nicht nur vorgesehen war, dass der LN Einbauten und Fahrnisse zu entfernen hat, sondern darüber hinaus bestimmt war, dass derartige Einbauten und Fahrnisse entschädigungslos in das Eigentum des LG übergehen, wenn sie vor der Rückgabe des LO nicht seitens des LN entfernt werden. Als Beispiel dienen folgende Klauseln:

- *"Werden die Einbauten vor Rückgabe des LO nicht entfernt, gehen diese entschädigungslos in das Eigentum der HSL (Anm des LG) über";*¹¹⁴⁰
- *"Veränderungen (Verbesserungen am Leasinggegenstand) dürfen nur mit schriftlicher Zustimmung des LG vorgenommen werden. Derartige Veränderungen (Verbesserungen) gehen ebenso wie Ersatzteile kostenlos in das Eigentum des LG über, wobei der LN auf die Geltendmachung von Verwendungs- oder Bereicherungsansprüchen verzichtet";*¹¹⁴¹

¹¹³⁷ Vgl OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 zu Klausel 31.

¹¹³⁸ *Böhm*, immolex 2007, 166 (167).

¹¹³⁹ *Iro* in KBB³ §§ 1109-1110 Rz 2 mwN.

¹¹⁴⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 12.

¹¹⁴¹ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 10.

- "Objektrückstellung": *Sofern der Kunde ihm gehörendes Zubehör und Gegenstände, die sich im Objekt befinden nicht entfernt, gehen diese entschädigungslos in das Eigentum von P***** über*";¹¹⁴²
- "Nicht entfernte Einbauten gehen bei Beendigung des Leasingvertrages ohne Entschädigungsanspruch in das Eigentum des LG über".¹¹⁴³

Der OGH gelangte in diesem Zusammenhang zum Ergebnis, dass derartige Klauseln gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen¹¹⁴⁴ und begründete dies wie folgt: *"Auch wenn der LG ein berechtigtes Interesse an einer raschen Entfernung hat, so stellt es eine gravierende Rechtsfolge dar, wenn der LN sofort und ohne Entschädigung das Eigentum an mitunter wertvollen und ohne großen Aufwand entfernbaren Einbauten verliert. Zumindest wäre es geboten, dem LN eine angemessene Nachfrist einzuräumen, in dem ihm der drohende Verlust des Eigentums vor Augen geführt wird"*.¹¹⁴⁵

b) Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH ist zuzustimmen. Zusätzliche Argumente für die Wertung des OGH lassen sich im Verbrauchergeschäft aus § 6 Abs 1 Z 12 KSchG gewinnen. Demnach sind Klauseln ungültig, die Rechte des Verbrauchers auf eine Sache, die der Unternehmer zur Bearbeitung übernommen hat, in unangemessen kurzer Frist für verfallen erklären. Unter den Begriff des Verfalls fällt auch der Eigentumserwerb durch den

¹¹⁴² OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 18 Satz 2.

¹¹⁴³ OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 Klausel 27.

¹¹⁴⁴ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 12; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 10; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 18 Satz 2; OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zu Klausel 27; zust *Parapatits*, ZFR 2010, 150 (153).

¹¹⁴⁵ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 12; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 10.

Unternehmer.¹¹⁴⁶ Eine unmittelbare Anwendung des § 6 Abs 1 Z 12 KSchG scheidet bei der Rückgabe des LO zur Verwertung aus, weil der LG das LO hier nicht zur Bearbeitung, sondern zum Weiterverkauf übernimmt. Dennoch ist aber eine ähnliche Interessenlage wie in § 6 Abs 1 Z 12 KSchG gegeben, weshalb eine analoge Anwendung für die oben angeführten Verfallsklauseln in Betracht kommt.¹¹⁴⁷

Bei der Prüfung, ob die Frist einer Verfallsklausel unangemessen kurz ist und somit ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 12 KSchG (analog) vorliegt, ist eine Wertung vorzunehmen: Einerseits ist der Wert des Gegenstands, der vom Verfall betroffen sein soll, heranzuziehen, andererseits müssen bei der Beurteilung auch die potentiellen Aufbewahrungsmöglichkeiten des Unternehmers beachtet werden. Im Zusammenhang mit Aufbewahrung von Schmuck wird etwa vertreten, dass eine Frist von sechs Monaten unangemessen kurz ist.¹¹⁴⁸

Sollte sich in einem LO bei der Rückgabe etwa noch Schmuck befinden, so sind Klauseln, die einen sofortigen Eigentumsübergang auf den LG vorsehen, auch wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 12 KSchG (analog) unzulässig.

c) Unternehmergeschäft

Die Wertungen, die der OGH im Rahmen der Verbandsklageentscheidungen vorgenommen hat, sind mE nicht gänzlich auf das Unternehmergeschäft zu übertragen. Dies aus folgendem Grund: Im Bestandrecht wird vertreten, dass ein Mieter (außerhalb des MRG) auf den Ersatz von nützlichen Aufwendungen grundsätzlich von vornherein verzichten kann, ohne dass dies eine Sittenwidrigkeit begründet,¹¹⁴⁹ wobei Klauseln, dass Einbauten usw nach Beendigung des Bestandverhältnisses unentgeltlich in das Eigentum des Vermieters übergehen, als ein solcher Verzicht auf

¹¹⁴⁶ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 62.

¹¹⁴⁷ *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 143; *Ertl/Gschweidl*, Verfallsregelungen in Mobilfunkverträgen, MR 2005, 404 (406).

¹¹⁴⁸ *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 145.

¹¹⁴⁹ OGH 2 Ob 40/01y = MietSlg 53.146 = immolex 2001/84 = wobl 2001/137; LGZ Wien 41 R 72/09f = MietSlg 62.148; jüngst OGH 2 Ob 104/12a = wobl 2013, 90 = JusGuide 2012/45/10524 = immolex 2012/86.

Ersatzansprüche zu werten sind.¹¹⁵⁰ Wenn derartige Vereinbarungen im Bestandrecht zulässig sind, muss dies mE umso mehr für Leasinggeschäfte gelten, bei denen der LG ein Interesse daran hat, das LO schnellstmöglich zu verwerten. Im Gegensatz zum Bestandrecht, wo der Vermieter das Bestandsobjekt oftmals zu einem höheren Preis weitervermieten kann und so uU von diesen Einbauten finanziell profitiert, ist dies bei Leasingkonstellationen in der Regel nicht der Fall, da das LO nach Rückgabe durch den LN oftmals an einen Dritten weiterverkauft wird.

Auch wenn derartige Vereinbarungen im Unternehmergeschäft grundsätzlich zulässig sind, so kann im Einzelfall dennoch Sittenwidrigkeit vorliegen. Als sittenwidrig wird etwa der im Beispiel oben angeführte Verfall von Schmuck anzusehen sein.

¹¹⁵⁰ LGZ Wien 40 R 326/06x = MietSlg 59.144; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 187 mwN.

8.5 Ordnungsgemäßer Zustand des LO bei Vertragsbeendigung

Sofern eine Rückgabepflicht des LO besteht, werden in der Praxis Klauseln vereinbart, die den LN bei Vertragsbeendigung verpflichten, das LO in ordnungsgemäßem bzw in einwandfreiem, betriebs- und verkehrssicherem Zustand¹¹⁵¹ an den LG zurückzugeben.

8.5.1 Ausgangslage nach § 1109 ABGB

Nach der dispositiven Norm des § 1109 ABGB, der auch für bewegliche Sachen anwendbar ist, hat der Bestandnehmer die Bestandsache in dem Zustand, in welchem er sie übernommen hat, zurückzustellen. Das gilt mit der Einschränkung, dass Verschlechterungen vorliegen dürfen, die sich aus der normalen Abnutzung ergeben, für die der Bestandnehmer nicht einstehen muss.¹¹⁵² Die normalen Abnutzungserscheinungen sind nämlich bereits durch die Bezahlung des Mietzinses abgegolten.¹¹⁵³ Der Maßstab für einen ordnungsgemäßen Rückstellungszustand orientiert sich an der Verkehrsauffassung. Der Bestandnehmer haftet aber nach § 1111 ABGB für die Beschädigung oder übermäßige Abnutzung des Bestandobjekts. Für Mängel, die schon bei Beginn des Bestandverhältnisses vorhanden waren, haftet der

¹¹⁵¹ OLG Innsbruck 2 R 138/08y = VRInfo 2009 H 2, 3 Klausel 17 Satz 1: "*Bei Beendigung des Leasingvertrags ist das LO in einwandfreiem, betriebs- und verkehrssicherem Zustand zurückzustellen*".

¹¹⁵² LGZ Wien 41 R 35/95 = MietSlg 47.115; Iro in KBB³ §§ 1109-1110 Rz 2; Würth in Rummel³ §§ 1109-1110 Rz 7; Klang in Klang² V 90; Rosifka, Die Rückstellung des Bestandgegenstands, immolex 2008, 70; ders, Die Rückstellung des Bestandgegenstands – ein Update, immolex 2011, 198; Kuprian/Prader, Der Mietvertrag² Rz 161; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² § 1109 Rz 2.

¹¹⁵³ OGH 2 Ob 215/10x = EvBl-LS 2012/98 = immolex-LS 2012/32 = ecolex 2012/239 = AnwBl 2012, 307 = Zak 2012, 112 = immolex 2012, 107 (Anm Prader) = immolex 2012, 145 (Anm Grau) = immolex 2012, 137 (Anm Prader) = immolex 2012, 141 (Anm Reichholf) = immolex 2012, 134 (Anm Böhm) iZm Klausel 27; OGH 2 Ob 73/10i = EvBl 2011/66 = MietSlg 62.095 = JBl 2011, 175 (Anm Mayrhofer) = immolex 2011, 81 (Anm Prader/Böhm) = JusGuide 2011/05/8397 = VRInfo 2011 H 2, 3 = ecolex 2011/81 = Zak 2011, 116 = wobl 2011, 114 = RdW 2011/135 = AnwBl 2011, 259 iZm Klausel 3; so auch: Würth in Rummel³ § 1111 Rz 2; Binder in Schwimann³ § 1111 Rz 5; LG Linz 14 R 48/78 = MietSlg. 30.202; Rosifka, immolex 2008, 70 (71); ders, immolex 2011, 198; Pesek, Überlegungen zur Endausmalverpflichtung des Mieters, wobl 2013, 139; krit: Vonkilch, Mietvertragliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. "Klausel-Entscheidung", wobl 2011, 93 (96).

Bestandnehmer nicht.¹¹⁵⁴ Der Bestandnehmer hat zusätzlich für fremdes Verschulden einzustehen, nämlich für das von Erfüllungsgehilfen, von Unterbestandnehmern, Hausgenossen und Gästen. Für Zufälle hat der Bestandnehmer auch dann nicht einzustehen, wenn sie sich in seiner eigenen Sphäre ereignet haben.¹¹⁵⁵ Klauseln, die eine verschuldensunabhängige Haftung des Mieters vorsehen, sind nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig.¹¹⁵⁶

Die Stellungnahmen der Judikatur¹¹⁵⁷ zur Problematik, wann eine normale Abnutzung vorliegt, für die der Bestandnehmer nicht aufzukommen hat und ab wann eine übermäßige Abnutzung vorliegt, sind stark einzelfallbezogen.¹¹⁵⁸

8.5.2 Vergleich mit Leasingverträgen

Ebenso wie bei Bestandverträgen stellt sich auch bei Leasingverträgen die Frage, wann eine normale Abnutzung (Bagatellen, Gebrauchs- und Verschleißspuren) vorliegt, die bereits durch die Zahlung der Leasingraten abgegolten ist und wann ein Schaden bzw Mangel vorliegt, für den der LN ausgleichspflichtig wird.

In der österreichischen Literatur und Judikatur gibt es – soweit ersichtlich – keinerlei Stellungnahmen zu dieser Frage. Das deutsche Recht kennt eine dem § 1109 ABGB ähnliche Bestimmung, nämlich den § 546 BGB. In Zusammenhang mit § 546 BGB wird vertreten, dass die Mietsache vom Mieter grundsätzlich in dem Zustand zurückzugeben ist, in dem sie sich bei Mietbeginn befunden hat.¹¹⁵⁹ Weil die deutsche Rechtslage mit der österreichischen vergleichbar ist, wird

¹¹⁵⁴ Rosifka, *immolex* 2008, 70 (71).

¹¹⁵⁵ Würth in Rummel³ § 1111 Rz 2; Iro in KBB³ § 1111 Rz 1; Kuprian/Prader, *Der Mietvertrag*² Rz 164; Würth/Zingher/Kovanyi, *Miet- und Wohnrecht* I²² § 1111 Rz 1; aA Klang in Klang² V 93 mwN, wonach Schäden, welche durch einen die Person des Bestandnehmers treffenden Zufall herbeigeführt werden, von ihm zu tragen sind.

¹¹⁵⁶ Vgl OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 zu Klausel 24: "Der Mieter ist dem Vermieter gegenüber für jede Beschädigung des Mietgegenstandes und der Gemeinschaftseinrichtungen verantwortlich und zur Schadensbehebung verpflichtet, soweit die Beschädigung durch ihn, seine Angehörigen oder Besucher verursacht wurde."; Iro in KBB³ § 1111 Rz 1.

¹¹⁵⁷ Vgl dazu die zahlreichen Judikaturnachweise bei Rosifka, *immolex* 2008, 70 (72 f) u *immolex* 2011, 198 (199).

¹¹⁵⁸ Zur Frage, wann eine übermäßige Abnutzung des LO vorliegt vgl a) und b) in diesem Kapitel.

¹¹⁵⁹ P. Jendrek in Erman, *BGB*¹² § 546 Rz 6 mwN.

nachfolgend kurz die Situation in D dargestellt, wo die Instanzgerichte¹¹⁶⁰ und die Literatur¹¹⁶¹ zumindest zahlreiche Abgrenzungen für Kfz-Leasingfahrzeuge vorgenommen haben, die auch als Leitlinie für österreichische (Kfz-) Leasingverträge dienen können. Bei Kfz ist anzumerken, dass zur gewöhnlichen Abnutzung auch solche Gebrauchsspuren zählen, die nicht durch das Fahren alleine hervorgerufen werden.¹¹⁶²

a) Gewöhnliche Abnutzung

Folgende Gebrauchsspuren fallen unter die gewöhnliche Abnutzung, die durch die Bezahlung der Leasingraten abgedeckt sind:

Leichte Schrammen; leichte Kratzer, wie sie von einem Schlüssel oder Fingernägeln herrühren; Kratzer; Beulen; leichte Einbeulungen am Dach, kleine Steinschlagspuren auf der Windschutzscheibe; oberflächliche Lack- und Blechschäden (Parkschäden); normale Abnutzungs- und Alterserscheinungen an der Brems- und Auspuffanlage; oberflächliche Striemen auf der Lackierung, wie sie in Waschanlagen entstehen können; normales Abnutzungsbild der Bereifung und Felgen, welches der Gesamtleistung entspricht; normale, gebrauchsbedingte Verfärbung der Polsterung (jedoch keine Flecken); leichte Gebrauchsspuren an Spiegeln und Stoßstangen.¹¹⁶³

b) Übermäßige Abnutzung

Folgende Gebrauchsspuren fallen unter die übermäßige Abnutzung und sind daher vom LN zu tragen:

Blechschäden, großflächige Beulen und Stauchungen; Lackschäden, die sich durch ein Aufpolieren nicht entfernen lassen; Flecken, Brandlöcher oder äußere Beschädigungen an Polsterung und Inneneinrichtung; verschrammte Stoßstangen; Ausplatzungen, die von einem Steinschlag auf die

¹¹⁶⁰ Vgl die reichlichen Judikaturnachweise bei *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L657.

¹¹⁶¹ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L657; *Reinking*, Verwertungserlös und Zustand des Leasingfahrzeugs am Vertragsende, NZV 1997, 1 (7 ff).

¹¹⁶² *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L655.

¹¹⁶³ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L657; *Reinking*, NZV 1997, 8; *Bethäuser*, Die aktuelle Rechtsprechung zum PKW-Leasing, DAR 1999, 481 (485) mwN; *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 45.

Windschutzscheibe herrühren; Funktionsbeeinträchtigung von Schössern, Deckeln, Griffen; Schäden an Aggregaten oder anderen Fahrzeugteilen, die die Betriebs- und Verkehrssicherheit beeinträchtigen.¹¹⁶⁴

c) Unterschied zum dispositiven Mietrecht

Im Gegensatz zur dispositiven Norm des § 1111 ABGB, wonach der Bestandnehmer nach der hL¹¹⁶⁵ nicht für Zufälle einzustehen hat, wird der LN aufgrund der Gefahrtragungsklauseln in Leasingverträgen, die von den dispositiven Regelungen des Mietrechts abweichen, meist auch bei Zufällen (man denke zB an Hagelschläge), durch die ein Schaden bzw ein Mangel entsteht, ausgleichspflichtig. Diese Abweichung von den dispositiven Gefahrtragungsregeln des Mietrechts wird im Bereich des Leasinggeschäfts von der Rsp für zulässig erachtet.¹¹⁶⁶

In den Fällen, in denen der LN vertraglich das Restwertrisiko trägt und die Differenz zwischen Fahrzeugwert und kalkulierte Restwert ausgleichen muss, fließt eine übermäßige Abnutzung in den Minderwert ein.

d) Beweislast des LG

Der LG hat wie ein Bestandgeber¹¹⁶⁷ die übermäßige Abnutzung und die Schäden, die darauf zurückzuführen sind, zu beweisen. ME muss der LG klar darlegen, welche Gebrauchsspuren der normalen Abnutzung zuzurechnen sind und was Schäden sind, für die der LN ausgleichspflichtig wird, weil sie auf eine

¹¹⁶⁴ So *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L657; *Reinking*, NZV 1997, 8.

¹¹⁶⁵ *Würth* in *Rummel*³ § 1111 Rz 2; *Iro* in *KBB*³ § 1111 Rz 1; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 164; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²² § 1111 Rz 1.

¹¹⁶⁶ Vgl OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71; OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647; OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht); OGH 8 Ob 545/91 = SZ 64/73 = ÖBA 1992, 838; OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

¹¹⁶⁷ *Binder* in *Schwimann*³ § 1111 Rz 6 zur Beweislast des Bestandgebers; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 164.

übermäßige Abnutzung zurückzuführen sind. Für eine klare Darlegung reicht es nicht, bloß die (Reparatur-) Kosten des Schadens anzuführen.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁸ So auch *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L658.

8.6 Probleme bei der Beendigung eines Teilamortisationsvertrages mit Aufteilung Mehrerlös/ Mindererlös

8.6.1 Grundsätzliches zum Vertragsmodell

Bei Teilamortisationsverträgen wird die angestrebte volle Amortisation dadurch erreicht, dass neben der Summe der Leasingraten auch der erwartete oder kalkulierte Restwert des LO eine maßgebende Rolle spielt. Diese beim Kfz-Leasing gebräuchliche Variante sieht bei einem Teilamortisationsvertrag mit Aufteilung des Mehrerlöses eine Verwertung des LO nach Ende der Grundvertragszeit vor. Wenn durch die Verwertung der kalkulierte Restwert nicht erreicht wird, ist der LN vertraglich verpflichtet, den Mindererlös auszugleichen, da er dem LG Vollamortisation schuldet. Andererseits hat der LN die Möglichkeit, an einer Werterhöhung zu partizipieren, wenn der Zeitwert über dem kalkulierten Restwert liegt.¹¹⁶⁹ Zu beachten ist, dass aus steuerlichen Gründen dem LN beim Finanzierungsleasing nur ein 75%iger Anteil des den Restwert übersteigenden Teiles des Verwertungserlöses des LO zukommen darf.¹¹⁷⁰

8.6.2 Fälle, bei denen der LN nicht zur Abdeckung des Restwerts bzw eines allfälligen Mindererlöses verpflichtet werden kann

Nachstehend soll untersucht werden, ob den LN, der die vertragliche Verpflichtung hat, den Restwert bzw einen allfälligen Mindererlös auszugleichen, diese Verpflichtung auch dann trifft, wenn

- a. der LG den Restwert zu hoch ansetzt,¹¹⁷¹
- b. der LG das LO an einen Dritten veräußert, keine Sicherungsmaßnahmen trifft, der Dritte insolvent wird und der LG dann vom LN den Forderungsausfall ersetzt haben möchte,¹¹⁷²

¹¹⁶⁹ RIS-Justiz RS0120830.

¹¹⁷⁰ Vgl Einkommensteuerrichtlinie 2000 Rz 141: <https://findok.bmf.gv.at/findok/link?gz=%2206+0104%2F9IV%2F6%2F00%22&queltig=20050322&segid=%2219973.1.20+16.02.2006+06%3A47%3A11%3A12%22> (abgerufen am 01.4.2010).

¹¹⁷¹ Vgl Kap b) in diesem Kapitel.

¹¹⁷² Vgl Kap c) in diesem Kapitel.

c. der LG seine "Pflicht zur bestmöglichen Verwertung" verletzt.¹¹⁷³

a) Analoge Heranziehung der § 1362 ABGB u § 1364 ABGB

Bevor diese drei Fragen anhand von Fallbeispielen näher diskutiert werden, sind vorab die rechtlichen Rahmenbedingungen zu erörtern. Wertvolle Ansatzpunkte für die Beantwortung der drei oben geschilderten Konstellationen bietet eine analoge Heranziehung der Normen des Bürgschaftsrechts iSd §§ 1362 und § 1364 letzter Satz ABGB.

Aus § 1362 ABGB analog wird gefolgert, dass den LN keine Pflicht zur Abdeckung des Restwertrisikos bzw eines allfälligen Mindererlöses trifft, wenn der LG den Eintritt des Erfolges, also das Erzielen eines bestimmten Verkaufserlöses schuldhaft vereitelt.¹¹⁷⁴ Letzteres wird bei den oben unter a)¹¹⁷⁵ und c)¹¹⁷⁶ genannten Fällen zu bejahen sein.

Zudem bestimmt § 1364 ABGB letzter Satz, dass der Gläubiger (hier der LG) dem Bürgen (hier dem LN) insoweit verantwortlich ist, als dieser wegen dessen "Saumseligkeit in Eintreibung der Schuld an Erholung des Ersatzes zu Schaden kommt". Diese Norm wird als Grundlage einer umfassenden Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen angesehen.¹¹⁷⁷ Nach *Ohmeyer*¹¹⁷⁸ kann sich diese Saumseligkeit bei der Eintreibung nicht nur in einem untätigen Verhalten des Gläubigers, sondern auch in anderen Handlungen äußern, zB wenn dem Hauptschuldner Zahlungsfristen gewährt werden oder wenn er keine sonstigen Sicherungsmaßnahmen getroffen hat. Letzteres spielt auch im Rahmen des unter b) angeführten Sachverhalts eine Rolle.¹¹⁷⁹

¹¹⁷³ Vgl Kap d) in diesem Kapitel.

¹¹⁷⁴ So *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 140.

¹¹⁷⁵ Vgl Kap b) in diesem Kapitel.

¹¹⁷⁶ Vgl Kap c) in diesem Kapitel.

¹¹⁷⁷ *P. Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft² 74 f; *ders* in *KBB*³ § 1364 Rz 4; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*³ § 1364 Rz 4; *Th. Rabl*, Die Bürgschaft 56; *Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1364 Rz 1 f; OGH 8 Ob 119/97a = SZ 70/182 = ÖBA 1998, 316 = JBI 1988, 46; OGH 7 Ob 252/01m = MietSlg 53.172 = AnwBl 2002/7810; OGH 8 Ob 118/06w = ÖBA 2007, 839 = ÖJZ 2008/28; jüngst OGH 3 Ob 203/12t = Zak 2013/94 = JusGuide 2013/15/11044 = RdW 2013/201 = EvBl 2013/67 = JBI 2013, 376 = ZIK 2013/108 = ÖBA 2013, 448.

¹¹⁷⁸ In *Klang*² VI 245; *ders*, Die Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, ZBl 1927, 161 (173).

¹¹⁷⁹ Vgl Kap c) in diesem Kapitel.

i. Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung?

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der saumselige Gläubiger (hier der LG) eine Pflicht verletzt und daher gegenüber dem Bürgen (hier dem LN) schadenersatzpflichtig wird¹¹⁸⁰ oder ob der Gläubiger bloß eine Obliegenheit¹¹⁸¹ verletzt, die zu einer Einschränkung des Ersatzanspruches des Gläubigers¹¹⁸² führt.

Für eine Pflichtverletzung spricht mE – wie auch *Ohmeyer*¹¹⁸³ hervorgehoben hat – der Wortlaut der Bestimmung "*der Gläubiger ist dem Bürgen insoweit verantwortlich*". Der Terminus "verantwortlich" findet sich nämlich auch in anderen schadenersatzrechtlichen Normen, zB in §§ 1300 ff, § 1313 und § 1320 ABGB. Wenn man – wie hier – von einer Pflichtverletzung ausgeht, kann der Bürge gegen die Hauptforderung aufrechnen,¹¹⁸⁴ wobei den Bürgen die Beweislast für Saumsal und Kausalität trifft.¹¹⁸⁵ Für Leasingverträge bedeutet dies mE, dass der LN im Falle einer Pflichtverletzung durch den LG seine Verpflichtung zur Abdeckung des Restwerts bzw eines allfälligen Mindererlöses, der einen Teilentgeltanspruch des LG darstellt, durch Aufrechnung beseitigen kann.

¹¹⁸⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 152.

¹¹⁸¹ Vgl allgemein dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 329; *Reidinger/Ofner*, Bürgerliches Recht II⁷ 230.

¹¹⁸² So *Iro*, Anmerkung zu 6 Ob 587/86, ÖBA 1988, 722 (724), der ausführt, dass sowohl Schadenersatz- als auch Obliegenheitsvariante zu entsprechenden Ergebnissen führen. In beiden Fällen sei Voraussetzung, dass der Gläubiger seine Sorgfalt verletzt habe. Zudem führe auch die Obliegenheitsverletzung dazu, dass der Bürge bloß soweit befreit werde, als der Gläubiger ohne Obliegenheitsverletzung die Forderung hereingebracht hätte. Der Obliegenheitsverletzung sei der Vorzug zu geben, weil keine klagbare Pflicht des Gläubigers zur Verfolgung von Sicherstellungsansprüchen bestehe; zust *Mader*, Glosse zu OGH 8 Ob 3/91, ÖBA 1992/310; *P. Bydlinski*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 559/91, ÖBA 1993, 64; offen lassend: OGH 1 Ob 8/04i = RdW 2004, 660 = ÖBA 2004, 883; ebenso offen lassend: OGH 3 Ob 203/12t = Zak 2013/94 = JusGuide 2013/15/11044 = RdW 2013/201 = EvBl 2013/67 = JBI 2013, 376 = ZIK 2013/108 = ÖBA 2013, 448, weil es in dieser Entscheidung um Fragen der Beweislast ging und der OGH daher auf die Frage, ob der Schadenersatz- bzw Obliegenheitsvariante der Vorzug zu geben ist, nicht eingehen musste.

¹¹⁸³ In ZBI 1927, 161 (166).

¹¹⁸⁴ OGH 16.03.1882, Nr 13242 = GIU 8923; *P. Bydlinski* in KBB³ § 1364 Rz 3; *Gamerith* in Rummel³ § 1364 Rz 5; *Th. Rabl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1364 Rz 15.

¹¹⁸⁵ *P. Bydlinski* in KBB³ § 1364 Rz 3 mwN; den Bürgen trifft auch die Beweislast für eine behauptete Sorgfaltswidrigkeit des Gläubigers: vgl jüngst OGH 3 Ob 203/12t = Zak 2013/94 = JusGuide 2013/15/11044 = RdW 2013/201 = EvBl 2013/67 = JBI 2013, 376 = ZIK 2013/108 = ÖBA 2013, 448.

ii. Aufrechnungsverbot

Fraglich ist, ob sich an der Aufrechnungsmöglichkeit des LN im oben genannten Fall etwas ändert, wenn sich in den AGB ein Aufrechnungsverbot wie zB: "*Forderungen des LN können nicht mit Forderungen des LG aufgerechnet werden*"¹¹⁸⁶ findet. Im Verbrauchergeschäft verstößt ein solches Aufrechnungsverbot gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG.¹¹⁸⁷ Diese Norm verbietet nämlich den Ausschluss von Aufrechnungsmöglichkeiten (des LN) in folgenden Fällen: a) bei Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers (LG), b) bei gerichtlicher Feststellung, Anerkenntnis oder c) bei Forderungen, die mit jener des Unternehmers (LG) zusammenhängen.¹¹⁸⁸ In anderen als in den § 6 Abs 1 Z 8 genannten Fällen können Aufrechnungsverbote im Verbrauchergeschäft vereinbart werden, wobei aber das Transparenzgebot beachtet werden muss.¹¹⁸⁹ Eine Klausel, wonach "*Eine Aufrechnung mit Gegenforderungen des LN ausgeschlossen ist, ausgenommen Fälle des § 6 Abs 1 KSchG*", verschleierte die für den Verbraucher günstigere Rechtslage und wurde wegen des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG als sittenwidrig erachtet.¹¹⁹⁰ Der LN als Verbraucher kann also in der Regel aufrechnen.

Im Unternehmergeschäft wird die Zulässigkeit vertraglicher Aufrechnungsverbote prinzipiell bejaht.¹¹⁹¹ Nach *Dullinger*¹¹⁹² ist eine analoge

¹¹⁸⁶ So der Wortlaut der Klausel 4 in OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135.

¹¹⁸⁷ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 4; vgl ebenso OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.21 bei einem Kreditvertrag; OGH 7 Ob 303/06v = Zak 2007/270 = wobl 2007/140 = ecolex 2007/181 = KRES 1a/51 = RdW 2007/487 zu einem Mietvertrag; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 41.

¹¹⁸⁸ *Kathrein* in KBB³ § 6 KSchG Rz 14; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 35; *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 39; *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 6 KSchG Rz 2.

¹¹⁸⁹ Vgl etwa *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 369 mwN.

¹¹⁹⁰ So OLG Wien 6 R 571/94 = KRES 1d/31.

¹¹⁹¹ Vgl OGH 7 Ob 105/99p = ecolex 1999/297 = immoex 2000/100 = RdW 1999, 782 = HS 30.440; OGH 7 Ob 265/01y = RdW 2002, 218; OGH 4 Ob 187/02g = ÖJZ 2003/19 (EvBl) = wbl 2003/54 = RdW 2003, 76; OGH 2 Ob 43/03t = ecolex 2003/266.

¹¹⁹² In Handbuch der Aufrechnung 143; *dies* in *Rummel*³ § 1440 Rz 31; zust *Bauer*, Konsumentenschutz und Mietrecht, wobl 2000, 257 (263); *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1440 Rz 33; *Dullinger* folgend, jedoch in den konkreten Fällen verneinend: OGH 7 Ob 105/99p = ecolex 1999/297 = immoex 2000/100

Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG aber in den Fällen geboten, in denen zwischen den Vertragsparteien eine ähnliche Ungleichgewichtslage wie im Verhältnis Unternehmer und Verbraucher vorliegt und wenn das Aufrechnungsverbot nur für den unterlegenen Teil vereinbart wird.

In der Praxis wird nämlich oft nur ein Aufrechnungsverbot für den LN, nicht jedoch für den LG vereinbart. Nur in solchen Fällen der Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmern ist der LN trotz Aufrechnungsverbot zur Aufrechnung berechtigt.

b) Restwert wurde zu hoch bemessen

Als erstes Fallbeispiel, wonach der LN nicht dazu angehalten werden kann, den Restwert bzw einen allfälligen Mindererlös auszugleichen, dient die Konstellation, dass der LG den kalkulierten Restwert wesentlich überhöht angesetzt hat. Der kalkulierte Restwert kann seine Funktion nämlich nur dann erfüllen, wenn er zu Vertragsbeginn mit aller Sorgfalt vom LG so kalkuliert wird, dass er bei normaler Marktentwicklung voraussichtlich mit dem gebrauchten LO übereinstimmt.¹¹⁹³ Wenn ein Restwert in der Höhe von 75% des Fahrzeugneupreises (zB 75% von € 10.000,-- = € 7.500,--) kalkuliert wird, obwohl man laut Sachverständigengutachten höchstens einen Restwert zwischen 60 bzw 65% (60% von € 10.000,-- bzw 65% von € 10.000,-- = € 6.000,-- bzw € 6.500,--) des Neupreises ansetzen hätte dürfen, kann der LN¹¹⁹⁴ nicht verpflichtet werden, diese 10-15% ige (€ 1.000,-- bzw € 1.500,--) Spanne als Mindererlös zu tragen.¹¹⁹⁵

c) Nichttreffen von Sicherungsmaßnahmen

= RdW 1999, 782 = HS 30.440; OGH 3 Ob 141/03m = RdW 2003, 694 = ÖBA 2004, 313 = ecolex 2004/4 = ÖJZ-LSK 2003/225.

¹¹⁹³ So zutr *Müller-Sarnowski*, Die "vertragsgemäße Rückgabe des Leasingfahrzeugs", DAR 1997, 142 (143); *Berninghaus* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing §12 Rz 43.

¹¹⁹⁴ Auch *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 36, vertritt die Ansicht, dass es Risiko des LG ist, wenn er den Restwert zu hoch kalkuliert.

¹¹⁹⁵ Vgl das Beispiel des OLG Karlsruhe 6 U 139/84 = NJW-RR 1986, 1112, wo ein völlig unrealistischer Restwert angegeben war. Das Gericht erachtete solch eine Klausel für nicht wirksam vereinbart.

Als zweites Fallbeispiel, in dem der LN nicht verpflichtet werden kann, einen allfälligen Mindererlös auszugleichen, sind jene Konstellationen zu beachten, in denen der LG keine Sicherungsmaßregeln trifft.

i. OGH

Ob ein Nichttreffen von Sicherungsmaßregeln vorliegt, hatte der OGH¹¹⁹⁶ in folgendem Sachverhalt zu beurteilen: Der LG verkaufte ein Leasingfahrzeug an einen Dritten. Der LN war verpflichtet, für den Restwert einzustehen. Sollte der vom LG infolge der Verwertung des LO erreichte Kaufpreis niedriger als der kalkulierte Restwert ausfallen, hatte der LN für diesen Mindererlös einzustehen. Der LG übergab dem Dritten das ehemalige LO, noch bevor dieser den Kaufpreis bezahlt hatte und händigte ihm zusätzlich den Typenschein aus. Der Dritte verkaufte das ehemalige LO sogleich weiter. Kurze Zeit später wurde über das Vermögen des Dritten ein Insolvenzverfahren eröffnet. Der LG erlitt infolge der Insolvenz des Dritten einen erheblichen Forderungsausfall. Der LG machte nun gegenüber dem ehemaligen LN den Forderungsausfall klagsweise mit der Begründung geltend, dass der Verwertungspreis hinter dem vertraglichen Restwert zurückgeblieben wäre, und somit ein Mindererlös bestehe, den der LN auszugleichen hätte.

Dieser Ansicht ist der OGH in Anlehnung an den BGH¹¹⁹⁷ zu Recht entgegengetreten. Er sprach aus, dass dem Interesse des LG an der Vollamortisation Genüge getan werde, wenn der LG nach Beendigung des Leasingvertrages das LO an einen Dritten veräußern kann, der einen Kaufpreis bezahlt, der dem kalkulierten Restwert entspricht. Das Restwertrisiko des LN erfasst (zumindest nach der in diesem Fall vereinbarten AGB-Klausel) nicht den Fall, dass der LG einen Teil des Kaufpreises beim Dritten nicht einbringlich machen kann. Der Forderungsausfall des LG ist nicht dem Amortisationsrisiko des LN zuzurechnen, sondern dem Bonitäts- oder Insolvenzrisiko hinsichtlich des Verkaufs an den Dritten. Dafür hat der LN aber ohne entsprechende vertragliche

¹¹⁹⁶ In 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (*zust Huber*) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469.

¹¹⁹⁷ BGH VII ZR 45/96 = ZIP 1997, 118; *zust auch Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L624 f.

Regelung nicht einzustehen, weil es sich beim Insolvenzrisiko um eine nicht leasingtypische Gefahr handelt.

ii. Obiter dictum des OGH

Der OGH¹¹⁹⁸ hat in einem obiter dictum die Frage offenlassen, ob sich an dem Ergebnis etwas ändern würde, wenn der LN in AGB ausdrücklich verpflichtet wird, auch für einen etwaigen Forderungsausfall des Kaufpreises bei einem Dritten einzustehen.

Wenn sich der ursprüngliche Kaufpreis und der kalkulierte Restwert decken, würde der Forderungsausfall eine Art Mindererlös darstellen, den der LN dann zu tragen hätte.

iii. Vereinbarkeit mit § 864a ABGB?

Zuerst muss geprüft werden, ob eine solche Klausel nicht schon an § 864a ABGB scheitert. Objektiv ungewöhnlich sind Klauseln, mit denen der Vertragspartner nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Es wird in erster Linie auf die Üblichkeit einer Klausel bei einem Geschäftstyp abgestellt. Selbst wenn eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, steht dem die Anwendung des § 864a ABGB jedoch nicht entgegen.¹¹⁹⁹

ME ist diese Klausel objektiv ungewöhnlich, weil – wie auch der OGH ausgesprochen hat – die Verpflichtung des LN, das Insolvenzrisiko eines Dritten zu tragen, nicht als leasingtypisch angesehen werden kann, selbst wenn solche Klauseln in der Leasingbranche weit verbreitet sind. Der durchschnittlich verständige LN muss mit einer solchen Klausel auch nicht rechnen, sofern die Klausel nicht besonders hervorgehoben wurde, zB durch Farbe oder Fettdruck.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁸ In 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (*zust Huber*) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469.

¹¹⁹⁹ *Bollenberger* in KBB³ § 864a Rz 10 mwN; *Rummel* in Rummel³ § 864a Rz 5; RIS-Justiz RS0014627; RIS-Justiz RS0014646; vgl Kap 4.2.1.

¹²⁰⁰ *Rummel* in Rummel³ § 864a Rz 7.

iv. Vereinbarkeit mit § 879 Abs 3 ABGB?

Selbst wenn man die gültige Einbeziehung einer solchen Klausel bejaht, wäre die Vereinbarung gröblich benachteiligend.¹²⁰¹ Dies deshalb, weil der LN nicht das Risiko beherrschen kann, dass sich der LG einen bonitätsschwachen Vertragspartner aussucht, zumal er idR nicht in den Verkaufsprozess eingebunden ist.¹²⁰² Würde man die Zulässigkeit einer solchen Klausel bejahen, bestünde zudem die Gefahr, dass LG an jeden potentiellen Käufer ohne eingehende Prüfung der finanziellen Verhältnisse veräußern würden. Einen etwaigen Forderungsausfall hätte ohnehin der LN im Rahmen seiner Verpflichtung zum Ausgleich des Restwerts bzw eines allfälligen Mindererlöses zu tragen.

v. Freizeichnung des LG von seinem eigenen Verschulden

Würde der LG den LN in AGB ausdrücklich verpflichten, für einen etwaigen Forderungsausfall des Kaufpreises bei einem Dritten, einzustehen, hätte dies auch zur Folge, dass sich der LG von seinem eigenen Verschulden freizeichnet. Eine derartige Freizeichnung verstößt im Verbrauchergeschäft gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

ME ist eine solche Freizeichnung auch im Unternehmergegeschäft nach § 879 Abs 3 ABGB problematisch, wenn man einerseits bedenkt, dass zwischen LG und LN oftmals eine beträchtliche Ungleichgewichtssituation besteht und andererseits kein legitimes Interesse des LG am Ausschluss der Haftung für eigene Versäumnisse, wie etwa das Nichtdurchführen einer Bonitätsprüfung, erkennbar ist.

d) Pflicht zur bestmöglichen Verwertung

Mit Beendigung des Leasingverhältnisses erlöschen die primären Leistungspflichten. Dies bedeutet, dass der LN keine Leasingraten mehr zahlen muss und der LG das LO nicht mehr zum Gebrauch überlassen muss. An die Beendigung des Vertragsverhältnisses knüpfen jedoch weiterhin bestehende

¹²⁰¹ So auch *Huber*, ZVR 2007, 212 (214); *Limberg*, *ecolex* 2009, 292 FN 7.

¹²⁰² So im Ergebnis auch *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*¹¹ Rz L 625.

Schutz- und Sorgfaltspflichten, wie bspw die Pflicht zur bestmöglichen Verwertung¹²⁰³ des zurückgestellten LO durch den LG.

Nachstehend wird erörtert, wann der LG seiner Pflicht zur bestmöglichen Verwertung nachkommt. Erfüllt der LG seine Pflicht zur bestmöglichen Verwertung nicht, ist der LN nicht angehalten, einen etwaigen Mindererlös, der gerade aus dieser Pflichtverletzung resultiert, abzudecken.

Vorauszuschicken ist, dass den LG bei Leasingverträgen mit Kilometerabrechnung diese Verpflichtung nicht trifft, da der LN nicht das Restwertrisiko und das Verwertungsrisiko allein der LG trägt.¹²⁰⁴

Um die Anforderungen des Transparenzgebots im Verbrauchergeschäft zu erfüllen, muss mE in der Klausel selbst die Verpflichtung zur bestmöglichen Verwertung des LO durch den LG verankert werden. Klauseln wie "*der LG werde das LO nach Rückstellung nach Möglichkeit verkaufen*"¹²⁰⁵ erfüllen diese "Pflicht zur bestmöglichen Verwertung" nicht.

i. Verkehrswert oder Händlereinkaufspreis?

Der LG kommt dann seiner Verpflichtung zur bestmöglichen Verwertung nicht nach, wenn er den optimalen Verwertungserlös mit dem Händlereinkaufspreis gleichsetzt.¹²⁰⁶ Der Händlereinkaufspreis ist jener Wert, den

¹²⁰³ OGH 6 Ob 691/90 = SZ 63/215 = ÖBA 1991, 539 = RdW 1991, 143 = ecolex 1991, 242 (Anm *Fischer-Czermak*); OGH 8 Ob 38/90 = ÖBA 1991, 936 = RdW 1991, 261 = ecolex 1991, 313 = HS 22.555; OGH 1 Ob 827/82 = SZ 56/3; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; *Beckmann*, Finanzierungsleasing § 8 Rz 3; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁵ Kap J Rz 86; *Berninghaus* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 12 Rz 68; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L674; *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 155; *Nitsch*, Sorgfaltspflichten bei der Verwertung von Leasingfahrzeugen, NZV 1999, 405; *Müller-Sarnowski*, DAR 1997, 142 (145); *Koch* in MünchKommBGB⁶ Leasing Rz 133.

¹²⁰⁴ Vgl Kap 8.8.1.

¹²⁰⁵ Der OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010 H 2, 3, prüfte diese Klausel nicht inhaltlich, sondern sprach aus, dass die vom LG formulierte Ersatzklausel die Wiederholungsgefahr nicht beseitige; vgl Kap 4.4.3.

¹²⁰⁶ *Müller-Sarnowski*, DAR 1997, 142 (145); *dies*, Privat-Autoleasing nach der Schuldrechtsreform, eine Bestandaufnahme, DAR 2002, 485 (491); *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 155; *von Westphalen*, Der

der Händler bezahlt, um ein LO anzukaufen. Dieser liegt idR unter dem Verkehrswert. Die vertragsgemäße Wahrung der Interessen ist jedoch erst dann gegeben, wenn der LG den Verkehrswert des LO durch einen gerichtlich beideten Sachverständigen feststellen lässt und das LO dann zum Verkehrswert veräußert.¹²⁰⁷

Nach der Rsp des BGH¹²⁰⁸ wahrt der LG jedoch auch dann seine Pflicht zur bestmöglichen Verwertung, wenn er den Händlereinkaufspreis (und nicht den oben angeführten Verkehrswert) ansetzt und gleichzeitig dem LN das Recht einräumt, entweder das LO selbst zu diesen Bedingungen zu erwerben oder binnen Frist einen Dritten zu nennen, der das LO erwerben wird.

Eine solche Regelung wird auch in österreichischen AGB verwendet:

1) *Bei Beendigung des Leasingvertrags zum Ablauf der (kalkulatorischen) Leasingzeit ist die Differenz zwischen dem kalkulierten Netto-Rücknahmewert [.....] und dem geschätzten Händlereinkaufspreis (Schätzwert) des Fahrzeugs zu ermitteln. Übersteigt der Schätzwert den kalkulierten Restwert, erhält der LN die Differenz zu 75% erstattet. Ist der Schätzwert geringer als der kalkulierte Restwert, hat der LN den entsprechenden Minderbetrag zur Gänze an GMAC-L zu zahlen.*

2) *Kann bei einem Vertrag mit Restwertabrechnung keine Einigung über den Wert des Fahrzeugs erzielt werden, wird dem LN die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb von zwei Wochen ab Zugang des Sachverständigengutachtens einen Kaufinteressenten zu benennen [...].¹²⁰⁹*

Wird seitens der LG „vergessen“ den zweiten Absatz in die AGB aufzunehmen, so ist die Pflicht zur bestmöglichen Verwertung verletzt.¹²¹⁰

Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 98; *Nitsch*, NZV 1999, 405 (407); *Reinking*, NZV 1997, 1 (4); *Bethäuser*, Die aktuelle Rechtsprechung zum PKW-Leasing, DAR 2002, 481 (483).

¹²⁰⁷ OGH 1 Ob 827/82 = SZ 56/3; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 98.

¹²⁰⁸ BGH VII ZR 312/96 = NJW 1997, 3166 = DAR 1997, 406.

¹²⁰⁹ So die Klausel 16.2 und 17.2 <http://www.leasingverband.at/files/GMAC.pdf> (abgerufen am 23.11.2009).

¹²¹⁰ Auch die deutsche Rsp hat solch einer Klausel die Wirksamkeit versagt; vgl OLG Dresden 8 U 3066/97 = BB 1999, 285 = NZV 1999, 423 zu Klausel 2: "Ist

ii. Auswahl des Schätzgutachters

Wie bereits ausgeführt, ist bei der Rückgabe des LO der Verkehrswert zu schätzen. Bei der Auswahl des Gutachters hat der LG im Verbrauchergeschäft darauf zu achten, dass dieser nicht aus seinem wirtschaftlichen oder rechtlichen Einflussbereich stammt.¹²¹¹ Will der LG seinen Vertragshändler als Gutachter heranziehen, könnte dies zumindest gegenüber einem Verbraucher gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG verstoßen. Kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG liegt vor, wenn eine unabhängige private oder öffentliche Stelle, die für die Beurteilung technischer Fragestellungen geeignet ist, mit der Aufgabe der Schätzung betraut wird.¹²¹² Für LG wird es daher zweckmäßig sein, zur Schätzung unabhängige Stellen anzurufen, wie bspw bei Leasingautos den ÖAMTC oder den ARBÖ.

Enthalten die AGB des LG nur einen ganz allgemeinen Verweis betreffend die Person des Sachverständigen, "*dass der LG einen KFZ-Sachverständigen seiner Wahl bestellt*",¹²¹³ läuft der LG Gefahr, dass die Klausel wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unzulässig ist. Es ist daher zweckmäßig, dass der LG bereits in seinen AGB definiert, aus welcher Gruppe von Personen der Sachverständige ausgewählt werden soll.¹²¹⁴

Bei Unternehmergeeschäften ist zu prüfen, ob § 6 Abs 1 Z 10 KSchG analog zur Anwendung kommt. Letzteres ist jedenfalls im Hinblick auf § 1056 ABGB fraglich. § 1056 ABGB regelt eigentlich nur die Preisbestimmung

Restwertabrechnung vereinbart, garantiert der LN den kalkulierten Restwert [...]. Beim ursprünglich vereinbarten Vertragsende wird der vereinbarte kalkulierte Restwert dem geschätzten Netto-Händlerverkaufspreis gegenübergestellt. Ist der Schätzwert höher als der kalkulierte Restwert, so erhält der LN 75 % der Differenz. Ist er niedriger, so ist der LN zur Nachzahlung des Differenzbetrages verpflichtet".

¹²¹¹ Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 10 KSchG Rz 6; Apathy in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 49; Krejci in Rummel³ § 6 KSchG Rz 136; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 55 f.

¹²¹² Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 10 KSchG Rz 4.

¹²¹³ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 24 Satz 2.

¹²¹⁴ So OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 24 Satz 2.

durch Dritte, wird aber auch in Fällen der Leistungsbestimmung durch Dritte analog herangezogen.¹²¹⁵ Grundsätzlich ist im Bereich des allgemeinen Zivilrechts die Unterwerfung genauso wenig wie die Fremdbestimmung des Vertragspartners oder Dritten gesetz- oder sittenwidrig.¹²¹⁶ Der OGH hat die analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im Unternehmergegeschäft verneint, weil es § 1056 ABGB gibt und sohin keine Lücke im Gesetz vorliegt.¹²¹⁷ Dieselben Erwägungen werden mE auch im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 10 KSchG und dessen allfälliger Anwendung im Bereich des Unternehmergeäfts zu tragen kommen.

Die Leistungsbestimmung durch den Gutachter hat nach billigem Ermessen zu erfolgen, wobei die Grenzen der offenbaren Unbilligkeit bei Fehlern dann erreicht sind, wenn ein sachkundiger und unbefangener Beurteiler diese sofort erkennt.¹²¹⁸ Sittenwidrigkeit ist jedenfalls den Fällen anzunehmen, in denen der LG und der Gutachter bewusst zusammenwirken, um den LN zu schädigen.

iii. Drittkäuferbenennungsrecht und Selbsterwerb

Wenn der LG das LO zum Verkehrswert verwerten kann, ist er nicht verpflichtet, den LN zu befragen, ob dieser einen Käufer namhaft machen kann.¹²¹⁹ Wie oben ausgeführt,¹²²⁰ muss dem LN nur dann eine Frist eingeräumt werden, binnen derer er sich entscheiden kann, ob er das LO selbst erwirbt oder einen Drittkäufer benennen kann, wenn der LG den Händlereinkaufswert ansetzen will.

Nach österreichischer Rsp¹²²¹ und Lehre¹²²² besteht eine Verpflichtung, dass dem Schuldner (also hier dem LN) die Möglichkeit gegeben werden muss,

¹²¹⁵ *Aicher* in Rummel³ § 1056 Rz 11 mwN; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1057 Rz 24.

¹²¹⁶ So OGH 10 Ob 145/05d = ecolex 2006/319 = RdW 2006/699 = VRInfo 2006 H 9, 2 = ÖBA 2007, 332.

¹²¹⁷ OGH 10 Ob 145/05d = ecolex 2006/319 = RdW 2006/699 = VRInfo 2006 H 9, 2 = ÖBA 2007, 332 mwN.

¹²¹⁸ *F. Bydlinski*, Die Baukostenendabrechnung als Bestimmung der Leistung, JBI 1975, 245 (248); *Binder* in Schwimann³ § 1056 Rz 14 f mwN.

¹²¹⁹ Vgl OGH 1 Ob 827/82 = SZ 56/3.

¹²²⁰ Vgl FN 1208.

¹²²¹ OGH 6 Ob 54/66 = JBI 1966, 471; OGH 5 Ob 295/01w = RdW 2002, 725 = ÖBA 2002/1076 = immolex 2002/127 = MietSlg 54.194 = ecolex 2002/230 = wobl 2002/123.

potentielle Kaufinteressenten namhaft zu machen. Nach *Bydlinski*¹²²³ ergibt sich die Verpflichtung zur Benennung von Kaufinteressenten bereits aus der Wertung des § 1371 ABGB, welcher besagt, dass der Pfandgläubiger die Pfandsache nicht nach Willkür veräußern darf.¹²²⁴ Weiters hatte der OGH¹²²⁵ im Zusammenhang mit dem Rücktritt eines Vorbehaltsverkäufers aufgrund des Zahlungsverzugs des Käufers zu beurteilen, ob der Vorbehaltskäufer nach den dort vereinbarten AGB die Sache an sich nehmen und verkaufen darf. Der OGH gelangte zum Ergebnis, dass eine solche Vereinbarung zulässig ist und die Interessen des Schuldners wahrt, wenn dem Schuldner vor dem Verkauf die Möglichkeit gegeben wird, Kaufinteressenten zu nennen.

iv. Frist

Die Frist zur Benennung eines Dritterwerbers bzw zur Erklärung des Eigenankaufs ist so zu bemessen, dass der LN auch wirklich die Möglichkeit hat, sein Recht auszuüben.¹²²⁶ Der LG muss dem LN jedoch dann keine Frist zum Eigenankauf bzw zur Drittkäuferbenennung einräumen, wenn sich der LN als unzuverlässiger oder illiquider Vertragspartner¹²²⁷ gezeigt hat bzw wenn er zum Ankauf wirtschaftlich nicht in der Lage¹²²⁸ ist. Der LG hat einen vom LN benannten Dritterwerber dann nicht zu berücksichtigen, wenn nach verlässlicher Auskunft, wozu zB eine KSV-Bonitätsauskunft zählt, Bedenken in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit bestehen¹²²⁹.

¹²²² *Bydlinski* in Klang² IV/2 504; *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht 37; *Hofmann* in Rummel³ § 1371 Rz 4; *Mader/W.Faber* in Schwimann³ § 1371 Rz 9.

¹²²³ In Klang² IV/2 504.

¹²²⁴ Vgl zuletzt OGH 9 Ob 11/11z = EvBI 2011/145 = Zak 2011/622 = JusGuide 2011/36/9170 = JusGuide 2011/36/9156 = JusGuide 2011/36/9157 = ÖBA 2013, 520.

¹²²⁵ OGH 6 Ob 54/66 = JBI 1966, 471.

¹²²⁶ Die Frist ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessen und hat angemessen zu sein: vgl dazu *Beckmann*, DStR 2007, 157 (161).

¹²²⁷ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L693.

¹²²⁸ *Von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap L Rz 444; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L693 mwN aus der deutschen Rsp.

¹²²⁹ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L693 mwN.

Klauseln wie: "Dem LN steht es frei, dem LG unverzüglich nach Rückstellung Interessenten für einen derartigen Verkauf zu nennen"¹²³⁰ sind mE gröblich benachteiligend,¹²³¹ weil dem LN durch das Erfordernis der "Unverzüglichkeit" die Möglichkeit genommen wird, Kaufinteressenten via Internet oder via Zeitungsinseraten zu suchen. Die Suche nach Interessenten erfordert Zeit, weshalb es notwendig erscheint, dem LN zumindest eine Frist von 14 Tagen¹²³² bis zu einem Monat einzuräumen. Eine Mindestfrist von 14 Tagen wird auch von der in Deutschland hA¹²³³ befürwortet. Eine zweiwöchige Frist ist jedoch dann als zu kurz anzusehen, wenn sie der LG dreizehn Tage vor Weihnachten setzt oder wenn dem LN aufgetragen wird, dass er binnen zweiwöchiger Frist einen Barzahler nennen muss, der das LO dann auch tatsächlich erwirbt.¹²³⁴

Bei höherwertigen Leasinggütern, wie zB teuren oder großen Maschinen sowie bei Leasinggütern, für die es nur ein abgeschlossenes, spezielles Käuferklientel, wie bei Kunstgegenständen oder Antiquitäten gibt, ist die Frist mE länger zu bemessen und eine Interessenabwägung vorzunehmen. Wenn der LN das LO in einer Fachzeitschrift inserieren will, wird sein Interesse dahingehend zu berücksichtigen sein, dass er diese Möglichkeit auch dann bekommt, wenn die Zeitschrift bloß alle drei Monate erscheint. Dasselbe wird für Fälle gelten, wo der LN die Möglichkeit sieht, das LO auf einer Fachmesse zu veräußern, auch wenn die Messe nur vierteljährlich stattfindet. Auf der anderen Seite muss das Interesse des LG an einer schnellen Verwertung berücksichtigt werden. Er kann nicht dazu angehalten werden, ein halbes Jahr oder länger zuzuwarten.¹²³⁵ Im

¹²³⁰ So der Klauselteil der Klausel 11 in OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = *ecolex* 2010/37 = *VRInfo* 2010 H 2, 3.

¹²³¹ Der OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) = RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = *ecolex* 2010/37 = *VRInfo* 2010 H 2, 3, prüfte diese Klausel nicht inhaltlich, sondern sprach aus, dass die vom LG formulierte Ersatzklausel die Wiederholungsgefahr nicht beseitige; vgl Kap 4.4.3.

¹²³² *Schumacher*, ZVR 1979, 289 (295) hält eine Frist von sieben Tagen als zu kurz.

¹²³³ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L694; *Nitsch*, NZV 1999, 405 (409 f); *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 155; *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 8 Rz 244 jeweils mit Nachweisen der deutschen Rsp; weitergehend von *Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 90, der eine Frist von zwei Monaten als angemessen ansieht.

¹²³⁴ *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L694; *Weber*, NJW 2005, 2195 (2199).

¹²³⁵ Auch von *Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 90 hält eine Frist, die ein Zuwarten von acht Monaten erfordert, als zu exzessiv.

Zusammenhang mit den Wertungen, die zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 UGB vorgenommen wurden, wird das Interesse des LG an einer schnellen Verwertung insbesondere dort anzunehmen sein, wo unverhältnismäßige Lagerungskosten¹²³⁶ des LO, man denke nur an eine große Maschine, drohen. Gerade bei diesen speziellen Leasinggütern wird man den LN in die Pflicht nehmen müssen vorausschauend zu planen und sich frühestmöglich um einen Drittkäufer umzusehen.

¹²³⁶ Vgl etwa *Dellinger*, Glosse zu 4 Ob 581/87 = JBI 1988, 590 (592).

8.7 Beteiligung des LN an Mehr- und Mindererlös

Bislang war es in der Vertragsgestaltung üblich, dass der LN bei diesem bei Kfz gebräuchlichen Vertragsmodell einen allfälligen Mindererlös zu 100% zu tragen hatte und an einem allfälligen Mehrerlös zu 75% beteiligt war. Derartige Klauseln lauteten wie folgt:

- *"Unterliegt das Leasingfahrzeug während der Vertragsdauer einer derart übermäßigen Abnutzung, sodass der in Punkt 11 vereinbarte und dem Leasingentgelt wesentlich zugrunde liegende Restwert zu Vertragsende unterschritten wird, ist der Leasingnehmer binnen 8 Tagen nach Bekanntgabe durch den Leasinggeber zum Ersatz jenes Minderwertes verpflichtet, um den der tatsächliche Wert des Leasingfahrzeuges unter dem kalkulierten Restwert liegt, den das Leasingfahrzeug bei vertragsgemäßer normaler Abnutzung gehabt hätte. Liegt der Zeitwert über dem kalkulierten Restwert, erhält der Leasingnehmer 75 % der Differenz [...]";¹²³⁷*
- *"Der Vertrag wurde auf Basis des in Punkt VIII. vereinbarten Restwertes kalkuliert. Der LN (Leasingnehmer) verpflichtet sich, eine eventuelle Differenz zwischen dem nach ordentlicher Vertragsbeendigung erzielten Verwertungserlös und diesem kalkulierten Restwert nach Rechnungsstellung zu bezahlen. Ein allfälliger Verwertungsreinerlös wird dem LN zu höchstens 75 % gutgebracht. Der Rest bleibt beim LG (Leasinggeber)".¹²³⁸*

Klauseln mit einem derartigen Inhalt wurden von der hM bislang weder in Ö¹²³⁹ noch in D¹²⁴⁰ beanstandet. Als einzige Ausnahme kann möglicherweise

¹²³⁷ OGH 6 Ob 691/90 = SZ 63/215 = ÖBA 1991, 539 = RdW 1991, 143 = ecolex 1991, 242 (Anm Fischer-Czermak).

¹²³⁸ OGH 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (zust Huber) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469.

¹²³⁹ OGH 6 Ob 691/90 = SZ 63/215 = ÖBA 1991, 539 = RdW 1991, 143 = ecolex 1991, 242 (Anm Fischer-Czermak), OGH 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (zust Huber) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469.

*Fischer-Czermak*¹²⁴¹ in der Entscheidungsbesprechung zu OGH 6 Ob 691/90 angeführt werden, die etwas kryptisch zu einer solchen Klausel formulierte "Wie immer man diese Vereinbarung beurteilen mag."

8.7.1 Neue Rsp des OGH iZm den Verbandsklagen

Im Rahmen der Verbandsklageverfahren hatte der OGH folgende Klauseln einer Beurteilung zu unterziehen:

- "Der LN erhält 75% von einem nach Abdeckung sämtlicher Forderungen der HSL (Anm der LG) verbleibenden Mehrerlös aus der Verwertung des LO (Nettoverkaufserlös abzüglich der bei der Verwertung entstehenden Kosten). [...] Wird bei der Verwertung der im Leasingvertrag angeführte kalkulatorische Restwert nicht erreicht, ist der LN verpflichtet, einen allfälligen Mindererlös zuzüglich allfälliger Rückstände und Kosten binnen 10 Tagen an die HSL (Anm der LG) zu bezahlen [...]";¹²⁴²
- "Der LN verpflichtet sich, eine eventuelle Differenz zwischen dem nach ordnungsgemäßer Vertragsbeendigung erzielten Verwertungserlös und diesem kalkulierten Restwert zur Abdeckung der erhöhten Wertminderung nach Aufforderung prompt nachzuzahlen, von etwaigen Mehrerlösen erhält der LN 75%";¹²⁴³
- "Der Verkaufserlös wird dem vereinbarten kalkulierten Restwert gegenübergestellt. Von einem Mehrerlös erhält der Leasingnehmer 75 %; ein Mindererlös ist vom Leasingnehmer zu erstatten";¹²⁴⁴

¹²⁴⁰ Von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ Kap J Rz 132; Stoffels in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ Klauseln L 155 mwN; Groß, Kraftfahrzeugleasing, DAR 1996, 438 (440 f).

¹²⁴¹ In *ecolex* 1991, 242 (243).

¹²⁴² OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 18.

¹²⁴³ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 13 und gleichlautend Klausel 30 in OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = *jusIT* 2010/90 (Anm Thiele).

¹²⁴⁴ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 25 letzter Satz.

- "a) Differenz aus dem kalkulatorischen Restwert zum vorliegenden Kaufanbot gemäß Punkt 4.5. wird dem Kunden verrechnet, wobei ein eventueller Mehrerlös zu 75 % gutgeschrieben wird. b) Die Differenz zwischen dem kalkulatorischen Restwert zum Abrechnungsstichtag und dem nach Punkt 4.5. ermittelten Betrag wird mit dem Kunden verrechnet, wobei ein eventueller Mehrerlös zu 75 % gutgeschrieben wird".¹²⁴⁵

Der OGH¹²⁴⁶ ist nunmehr bei den oben angeführten Klauseln – der bis dahin üblichen Klauselgestaltung – entgegengetreten. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt und gröblich benachteiligend, wenn der LN auf der einen Seite nur 75% des Mehrerlöses¹²⁴⁷ lukrieren könne, andererseits jedoch 100% des Mindererlöses zu tragen habe. Auch wenn die bloß 75%-ige Zuteilung des Mehrerlöses aus steuerlichen Gründen gerechtfertigt sei, sei keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung in Bezug auf den Mindererlös erkennbar.¹²⁴⁸

8.7.2 Lehre

Einigkeit besteht in der hM darüber, dass der LN auch bei Teilamortisationsverträgen eine Vollamortisation schuldet.¹²⁴⁹ Diese

¹²⁴⁵ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 21.

¹²⁴⁶ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 18; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 13; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 30; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 25 letzter Satz; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 21.

¹²⁴⁷ Wenn eine Vertragsklausel vorsieht, dass maximal 75% des Mehrerlöses gutgeschrieben werden, so verstößt dies gegen das Transparenzgebot und ist gröblich benachteiligend, weil dem LG dann offenbar freies Ermessen bei der Zuteilung des Mehrerlöses zukommt: vgl OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex 2010, 346 = KRES 1d/141 = RdW 2010/289 = ÖBA 2010/1621 zu Klausel 41.

¹²⁴⁸ Vgl FN 1246.

¹²⁴⁹ OGH 6 Ob 691/90 = SZ 63/215 = ÖBA 1991, 539 = RdW 1991, 143 = ecolex 1991, 242 (Anm *Fischer-Czermak*); OGH 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR 2007, 212 (*zust Huber*) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 = Zak 2006/469; OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex

Vollamortisation wird durch den LN einerseits durch die Zahlung der Leasingraten und andererseits durch die Abdeckung des kalkulierten Restwerts erreicht. Um den kalkulierten Restwert abzusichern, wird der LN idR verpflichtet 100% des Mindererlöses zu tragen. Auf der anderen Seite werden ihm 75% des Mehrerlöses gutgeschrieben. Die 75%-Regelung sei sachlich gerechtfertigt, da der LG nicht mehr als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen werden würde, wenn er allein die Interessen des LN vor Augen hätte.¹²⁵⁰

*Apathy*¹²⁵¹ hebt in seiner Entscheidungsbesprechung zu 3 Ob 12/09z hervor, dass es den anerkannten Grundsätzen des Rechtsinstituts Leasing entspreche, dass der LG nicht das Risiko zu tragen hat, einen im Vergleich zum kalkulatorischen Restwert geringeren Verwertungserlös zu erzielen. Wäre der LG verpflichtet, dieses Risiko zu tragen, hätte dies ein Ende des Finanzierungsleasings zur Folge. Der LN könne nämlich den Wert des LO im Rückgabezeitpunkt positiv beeinflussen, wenn er das LO schonend gebrauchte.

8.7.3 Eigene Ansicht

ME handelt es sich bei der Pflicht des LN, die Leasingraten zu bezahlen und den Restwert abzusichern, um eine Hauptleistungspflicht des LN.¹²⁵² In diesem Fall bleibt für die Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB – entgegen der Ansicht des OGH – kein Raum, weil es sich eben um keine Nebenbestimmung des Leasingvertrags handelt. Sofern die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind, kommen lediglich die §§ 879 Abs 1 und Abs 2 Z 4 ABGB sowie die *laesio*

2009, 221 (Anm *Wilhelm*) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140; OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*); OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*); OGH 8 Ob 26/12z = ÖBA 2013, 762; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing 139; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 295.

¹²⁵⁰ So *Krejci* in Das Leasinggeschäft 295.

¹²⁵¹ In ÖBA 2009, 755 (757).

¹²⁵² So auch *Martinek/Wimmer-Leonhardt* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 56 Rz 28 mwN.

enormis zur Anwendung. Am nächsten liegend erscheint in diesem Zusammenhang die Anwendung des § 879 Abs 1 ABGB, wonach eine grob unausgewogene Differenzierung der Rechtsposition der Parteien als sittenwidrig anzusehen ist.¹²⁵³ Dies wäre bspw bei einer Regelung, bei der der LG zwar an einem Mehrerlös partizipiert, jedoch keineswegs an einer anteilmäßigen Zahlung des Mindererlöses teilnehmen will, denkbar. In diesem Fall erscheint die Bildung von zwei Fallgruppen zweckmäßig:

1. Der LN hat das LO übermäßig abgenutzt.
2. Der LG hat den Restwert bei Vertragsschluss sorgfältig kalkuliert. Aufgrund nachteiliger Veränderungen (zB Wirtschaftskrise, technische Neuerungen) stellt sich jedoch heraus, dass der Restwert im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung nicht zu lukrieren ist.

Im ersten Fall ist es durchaus gerechtfertigt und daher nicht sittenwidrig, wenn der LN 100% des Mindererlöses zu tragen hat, weil es alleine in seiner Sphäre und keinesfalls in der Sphäre des LG liegt, ob er das LO intensiv abnutzt oder nicht.¹²⁵⁴ Der Wertverlust durch den intensiven Gebrauch wird durch die nachträgliche Angleichung des Leasingentgelts, hier in der Gestalt des Mindererlöses, wieder ausgeglichen.¹²⁵⁵

Im zweiten Fall haben beide Parteien über "Zukünftiges" geirrt. Weder der LG noch der LN tragen ein Verschulden an einer derartigen Situation. Diesfalls ist es äußerst problematisch, wenn der LN allein das Risiko für diese Veränderungen tragen soll. Es ist daher geboten, auch den LG an einem allfälligen Mindererlös zumindest zu 25% partizipieren zu lassen. So lässt sich auch der Vorwurf der sachlichen Ungleichbehandlung der Vertragsparteien entkräften.

Eine pauschale Verpflichtung der LG an einem allfälligen Mindererlös zu partizipieren, hätte in der Praxis zur Folge, dass die LG ihre Leasingraten

¹²⁵³ Vgl allgemein *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 109.

¹²⁵⁴ So auch *Apathy*, ÖBA 2009, 755 (757).

¹²⁵⁵ So auch *Beckmann*, Finanzierungsleasing³ § 8 Rz 68; *Nitsch*, NZV 1999, 405 (406).

wesentlich erhöhen. Die LG müssten dann nämlich das Risiko einkalkulieren, dass der LN das LO übermäßig nutzt und sie einen Mindererlös anteilig zu tragen haben. Durch eine klare Abgrenzung der beiden Fallgruppen ließe sich das vermeiden.

8.7.4 Praktische Auswirkungen der Rsp des OGH

Die LG haben auf die jüngste Rsp des OGH reagiert¹²⁵⁶ und nehmen nunmehr Klauseln in ihre AGB auf, wonach der LN nur mehr 75% eines Mindererlöses zu ersetzen hat. Von einem allfälligen Mehrerlös werden dem LN 75% gutgeschrieben. Als Beispiel lässt sich folgende Klauselgestaltung anführen: *"Gelingt es bei der Verwertung des LO nicht, zumindest den Restwert samt Umsatzsteuer zu erzielen, hat der LN 75 % der Differenz zu ersetzen. Von einem allfälligen Übererlös sind 75 % dem LN gut zu bringen, 25 % verbleiben dem LG"*.¹²⁵⁷

a) Konsequenz: Nichtanwendbarkeit des VKrG

Fraglich ist, ob diese Klauselgestaltung letztlich nicht mehr Nachteile als Vorteile für die LN bringt, wenn man bedenkt, dass hier dann die aus Sicht des LN vorteilhaften Regelungen des VKrG nicht mehr zur Anwendung gelangen. Aus den §§ 25 iVm 26 Abs 1 Z 3 und 4 VKrG lässt sich nämlich ableiten, dass das VKrG nur auf solche Leasingverträge Anwendung findet, wo der Verbraucher bei Vertragsbeendigung das Restwertrisiko trägt. Wenn der Verbraucher, wie in der oben genannten Klausel, das Restwertrisiko nur mehr zu 75% und somit

¹²⁵⁶ Die jüngere Rsp des OGH wurde auch in den Einkommensteuerrichtlinien 2000 berücksichtigt und enthält unter Rz 141 nunmehr folgenden Passus: *"Sollen das Risiko der Wertminderung und die Chance der Wertsteigerung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer gleichteilig verteilt werden, kommt es bei ab dem 1.1.2011 abgeschlossenen Leasingverträgen nur dann zu keiner Zurechnungsänderung zum Leasingnehmer, wenn der Leasinggeber mindestens 25% der Differenz zwischen Restwert und niedrigerem Veräußerungserlös trägt und andererseits mindestens 25% des den Restwert übersteigenden Teiles des Veräußerungserlöses erhält"*.

¹²⁵⁷ So etwa Klausel 16.4 der Sparkassen-AGB (abgerufen unter <http://www.s-autoleasing.at/de/Vertragsbedingungen/Produkt/Leasing> am 25.3.2012) und gleich lautende Bestimmung in Punkt 13 der Leasing AGB der Bank Burgenland (abgerufen unter http://www.bbleasing.at/media/module_download/86_AGB_Verbraucher_03-2011.pdf am 25.3.2012).

nicht mehr gänzlich trägt, wären aber die Vorschriften des VKrG nicht mehr anzuwenden.¹²⁵⁸

b) Eigene Ansicht

Es kann nicht Sinn und Zweck eines effektiven Verbraucherschutzes sein, dass die Anwendung der oben erwähnten verbraucherschützenden Normen versagt ist, nur weil der LN das Restwertrisiko nicht mehr zu 100%, sondern zu 75% trägt. ME ist in diesen Fällen darauf abzustellen, ob der LN das Restwertrisiko überwiegend trägt. Ist der LN zumindest verpflichtet, das Restwertrisiko zu mehr als 50% zu tragen, so sollte es bei der Anwendbarkeit des VKrG bleiben.

8.7.5 Anforderung an die Vertragsgestaltung

Auch wenn man bejaht, dass die Restwertabsicherung ein Teilentgeltanspruch ist, der eine Hauptleistungspflicht darstellt, wird man vom LG verlangen müssen, klar darzustellen, dass der LN ein Restwertrisiko trägt. Bleibt es nämlich bei einer Auslegung nach § 914 ABGB unklar, ob der LN nun das Restwertrisiko trägt, kommt § 915 Satz 2 ABGB zur Anwendung, wonach unklare Äußerungen zu Lasten des Verwenders gehen.¹²⁵⁹ Das Restwertrisiko bliebe dann beim LG.

Bei Verbrauchergeschäften ist der LG verpflichtet, bereits im Rahmen der vorvertraglichen Informationspflichten und im Leasingvertrag darüber aufzuklären, dass der LN das Restwertrisiko trägt.¹²⁶⁰ Bis zur Einführung des VKrG ließ sich dies auch aus dem Transparenzgebot ableiten.

¹²⁵⁸ Krit auch *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken 198.

¹²⁵⁹ Vgl. allgemein *Bollenberger* in *KBB*³ § 915 Rz 4; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 915 Rz 23 ff.

¹²⁶⁰ Vgl. § 26 Abs 2 VKrG; diese Rechtslage gilt seit dem 11.06.2010.

8.8 Probleme bei der Beendigung eines Kilometerleasingvertrags

8.8.1 Grundsätzliches zum Vertragsmodell

Die Grundlage dieses beim Kfz-Leasing gebräuchlichen Vertragsmodells ist die Annahme einer voraussichtlich geplanten Fahrleistung während einer bestimmten Vertragsdauer. Die Anzahl der Kilometer, die der LN während der bestimmten Vertragsdauer zurücklegen darf, ist im Leasingvertrag durch die Vereinbarung einer Kilometerbegrenzung festgelegt. Das Leasingentgelt umfasst den geschätzten Wertverlust des LO während der Vertragsdauer zuzüglich Gewinn und Aufwendungen des LG.¹²⁶¹ Auch bei dieser Vertragsart handelt es sich um einen Finanzierungsleasingvertrag,¹²⁶² ungeachtet der Tatsache, dass der LN im Gegensatz zu den Leasingverträgen mit Restwertabrechnung nicht für den Restwert einzustehen hat,¹²⁶³ sondern für einen bestimmten Zustand und eine begrenzte Anzahl an gefahrenen Kilometern.¹²⁶⁴ Das Risiko der Verwertung des LO ist im Gegensatz zu den anderen gebräuchlichen Vertragsvarianten alleine dem LG zugewiesen.¹²⁶⁵ Etwas missverständlich erscheinen daher folgende, allgemeine Ausführungen des OGH¹²⁶⁶: "*Beim Teilamortisationsleasing*

¹²⁶¹ *Martinek/Wimmer-Leonhardt* in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), *Handbuch des Leasingrechts*² § 55 Rz 5.

¹²⁶² Im Zusammenhang mit dem VKrG ist zu beachten, dass diese Vertragsvariante grundsätzlich nicht den für den LN vorteilhaften Vorschriften des VKrG unterliegt, weil das Restwertrisiko hier nicht den LN trifft. In der österreichischen Literatur gibt es keine Stellungnahmen zur Frage, ob die Regelungen des VKrG nicht analog auf diese Vertragsvariante Anwendung finden sollen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften des VKrG sollte mE va im Zusammenhang mit den Informationspflichten angenommen werden, um einen effektiven Verbraucherschutz zu gewähren; vgl zur Diskussion, ob die Bestimmungen des deutschen Verbraucherkreditrechts auf diese Vertragsvariante Anwendung finden sollen: *Schattenkirchner*, Die Entwicklung des Leasingrechts von Mitte 2009 bis Ende 2011, *NJW* 2012, 197 mwN; gegen eine analoge Anwendung des deutschen Verbraucherkreditrechts auf Kilometerleasingverträge: *Skusa*, Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge, *NJW* 2011, 2993 (2997 f); für eine analoge Anwendung des deutschen Verbraucherkreditrechts auf Kilometerleasingverträge: *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*¹¹ Rz L110.

¹²⁶³ So die Ausführungen des OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = *ecolex* 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131.

¹²⁶⁴ *Skusa*, *NJW* 2011, 2993 (2997).

¹²⁶⁵ *Reinking/Eggert*, *Der Autokauf*¹¹ Rz L708; *Zahn/Bahmann*, *KFZ-Leasingvertrag* 156 f.

¹²⁶⁶ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = *ecolex* 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131.

wird die angestrebte volle Amortisation dadurch gewährleistet, dass neben der Summe der Leasingraten auch der erwartete oder kalkulierte Restwert des Leasingguts eine maßgebende Rolle spielt“, wenn man bedenkt, dass einige Zeilen später sehr wohl darauf verwiesen wird, dass der LN nicht dafür einzustehen hat, dass bei der Verwertung des LO ein Erlös in der Höhe des kalkulierten Restwerts erzielt wird.

Wenn bei diesem Vertragsmodell die vereinbarte Kilometerleistung am Ende der Vertragslaufzeit überschritten wird, hat der LN zusätzliche Zahlungen pro Mehrkilometer zu leisten, wobei meist ein Toleranzrahmen vereinbart wird, innerhalb dessen keine zusätzlichen Zahlungen zu leisten sind.¹²⁶⁷

8.8.2 Ausgleich von Minderkilometern

a) OGH 7 Ob 230/08m

Der OGH¹²⁶⁸ hatte zu beurteilen, ob es gröblich benachteiligend ist, wenn der LN zwar zum Ausgleich von Mehrkilometern verpflichtet wird, ihm jedoch Minderkilometer für eine geringere als die vereinbarte Kilometerleistung nicht erstattet werden. Die betroffene Klausel lautete wie folgt: *"Die Kilometerleistung während der Vertragslaufzeit ist auf das umseits angeführte Maß begrenzt. Mehrkilometer müssen bei Vertragsende mit dem ebenfalls angegebenen Satz abgegolten werden. Eine zehnpromzentige km-Toleranz gilt als vereinbart. [...] Eine geringere als die vereinbarte Kilometerleistung wird dem Mieter nicht vergütet."*

Der OGH sprach aus, dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, wenn der LN Mehrkilometer (wenn auch pauschal) auszugleichen hat, Minderkilometer hingegen zulasten des LN¹²⁶⁹ unbeachtet bleiben. Der LG könne bei Verwertung des LO ja auch einen höheren Wert lukrieren.

b) OGH 3 Ob 200/07v

¹²⁶⁷ Dies war auch bei der vom OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 zu beurteilenden Klausel 7 der Fall.

¹²⁶⁸ OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131 Klausel 7.

¹²⁶⁹ So auch *Zahn/Bahmann*, KFZ-Leasingvertrag 43.

Im Zusammenhang mit einem Operatingleasingvertrag, der auf drei Jahre abgeschlossen war, wurde eine Jahreskilometerleistung von 65.000 und eine monatliche Leasingrate von EUR 2.229 festgelegt. Eine Vergütung für Minderkilometer wurde nicht vereinbart, jedoch ein Mehrkilometersatz von EUR 0,36. Der LN hat den Leasingvertrag nach zweieinhalb Jahren vorzeitig aufgelöst und begehrte einen Anspruch auf Verringerung des Entgelts, weil die tatsächliche Kilometerleistung hinter der vereinbarten Kilometerleistung zurückgeblieben war. Der 3. Senat¹²⁷⁰ sprach aus, dass kein Anspruch auf Verringerung des Entgelts für den Fall von Minderkilometern besteht, selbst wenn ein Ersatz für Mehrkilometer vereinbart ist. Auch bei einem Mietvertrag bestehe kein Anspruch auf eine Rückzahlung eines Teils des Mietzinses, wenn die Nutzung des Bestandobjekts geringer als zulässig ausfällt, weil es alleine dem Mieter überlassen ist, ob und inwieweit er das Mietobjekt nutzt.

8.8.3 Eigene Ansicht

Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, dass die Rsp des OGH nicht einheitlich ist und die Ausführungen des 7. Senats in Widerspruch zu denen des 3. Senats stehen.

Hierzu ist jedoch anzuführen, dass das Heranziehen der bestandvertraglichen Normen in der Konstellation, die der 7. Senat zu beurteilen hatte, nicht passt, weil das Entgelt beim Finanzierungsleasing anders als beim Mietvertrag und beim Operatingleasing kalkuliert wird. Beim Operatingleasing erreicht der LG nämlich Vollamortisation nicht durch einmaliges, sondern erst durch mehrmaliges Überlassen des LO.¹²⁷¹ Beim Finanzierungsleasing sind daher Mehr- und Minderkilometer entsprechend zu berücksichtigen. Würde man das Bestandrecht bei Finanzierungsleasingverträgen zumindest analog heranziehen, hätte der LN die Nachteile eines Mieters zu tragen, welchem das Bestandentgelt nicht refundiert wird, weil er den Gebrauch der Sache freiwillig unterlässt.

¹²⁷⁰ OGH 30.01.2008, 3 Ob 200/07v (unveröffentlicht).

¹²⁷¹ Vgl Kap 1.1.1.

Im Zusammenhang mit dem Operatingleasingvertrag hat der 3. Senat ebenso richtig entschieden, weil ein Mieter ja auch nicht mehr Miete bezahlen muss, wenn er die Bestandsache mehr nutzt.

8.9 Fortzahlung der Leasingraten in voller Höhe?

Nachfolgend soll untersucht werden, ob es zulässig ist, den LN zur Fortzahlung der Leasingraten in voller Höhe zu verpflichten:

- wenn die Vollamortisation erreicht ist und
- in den Leasing-AGB vorgesehen ist, dass der LN kündigen muss, wenn er vermeiden will, dass der Leasingvertrag weiterläuft.

Mangels Stellungnahmen in der österreichischen Lehre zu dieser Frage werden nachfolgend die Argumente der deutschen Lehre für und gegen eine Fortzahlung in voller Höhe dargestellt.

8.9.1 Argumente für eine Fortzahlung in voller Höhe

Die Befürworter einer Fortzahlung der Leasingraten in voller Höhe führen an, dass auch ein Vermieter weiterhin Mietzinszahlungen in voller Höhe verlangen könne, selbst wenn sich seine Aufwendungen für das Bestandobjekt aufgrund der Mietzinszahlungen in der Vergangenheit vollständig amortisiert hätten.¹²⁷² Andernfalls werde unterstellt, dass der LN nach Vertragsbeendigung (bzw falls noch keine Vertragsbeendigung stattgefunden hat mit Erreichen der Vollamortisation) stets eine wertlose Sache weaternutze, wovon angesichts der bestehenden Verwertungsmöglichkeiten eines LO nicht ausgegangen werden könne.¹²⁷³

8.9.2 Argumente gegen die Fortzahlung in voller Höhe

Diese Ansicht geht davon aus, dass Leasingraten in keinem Zusammenhang mit marktüblichen Mietzinszahlungen stehen und daher die Regelung des Bestandvertrags auf den Leasingvertrag nicht anzuwenden ist. Leasingraten stellen nämlich nicht nur ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung

¹²⁷² *Berninghaus* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² § 35 Rz 31.

¹²⁷³ *Mankowski/Knöfel* in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² § 21 Rz 105.

dar, sondern sollen zusätzlich den Kapitaleinsatz des LG einschließlich des kalkulierten Gewinns abdecken. Wenn der LN die Leasingraten in voller Höhe weiter bezahlen müsste, so hätte er die Kosten, die er dem LG durch Zahlung der Leasingraten bis zum Eintritt der Vollamortisation geleistet hat, nochmals zu leisten. Dies würde dazu führen, dass der LN für das LO zweimal bezahlen muss.¹²⁷⁴ Darüber hinaus liege der Marktwert des alten und mitunter abgenutzten LO weit unter den ursprünglichen Leasingraten.¹²⁷⁵ Dies stellt den LN schlechter als wie wenn er eine vertraglich eingeräumte Verlängerungsoption ausnützen würde bzw das LO ankaufen würde.¹²⁷⁶

8.9.3 Rsp des OGH

Der OGH¹²⁷⁷ hatte ebenso Gelegenheit zu Klauseln, welche die Fortzahlung der Leasingraten betrafen, Stellung zu nehmen. Interessant ist, dass die Klauseln, die der dritte bzw der sechste Senat zu beurteilen hatten – soweit ersichtlich – wortident waren, die beiden Senate jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten. Zudem hat der sechste Senat in seiner späteren Entscheidung auch nicht auf den dritten Senat verwiesen.

Die Klausel, die der dritte Senat¹²⁷⁸ bzw sechste Senat¹²⁷⁹ zu beurteilen hatte, lautete wie folgt:

§ 2 Vollamortisationsvertrag, Teilamortisationsvertrag mit Andienungsrecht
2.2 Bei Abschluss eines Vollamortisationsvertrages wird die Vollamortisation durch Zahlung der vereinbarten Leasingraten während der Grundmietzeit erreicht. Sofern es nicht zu einer Verlängerung des Vertrages kommt, ist der LN verpflichtet, das LO nach Ende der Grundmietzeit an den LG [....] zurückzugeben.

¹²⁷⁴ Tiedtke, Anmerkung zu OLG Köln 19 W 33/92, JZ 1993, 740 (742); Canaris, AcP 190, 442; Reinking/Eggert, Der Autokauf¹¹ Rz L631 f.

¹²⁷⁵ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 125; Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge 185.

¹²⁷⁶ Canaris, AcP 190, 411.

¹²⁷⁷ OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2; OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm Wilhelm) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140.

¹²⁷⁸ OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2.

¹²⁷⁹ OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm Wilhelm) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140.

§ 3 Grundmietzeit, Vertragsverlängerung

3.2 Beide Parteien können den Leasingvertrag mit einer Frist von drei Monaten erstmals zum Ende der Grundmietzeit kündigen.

3.4 Wird vom Kündigungsrecht zum Ende der Grundmietzeit kein Gebrauch gemacht, so verlängert sich der Vertrag um sechs Monate [...]. Auch für die Zeit der Verlängerung gelten die vereinbarten Vertragsbedingungen. [...]

a) 3. Senat – Verstoß gegen § 864a ABGB

Der dritte Senat sprach aus, dass eine solche Klauselgestaltung gegen § 864a ABGB verstößt. Die Verbindung einer automatischen Vertragsverlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung, die mit einer Verpflichtung zur Weiterzahlung der bisherigen Leasingraten in voller Höhe verbunden ist, sei in einem so hohen Maß ungewöhnlich, dass der LN damit nicht rechnen müsste.¹²⁸⁰ Da die beiden Vertragsurkunden in schwer lesbarem Kleinstdruck gehalten waren und der Text der ALB kaum strukturiert war, war eine solche Klausel überraschend.¹²⁸¹ Auch bei einem Ratenkauf oder einem Kreditvertrag sei der Käufer bzw Kreditnehmer nach Zahlung der letzten Rate nicht verpflichtet, weitere Raten in voller Höhe zu bezahlen.

b) 6. Senat – Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB

Der sechste Senat hingegen verneinte einen Verstoß gegen § 864a ABGB bei wortidenter Klausel mit der Begründung, dass die Klausel keine ungewöhnliche Regelung enthalte.¹²⁸² Aus den Feststellungen der Entscheidung lässt sich bloß entnehmen, dass der LN im Vertragsformblatt ausdrücklich auf die Geltung der ALB – offensichtlich aber nicht auf die besonderen Rechtsfolgen der nicht rechtzeitigen Vertragsbeendigung – hingewiesen wurde. Möglicherweise versagte der OGH die Anwendung des § 864a ABGB, weil das Klauselwerk besser strukturiert oder die Klauseln in Fettdruck – anders als die Klauseln des 3. Senats – hervorgehoben waren. Dies lässt sich jedoch den Feststellungen des OGH nicht entnehmen, zumal der sechste Senat mit keinem Wort die Entscheidung des dritten Senats erwähnte. Der OGH sprach aus, dass eine

¹²⁸⁰ OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2.

¹²⁸¹ Zust *Kapsch*, Ratenzahlung ohne Ende? OGH kippt Leasingklausel, Die Presse 2007/48/03.

¹²⁸² OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm *Wilhelm*) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140.

Klausel, wonach der Vollamortisationsleasingvertrag nicht automatisch endet, sondern gekündigt werden muss, nicht wegen des Erfordernisses der Kündigung gröblich benachteiligend sei. Die gröbliche Benachteiligung sei darin zu erblicken, dass der Vertrag mit einer unverminderten Ratenzahlungspflicht fortgesetzt werde, die weder der Vollamortisation noch der Vergütung des Gebrauchswerts des abgenützten Gutes, sondern allein dem unredlichen Gewinnstreben¹²⁸³ des LG diene. Eine Vertragsfortsetzung nach Eintritt der Vollamortisation sei hingegen erlaubt, sofern die Raten in einem angemessenen Verhältnis zum verbliebenen Verkehrs- oder Gebrauchswert des LO stehen.

8.9.4 Ansicht *Wilhelm*

*Wilhelm*¹²⁸⁴ stimmt der Ansicht des sechsten Senats im Ergebnis zu, kritisiert jedoch die Begründung. Die gröbliche Benachteiligung ergebe sich nämlich nicht aus der ALB-Klausel selbst, weil diese bloß die Regelung wiedergebe, dass die Raten aufgrund der Nichtkündigung des Vertrags und trotz Vollamortisation in voller Höhe weiterzuzahlen sind; der LN werde vielmehr wegen der Entgelthöhe, die einen notwendigen Hauptpunkt des Leasingvertrags betreffe und die wegen der Vertragsverlängerung auf derselben Höhe bleibe, benachteiligt. Die "Gier" des LG, der das Entgelt auf derselben Höhe halten wolle, stelle von Beginn des Vertrages eine Sittenwidrigkeit dar, die aber erst mit Eintritt der Vollamortisation und einer nicht erfolgten Kündigung ihren Anwendungsfall bekomme.

8.9.5 Eigene Ansicht

Den Ausführungen *Wilhelms* ist vollinhaltlich zuzustimmen. Leider lässt sich den Feststellungen der beiden Senate nicht eindeutig entnehmen, ob die Vollamortisationsverträge auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen waren. War der Leasingvertrag auf bestimmte Dauer abgeschlossen, wäre – zumindest nach der Rechtslage seit 11.6.2010 – § 986 Abs 3 ABGB analog anzuwenden, der besagt, dass ein auf bestimmte Dauer abgeschlossener Darlehensvertrag mit Zeitablauf endet. Enthält nunmehr ein Leasingvertrag eine Klausel, dass der Vertrag bei Nichtkündigung und

¹²⁸³ So schon das Argument von *Tiedtke*, JZ 1993, 742.

¹²⁸⁴ In Anmerkung zu 6 Ob 241/07w, *ecolex* 2009, 222.

Vollamortisation zu den ursprünglichen Bedingungen weiterläuft, so könnte eine derartige Klausel schon wegen des Erfordernisses einer Kündigungserklärung unzulässig sein, weil es sich dabei um eine Abweichung vom dispositiven Recht handelt, ohne dass es überhaupt einer Prüfung der Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit der Entgelthöhe bedarf.

9 AUSGEWÄHLTE PROBLEME BEI DER AUßERORDENTLICHEN BEENDIGUNG DES LEASINGVERHÄLTNISSSES

9.1 Grundsätzliches zur außerordentlichen Beendigung

In Literatur und Rsp ist anerkannt, dass ein Dauerschuldverhältnis von jeder Vertragspartei jederzeit aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden kann, ohne dass eine Kündigungsfrist¹²⁸⁵ eingehalten werden muss.¹²⁸⁶ Für den Darlehensvertrag wurde dies nun in § 987 ABGB ausdrücklich normiert.¹²⁸⁷ Auch bei Leasingverträgen ist anerkannt, dass diese weitgehend zu den Dauerschuldverhältnissen zählen, wobei aber darauf verwiesen wird, dass der Umfang der insgesamt zu erbringenden Leistung im Vorhinein genau bestimmt ist und somit definitionsgemäß eigentlich ein Zielschuldverhältnis vorliegt, weshalb das Dauermoment bei solchen Schuldverhältnissen uU eine andere Interessenwertung verlangt.¹²⁸⁸ Während für eine Zuordnung zu einem Zielschuldverhältnis sprechen könnte, dass bei Leasingverträgen von Beginn an feststeht, welche Leistungen der LG und der LN erbringen, so liegt das wirtschaftliche Schwergewicht trotzdem auf der Vertragsdauer, innerhalb derer dem LN das LO zum Gebrauch überlassen wird und die Gesamtleistung des LN - zeitbedingt - durch seine Zahlungen immer geringer wird.¹²⁸⁹

Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung besteht sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen. Als wichtige Gründe zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses werden Umstände angesehen, die es für eine Vertragspartei unzumutbar erscheinen lassen, das

¹²⁸⁵ In § 26 Abs 4 bis 7 VKrG ist das jederzeit ausübbares Recht des LN normiert, das LO vorzeitig zu erwerben bzw vorzeitig zurückzustellen: vgl Kap 8.3.

¹²⁸⁶ Vgl etwa *Aichberger-Beig* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 987 Rz 2. *Stabentheiner*, Das neue Darlehensrecht des ABGB, ÖJZ 2010, 935 (942).

¹²⁸⁷ *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 934 (941 f).

¹²⁸⁸ *Rummel* in *Rummel*³ § 859 Rz 28; OGH 8 Ob 607/84 = SZ 57/186 = MietSlg 36.182 = HS 14.823 = JBI 1985, 350 = RdW 1985, 150 = ÖBA 1986, 241.

¹²⁸⁹ So OGH 8 Ob 607/84 = SZ 57/186 = MietSlg 36.182 = HS 14.823 = JBI 1985, 350 = RdW 1985, 150 = ÖBA 1986, 241; *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 50 ff; *Nitsche*, ÖJZ 1974, 61 (68).

Dauerschuldverhältnis weiter aufrecht zu erhalten.¹²⁹⁰ Die Möglichkeit einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund kann auch in AGB vereinbart werden.¹²⁹¹

Im Folgenden wird erörtert, ob der LG

- bei einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage,
- bei einer Insolvenz des LN,
- bei anhängigen Exekutionsverfahren gegen den LN,
- bei Tod und Handlungsunfähigkeit des LN,
- bei der Einstellung des Geschäftsbetriebs,
- bei Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Leasingvertrags,

berechtigt ist, das Leasingverhältnis vorzeitig aufzulösen.

Insbesondere wird auf die Rsp des OGH im Zusammenhang mit den Verbandsklageentscheidungen eingegangen, wobei auch die vorausgehende Rsp des OGH zu den Kredit-AGB entsprechende Berücksichtigung findet. Weiters wird erörtert, ob eine Rechtsprechungsänderung aufgrund der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie zu erwarten ist. Dies deshalb, weil Erwägungsgrund 33 der RL vorsieht, dass im nationalen Recht Kreditverträge nur wegen eines Vertragsbruchs aufgelöst werden dürfen.

¹²⁹⁰ RIS-Justiz RS0027780; *Binder/Reidinger* in Schwimann³ § 918 ABGB Rz 54 ff mwN; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 9; *Aichberger-Beig* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 987 Rz 5; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 935 (942).

¹²⁹¹ *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 166; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 65.

9.2 Vorzeitige Vertragsbeendigung des LN

In den AGB ist meist eine große Auswahl an Klauseln zu finden, die es dem LG ermöglichen, das Leasingverhältnis vorzeitig zu beenden. Ganz anders verhält es sich mit Regelungen, die dieses Recht auch dem LN einräumen. Soweit ersichtlich, hatte der OGH¹²⁹² bisher nur einmal die Zulässigkeit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung durch den LN zu beurteilen. Auch dieser Entscheidung lag eine reichliche Auswahl an Klauseln zugrunde, die es dem LG erlaubt hätten, das LO zurückzunehmen bzw nach eigenem Ermessen das Vertragsverhältnis aufzulösen. In den AGB war jedoch nicht vorgesehen, dass derartige Rechte auch dem LN zukommen. Der OGH sprach aus, dass ein wichtiger Grund, der den LN zur vorzeitigen Vertragsbeendigung berechtigt, dann vorliegt, wenn der LG längere Zeit hindurch unberechtigte Geldforderungen gegen den LN durchzusetzen versucht und dadurch den Eindruck erweckt, dass er zur Stellung dieser Forderung berechtigt und gegebenenfalls auch zur Geltendmachung der scharfen, vertraglichen Verzugsfolgen berechtigt sei.

¹²⁹² In 8 Ob 607/84 = SZ 57/186 = MietSlg 36.182 = HS 14.823 = JBl 1985, 350 = RdW 1985, 150 = ÖBA 1986, 241.

9.3 Vorzeitige Vertragsbeendigung des LG

Aufgrund des dispositiven Rechts steht es den Vertragsparteien frei, weitere gesetzlich nicht geregelte Gründe für den einseitigen Rücktritt/Kündigung zu bestimmen.¹²⁹³ Im Bereich des KSchG ist diese Möglichkeit jedoch durch § 6 Abs 2 Z 1 KSchG eingeschränkt. Danach sind Vertragsklauseln verboten,¹²⁹⁴ die es dem Unternehmer erlauben, ohne sachliche Rechtfertigung¹²⁹⁵ vom Vertrag zurückzutreten. Dem Verbraucher wird nämlich meist nicht dasselbe Recht eingeräumt. Dies hat zur Konsequenz, dass der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist, der Unternehmer jedoch nicht.

Der Begriff des "Rücktritts" ist teleologisch auszudehnen,¹²⁹⁶ weshalb diese Norm nicht nur auf Zielschuldverhältnisse, sondern auch im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, wie eben dem Leasing, anwendbar ist. Weil sich diese Bestimmung im Abs 2 des Klauselkatalogs des § 6 KSchG befindet, sind solche Klauseln dann gültig, wenn der Unternehmer beweisen kann, dass sie im Einzelnen ausgehandelt wurden.¹²⁹⁷ Im Rahmen von AGB findet ein derartiges "Aushandeln" jedoch nicht statt.¹²⁹⁸

¹²⁹³ Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 2 Z 1 KSchG Rz 1.

¹²⁹⁴ Von § 6 Abs 2 Z 1 KSchG sind gesetzliche Rücktrittstatbestände nicht erfasst, da diese keiner Vereinbarung bedürfen. Vgl Krejci in Rummel³ § 6 KSchG Rz 162.

¹²⁹⁵ Einer Klausel wird umso eher eine sachliche Rechtfertigung zukommen, wenn die darin angeführten Rücktritts-/Kündigungsgründe nach Art und Intensität jenen Rücktritts-/Kündigungsgründen ähneln, die der Gesetzgeber selbst als ausreichend angesehen hat, um ein gesetzliches Rücktritts-/Kündigungsrecht zu gewähren: vgl Krejci in Rummel³ § 6 KSchG Rz 167.

¹²⁹⁶ So OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 in den Leasingverbandsklageentscheidungen; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 87.

¹²⁹⁷ Das heißt aber nicht, dass individuell vereinbarte Rücktrittsklauseln zwischen Konsument und Unternehmer in jedem Fall wirksam sind. So kann Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB vorliegen, wenn kein berechtigter Grund für eine Vertragsauflösung besteht: vgl Krejci in Rummel³ § 897 Rz 110; Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 2 Z 1 KSchG Rz 5; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 86.

¹²⁹⁸ Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 83.

ME geklärt ist die Frage, ob die sachliche Rechtfertigung nur im konkreten Rücktritts- bzw Kündigungsfall vorliegen muss oder ob die Klausel selbst bereits sachliche Rücktritts/Kündigungsgründe nennen muss,¹²⁹⁹ wie dies die vergleichbare Bestimmung § 308 Nr 3 BGB¹³⁰⁰ fordert. Der Wertung des OGH¹³⁰¹ lässt sich entnehmen, dass Lösungsgründe in der Klausel selbst exakt umschrieben sein müssen, um dem Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung zu genügen.¹³⁰²

¹²⁹⁹ So *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 163.

¹³⁰⁰ Nach *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer; AGB-Recht⁵ § 308 Nr 3 BGB Rz 22 ff u Rz 88, kommt es alleine darauf an, ob die Ausübung des Lösungsrechts von einem sachlich gerechtfertigten Grund abhängig gemacht wird. Es ist daher nicht entscheidend, ob die sich später ergebenden, den Tatbestand der Klausel erfüllenden Umstände tatsächlich als sachlich gerechtfertigt anzusehen sind. Eine konkrete Angabe des Lösungsgrundes ist erforderlich, wobei eine Aufzählung aller denkbaren Einzelfälle nicht verlangt werden kann. Die Lösungsgründe müssen so angegeben werden, dass der Durchschnittskunde ohne Schwierigkeiten feststellen kann, wann sich der Verwender vom Vertrag lösen darf. Zu beachten ist, dass § 308 Nr 3 BGB im Gegensatz zu § 6 Abs 2 Z 1 KSchG nicht auf Dauerschuldverhältnisse anzuwenden ist; vgl ebenso *Grüneberg* in Palandt; BGB⁶⁹ § 308 Rz 14 ff.

¹³⁰¹ In 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 = ÖBA 2003, 141 = ÖBA 2003, 129 (*Iro/Koziol*) = RdW 2003, 66 (*Iro*) = ÖBA 2003, 177 (*Apathy*) = KRES 3/113 = VRInfo 2003 H 1, 4 zu Z 23 Abs 2 erster Fall der Banken AGB; OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154 = RdW 2003, 132 = RdW 2003, 254 = ÖBA 2003, 370 (*Iro*) = ecolex 2003, 237 (*Leitner*) zu Z 7 der Kredit-AGB; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Punkt 2.9 der Kredit-AGB.

¹³⁰² *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 2 Z 1 KSchG Rz 9.

9.4 Außerordentliche Vertragsauflösungsgründe

9.4.1 Wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des LN, Insolvenz, Exekutionsverfahren

LG sind bestrebt, sich vom Vertrag vorzeitig lösen zu können, wenn sich die wirtschaftliche Lage des LN verschlechtert, über diesen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder Exekutionsverfahren anhängig sind.

Beispiele für Klauseln, die derartige Regelungsinhalte zum Gegenstand haben, lauten wie folgt:

- *"Die HSL (Anm der LG) ist berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn: eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage eintritt, wenn z.B. gegen einen LN Exekution geführt wird, über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eingeleitet oder abgewiesen wird".*¹³⁰³
- *"Der Leasinggeber ist berechtigt, den Leasingvertrag in nachstehenden Fällen jederzeit fristlos durch schriftliche Erklärung aufzulösen: d.) wenn sich die wirtschaftliche Lage des Leasingnehmers oder für ihn haftender Personen wesentlich verschlechtert, hinsichtlich der Genannten insbesondere bei außergerichtlichen Ausgleichsvereinbarungen, Zahlungseinstellungserklärung, Eröffnung eines Vor- oder Insolvenzverfahrens bzw Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens, Ablegung des Offenbarungseides oder Einleitung von Exekutionsverfahren."*¹³⁰⁴

¹³⁰³ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 14 lit e.

¹³⁰⁴ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 19; ähnlich lautend OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) Klausel 24 lit c: "Der LG kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos jederzeit auflösen: c) bei wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des LN oder für ihn Sicherstellung leistender Dritter, insbesondere

- a) Zur wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und zum Exekutionsverfahren

Vorauszuschicken ist, dass der OGH in den Verbandsklageverfahren¹³⁰⁵ betreffend die vorzeitige Vertragsauflösung wegen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage bzw wegen Exekutionsführung insbesondere auf die Entscheidungen 5 Ob 266/02g und 4 Ob 221/06p, die beide die Überprüfung von Kredit-AGB zum Gegenstand hatten, verwiesen hat. Im Folgenden soll daher kurz auf diese Entscheidungen eingegangen werden:

Die Klauseln in 5 Ob 266/02g und 4 Ob 221/06p lauteten im Zusammenhang mit der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage wie folgt: *"Das Recht der Bank aus wichtigen Gründen den Kredit zur sofortigen Rückzahlung zu kündigen gilt insbesondere dann, wenn a) in den Vermögensverhältnissen eines Kreditnehmers oder eines etwaigen Bürgen eine wesentliche Verschlechterung eintritt, so zB wenn einer der genannten seine Zahlungen einstellt, über das Vermögen eines der Genannten Exekution geführt*

bei Moratoriumsvereinbarungen, Zahlungseinstellungserklärungen, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder Nichteröffnung mangels kostendeckenden Vermögens, Ablegung des Offenbarungseides, außergerichtlichen Ausgleichsverfahren, jeweils hinsichtlich des LN, eines Geschäftsführers oder persönlich haftenden Gesellschafters"; ähnlich OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 21 Punkt 13.3: *"Der Leasinggeber kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos auflösen, wenn sich die wirtschaftliche Lage des Leasingnehmers, nach dem Zeitpunkt der Antragstellung, wesentlich verschlechtert oder über ihn ein Insolvenzverfahren eröffnet bzw mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird";* ähnlich OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein) Klausel 15 vierter Halbsatz: *"Vertragsauflösung: Kann von P***** mit sofortiger Wirkung gegenüber allen erklärt werden, über diesen (Anm den LN) ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Vermögens abgewiesen wird oder Exekution geführt wird oder einer vertraglichen Verpflichtung trotz Mahnung nicht nachgekommen wird".*

¹³⁰⁵ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolx 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit e; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolx 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 19; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein) zu Klausel 15; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 21.

wird etc,¹³⁰⁶ bzw: "Die Bank ist berechtigt, den Kredit bzw den Kreditrest vorzeitig fällig zu stellen, wenn Umstände bekannt werden, die geeignet sind, das Vertrauen der Bank in die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers zu erschüttern, hiezu zählen insbesondere, wenn 5) sich die Vermögens-, Bonitätsverhältnisse oder die Zahlungsfähigkeit eines der Kreditnehmer gegenüber dem Zeitpunkt der Anbotstellung wesentlich verschlechtern, 6) über das Vermögen einer der Kreditnehmer ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Einleitung eines solchen mangels Kostendeckung abgewiesen wird."¹³⁰⁷

Der OGH gelangte in beiden Kredit-AGB Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass die in den Klauseln angeführten Umstände zwar grundsätzlich geeignet sein können, das Vertrauen in die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers zu erschüttern. Da aber beide Klauseln nicht auf Umstände abstellten, die die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank auch tatsächlich gefährden können, fehlte es an einer sachlichen Rechtfertigung des Rücktrittsrechts.¹³⁰⁸

Der OGH übernahm in den Leasingverbandsklageentscheidungen diese Wertung und gelangte auch dort zur Ansicht, dass die in Kap 9.4.1 angeführten Klauseln sachlich nicht zu rechtfertigen sind und deshalb sowohl gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG als auch gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen.¹³⁰⁹ Der OGH begründete dies damit, dass sie eine Vertragsbeendigung auch in den Fällen der wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ermöglichen würden, in denen keine Gefährdung der Rechtsstellung des LG im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Forderung zu befürchten ist.¹³¹⁰ Keine Gefährdung der Rechtsstellung des LG liegt etwa dann vor, wenn für das LO eine Sicherheit besteht bzw eine weitere Sicherheit beigebracht werden kann.¹³¹¹

¹³⁰⁶ OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154 = RdW 2003, 132 = RdW 2003, 254 = ÖBA 2003, 370 (Iro) = ecolex 2003, 237 (Leitner) zu Z 7a der Kredit-AGB.

¹³⁰⁷ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm Rummel) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Punkt 2.9 Abs 5 u 6 der Kredit-AGB.

¹³⁰⁸ Krit zu dieser Rsp: Gehringer, RdW 2008, 53 (54).

¹³⁰⁹ So OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 21 Punkt 13.3.

¹³¹⁰ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm Kellner) = jusIT 2010/90 (Anm Thiele) zu Klausel 24 lit c; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm Thiele) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm Kathrein) zu Klausel 15 vierter Halbsatz.

¹³¹¹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 =

b) Zur Insolvenz

i. Lehre

Der Eintritt der Insolvenz galt bislang als Paradefall für das "Unsicherwerden" eines Vertragspartners.¹³¹² Der überwiegende Teil der Lehre¹³¹³ bejahte, dass ein Auflösungsrecht für den Fall des Konkurses des Vertragspartners wirksam vertraglich vereinbart werden kann. Begründet wurde dies damit, dass der Vertragspartner diesfalls ein besonderes Interesse an der Vertragsauflösung habe, da ihm mit Insolvenzeröffnung ein Gemeinschuldner gegenüber steht, der nicht mehr an die eigene wirtschaftliche Zukunft glaubt.¹³¹⁴ Überdies werde mit Insolvenzverfahrenseröffnung höchst fraglich, ob es zu einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung kommen wird, weil der Vertragspartner erst abwarten müsse, wie sich der Masseverwalter entscheiden wird.¹³¹⁵ Zudem finde sich in der KO keine dem § 20e AO (aF) vergleichbare Anordnung, welche die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens für unzulässig erkläre.¹³¹⁶

ii. Rsp zur Rechtslage vor dem IRÄG 2010

ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 19; so schon *Hofmann*, Bemerkungen zu den Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB 2000), ÖBA 2002, 371 (376); aA *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 2 Z 1 KSchG Rz 15 zur Entscheidung 5 Ob 266/02g: Seiner Ansicht nach muss der Bank die Möglichkeit einer Kündigung eröffnet werden, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Konsumenten gravierend verschlechtern. Dies solle auch für Fälle gelten, in denen eine Ersatzverbindlichkeit bestellt wird. Es sei nämlich nicht nur auf eine konkrete Gefährdung der Erfüllung der Verbindlichkeit abzustellen, sondern bereits auf eine Erschwerung der Eintreibung; *G. Graf*, Probleme der vorzeitigen Kündigung von Konsumentenkreditverträgen durch den Kreditgeber, ÖBA 1989, 959 (968) hingegen billigt dem Kreditgeber überhaupt kein Kündigungsrecht zu, wenn keine Sicherheiten bestehen. Er begründet dies damit, dass die Bank dann ohnehin nicht mehr befriedigt werden könne.

¹³¹² *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 87a.

¹³¹³ Vgl *Wilhelm*, Kündigung des Bauvertrags wegen Konkurs des Bauunternehmers? RdW 1986, 363 (365 f); *Koch*, Nettingvereinbarungen im Konkurs, ÖBA 1995, 495 (497); *Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs 116.

¹³¹⁴ *Wilhelm*, RdW 1986, 363 (365 f).

¹³¹⁵ IdS *Wilhelm*, RdW 1986, 363 (365 f), der das Vertragsauflösungsrecht beim Bauvertrag bejaht; zust *Koch*, ÖBA 1995, 495 (497) und *Bollenberger*, Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 879 (883), der zusätzlich ausführt, dass eine Berufung auf eine Kündigungsklausel im Einzelfall und nach den Umständen, rechtsmissbräuchlich sein kann.

¹³¹⁶ *Konecny* in FS Krejci 1820 f, unter Berufung auf die Mat zum IRÄG 1997; *Widhalm/Budak* in Konecny/Schubert, § 21 KO Rz 176 ff; *Bollenberger*, Auflösungsklausel für den Konkursfall – neue Rechtsprechung, ZIK 2009, 74 (75).

Auch nach ständiger Rsp¹³¹⁷ des OGH war die vertragliche Vereinbarung eines Rücktritts- bzw Auflösungsrechts für den Fall der Eröffnung eines Konkurses zulässig. Im Zusammenhang mit einer Klausel, die den LG berechnete, für den Fall der Insolvenz des LN alle zu diesem Zeitpunkt noch nicht fälligen Leasingraten sofort fällig zu stellen, hat der OGH ausgesprochen, dass kein Anlass bestehe, eine derartige – vor Konkursöffnung mit dem LN abgeschlossene – Vereinbarung als unwirksam anzusehen, wenn der daraus resultierende Betrag nicht höher sei als der tatsächlich eingetretene Schaden des LG aus der vorzeitigen Vertragsauflösung.¹³¹⁸

In zwei weiteren Leasingentscheidungen hat der OGH die Ansicht, dass die vertragliche Vereinbarung eines Rücktritts- bzw Auflösungsrechts für den Fall des Konkurses zulässig ist, auch für den Fall bestätigt, dass mehrere und nicht LN Parteien des Leasingvertrags sind. Dort war in den Leasingbedingungen vereinbart, dass der LG berechnete, den Leasingvertrag gegenüber allen anderen Mitleasingnehmern aufzulösen, wenn über einen der LN ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der OGH sprach aus, dass solche Vereinbarungen weder nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sind, noch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verstoßen. Es sei nämlich sachlich gerechtfertigt, dass sich der LG im Fall der Insolvenz eines LN vom Vertrag lösen kann, den er nicht geschlossen hätte, wäre ihm nicht eine Personenmehrheit auf Leasingnehmerseite gegenübergestanden.¹³¹⁹

In seinen jüngeren Entscheidungen hat der OGH diese Rsp im Zusammenhang mit den Kredit-¹³²⁰ und Leasing-AGB¹³²¹ aufgegeben. Es sei

¹³¹⁷ Vgl OGH 5 Ob 311/81 = SZ 56/78 = RdW 1984, 206 = ÖJZ 1983/166 (EvBl) = HS 14.815 = MietSlg 35.908; OGH 8 Ob 539/91 = ecolex 1992, 846 = HS 22.745; OGH 8 Ob 222/01g = ZIK 2002/81.

¹³¹⁸ OGH 5 Ob 311/81 = SZ 56/78 = RdW 1984, 206 = ÖJZ 1983/166 (EvBl) = HS 14.815 = MietSlg 35.908.

¹³¹⁹ OGH 4 Ob 2307/96k = HS 27.446 = ZfRV 1997/35 = KRES 1d/36; OGH 4 Ob 102/02g = SZ 2002/72 = ZIK 2003, 34 = RdW 2003, 191 = ÖJZ 2005/53.

¹³²⁰ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.9.

¹³²¹ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 22: "*Sind mehrere Leasingnehmer vorhanden oder gibt es neben einem oder mehreren Leasingnehmern noch Sicherstellung leistende Dritte, kann der Leasinggeber den Leasingvertrag gegenüber allen Leasingnehmern vorzeitig auflösen, wenn einer der oben erwähnten Gründe nur bezüglich eines von*

nämlich erst dann eine sachliche Rechtfertigung zur Auflösung des Vertrags aufgrund einer Insolvenz gegeben, wenn die Einbringlichkeit der Forderung zu befürchten ist.¹³²² Solange die übrigen LN Sicherheiten (zB Bürgen, Bankgarantien, Eintritt eines Ersatzleasingnehmers anstatt des insolventen LN usw) beibringen, kann diese Gefährdung nicht gegeben sein. Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass dem LG deswegen ein Kündigungsrecht im Insolvenzfall zukommen sollte, weil er sonst nicht an sein Eigentum gelangt, da dem LG im Konkurs des LN ohnehin ein Aussonderungsrecht zukommt.¹³²³

iii. Rechtslage seit dem IRÄG 2010

Seit 1.7.2010 ist die Rechtslage nunmehr klar: Mit der Einführung des § 25b Abs 2 IO, der auch auf Vereinbarungen anzuwenden ist, die vor dem IRÄG 2010 abgeschlossen wurden,¹³²⁴ ist ausdrücklich normiert, dass eine Vertragsauflösung, welche alleine an den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an sich anknüpft¹³²⁵, unzulässig und nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam ist.¹³²⁶ In den Anwendungsbereich des § 25 b Abs 2 IO fallen auch Verbraucherinsolvenzen.¹³²⁷ Demnach ist es dem LG nach

mehreren Leasingnehmern oder nur bezüglich einer Sicherstellung leistenden Dritten gegeben ist"; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = eolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm Apathy) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 15: "Löst die HSL einen mit dem LN abgeschlossenen Leasingvertrag gem. Punkt 7. (Anm bei wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, Tod, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens usw) vorzeitig auf, ist sie berechtigt, auch alle übrigen, mit dem LN bestehenden Leasingverträge zu den im jeweiligen Vertrag für den Fall der vorzeitigen Auflösung angeführten Rechtswirkungen vorzeitig aufzulösen".

¹³²² Vgl FN 1320 u FN 1321.

¹³²³ So *Deixler-Hübner* in Konecny/Schubert, § 11 KO Rz 10 für die Fälle, in denen dem LN eine Kaufoption eingeräumt wurde.

¹³²⁴ *Reisenhofer* in ZIK Spezial – IRÄG 2010 191.

¹³²⁵ Anders ist die Lage, wenn der LN schon vor Insolvenzeröffnung in Zahlungsverzug war, das Vertragsverhältnis jedoch zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht aufgelöst war. Dann kann sich der LG nach Insolvenzeröffnung unter Einhaltung der Bestimmung des § 25a IO vom Vertrag lösen: vgl *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IX/2 Rz 3/29.

¹³²⁶ *Spiegel/Benes*, Insolvenzordnung: Kreditvergabe und Insolvenzrisiken, RdW 2010, 751 (757 mwN); *Reisenhofer*, Die Bestimmungen zur Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010, Zak 2010, 287 (288); *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IX/2 Rz 3/29.

¹³²⁷ *Widhalm-Budak* in ZIK Spezial – IRÄG 2010 30; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (822 mwN); *Reisenhofer*, Zak 2010, 287 (289); *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 87a.

geltender Rechtslage sowohl im Unternehmerngeschäft als auch im Verbrauchergeschäft verwehrt, eine Vertragsauflösung für den Fall der Insolvenz des LN vorzusehen.

9.4.2 Tod / Handlungsunfähigkeit des LN, Einstellung des Geschäftsbetriebs

Oftmals wird in AGB vorgesehen, dass auch der Tod oder die Handlungsunfähigkeit des LN und die Einstellung des Geschäftsbetriebs den LG dazu berechtigen, das Vertragsverhältnis fristlos zu beenden. Zur Veranschaulichung dienen folgende Klauseln:

- *"Der Leasinggeber kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos auflösen, wenn der Leasingnehmer stirbt, seine Handlungsfähigkeit verliert, den Geschäftsbetrieb wesentlich einschränkt oder einstellt, den Unternehmensgegenstand ändert oder die Liquidation einleitet";¹³²⁸*
- *"Die HSL [Anm der LG] ist berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn: f) ein LN stirbt";¹³²⁹*
- *"Der Leasinggeber ist berechtigt, den Leasingvertrag in nachstehenden Fällen jederzeit fristlos durch schriftliche Erklärung aufzulösen: e.) bei Tod, Handlungsunfähigkeit oder Einstellung des laufenden Geschäftsbetriebes des Leasingnehmers";¹³³⁰*
- *"Der LG kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos jederzeit auflösen: d) bei Tod, Handlungsunfähigkeit des LN";¹³³¹*
- *"Vertragsauflösung: Kann von P***** mit sofortiger Wirkung gegenüber allen erklärt werden, [...] wenn der Kunde oder auch nur einer der Mitantragsteller stirbt".¹³³²*

¹³²⁸ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 21 Punkt 13.

¹³²⁹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 14 lit f.

¹³³⁰ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 20.

¹³³¹ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 24 lit d.

a) Tod, Handlungsunfähigkeit

Der OGH hat in seinen Verbandsklageentscheidungen erneut auf die Entscheidungen 5 Ob 266/02g und 4 Ob 221/06p verwiesen und ausgesprochen, dass weder die Handlungsunfähigkeit noch der Tod des LN den LG zur Vertragsauflösung berechtigen, solange die Rechtsstellung des LG nicht gefährdet ist.¹³³³ Wenn der LN stirbt, sei das LO noch vorhanden und diene der Sicherung des LG. Zudem ist mE eine Gefährdung des LG ausgeschlossen, solange die Erben des LN die Leasingraten fortzahlen.

b) Einstellung des Geschäftsbetriebs

i. Verbrauchergeschäft

Hinsichtlich des Kündigungsgrunds "Einstellung des Geschäftsbetriebs" hat der OGH ausgesprochen, dass diese Formulierung in Verbraucherverträgen überhaupt unverständlich und daher intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG sei,¹³³⁴ wobei dies auch für die Auflösungsgründe "Änderung des Unternehmensgegenstands und Liquidation" gelte.¹³³⁵

ii. Eigene Ansicht

¹³³² OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 15 vierter Halbsatz.

¹³³³ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 14 lit f; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 24 lit d; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 21 Punkt 13.4; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 20; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 15 vierter Halbsatz.

¹³³⁴ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 20; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 21 Punkt 13.4.

¹³³⁵ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 21 Punkt 13.4.

Hier muss mE jedoch differenziert werden: Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot ist dann nicht gegeben, wenn ein Gründungsgeschäft vorliegt, auf das das KSchG anwendbar ist. Wenn ein werdender Unternehmer ein Dauerschuldverhältnis, wie zB die Anschaffung einer Maschine mittels Finanzierungsleasing eingeht, so bleiben die Regelungen des KSchG solange anwendbar, solange die Vertragsparteien, nachdem der werdende Unternehmer ein "echter" Unternehmer geworden ist, nichts anderes vereinbaren.¹³³⁶ Dh, dass das KSchG mitunter auch auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich erst nach dem Vertragsabschluss ereignet haben, weil eine allfällige Rechtswidrigkeit eines Rechtsgeschäfts zum Vertragsabschlusszeitpunkt zu beurteilen ist.¹³³⁷ Handelt es sich um ein derartiges Gründungsgeschäft, so sind Regelungen betreffend die Einstellung des Geschäftsbetriebs daher nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, sie müssen jedoch an den Wertungen des § 6 Abs 2 Z 1 KSchG gemessen werden.

iii. Unternehmergeschäft

In Bezug auf das Unternehmergeschäft hatte der OGH jüngst zu beurteilen, ob der LG zur vorzeitigen Vertragsauflösung im Fall der Einstellung des Geschäftsbetriebs (hier einer Anwaltskanzlei) berechtigt ist. Der LN hatte vier Kfz geleast, die im Rahmen des Kanzleibetriebs benutzt wurden. Der LN hat einen Verzicht auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft abgegeben, jedoch behauptet, dass er die Kanzleiräumlichkeiten weiterhin nutze, weshalb es zu keiner Aufgabe des Geschäftsbetriebs gekommen sei. In den allgemeinen Kfz-Leasingbedingungen fand sich folgende Klausel:

- *"Vorzeitige Vertragsauflösung: "Die LG ist zur sofortigen, vorzeitigen Auflösung des LV (Leasingvertrags) berechtigt, wenn der LN stirbt oder handlungsunfähig wird, oder bei Leasing zu Geschäftszwecken sein Geschäft (Unternehmen) veräußert oder aufgibt".*¹³³⁸

¹³³⁶ So *Krejci* in Rummel³ § 1 KSchG Rz 56.

¹³³⁷ So *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 1 Rz 17.

¹³³⁸ OGH 9 Ob 52/10b = ÖBA 2011/1691 = *ecolex* 2011/118 = *RdW* 2011/76 Klausel 13.1.c.

Die Besonderheit in diesem Fall war, dass die Klausel mit dem LN frei vereinbart wurde, weshalb keine Geltungs- oder Inhaltskontrolle vorgenommen wurde. Der Einwand der Sittenwidrigkeit wurde seitens des LN nicht erhoben. Der OGH legte die Klausel objektiv unter Beschränkung auf ihren Wortlaut und danach, wie sie ein durchschnittlich verständiger Leasingnehmer verstehen durfte, aus.¹³³⁹ Er gelangte zu dem Ergebnis, dass es für den Auflösungsstatbestand der "Aufgabe des Geschäftsbetriebs" in Allgemeinen Vertragsbedingungen für Leasingverträge auf die Einstellung der unternehmerischen Tätigkeit, die zur Erreichung des Unternehmenszwecks typischerweise ausgeübt wird, ankommt. Deshalb sei der LG hier auch berechtigt, den Vertrag vorzeitig aufzulösen.¹³⁴⁰

9.4.3 Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Leasingvertrags

In der Praxis werden auch häufig Klauseln vereinbart, die dem LG ein Lösungsrecht für den Fall der Verletzung einer wesentlichen Bestimmung des Vertrags bzw für den Fall der sonstigen Verletzung des Vertrags gewähren:

- *"Der Leasinggeber ist berechtigt, den Leasingvertrag in nachstehenden Fällen jederzeit fristlos durch schriftliche Erklärung aufzulösen: bei Verletzung einer wesentlichen Bestimmung des Vertrages [...],¹³⁴¹*
- *oder wenn der Leasingnehmer den vorliegenden Vertrag in sonstiger Weise verletzt".¹³⁴²*

a) OGH

Hinsichtlich der ersten Klausel hat der OGH klargestellt, dass eine derartige Klausel das Transparenzgebot verletzt, weil es für den LG ein leichtes wäre, darzustellen, welche Vertragspflichten für derart "wesentlich" zu erachten sind, dass sie den LG zu einer Vertragsauflösung berechtigen. Überdies fehlte in

¹³³⁹ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 38.

¹³⁴⁰ OGH 9 Ob 52/10b = ÖBA 2011/1691 = ecolex 2011/118 = RdW 2011/76.

¹³⁴¹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 18 erster Halbsatz.

¹³⁴² OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 21 Punkt 13.2.

dieser Klausel auch der Zusatz, dass durch die Verletzung der "wesentlichen" Vertragspflicht eine Gefährdung der Rechtstellung des LG im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Forderung zu befürchten sein muss.¹³⁴³

b) Eigene Ansicht

Der Ansicht des OGH zur ersten Klausel ist zu folgen. Auch wenn der OGH auf die zweite Klausel hinsichtlich der "Vertragsverletzung in sonstiger Weise" nicht gesondert einging – weil diese in einem Regelungskomplex mit anderen Klauseln stand, die unzulässig waren – so ist hier mE ebenso von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot auszugehen. Der Begriff der "Vertragsverletzung in sonstiger Weise" ist derart unbestimmt,¹³⁴⁴ dass der LN nicht abschätzen kann, ob und wann überhaupt ein Grund vorliegt, der den LG zur Auflösung berechtigt.

¹³⁴³ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 18 erster Halbsatz.

¹³⁴⁴ Vgl auch *Leitner*, Das Transparenzgebot 90.

9.5 Außerordentliche Kündigung durch den LG und das Verbraucherkreditrecht

Wie im vorangegangenen Kapitel gezeigt, ist der LG in Fällen der wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des LN berechtigt, das Vertragsverhältnis mit dem LN aufzulösen, wenn eine Gefährdung der Rechtstellung des LG im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Forderung zu befürchten ist. Nachstehend wird erörtert, ob die Rsp des OGH zur außerordentlichen Kündigung im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen im Hinblick auf die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie ins österreichische Recht künftig aufrechterhalten werden kann.

Grundsätzlich ist die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund in der Verbraucherkreditrichtlinie nicht geregelt. Allerdings sieht Erwägungsgrund 33 der Verbraucherkreditrichtlinie vor, dass im nationalen Recht eine vorzeitige Vertragsbeendigung nur aufgrund eines Vertragsbruchs der anderen Vertragspartei zulässig ist.¹³⁴⁵ Dh zB im Zusammenhang mit Leasingverträgen, dass der LG fristlos kündigen kann, wenn der LN in Zahlungsverzug gerät, weil der LN vertragsbrüchig wird, wenn er seine Raten nicht bezahlt.

Fraglich ist hingegen, was für Klauseln zu gelten hat, die nicht explizit an einen Vertragsbruch anknüpfen, wie etwa Z 23 Abs 2 erster Fall der Banken-AGB 2000¹³⁴⁶, die der OGH¹³⁴⁷ in der Vergangenheit für zulässig erachtet hat:

"Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn eine Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten eintritt und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet ist".

¹³⁴⁵ Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 14 Rz 12.

¹³⁴⁶ Mittlerweile sind die Banken AGB 2009 in Geltung. Z 23 Abs 2 erster Fall der Banken AGB 2009 hat aber denselben Wortlaut wie die Fassung der Banken AGB 2000.

¹³⁴⁷ In 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 = ÖBA 2003, 141 = ÖBA 2003, 129 (Iro/Koziol) = RdW 2003, 66 (Iro) = ÖBA 2003, 177 (Apathy) = KRES 3/113 = VRInfo 2003 H 1, 4.

Art 13 Abs 1 der Verbraucherkreditrichtlinie regelt die ordentliche Kündigung eines unbefristeten Kreditvertrags, die an keinerlei Gründe gebunden ist. Art 13 Abs 2 regelt die Kündigung aus sachlich gerechtfertigten Gründen.

9.5.1 Ansicht *Wendehorst*

Wendehorst sieht in der Systematik des Art 13 der Verbraucherkreditrichtlinie eine abschließende Regelung. Aus Art 13 Abs 2 der Verbraucherkreditrichtlinie e contrario sei zu folgern, dass der Kreditgeber bereits ausbezahlte Beträge aufgrund sachlich gerechtfertigter Gründe nicht zurückfordern kann, soweit diese nicht einen Vertragsbruch des Verbrauchers darstellen.¹³⁴⁸ Eine bloße Vermögensverschlechterung des Kreditnehmers – wie oben in Z 23 Abs 2 der Banken-AGB vorgesehen – berechtige den Kreditgeber daher nicht, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, solange der Kreditnehmer seine Kreditraten bedient.¹³⁴⁹ Eine diesbezügliche Klausel würde gegen § 3 VKrG verstoßen.¹³⁵⁰

9.5.2 Ansicht *Aichberger-Beig*

Aichberger-Beig vertritt hingegen die Ansicht, dass auch die Verbraucherkreditrichtlinie nichts an der Zulässigkeit von Klauseln wie jener der Z 23 Abs 2 erster Fall der Banken-AGB ändere. Sie begründet dies mit einer extensiven Auslegung des Erwägungsgrunds 33 der Verbraucherkreditrichtlinie. Auch wenn der Darlehensnehmer bei einer bloßen Gefährdung der Erfüllung der Verbindlichkeit noch keinen Vertragsbruch begangen hat, so sei mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass dieser Vertragsbruch eintreten wird. Eine antizipierende Kündigung seitens des Darlehensgebers sei daher zulässig. Im Übrigen sei generell nicht davon auszugehen, dass die Verbraucherkreditrichtlinie die Anwendung der außerordentlichen Kündigung, die ohnehin nur bei der Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des

¹³⁴⁸ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 14 Rz 13.

¹³⁴⁹ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 987 Rz 4; so auch *B. Jud*, ÖJZ 2009, 887 (894).

¹³⁵⁰ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 987 Rz 4.

Vertragsverhältnisses zulässig sei, bei Verbraucherkreditverträgen ausschließen wollte.

Letztlich habe der österreichische Gesetzgeber zwar in § 14 VKrG Abweichungen von § 986 Abs 2 ABGB und § 991 ABGB vorgesehen, nicht jedoch hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung, die in § 987 ABGB normiert ist.¹³⁵¹

9.5.3 Ansicht *Stabentheiner/Dimmel*

Nach *Stabentheiner/Dimmel* sind – obwohl Erwägungsgrund 33 an den Vertragsbruch anknüpft – auch jene schwerwiegenden Gründe als mitumfasst anzusehen, die den Kreditgeber nach innerstaatlichem Recht zur Kündigung berechtigen, auch wenn diese im engeren Sinn nicht als Vertragsbruch bezeichnet werden.¹³⁵²

9.5.4 Eigene Ansicht

Die von *Aichberger-Beig* und *Stabentheiner/Dimmel* ins Treffen geführten Argumente sprechen dafür, dass die bisherige Rsp des OGH auch im Zusammenhang mit Leasingverträgen, die unter die Richtlinie (also die Leasingvarianten des § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG) fallen, aufrecht erhalten werden kann. Würde man wie *Wendehorst* davon ausgehen, dass nur noch ein "echter" Vertragsbruch den LG dazu berechtigt, das Leasingverhältnis aufzulösen, so wäre die Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, die an die sachliche Rechtfertigung eines Auflösungsrechts knüpft, überflüssig. Vor allem im Hinblick darauf, dass der OGH iZm § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verlangt, dass der Rücktritts-/Kündigungsgrund derart schwer wiegt, dass dem Unternehmer die Fortführung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, ist schon nach derzeitiger Rsp sichergestellt, dass nur solche Vertragsauflösungsgründe zulässig sind, die einem Vertragsbruch sehr nahe kommen.

¹³⁵¹ *Aichberger-Beig* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 987 Rz 8.

¹³⁵² *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, 696 (711).

10 SONSTIGE PROBLEMATISCHE KLAUSELN

10.1 Formgebote

Trotz der im Leasinggeschäft üblichen Praxis, mündliche Nebenabreden¹³⁵³ zu treffen, finden sich in AGB immer wieder Formulierungen, dass Änderungen des Vertrags der Schriftform bedürfen.

10.1.1 OGH in Verbandsklageverfahren

In der jüngeren Rsp hatte der OGH im Zusammenhang mit Leasing-AGB ua nachfolgende Klauseln zu bewerten:

- *"Alle Vereinbarungen zwischen LN und HSL, insbesondere über Änderung und Beendigung des LV, bedürfen der Schriftform".*¹³⁵⁴
- *"Eine darüber hinausgehende Nutzung bedarf der schriftlichen Zustimmung des LG".*¹³⁵⁵
- *"Standortänderungen sind nur mit schriftlicher Zustimmung des LG möglich".*¹³⁵⁶

¹³⁵³ Dies kommt auch oft im Zusammenhang mit Abreden bei der Beendigung des Leasingverhältnisses vor. ZB wird bei einem Teilamortisationsvertrag häufig zugesagt, dass der LN das LO bei Vertragsende zum Restwert übernehmen kann. Diese Abreden werden aber in der Regel nicht schriftlich getroffen, weil dies steuerlich zur Folge hätte, dass der LG nicht mehr als wirtschaftlicher Eigentümer gelten würde und dies die Leasingvertragsparteien idR vermeiden wollen. Wenn der LG dem Lieferanten Vertragsformulare überlässt, somit auf eine Abschlussvollmacht geschlossen werden kann und mit einem LN als Verbraucher kontrahiert wird, so sind einem Verbraucher gegenüber mündliche Zusagen für das Vertragsende verbindlich, weil derartige Abreden üblich und daher auch vom Vertreter schriftlich getroffen werden hätten können. Die Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen kann daher nach § 10 Abs 3 KSchG nicht ausgeschlossen werden; vgl dazu im Detail: *Fischer-Czermak*, Mündliche Vereinbarungen beim Finanzierungsleasing, *ecolex* 1992, 312 ff.

¹³⁵⁴ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = *ecolex* 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 27.

¹³⁵⁵ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = *ecolex* 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 1.

¹³⁵⁶ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = *jusIT* 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 9.

- *"Jede rechtliche oder faktische Verfügung, wie Verkauf oder Verpfändung des Leasinggegenstandes, Standortveränderung von Mobilien ins Ausland, Verbindungen mit anderen beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen oder Veränderungen am Leasinggegenstand bedürfen zwingend der schriftlichen Zustimmung des Leasinggebers. Für den Fall einer Zustimmung des Leasinggebers zur Weitervermietung des Leasinggegenstandes tritt der Leasingnehmer alle Rechte aus einem solchen Vertrag an den Leasinggeber ab";*¹³⁵⁷
- *"Alle Abänderungen des Vertrages bedürfen der Schriftform";*¹³⁵⁸
- *"Veränderungen (Verbesserungen am Leasinggegenstand) dürfen nur mit schriftlicher Zustimmung des LG vorgenommen werden [...]";*¹³⁵⁹
- *"Der LN darf den Leasinggegenstand ohne schriftliche Zustimmung des LG weder entgeltlich noch unentgeltlich weitergeben noch sonstige Rechte dritter Personen an dem Leasinggegenstand begründen, andernfalls der LG zur sofortigen Vertragsauflösung gemäß Punkt 6.2 berechtigt ist".*¹³⁶⁰

Der OGH hat wie schon zuvor im Rahmen der Flüssiggasentscheidung¹³⁶¹, der Kreditklauselentscheidung¹³⁶² und einer der

¹³⁵⁷ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 10; ähnlich lautend Klausel 17 in OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748: *"Dem Leasingnehmer sind rechtliche und tatsächliche Verfügungen wie Verkauf, Verpfändung, Weitergabe an einen Dritten usw ohne vorhergehende schriftliche Zustimmung des Leasinggebers untersagt"* u Klausel 18: *"Auslandsfahrten mit einer Dauer von mehr als 30 Tagen bedürfen jedoch der vorherigen schriftlichen Genehmigung des Leasinggebers."*

¹³⁵⁸ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 25; ähnlich lautend Klausel 31 in OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748: *"Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform"*.

¹³⁵⁹ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 10 Satz 1.

¹³⁶⁰ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 17.

¹³⁶¹ Vgl OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42, als Beispiel Klausel 5: *"Ohne vorherige schriftliche Zustimmung von F. ist jede Änderung dieses Verwendungszeckes und jede entgeltliche und unentgeltliche Überlassung des Bestandgegenstandes an Dritte, sowie jede Abtretung von Rechten aus diesem Vertrag an Dritte dem Kunden untersagt"*. Klausel 6: *"Dem Kunden ist jede*

Mietklauselentscheidungen¹³⁶³ ausgesprochen, dass derartige Klauseln gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoßen. § 10 Abs 3 KSchG schütze nämlich davor, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seines Vertreters zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werden. Von § 10 Abs 3 KSchG nicht erfasst seien jedoch Formvorbehalte für Erklärungen des Verbrauchers. Diese sind im Rahmen des § 6 Abs 1 Z 2-4 KSchG zulässig.¹³⁶⁴ Ebenso wenig verstoßen Schriftformvorbehalte gegen § 10 Abs 3 KSchG, wenn diese dem Verbraucher nicht zum Nachteil gereichen.¹³⁶⁵

Keinen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG erblickte der OGH bei nachfolgender Klausel: "*Der Leasingvertrag kommt mit schriftlicher Annahme des Leasingantrages durch den Leasinggeber zustande*".¹³⁶⁶ Dies wurde damit begründet, dass der Anwendungsbereich des § 10 Abs 3 KSchG nur dann eröffnet sei, wenn ein vertraglicher Vorbehalt vorliegt. Wenn aber die Parteien im Rahmen der vorvertraglichen Gespräche die Rechtswirksamkeit des Vertrags von einer bestimmten Form, also von der Schriftlichkeit, abhängig machen wollen, so könne dies natürlich keinen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG darstellen,¹³⁶⁷ weil ja noch gar kein Leasingvertrag geschlossen¹³⁶⁸ und somit auch kein vertraglicher Vorbehalt vorliegen kann.

Veränderung des Bestandgegenstandes ohne vorherige Zustimmung von F. untersagt."

¹³⁶² OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm Rummel) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.24: "*Alle im Geschäftsverkehr abgegebenen Erklärungen sind nur dann rechtsverbindlich, wenn sie in Schriftform erfolgen. Unterliegt der Kreditvertrag dem KSchG, wird die Wirksamkeit formloser Erklärungen der Bank zum Nachteil des Kreditnehmers nicht ausgeschlossen.*" Hier war die Klausel auch unzulässig, weil verschleiert wurde, dass der Rechtsformvorbehalt des ersten Satzes einem Verbraucher gegenüber immer unzulässig ist.

¹³⁶³ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBl 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 zu Klausel 2,4,6,14,33 u 37.

¹³⁶⁴ Vgl *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 10 KSchG Rz 15; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 449.

¹³⁶⁵ *Krejci* in Rummel³ § 10 KSchG Rz 30; *Hausmann*, NetV 2007, 148.

¹³⁶⁶ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 1.

¹³⁶⁷ *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 10 KSchG Rz 14; *Apathy* in Schwimann³ § 10 KSchG Rz 11; *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 449.

¹³⁶⁸ Vgl FN 1366.

10.1.2 Rechtsfolge eines Verstoßes

Im Verbrauchergeschäft muss insbesondere die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 10 Abs 3 KSchG bedacht werden, die für den LG erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Da sowohl im Verbandsklageverfahren¹³⁶⁹ als auch im Individualprozess¹³⁷⁰ im Verbrauchergeschäft eine geltungserhaltende Reduktion von teilnichtigen Klauseln aufgrund des Transparenzgebots nach § 6 Abs 3 KSchG nicht in Betracht kommt, fällt die gesamte Klausel weg. Wenn man nun die oben erwähnten Klauseln¹³⁷¹ als Beispiel heranzieht, hat dies zur Folge, dass für eine Standortveränderung keine Zustimmung des LG mehr eingeholt werden muss. Der LN könnte das LO somit jederzeit ins Ausland verbringen. Für jene Klausel, wonach der LN das LO nur mit schriftlicher Zustimmung des LG weitergeben darf, bedeutet der gänzliche Wegfall der Klausel, dass der LN das LO zB weitervermieten darf.¹³⁷²

¹³⁶⁹ Vgl etwa *Böhm*, immolex 2007, 139; vgl Kap 4.4.

¹³⁷⁰ Vgl RIS-Justiz RS0122168.

¹³⁷¹ Vgl etwa FN 1356 u FN 1360.

¹³⁷² So auch *Böhm*, immolex 2007, 139 zu den Mietvertragsklauseln.

10.2 Anrechnung von Zahlungen des LN – § 1416 ABGB

Leasing-AGB enthalten oft Bestimmungen, die regeln, auf welche von mehreren Schuldposten eingehende Zahlungen des LN angerechnet werden sollen. Grundsätzlich steht es den Parteien frei, über die Anrechnung der Leistung zu disponieren.¹³⁷³ Für die Anrechnung von Zahlungen des LN ist mangels Parteienvereinbarung primär die Widmung des LN maßgeblich, sofern der LG nicht unverzüglich Widerspruch dagegen erhebt.¹³⁷⁴ Wenn kein wirksamer Parteiwille über die Anrechnung der Leistung besteht, kommen die gesetzlichen Tilgungsregeln nach § 1416 ABGB zum Tragen.¹³⁷⁵ Diese besagen, dass für den Fall, dass ein LG gegen einen LN nur eine Kapitalforderung hat, aus der Zinsen angelaufen sind (sohin zwei selbständige Verbindlichkeiten bestehen) die Leistung zuerst auf die Zinsen und dann auf das Kapital angerechnet werden sollen.¹³⁷⁶ Diese Tilgungsregel gilt auch für Verzugszinsen.¹³⁷⁷ Bestehen zwischen LN und LG mehrere Kapitalien, so ist zuerst auf das fällige anzurechnen; bestehen mehrere fällige Verbindlichkeiten, so ist jene zu tilgen, die dem LN am beschwerlichsten fällt.¹³⁷⁸

10.2.1 Klauseln in den Verbandsklageverfahren – Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB

Folgende Klauseln, fanden sich in Leasing-AGB, die im Rahmen der Verbandsklageverfahren vom OGH beurteilt wurden:

- *"Eingehende Zahlungen werden zuerst auf allfällige Umsatzsteuerforderungen angerechnet, dann zur Abdeckung der*

¹³⁷³ *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1416 Rz 3; *Heidinger* in Schwimann³ § 1416 Rz 1; *Reischauer* in Rummel³ § 1415 Rz 21.

¹³⁷⁴ *Kuprian/Prader*, Der Mietvertrag² Rz 79d.

¹³⁷⁵ *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1416 Rz 6; *Reischauer* in Rummel³ § 1416 Rz 1.

¹³⁷⁶ *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1416 Rz 7.

¹³⁷⁷ OGH 3 Ob 2004/96v = SZ 69/127 = ecolex 1996, 743 = JBI 1997, 458 = ÖBA 1997, 214 = RdW 1997, 73 = KRES 10/44.

¹³⁷⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 96; im Detail zu den Tilgungsregeln: *Reischauer* in Rummel³ § 1416 Rz 12 ff; *Koziol* in KBB³ § 1416 Rz 4.

Einbringungskosten und der Verzugszinsen und schließlich für ausstehendes Leasingentgelt verwendet";¹³⁷⁹

- *"Die HSL (Anm die LG) ist berechtigt, jede bei ihr eingehende Zahlung ungeachtet anderslautender Erklärungen zur Abdeckung von rückständigen Kosten und Zinsen oder der ältesten ausstehenden Leasingentgelte oder der zuletzt fälligen Leasingentgelte zu verwenden. Bestehen für den LN mehrere Verträge – sei es alleine oder in Gemeinschaft mit anderen Personen – ist jenes Konto, auf das die Zahlung anzurechnen ist, von der HSL zu bestimmen";¹³⁸⁰*
- *"Der LG ist berechtigt, eingehende Zahlungen ungeachtet entgegenstehender Widmungen nach seinem Ermessen für fällige Verpflichtungen aller Art des Leasingnehmers zu verwenden und, falls mehrere Leasingverträge oder auch Bankverträge bestehen, Überträge von Konto zu Konto vorzunehmen".¹³⁸¹*

Die oben genannten Klauseln, weichen erheblich vom gesetzlichen Leitbild des § 1416 ABGB ab. In den Klauseln wird nicht darauf abgestellt, dass eigentlich zuerst auf die fällige ("älteste") Kapitalschuld (Leasingperiode) anzurechnen ist.¹³⁸² Der OGH in diesen oben genannten Fällen ausgesprochen, dass eine derartige Klauselgestaltung den LN gröblich benachteiligt, weil der LG etwa Zahlungen, die zur Erfüllung eines Exekutionstitels geleistet werden, zur Abdeckung nicht titulierter Leasingentgelte, die zuletzt fällig geworden sind¹³⁸³ oder für nicht titulierte

¹³⁷⁹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 2; ebenso OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142 zur ähnlich lautenden Klausel 6.

¹³⁸⁰ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 9.

¹³⁸¹ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 Klausel 11.

¹³⁸² Unverständlich daher der OGH in 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 zu Klausel 11, in der bestimmt war, dass einlangende Teilzahlungen für den Fall des Zahlungsverzugs des Mieters primär auf den ältesten aushaftenden Hauptmietzins angerechnet werden. Der OGH erblickte darin einen Verstoß nach § 879 Abs 3 ABGB, obwohl die Klausel die Tilgungsfolge des § 1416 ABGB vorsieht; krit auch *Böhm*, immolex 2007, 166 (169).

¹³⁸³ OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW

Nebenspesen¹³⁸⁴ verwenden könnte. Es würde somit im alleinigen Ermessen des LG liegen, Zahlungen auf die am wenigsten beschwerliche Forderung anzurechnen.¹³⁸⁵

10.2.2 OGH 6 Ob 684/85 – Verstoß gegen § 864a ABGB

In einer älteren Entscheidung ließ der OGH derartige Anrechnungsregelungen, die vom Leitbild des § 1416 ABGB abwichen, bereits an der Geltungskontrolle des § 864a ABGB scheitern. In diesem Fall war nachstehende Anrechnungsklausel: *"Es wird daher ausdrücklich vereinbart, dass jede bei der Leasinggeberin eingegangene Zahlung von der Leasinggeberin für die Abdeckung der jeweils jüngsten Forderung gegen diesen Kunden aus einem Service- oder Leasingvertrag verwendet wird. Sodann werden Zinsen und sonstige Kosten herangezogen. Sofern die Leasinggeberin mehrere Forderungen mit gleichem Datum besitzt, werden zuerst Forderungen aus dem Servicevertrag und dann aus dem Leasingvertrag abgedeckt"* mit dem Recht des LG zur vorzeitigen Vertragsauflösung, wenn der LN mit seiner Zahlungsverpflichtung länger als 30 Tage im Verzug ist, verknüpft.¹³⁸⁶ Der OGH sprach aus, dass durch die von § 1416 ABGB abweichende Tilgungsregel ein qualifizierter Zahlungsverzug

2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 11; OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 9.

¹³⁸⁴ So im Rahmen von Kredit-AGB: OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.6: *"Ungeachtet allfälliger anderslautender Widmungserklärungen und auch bei Vorliegen oder Vollstreckung eines Exekutionstitels ist die Bank berechtigt, eingehende Geldbeträge nach ihrer Entscheidung vorerst zur Abdeckung von Nebenspesen (Zinsen, Bereitstellungs-, Verwaltungsgebühr, Kreditprovision, Verzugszinsen, Mahnspesen, Anwaltskosten, Versicherungsprämien uä), sodann für die Kapitalforderung und zuletzt für die Tilgung des restlichen Kaufpreises oder nach ihrem Ermessen für fällige Verpflichtungen aller Art des Kreditnehmers zu verwenden und – falls mehrere Konten bestehen – auch Überträge von Konto zu Konto vorzunehmen. Anlässlich der Freigabe von Sicherheiten geleistete Zahlungen werden in einer von der Bank zu bestimmenden Weise gutgebracht"*; zust *Limberg*, ecolex 2009, 293.

¹³⁸⁵ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 2; OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 zu Klausel 11.

¹³⁸⁶ OGH 6 Ob 684/85 = JBI 1987, 247 = HS 16.591 = MietSlg 39.061.

des LN aufrechterhalten werden könne und dass ein solcher Verzug als Voraussetzung für eine vorzeitige Vertragsauflösung durch die LG vereinbart wurde. Dies verstoße gegen § 864a ABGB, weil dem LG bewusst sein musste, dass der LN weder aufgrund der Gestaltung des Vertragsformulars, der Gliederung, des Aufbaus der AGB, noch wegen einer drucktechnischen Hervorhebung der Schlagworte "Verzug" oder "Anrechnung" mit derartigen Rechtsfolgen zu rechnen brauchte. Auch wurde der LN nicht in sonstiger Weise besonders auf diese Bestimmungen hingewiesen.¹³⁸⁷

10.2.3 Eigene Ansicht

Im Zusammenhang mit den oben genannten Klauseln der Verbandsklageentscheidungen¹³⁸⁸ hat der OGH keine Feststellungen hinsichtlich des "Aussehens" der AGB, wie bspw Gliederung oder Hervorhebungen getroffen. Eine abschließende Beurteilung dieser Klauseln hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 864a ABGB ist daher nicht möglich. Nichtsdestotrotz könnte mE zumindest in der Entscheidung 4 Ob 59/09v¹³⁸⁹ aufgrund des Klauselinhalts der Klausel 2¹³⁹⁰ mit der nachteiligen Tilgungsregel, in Verbindung mit Klausel 14, die besagt, dass der LG vorzeitig auflösen kann, wenn der LN trotz Mahnung und Nachfristsetzung von zwei Wochen mit zwei Leasingraten in Verzug gerät, ein qualifizierter Zahlungsverzug des LN aufrecht erhalten werden, der zu einem Terminsverlust¹³⁹¹ oder einer vorzeitigen Vertragsauflösung führen kann. Sofern sich dies weder aus dem äußeren Erscheinungsbild der AGB ergeben hat, noch der LN gesondert darauf hingewiesen wurde, stellt dies neben der oben angeführten gröblichen Benachteiligung auch noch einen Verstoß gegen § 864a ABGB dar.

¹³⁸⁷ Vgl FN 1386.

¹³⁸⁸ Vgl Kap 10.2.1.

¹³⁸⁹ Vgl FN 1379.

¹³⁹⁰ Vgl Kap 10.2.1

¹³⁹¹ Dies verstößt bereits gegen § 14 Abs 3 VKrG, weil nicht darauf verwiesen wird, dass die rückständige Leistung des Verbrauchers seit mindestens sechs Wochen fällig sein muss.

10.3 Kontrollrechte des LG?

Es stellt sich die Frage, ob der LG den LN verpflichten kann, dass dieser etwa eine Besichtigung des LO durch den LG dulden muss oder verlangen kann, dass der LN dem LG das LO zum Zweck der Besichtigung vorführt.

10.3.1 OGH

Der OGH¹³⁹² hatte im Rahmen der Leasingverbandsklageverfahren folgende Klausel zu beurteilen: "*Der Leasinggeber ist berechtigt, die Einhaltung der vorstehenden Pflichten [Anm betreffend den Punkt Benützung und Instandhaltung] jederzeit selbst zu überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen zu lassen. Der Leasingnehmer hat solche Überprüfungen in jeder Weise, insbesondere auch durch Vorführung des Fahrzeuges an den vom Leasinggeber bestimmten Ort, auf eigene Kosten zu ermöglichen [...]*". Der OGH sprach aus, dass die Möglichkeit zur jederzeitigen Überprüfung der Pflichten betreffend Benützung und Instandhaltung den LN gröblich benachteiligt, wenn es gar keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass bestimmte Pflichten in diesem Zusammenhang verletzt wurden. Die grundlose Beiziehung eines Sachverständigen sei unangemessen. Darüber hinaus stelle es an sich einen schweren Eingriff in die Rechtsposition des LN und eine gröbliche Benachteiligung dar, wenn dieser das LO jederzeit an jedem beliebigen Ort zur Kontrolle vorzuführen habe. Letztlich sei der LN auch aufgrund der Verpflichtung zur Kostentragung benachteiligt.

10.3.2 Eigene Ansicht

Dieser Wertung des OGH ist uneingeschränkt zuzustimmen, zumal sie mit bisherigen Ergebnissen des OGH zu ähnlich lautenden Klauseln übereinstimmt. Sowohl in einer Entscheidung betreffend Kredit-AGB,¹³⁹³ der

¹³⁹² In 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 Klausel 16.

¹³⁹³ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.2: "*Die Bank hat das Recht, die*

Flüssiggasentscheidung¹³⁹⁴ als auch einer der Mietklauselentscheidungen¹³⁹⁵ gelangte der OGH zu dem Ergebnis, dass derartige Bestimmungen einen schwerwiegenden Eingriff in das Gebrauchsrecht darstellen, die sachlich nicht gerechtfertigt werden können.

Weiters ist Folgendes anzumerken: Auch für Leasingverträge wird vertreten,¹³⁹⁶ dass der LG den LN in seinem Gebrauch des LO nicht stören darf. Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich im Mietrecht aus § 1098 ABGB eine Duldungspflicht des Mieters und ein Betretungsrecht des Vermieters ergibt,¹³⁹⁷ hat der Mieter einen Eingriff in sein Bestandrecht nur soweit zu dulden, als dadurch die Ausübung seines Mietrechts nicht wesentlich erschwert oder gefährdet wird.¹³⁹⁸ In diesem Zusammenhang hat eine Interessenabwägung stattzufinden, wobei die Maßnahme des Vermieters notwendig und die einzige Möglichkeit sein muss, um das Mietobjekt vor Nachteilen zu bewahren.¹³⁹⁹ Eine solche Interessenabwägung wird erst recht im Rahmen eines Leasingverhältnisses vorzunehmen sein, da dem LN hier eine eigentümerähnliche Stellung zukommt.

Vorführung des Deckungsobjekts, sofern es sich um ein selbst bewegliches Objekt handelt, an einem von ihr zu bestimmenden Ort zu verlangen".

¹³⁹⁴ OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42 Klausel 7: "Der Kunde ist weiters verpflichtet, F. und dessen Beauftragten jederzeit Zutritt zum Bestandgegenstand zu gestatten und zu ermöglichen, um insbesondere Installationen, Servicearbeiten, Reparaturen und Beseitigung des Bestandgegenstandes zu ermöglichen".

¹³⁹⁵ OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW 2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45 Klausel 28: "Der Vermieter und die von ihm beauftragten Personen sind berechtigt, den Mietgegenstand gegen Vorankündigung zu besichtigen".

¹³⁹⁶ Vgl etwa *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ Rz L50 mwN.

¹³⁹⁷ *Gaisbauer*, Das Betretungsrecht des Vermieters, ImmZ 1991, 19.

¹³⁹⁸ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1098 Rz 8; OGH 5 Ob 265/01h = MietSlg 53.152 = ecolex 2002/127 = wobl 2002/58 = MR 2002, 9.

¹³⁹⁹ Vgl *Würth* in *Rummel*³ § 1098 Rz 10 mit weiteren Judikaturnachweisen; *Böhm*, immolex 2007, 137 FN 16; *Iro* in *KBB*³ § 1098 Rz 4.

10.4 Mahn- und Inkassospesen

In Leasing-AGB finden sich häufig Bestimmungen, die dem LN sämtliche Betriebskosten, dh Mahn- und Inkassospesen¹⁴⁰⁰ für den Fall des Zahlungsverzugs aufbürden. Die Mahnspesen werden nach diesen Klauseln pauschal verrechnet werden, wobei sie sich pro Mahnung erhöhen. Vereinbarungen zu Mahn- und Inkassospesen können entweder nach Eintritt des Verzugsfalls und nach Entstehen der konkreten Kosten mit dem LN getroffen werden¹⁴⁰¹ oder deren Ersatz findet als Vorwegvereinbarung Eingang in die AGB.

10.4.1 Vorwegvereinbarungen in AGB

Für den Fall, dass der Ersatz der Betriebskosten vorab in den AGB vereinbart wird, müssen derartige Regelungen wie immer an den Maßstäben der §§ 864a ABGB, 879 Abs 3 ABGB, 6 Abs 3 KSchG und im Besonderen an § 1333 Abs 2 ABGB gemessen werden.¹⁴⁰²

In der Entscheidung 2 Ob 9/97f erklärte der OGH folgende Klausel, die im Versandhandel verwendet wurde, nach § 879 Abs 3 ABGB für unzulässig: *"Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung unser Eigentum. Bei Zahlungsverzug gelten der Ersatz sämtlicher Mahn- und Inkassospesen sowie 16,8 % Verzugszinsen als vereinbart."*¹⁴⁰³ In der Entscheidung wurde hervorgehoben, dass es aufgrund der Vertragsfreiheit zwar zulässig sei, dass sich ein Vertragspartner für den Fall des Leistungsverzugs absichert und dass die Kosten im Fall des Verzuges auf den anderen überwält werden können,¹⁴⁰⁴ nicht jedoch, dass undifferenziert sämtliche Kosten einer Be- und Eintreibung auf den Schuldner überwält werden. Dem Schuldner werde damit

¹⁴⁰⁰ Gemäß § 1333 Abs 2 ABGB stehen sie als Schadenersatzanspruch gegenüber dem säumigen Schuldner zu, wenn sie notwendig und zweckentsprechend sind und in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.

¹⁴⁰¹ Vgl allgemein *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 15 KSchG Rz 8; *Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 145i.

¹⁴⁰² *Karollus/Lukas* in FS Mayer 83.

¹⁴⁰³ OGH 2 Ob 9/97f = SZ 71/150 = MietSlg 50.077 = HS 29.341 = ecolex 1999/29 (Anm *Rabl*) = ZIK 1999, 144 = RdW 1999, 197.

¹⁴⁰⁴ So auch OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252.

nämlich ein unkalkulierbares Zahlungsrisiko aufgebürdet¹⁴⁰⁵ und er wäre allein dem Betreibungsverhalten des Klauselverwenders¹⁴⁰⁶ und dessen Ermessen ausgeliefert.¹⁴⁰⁷ Eine Kostenüberwälzung sei nur dann sachlich begründet, wenn sie Kosten erfasst, die zweckentsprechend und notwendig sind.¹⁴⁰⁸ Dieselbe Wertung ist vorzunehmen, wenn es sich nicht nur um Betriebskosten, sondern um: *"Sämtliche im Zusammenhang mit der Kreditwürdigkeit sowie Sicherstellung und Abwicklung des Kredites jetzt und künftig anfallenden Abgaben und Kosten, welcher Art immer sie seien"*,¹⁴⁰⁹ handelt.

Einen Verstoß gegen das Transparenzgebot¹⁴¹⁰ stellte der OGH überdies bei folgender Klausel fest: *"Barbehebungs-/Bearbeitungsentgelte,*

¹⁴⁰⁵ Vgl OGH 2 Ob 9/97f = SZ 71/150 = MietSlg 50.077 = HS 29.341 = ecolex 1999/29 (Anm *Rabl*) = ZIK 1999, 144 = RdW 1999, 197; OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252.

¹⁴⁰⁶ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252.

¹⁴⁰⁷ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 15 Satz 2: *"Der Leasingnehmer ist darüber hinaus verpflichtet, dem Leasinggeber alle jetzt oder künftig entstehenden, mit diesem Vertrag, dessen Sicherstellung oder Überwachung sowie mit der Verfolgung der daraus resultierenden Ansprüche zusammenhängenden gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, Steuern, Gebühren und sonstigen Auslagen, auch jener, für die der Leasinggeber in Vorlage getreten ist, samt den vom Leasinggeber festgesetzten Spesen und Gebühren zu erstatten, sodass dem Leasinggeber aus diesem Vertrag keine Auslage trifft."* ähnlich wohl auch OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011, 399 = ecolex 2011/240 = ÖBA 2011/1720 zu Klausel 52, wobei in dieser Entscheidung die Klausel nicht abgedruckt wurde, sondern nur auf einen ähnlichen Wortlaut zu Klausel 15 in 4 Ob 59/09v verwiesen wurde.

¹⁴⁰⁸ *Th. Rabl*, ecolex 1999/29; OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144.

¹⁴⁰⁹ OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154 = RdW 2003, 132 = RdW 2003, 254 = ÖBA 2003, 370 (*Iro*) = ecolex 2003, 237 (*Leitner*) zu Z 9 der Bedingungen für Privatkredite; ebenso OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.23 der Kredit-AGB: *"Alle Kosten und Barauslagen, welche zur Geltendmachung und Verfolgung des Eigentumsrechtes der BANK aufgewendet werden, hat der Kreditnehmer der BANK zu ersetzen"*.

¹⁴¹⁰ So das Berufungsgericht in OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748 im Rahmen der Leasingverbandsklageverfahren, weil dem LN ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werde, zu Klausel 10: *"Neben dem Leasingentgelt, einer allfälligen Mietvorauszahlung, einem allfälligen Depot und sonstigen vertraglich festgehaltenen Beträgen hat der Leasingnehmer auch die Rechtsgeschäftsgebühr, alle Kosten, die dem Leasinggeber vor, während und nach der Vertragsdauer durch die Ermittlung des Aufenthalts, durch Mahnung, Rücklastspesen und sonstige außergerichtliche sowie gerichtliche Forderungsbeteiligungen, durch Pfandfreistellung, Rückholung,*

*Spesen, Kosten und Gebühren aus Mahnungen, Adressnachforschungen, Kartensperre (einschließlich Neuausstellung der Karte bei Abhandenkommen), Zahlungsverzug (Verzugszinsen pro Monat vom jeweils aushaftenden Betrag, Rücklastschriftspesen, etc.) und dergleichen werden dem Karteninhaber zusätzlich angelastet*¹⁴¹¹, weil weder angeführt wurde, welche "Spesen" neben den "Kosten und Gebühren aus Mahnungen" allenfalls auch unter dem Titel "und dergleichen" vom AGB-Verwender dem Konsumenten hier zusätzlich angelastet werden.¹⁴¹²

Der OGH entschied auch bei folgenden Klauseln in Leasing-AGB, dass Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt:

- *"Der LN ist verpflichtet, der HSL alle jene Kosten zu ersetzen, die zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung der Forderung erforderlich sind. Dies sind insbesondere Inkasso-, Interventions-, Exszindierungskosten, Kosten für Sachverständigengutachten";*¹⁴¹³
- *"Bei Nichteinhaltung von vereinbarten Zahlungsterminen hat der LN für die Zahlungsrückstände Verzugszinsen in Höhe des Vertragszinssatzes zuzüglich 5 % Punkte p.a., zuzüglich gerichtlicher und außergerichtlicher Betreibungs- oder Eintreibungskosten, die zur zweckentsprechenden Betreuung und Einbringung der Forderung notwendig sind, wozu auch vorprozessuale Kosten eines Rechtsanwalts und/oder Inkassobüros gehören, zu entrichten";*¹⁴¹⁴
- *"Sicherstellung: P***** (Anm der LG) hat Anspruch auf Ersatz der Kosten, die P***** bei der Verfolgung ihrer Ansprüche durch vertragswidriges Verhalten des Kunden auflaufen. Dazu zählen auch außergerichtliche*

Sicherstellung, Einziehung, Schätzung und Verwertung des Fahrzeuges entstanden sind, alle Steuern und Gebühren, Strafen und Versicherungsprämien im Zusammenhang mit dem Besitz und der Benützung des Fahrzeuges und alle Kosten der Zulassung, Um- und Abmeldung, Typisierung und Überprüfung des Fahrzeuges zu tragen".

¹⁴¹¹ OGH 10 Ob 70/07b = VRInfo 2009 H 4, 3 = RdW 2009, 401 = ÖBA 2009, 758 = KRES 1d/127 zu Klausel 10 von Kreditkarten-AGB.

¹⁴¹² Vgl letzte FN.

¹⁴¹³ Vgl OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolx 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 8 Satz 1.

¹⁴¹⁴ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 31 Satz 1.

*Kosten des Anwalts, Adressausforschungs- und Exszindierungskosten. Für die mit dem Inkasso oder Objekteinzug beauftragten Personen steht P***** der ihr tatsächlich entstandene Aufwand, mindestens ein Pauschale von 265 EUR zu“.*¹⁴¹⁵

Dies deshalb weil die oben angeführten Klauseln¹⁴¹⁶ keinen Hinweis auf § 1333 Abs 2 ABGB enthielten. Dieser bestimmt, dass notwendige Betreibungs- oder Eintreibungsmaßnahmen dann geltend gemacht werden können, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.

10.4.2 Nachträgliche Überwälzung

Nachträgliche Überwälzungsvereinbarungen sind im Verbrauchergeschäft an § 6 Abs 1 Z 15 KSchG¹⁴¹⁷ sowie am Transparenzgebot¹⁴¹⁸ zu messen. Eine nachträgliche Überwälzung an den Verbraucher ist nur dann nicht gesetzeswidrig, wenn die Kosten gesondert und aufgeschlüsselt ausgewiesen werden (die Forderung und die Kosten und deren Verhältnis zur betriebenen Forderung müssen transparent sein¹⁴¹⁹) und¹⁴²⁰ soweit diese zur zweckentsprechenden Betreibung oder Einbringung

¹⁴¹⁵ OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 26.

¹⁴¹⁶ Vgl OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 zu Klausel 8 Satz 1; OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 31 Satz 1; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 26.

¹⁴¹⁷ *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 79, verweist hier offensichtlich irrtümlich auf eine Rsp zu § 6 Abs 1 Z 15 KSchG im Zusammenhang mit der OGH Entscheidung 4 Ob 59/09v in Finanzierungsleasingverträgen. Der OGH hat aber in dieser Entscheidung keinerlei Ausführungen zu dieser Norm gemacht.

¹⁴¹⁸ Vgl OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144; zust *Karollus/Lukas* in FS Mayer 83; OGH 5 Ob 247/07w = VRInfo 2008 H 4, 2 = KRES 1d/114a = ZIK 2008/179 = ÖJZ 2008/113 (EvBl) = JBI 2008, 589 = ecolex 2008/185 = JusGuide 2008/23/5732 = Die Presse 2008/18/08; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 61.

¹⁴¹⁹ So OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144; *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 15 KSchG Rz 7; *Apathy* in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 61.

¹⁴²⁰ Im Gesetzestext steht zwar statt dem "und" ein "oder"; dabei handelt es sich aber um ein Redaktionsversehen: vgl *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 15 KSchG Rz 4; diesen folgend: *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 77.

der Forderung notwendig sind.¹⁴²¹ Bei der Frage, welche Betreuungsschritte im Einzelfall angemessen sind, ist die Rsp zu § 41 Abs 1 ZPO heranzuziehen.¹⁴²² Eigene Tarifverordnungen, wie die InkassobüroV,¹⁴²³ führen Höchstsätze für Tarife an, wobei diese nach Ansicht der Literatur nicht in jedem Fall als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung geeignet angesehen werden können¹⁴²⁴, da diese oft nichts über den Umfang der Leistungen und deren Notwendigkeit aussagen.¹⁴²⁵

a) OGH

Es verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 15 KSchG, wenn ein AGB-Verwender eine Klausel wie: "[...] Ich verpflichte mich, [...] zuzüglich der tarifmäßigen Kosten des genannten Inkassoinstitutes im Sinn der Verordnung Bundesgesetzblatt 141/1996 zu bezahlen" in seine Inkasso-AGB¹⁴²⁶ oder folgende Klausel: "Weiters ist der Kreditnehmer verpflichtet, außer den bei der BANK üblichen Mahn- und Inkassospesen, alle der BANK bei Verfolgung ihrer Ansprüche auflaufenden Kosten, Spesen und Barauslagen, aus welchem Titel sie immer resultieren, zu bezahlen. Er hat daher neben den gerichtlichen Gebühren und Kosten auch die außergerichtlichen Kosten der BANK und ihrer Beauftragten für alle Interventionen, die ihnen im Zusammenhang mit der Forderungsbetreibung notwendig und zweckdienlich erscheinen, voll zu

¹⁴²¹ Th. Rabl, Glosse zu OGH 2 Ob 9/97f, ecolex 1999/29.

¹⁴²² So Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 79; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 15 KSchG Rz 5; Kathrein in KBB³ § 6 KSchG Rz 22; Apathy in Schwimann³ § 6 KSchG Rz 62.

¹⁴²³ Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen, BGBl 1996/141 idF BGBl 2005/103.

¹⁴²⁴ So Ch. Rabl, Der Schadenersatz von Inkassokosten dem Grunde nach, JBl 2007, 494 (501); Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 79; nach OGH 5 Ob 247/07w = VRInfo 2008 H 4, 2 = KRES 1d/114a = ZIK 2008/179 = ÖJZ 2008/113 (EvBl) = JBl 2008, 589 = ecolex 2008/185 = JusGuide 2008/23/5732 = Die Presse 2008/18/08, verstoßen überdies Klauseln, die einerseits auf die Höchstsätze der InkassobüroV und andererseits darauf verweisen, dass Kosten und Gebühren in Rechnung gestellt werden, soweit "diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich sind", gegen das Transparenzgebot.

¹⁴²⁵ So OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144; nach OGH 5 Ob 247/07w = VRInfo 2008 H 4, 2 = KRES 1d/114a = ZIK 2008/179 = ÖJZ 2008/113 (EvBl) = JBl 2008, 589 = ecolex 2008/185 = JusGuide 2008/23/5732 = Die Presse 2008/18/08, wonach eine Hinweis auf die Tarife der InkassobüroV schon deswegen verfehlt ist, weil es sich dabei um Höchstsätze handelt, die wegen der Einschränkung des § 6 Abs 1 Z 15 KSchG, dass die Kosten zur zweckentsprechenden Betreuung notwendig sein müssen, eben nicht entscheidend sind.

¹⁴²⁶ Vgl letzte FN.

ersetzen. Die BANK darf alle vorerwähnten Auslagen dem Kreditnehmer kontokorrentmäßig (durch Zuschlag zum Kapital) anlasten" in seine Kredit-AGB¹⁴²⁷ aufnimmt.

b) Eigene Ansicht

Zur letzten Klausel ist anzumerken, dass der 4. Senat offenbar nicht geprüft hat, ob diese Klausel nachträglich oder vorweg vereinbart wurde. Nur im ersten Fall steht nämlich eine Prüfung nach § 6 Abs 1 Z 15 KSchG offen. ME ist aber dem Wortlaut der Klausel nicht zu entnehmen, dass es sich dabei um eine nachträgliche Vereinbarung gehandelt hat.¹⁴²⁸ Überdies verstößt eine derartige Klauselgestaltung mE gegen das Transparenzgebot, weil nicht angeführt ist, dass notwendige Betreibungsmaßnahmen nur dann geltend gemacht werden können, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.¹⁴²⁹

10.4.3 Pauschalierte Mahnspesen

Anzumerken ist, dass pauschalierte Mahnspesen, die mitunter auch eine Erhöhung der Mahngebühr pro weiterer Mahnung vorsehen, per se nach § 879 Abs 3 KSchG unzulässig sind, auch wenn sie nicht wie oben mit den unwirksamen Inkassokosten verbunden werden. Als Beispiele können folgende Klauselteile aus den Verbandsklageverfahren genannt werden:

- *"Im Falle einer Mahnung gebührt dem LG für jede 1. Mahnung ein Betrag von Euro 6,50 und für die weiteren Mahnungen ein Betrag von Euro 13";*¹⁴³⁰
- *"Für jede durch den Leasingnehmer verursachte Mahnung sind dem Leasinggeber Spesen von Euro 21,80 zu bezahlen".*¹⁴³¹

¹⁴²⁷ OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA 2008, 75 = ecolex 2007/252 zu Klausel 2.5.

¹⁴²⁸ Krit auch *Gehring*, RdW 2008, 53.

¹⁴²⁹ Vgl § 1333 Abs 2 ABGB.

¹⁴³⁰ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) Klausel 31 Satz 2.

¹⁴³¹ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 15.

Die gröblich Benachteiligung ergibt sich daraus, dass es in das alleinige Ermessen des LN gestellt wird, unverhältnismäßige Mahnspesen zu verrechnen.¹⁴³² Zudem müssen die Mahnspesen für sich alleine – wie in § 1333 Abs 2 ABGB normiert – in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.¹⁴³³ Letztlich fehlt es auch an einer sachlichen Rechtfertigung,¹⁴³⁴ wenn sich die Mahnspesen pro Mahnung verdoppeln.¹⁴³⁵

¹⁴³² OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 15.

¹⁴³³ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 8 Satz 2.

¹⁴³⁴ Auch im deutschen Recht wird es für unzulässig gehalten, wenn Mahngebühren nach Zahlungsrückstand gestaffelt werden und pro Mahnung eine entsprechend höhere Mahngebühr zu bezahlen ist: vgl *Kügel* in Büschgen, Praxishandbuch Leasing § 6 Rz 126; *von Westphalen*, Der Leasingvertrag⁶ Kap F Rz 7. Zu beachten ist jedoch, dass anders als im österreichischen Recht § 309 Nr 5 BGB besagt, dass die Pauschalierung von Schadenersatzansprüchen in AGB unwirksam ist, wenn die Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. In der deutschen Rsp wurde daher eine Mahngebühr in der Höhe von 5 DM für unzulässig gehalten: vgl *Grüneberg* in Palandt, BGB⁶⁹ § 309 Rz 28.

¹⁴³⁵ OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*) zu Klausel 31 Satz 2.

10.5 Terminsverlust

10.5.1 Regelungsbereich des § 14 Abs 3 VKrG

§ 13 KSchG (aF) regelte bislang den Terminsverlust im Verbrauchergeschäft und kam dann zur Anwendung, wenn der Verbraucher seine Schuld in Raten zu begleichen hatte. Finanzierungsleasingverträge fielen ebenso in den Anwendungsbereich des § 13 KSchG (aF).¹⁴³⁶ Zweck des § 13 KSchG (aF) war, zu verhindern, dass der Verbraucher vom Terminsverlust überrascht wird.¹⁴³⁷ Mit Inkrafttreten des DaKRÄG wurde die Bestimmung des § 13 KSchG (aF) wörtlich in § 14 Abs 3 VKrG übernommen. Wie bereits in § 13 KSchG vorgesehen, kommt § 14 Abs 3 VKrG nur bei jenen Konstellationen zur Anwendung, in den sich der Unternehmer das Recht vorbehalten hat, für den Fall der Nichtzahlung von Teilbeträgen oder Nebenforderungen die Entrichtung der gesamten noch offenen Schuld zu fordern.¹⁴³⁸

ME ist daher davon auszugehen, dass es aufgrund der wörtlichen Übernahme des § 13 KSchG zu keiner Rsp-Änderung kommen wird, weshalb diese auch für Fragen betreffend § 14 Abs 3 VKrG herangezogen werden kann.

10.5.2 Voraussetzungen für die Ausübung des Terminsverlusts

Die Ausübungsvoraussetzungen für die Geltendmachung eines Terminsverlusts sind, dass der LG seine Leistungen erbracht hat, die rückständige Leistung des LN seit mindestens sechs Wochen fällig ist und der LG den LN unter Androhung des Terminsverlusts und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat.

¹⁴³⁶ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 mwN aus der Rsp; gegen eine Anwendung des § 13 KSchG auf Leasingverträge: *Iro*, Terminsverlustklauseln in Leasingverträgen, RdW 1986, 265 (266).

¹⁴³⁷ Vgl *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 13 Rz 1.

¹⁴³⁸ So *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 14 Rz 35.

In der älteren Rsp zu § 13 KSchG (aF) war lange Zeit nicht klar, ob es für die Wirksamkeit einer Terminsverlustklausel genügt, an den Tatbestand der Nichtzahlung die Rechtsfolge des Terminsverlusts zu knüpfen oder ob auch die Ausübungsvoraussetzungen des § 13 KSchG (aF) in der Klausel selbst angeführt werden müssen.

a) Ältere Rsp

In den Leasingbedingungen, welche der Entscheidung des OGH 6 Ob 528/84¹⁴³⁹ zugrunde lagen, war ua vereinbart, dass der LG bei Verzug des LN mit der Bezahlung des Bestandentgelts auch nur für einen Monat ua das Recht hat, das Bestandentgelt für die restliche Vertragsdauer fällig zu stellen. An den Terminsverlust waren noch weitere Rechtsfolgen geknüpft, wie bspw dass der LG diesfalls auch berechtigt ist, das LO einzuziehen. Obwohl der OGH aussprach, dass die Geltendmachung eines Terminsverlusts gegenüber einem Verbraucher von § 13 KSchG (aF)¹⁴⁴⁰ abhängt, prüfte er den Wortlaut der vereinbarten Klausel anhand der dort geregelten Voraussetzungen nicht. Diesfalls wäre der Terminsverlust nämlich aufgrund des Fehlens der sechswöchigen Frist unzulässig gewesen und nicht erst wegen einer gröblich benachteiligenden Rechtsfolgenkumulierung.

b) Jüngere Rsp

Die jüngere Rsp¹⁴⁴¹ stellt klar, dass auch die Ausübungsvoraussetzungen des § 13 KSchG (aF) in der Klausel selbst angeführt werden müssen.¹⁴⁴² Der OGH hat folgende Klausel für unzulässig erklärt: *"Gerät der Leasingnehmer trotz Mahnungen und Nachfristsetzung von zwei Wochen mit zwei fälligen Leasingraten oder mit anderen aus dem Leasingvertrag fälligen Zahlungen in Verzug, hat der Leasinggeber das Recht,*

¹⁴³⁹ In RdW 1986, 268 = KRES 3/30.

¹⁴⁴⁰ Von dessen Ausübungsvoraussetzungen konnte nach § 2 Abs 2 KSchG zu Lasten des Verbrauchers nicht abgewichen werden. Von der Nachfolgeregelung § 14 Abs 3 VKrG kann aufgrund § 3 VKrG nicht abgewichen werden.

¹⁴⁴¹ Das LG Klagenfurt 24 Cg 110/07v = VRInfo 2008 H 3, 2 (5) hat die Klausel 14 der Leasingbedingungen für unzulässig erklärt, da die sechs Wochen Frist fehlte. Ebenso der OGH in 9 Ob 66/08h = EvBl-LS 2009/110 = RdW 2009/656 = KRES 1d/128 (zu Klausel 7), der einen Verstoß gegen § 13 KSchG annahm, weil weder der Zahlungsverzug von sechs Wochen noch die Androhung des Terminsverlusts und die Nachfrist von mindestens zwei Wochen in der Klausel festgehalten wurde.

¹⁴⁴² Vgl auch *Krejci* in Rummel³ § 13 KSchG Rz 6; zweifelnd noch *Mayrhofer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 13 KSchG Rz 25.

den Leasingvertrag unter Wahrung seiner Ansprüche nach Punkt 11 dieses Vertrages vorzeitig aufzulösen". Begründet wurde dies damit, dass die Klausel zum einen nicht vorsah, dass der LG dem LN den Terminsverlust anzudrohen hat und zum anderen den Passus nicht enthalten hat, dass die Leistung des LN seit mindestens sechs Wochen fällig sein muss.¹⁴⁴³

Terminsverlustklauseln verstoßen auch gegen § 13 KSchG, wenn sie statt der gesetzlich geforderten Nachfrist von zwei Wochen keine oder eine kürzere¹⁴⁴⁴ Frist vorsehen.

c) Eigene Ansicht

Der jüngeren Rsp, wonach auch die Ausübungsvoraussetzungen des Terminsverlusts in der Klausel selbst anzuführen sind, ist zuzustimmen. Das Transparenzgebot verpflichtet den LG ua zur Vollständigkeit¹⁴⁴⁵ und zur Richtigkeit.¹⁴⁴⁶ Beide Einzelgebote werden jedoch dann nicht erfüllt, wenn der LN über die Ausübungsvoraussetzungen für den Terminsverlust nicht informiert ist. Es besteht dann nämlich die Gefahr, dass der LN die vorzeitige Gesamtfälligkeit seitens des LG hinnimmt, ohne dass die erforderlichen Voraussetzungen des § 13 KSchG (aF) erfüllt sind.

Zur Beurteilung des OGH in 4 Ob 59/09v bei folgender Klausel: *"Gerät der Leasingnehmer trotz Mahnungen und Nachfristsetzung von zwei Wochen mit zwei fälligen Leasingraten oder mit anderen aus dem Leasingvertrag fälligen Zahlungen in Verzug, hat der Leasinggeber das Recht, den Leasingvertrag unter Wahrung seiner Ansprüche nach Punkt 11 dieses Vertrages vorzeitig aufzulösen"* ist Folgendes anzuführen: Der OGH hätte die Klausel nicht nur wegen des Fehlens der Ausübungsvoraussetzungen für unzulässig erklären müssen, sondern schon deshalb, weil der Terminsverlust mit einer vorzeitigen Auflösung des Leasingverhältnisses verbunden war. Ein Terminsverlust führt nämlich nur zur Fälligkeit der noch ausstehenden Leasingentgelte, nicht jedoch zu einer Beendigung des Vertragsverhältnisses.

¹⁴⁴³ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 14.

¹⁴⁴⁴ Vgl OGH 30.01.2002, 7 Ob 3/02w (unveröffentlicht), wo der LG eine Nachfrist von fünf Tagen setzte.

¹⁴⁴⁵ Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 117.

¹⁴⁴⁶ Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 116.

Wenn der LG mittels Terminsverlust Erfüllungsansprüche für die weitere Laufzeit beansprucht, kann er nicht gleichzeitig das Leasingverhältnis vorzeitig auflösen.¹⁴⁴⁷ Eine derartige Regelung verstößt mE gegen das Transparenzgebot, weil dem Verbraucher die wirtschaftliche Auswirkung dieser Regelung nicht erkennbar ist. An dem Verstoß gegen das Transparenzgebot ändert sich auch dann nichts, wenn man wie *Krejci* davon ausgeht, dass Terminsverluste, die mit einer außerordentlichen Beendigung verbunden sind, als pauschalisierte Schadenersatzansprüche zu verstehen sind, die nur bei Verschulden des LN zustehen,¹⁴⁴⁸ weil im Rahmen des Verbrauchergeschäfts eine geltungserhaltende Reduktion auch im Rahmen des Individualprozesses unterbleibt.¹⁴⁴⁹

10.5.3 Kumulation: Terminsverlust und Rücknahmeklausel

Grundsätzlich hat der Zahlungsverzug des LN keinen Einfluss auf sein Recht aus dem Leasingvertrag, das LO innezuhaben und zu gebrauchen. Der Leasingvertrag bleibt trotz eines Zahlungsverzugs aufrecht. Erst eine wirksame Kündigung berechtigt den LG, das LO vom LN herauszuverlangen. In vielen Leasingbedingungen wird daher vereinbart, dass der LG dem LN das LO entziehen darf, wenn der LN in Zahlungsverzug gerät.¹⁴⁵⁰

a) Rsp und Ansicht Lehre

¹⁴⁴⁷ Vgl *Krejci* in Das Leasinggeschäft 282 f.

¹⁴⁴⁸ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 283.

¹⁴⁴⁹ Vgl RIS-Justiz RS0122168.

¹⁴⁵⁰ Vgl etwa OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 = RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426: "[Bei Verzug ist der LG berechtigt] die restlichen Leasing-Entgelte bis Vertragsende sofort fällig zu stellen (Punkt 9). Außerdem kann er sich in diesem Fall auch gegen den Willen des Leasingnehmers den Besitz am Leasingfahrzeug verschaffen (Punkt 14 und 17)"; OGH 6 Ob 528/84 = RdW 1986, 268 = KRES 3/30: "Für den Fall, als der Bestandnehmer A) mit der Bezahlung des Bestandentgeltes sowie des Kostenersatzes auch nur für einen Monat in Verzug gerät, so hat die [Klägerin] "das Recht, ohne Rücksicht auf den Standort des Bestandobjektes oder auf irgendwelche Schäden, die dem Bestandnehmer entstehen könnten, eine oder mehrere oder alle der nachstehend genannten Maßnahmen zugleich oder in beliebiger Aufeinanderfolge zu ergreifen: B) Fälligestellung des Bestandobjektes (sic!) für die restliche vereinbarte Vertragsdauer; C) Einziehung des Bestandobjektes durch dessen Abtransport und Verwahrung oder Plombierung an Ort und Stelle oder andere geeignete Maßnahmen, die den weiteren Gebrauch des Bestandobjektes durch den Bestandnehmer verhindern, all dies auch ohne gerichtliche oder behördliche Entscheidung, Verfügung oder Intervention".

Nach der Rsp¹⁴⁵¹ und hL¹⁴⁵² bestehen weder im Verbraucher- noch im Unternehmergegeschäft gegen eine solche Rücknahmeklausel, verbunden mit dem Recht zur Fälligestellung des Leasingentgelts für die restliche Vertragslaufzeit, Bedenken. Die Rücknahmeklausel habe den Zweck, das Eigentum des LG zu sichern, da durch den Gebrauch des LO dessen Wert gemindert wird.¹⁴⁵³ Überdies diene sie als Druckmittel, den LN zur Leistung der Zahlungen anzuhalten.¹⁴⁵⁴ Letztlich sei der LG verpflichtet, dem LN das LO wieder zur Nutzung zu überlassen, sobald der LN seinen Zahlungsrückstand beglichen hat.¹⁴⁵⁵

b) Eigene Ansicht

Aus Gründen der Transparenz sollte mE eine Rücknahmeklausel im Verbrauchergeschäft klarstellen, dass der LN mit Begleichung des Zahlungsrückstands einen Anspruch auf Rückstellung des LO hat. Andernfalls kann der Verbraucher nämlich seine Rechtsstellung nicht erkennen.¹⁴⁵⁶

Beim Unternehmerleasing kann mE hingegen eine andere Beurteilung der Rücknahmeklausel geboten sein. Dies lässt sich an folgenden Beispielen vor Augen führen: Der LN ist Taxiunternehmer, der sämtliche Taxis geleast hat oder er hat eine Maschine geleast, die zur Herstellung der Produkte dient, die er später in seinem Unternehmen veräußert. Wenn der LN nun verpflichtet wird, das LO herauszugeben, wird er Probleme haben seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, da ihm die notwendigen Betriebsmittel fehlen.¹⁴⁵⁷ In Fällen, in denen dem LN die Produktions- bzw Erwerbsgrundlage

¹⁴⁵¹ OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 = RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426; OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28; OGH 6 Ob 528/84 = RdW 1986, 268 = KRES 3/30.

¹⁴⁵² Zum Eigentumsvorbehalt: *Bydlinski* in Klang² IV/2 503; *Reidinger*, Weitere Rechtsfragen drittfinanzierter Verträge, JBl 1987, 431 (434); *Lenneis*, Zum Thema Terminverlustklauseln in Leasingverträgen, RdW 1987, 7 (9); *Krejci* in Das Leasinggeschäft 272 f.

¹⁴⁵³ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 281.

¹⁴⁵⁴ *Krejci* in Das Leasinggeschäft 281; *Lenneis*, RdW 1987, 7 (9).

¹⁴⁵⁵ Vgl etwa OGH 6 Ob 528/84 = RdW 1986, 268 = KRES 3/30; OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28; OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 = RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 273.

¹⁴⁵⁶ *Leitner*, Das Transparenzgebot 92.

¹⁴⁵⁷ Vgl dazu *Klang*, Zweifelhafte Fragen aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes, RZ 1934, 82 (84), wonach der Käufer dann schutzbedürftig ist, wenn der Gegenstand des Kaufvertrags ein Erwerbsmittel ist, durch dessen Verwendung der Käufer die Mittel zur Abstattung des "Kaufschillings" erwerben soll.

durch Rücknahme des LO entzogen wird, ist eine Terminsverlustklausel verbunden mit Rücknahme mE im Einzelfall gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

10.5.4 Kumulation: Terminsverlust und endgültiger Entzug des LO

Nach § 879 Abs 3 ABGB sind Klauseln unzulässig, die den LG bei aufrechtem Vertrag kumulativ zur sofortigen Fälligkeitstellung sämtlicher noch ausstehender Leasingraten berechtigen und dem LN endgültig die Nutzung am LO entziehen, ohne dass der LN nach Begleichung der Raten erneut Anspruch auf Benützung des LO hat.¹⁴⁵⁸ Durch diese Kumulation wird das Äquivalenzprinzip erheblich gestört.¹⁴⁵⁹ Einerseits wird die Ratenzahlungspflicht wegen des Terminsverlusts in eine Einmalleistungspflicht bei sofortiger Fälligkeit umgewandelt. Andererseits wird die vertraglich zugesicherte Nutzungsdauer verkürzt, wenn das LO endgültig entzogen wird. Weiters wird die Position des LN in unvertretbarer Weise verschlechtert, weil der LN das LO praktisch nicht mehr wiedererlangen kann.¹⁴⁶⁰

In solchen Fällen bedeutet die Zurücknahme der Sache bis zur Behebung des Zahlungsverzugs einen wirtschaftlichen Widerspruch, den die Rechtsordnung nicht genehmigen kann; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 272.

¹⁴⁵⁸ Ständige Rsp: OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 = RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426; OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28; OGH 6 Ob 528/84 = RdW 1986, 268 = KRES 3/30; OGH 6 Ob 685, 686/85 = MietSlg 39.061 = KRES 3/41; OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28; *Krejci* in Das Leasinggeschäft 282; *Limberg*, *ecolex* 2009, 292 (293).

¹⁴⁵⁹ Vgl etwa OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28.

¹⁴⁶⁰ So OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 = RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426.

10.6 Verzicht auf den Besitzschutz

In Leasing-AGB finden sich häufig Klauseln, wonach der LG im Zuge der Beendigung des Vertragsverhältnisses (unabhängig davon, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche Beendigung handelt) berechtigt ist, sich unmittelbar und auch gegen den Willen des LN, den Besitz am LO zu verschaffen.¹⁴⁶¹ Oftmals knüpft dieses Rückholrecht des LG nicht einmal daran an, dass der LN mit der Rückstellung in Verzug ist.¹⁴⁶² Der LN wird vielmehr verpflichtet, schon vorab auf die Erhebung einer Besitzstörungsklage zu verzichten.

Derartige Klauseln lesen sich wie folgt:

- *"Bei Beendigung des Leasingvertrages - aus welchem Grunde immer - oder Entzug des Benützungsbrechtes, hat der LN das LO auf seine Kosten und Gefahr in einwandfreiem, betriebs- und verkehrssicheren Zustand (bei Fahrzeugen einschließlich Schlüssel, Zulassungspapiere, Servicebuch, Prüfbefunde etc.) mit allem Zubehör an die von der HSL dem LN bekannt gegebene Übernahmestelle unverzüglich, spätestens innert 8 Tagen, zurückzustellen. Erfolgt die Rückstellung nicht unverzüglich, ist die HSL berechtigt, ohne Ankündigung sich den unmittelbaren Besitz am LO auch ohne Wissen, Willen und Mitwirkung des LN auf dessen Kosten zu verschaffen. Der LN verzichtet ausdrücklich*

¹⁴⁶¹ OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 17 Satz 1 u 2; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 29.

¹⁴⁶² OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 Klausel 32 Satz 1 und Satz 3; OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) Klausel 28: *"Kommt der Kunde seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nach, kann P***** das Leasingobjekt sicherstellen und der Kunde verzichtet auf die Besitzstörung"*.

auf das Rechtsmittel der Besitzstörungsklage und auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen [...]".¹⁴⁶³

- "Sollte der Leasingnehmer mit der Rückstellung des Fahrzeuges in Verzug geraten, ist der Leasinggeber berechtigt, sich unmittelbar und auch gegen den Willen des Leasingnehmers, der auf eine Besitzstörungsklage verzichtet, Besitz am Fahrzeug zu verschaffen".¹⁴⁶⁴
- "Der Vermieter ist bei Vertragsbeendigung berechtigt, den Mietgegenstand abzuholen oder durch einen Beauftragten holen zu lassen und bei der Abholung die Räumlichkeiten des Mieters zu betreten. [...] Die Abholung des Mietgegenstandes ist vereinbarungsgemäß kein Eingriff in den ruhigen Besitz des Mieters."¹⁴⁶⁵

Es ist umstritten, ob derartige "Vorwegzustimmungen" im Zusammenhang mit dem Eingriff in den Rechtsbesitz des LN wirksam vereinbart werden können,¹⁴⁶⁶ da eine bloße Vertragsbeendigung des Leasingvertrags noch nicht bewirkt, dass der Rechtsbesitz des LN erlischt.¹⁴⁶⁷ Einigkeit besteht in Rsp¹⁴⁶⁸ und Lehre¹⁴⁶⁹ darüber, dass auf den gerichtlichen Besitzschutz und damit auf das Verfahren vorweg nicht verzichtet werden kann.

10.6.1 Ansicht *Bydlinski*

Zum Eigentumsvorbehaltskauf vertritt *Bydlinski*, dass Klauseln, die einen Vorausverzicht auf den Besitzschutz enthalten, unwirksam sind und dem Käufer den Besitzschutz gegenüber dem Verkäufer nicht nehmen. Die

¹⁴⁶³ Vgl OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132 Klausel 17 Satz 1 u 2. Der Verzicht auf Schadenersatzansprüche stellte einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dar.

¹⁴⁶⁴ OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 Klausel 29.

¹⁴⁶⁵ OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 Klausel 32 Satz 1 und Satz 3.

¹⁴⁶⁶ Krit zur Zulässigkeit solcher Klauseln: *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG² § 22 (aF) Rz 5.

¹⁴⁶⁷ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 29; *Grüblinger* in *Schwimann*⁴ § 351 Rz 7; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 351 Rz 3.

¹⁴⁶⁸ LGZ Wien 42 R 539/89 = WR 424; LGZ Wien 38 R 111/02h = MietSlg 54.020; RIS-Justiz RS0009022.

¹⁴⁶⁹ *Kodek*, Die Besitzstörung 562; *Bydlinski* in *Klang*² IV/2 554; *Grüblinger* in *Schwimann*⁴ § 339 Rz 3.

Regeln über den Besitz seien zwingendes Recht, wie sich aus ihrem Zweck ergebe. Das Verbot der Eigenmacht solle den friedlichen, gewaltlosen Zustand der Rechtsgemeinschaft sichern.¹⁴⁷⁰

10.6.2 Ansicht *Kodek*

*Kodek*¹⁴⁷¹ hält dem entgegen, dass im Rahmen der Privatautonomie ein Vorausverzicht als materiellrechtliche Disposition zulässig ist. Wenn dem Besitzer eine Sache sofort übergeben werden kann oder dieser in der Lage ist, einen anderen zu ermächtigen, die Sache sofort an sich zu nehmen, so sei es nicht begründbar, warum der Besitzer diese Ermächtigung nicht auch für einen späteren Zeitpunkt, hier also für den Fall der Beendigung des Leasingvertrags, erteilen können soll. Überdies könne die vorab erteilte Zustimmung ohnehin jederzeit bis zum Gewahrsamswechsel widerrufen werden. Der Widerruf könne auch konkludent erklärt werden, wobei daran keine strengen Anforderungen zu stellen seien. Wenn der Besitzer zB die Sache weiter benützt, obwohl er diese eigentlich zurückstellen müsste, kann ein solcher konkludenter Widerruf vorliegen. Benutzt ein Mieter ein Bestandsobjekt weiter, obwohl eine Privatdelogierung vereinbart war, so liege ein derartiger konkludenter Widerruf vor, zumal einer Wohnung existentielle Bedeutung zukommt. Zu Leasingfahrzeugen vertritt *Kodek* – ohne nähere Begründung – die Ansicht, dass der Widerruf im Zusammenhang mit der Vorwegzustimmung zur eigenmächtigen Fahrzeugabholung deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müsse.¹⁴⁷²

10.6.3 Rsp

Die Rsp¹⁴⁷³ ist der Ansicht *Bydlinskis* gefolgt und hat darüber hinaus angemerkt, dass eine Einwilligung des Besitzers, welche die Eigenmacht ausschließen könnte, zum Zeitpunkt des Eingriffs unzweifelhaft vorliegen müsse. Im Zusammenhang mit einem der Leasingverbandsklageverfahren ließ der OGH offen, ob eine derartige Vorwegzustimmung gültig erteilt werden kann. Jedenfalls sei eine Vorwegzustimmung dann unzulässig, wenn dem LN – wie in dieser Klausel vorgesehen war – schon bei einem Verzug mit der

¹⁴⁷⁰ *Bydlinski* In Klang² IV/2 554.

¹⁴⁷¹ In Die Besitzstörung 562 ff.

¹⁴⁷² *Kodek*, Die Besitzstörung 565.

¹⁴⁷³ LGZ Wien 42 R 539/89 = WR 424; LGZ Wien 38 R 111/02h = MietSlg 54.020.

Rückstellung das Recht zukommen soll, sich den Besitz am Fahrzeug zu beschaffen,¹⁴⁷⁴ ohne dass eine derartige Klausel an die Dauer des Verzugs bzw an eine vorherige Androhung der Abholung des LO geknüpft ist.¹⁴⁷⁵ Unzulässig sind auch Klauseln, die dem LG eine Sicherstellung ermöglichen, wenn der Klauselwortlaut nur pauschal darauf abstellt, dass der LN eine vertragliche Pflichtverletzung begangen hat.¹⁴⁷⁶ Der LG könnte dann nämlich jede mitunter unbedeutende Pflichtverletzung zum Anlass nehmen, das LO sicherzustellen.

10.6.4 Eigene Ansicht

Selbst wenn man *Kodeks* Ansicht teilen würde, ergeben sich daraus einige Folgeprobleme. Es ist nämlich äußerst fraglich, wie LG derartige Zustimmungsklauseln formulieren¹⁴⁷⁷ sollen, damit diese einer Inhaltskontrolle der Gerichte standhalten. Der OGH¹⁴⁷⁸ hat – wie oben ausgeführt – dargelegt, dass jedenfalls in den Fällen, in denen die Voraus Zustimmung nicht an die Dauer des Verzugs bzw an eine vorherige Androhung der Abholung geknüpft ist, eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt.¹⁴⁷⁹ Im Verbrauchergeschäft ist darüber hinaus das Transparenzgebot zu beachten, dh der Verbraucher wäre darauf hinzuweisen, dass er auf das gerichtliche Verfahren gerade nicht verzichtet. Dies deshalb, da man nicht davon ausgehen kann, dass der LN zwischen gerichtlichem Verfahren und

¹⁴⁷⁴ Zu Klausel 32 in OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 sprach der OGH aus, dass diese den LN gröblich benachteiligt, weil der LG schon bei Vertragsbeendigung berechtigt war, das LO abzuholen, ohne dass es nach dem Wortlaut der Klausel auf einen Verzug des LN mit der Rückstellung ankam.

¹⁴⁷⁵ So OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 29.

¹⁴⁷⁶ So OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*) zu Klausel 28; vgl FN 1462.

¹⁴⁷⁷ *Kodek* (Die Besitzstörung 563) fordert, dass die Voraussetzungen unter welchen ein Eingriff in das Besitzrecht zulässig sein soll, möglichst klar determiniert werden sollten, da unklare Formulierungen dem Rechtsfrieden abträglich sind.

¹⁴⁷⁸ Vgl OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140 zu Klausel 32; OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135 zu Klausel 29.

¹⁴⁷⁹ Ebenfalls krit zum umfassenden Eingriffsrecht: *Krejci* in Das Leasinggeschäft 273.

materiellrechtlicher Disposition über den Besitz unterscheiden kann.¹⁴⁸⁰ Selbst wenn sich der LG nur für den Fall des Verzugs mit der Rückstellung ein Eingriffsrecht einräumen lässt, kann es vorkommen, dass der LN der Auffassung ist, dass ein solcher nicht vorliegt. Dann kann man aber wiederum nicht davon ausgehen, dass eine gültige Zustimmung seitens des LN vorliegt.¹⁴⁸¹

Dadurch, dass der LN seine Zustimmungserklärung jederzeit konkludent widerrufen kann, ist für den LG daher auch dann nicht viel gewonnen, wenn er eine gültige Zustimmungsklausel aufgestellt hat. Der Ansicht *Kodeks*,¹⁴⁸² wonach bei Leasingfahrzeugen der Widerruf im Zusammenhang mit der Vorwegzustimmung zur eigenmächtigen Fahrzeugabholung deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müsse, ist nicht zu folgen. Die ausdrückliche und die konkludente Willenserklärung sind nämlich gleichwertig zu behandeln,¹⁴⁸³ außer das Gesetz¹⁴⁸⁴ sieht eine besondere Erklärung vor. In der Literatur wird dazu vertreten, dass selbst in den Fällen, in denen eine ausdrückliche Erklärung gefordert ist, dies bloß bedeutet, dass die Erklärung eindeutig erfolgen muss.¹⁴⁸⁵ Ein Fall, in dem eine ausdrückliche Erklärung erfolgen müsste, liegt aber im Zusammenhang mit dem Widerruf der Vorauszustimmung bei Leasingverträgen nicht vor. Auch der Ausführung,¹⁴⁸⁶ dass zwar einer Wohnung existentielle Bedeutung zukommt, dies aber für Leasingfahrzeuge nicht gelten soll, ist nicht zu folgen. Wenn man bedenkt, dass der LN das Leasingfahrzeug täglich benötigt, um an seinen Arbeitsplatz zu gelangen, kann dem LO sehr wohl eine ähnlich existentielle Bedeutung wie einer Wohnung zukommen. An den Widerruf sind daher keine strengen Anforderungen zu stellen.

¹⁴⁸⁰ Der Durchschnittskunde muss seine Rechtsstellung im Kern erkennen können. Wenn der Durchschnittskunde die Auswirkung einer Klausel nicht klar erkennen kann, so trifft den Klauselverwender eine Aufklärungspflicht: vgl dazu *Leitner*, Das Transparenzgebot 92 f.

¹⁴⁸¹ Ähnlich *Krejci* in *Das Leasinggeschäft* 273, im Zusammenhang mit Klauseln, in denen dem LG ein derartiges Eingriffsrecht bei Zahlungsverzug des LN zukommt.

¹⁴⁸² Vgl Kap 10.6.2.

¹⁴⁸³ *Rummel* in *Rummel*³ § 863 KSchG Rz 9.

¹⁴⁸⁴ So zB § 928 ABGB, wonach keine Gewährleistung für offenkundige Mängel besteht, außer es erfolgte die ausdrückliche Zusage, dass die Sache mangelfrei ist.

¹⁴⁸⁵ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 863 Rz 10 mwN; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 863 Rz 16.

¹⁴⁸⁶ Vgl Kap 10.6.2.

Es ist sohin der Ansicht *Bydlinskis*¹⁴⁸⁷ und der Rsp¹⁴⁸⁸ auch im Zusammenhang mit Leasingfahrzeugen zu folgen. Die Einwilligung des LN, die eine Eigenmacht ausschließt, muss zum Zeitpunkt des Eingriffs, also der Fahrzeugabholung, unzweifelhaft vorliegen.

¹⁴⁸⁷ Vgl Kap 10.6.1.
¹⁴⁸⁸ Vgl Kap 10.6.3.

11 ZUSAMMENFASSUNG

Wie bereits in der Einleitung dieser Arbeit aufgezeigt, handelt es sich beim Leasinggeschäft um eine in der Praxis weit verbreitete Finanzierungsform, für die der österreichische Gesetzgeber jedoch keine gesetzliche Definition bereit hält. Eine Einzelzuordnung zu einem bestimmten, gesetzlich geregelten Vertragstyp scheidet mE aus, weshalb es dem Rechtsanwender nicht erspart bleibt, sich bei den einzelnen Fragen, die im Zusammenhang mit Leasingverträgen auftreten, zu überlegen, welche Normen der jeweiligen Vertragstypen einzelfallabhängig die sachlich in Betracht kommenden und interessegerechten sind.

Aufgrund der Vielzahl an Einzelergebnissen der vorliegenden Arbeit erscheint es nicht angebracht, diese nochmals vollständig zu präsentieren. Vielmehr beschränkt sich die nachfolgende Zusammenfassung auf die wesentlichsten Fragestellungen und Ergebnisse dieser Arbeit.

11.1 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm dem Beginn des Leasingverhältnisses

- Im Zusammenhang mit der Frage, wie lange der LG den LN an sein Angebot zum Abschluss eines Leasingvertrags binden kann, ist der Rsp des OGH zu folgen, wonach eine Bindungsfrist von sechs Wochen unangemessen lang ist. Der LN kann innerhalb der langen Bindungsfrist nämlich nicht anderweitig disponieren. Im Verbrauchergeschäft scheint ein genereller Richtwert von vier Wochen für die Bindungsfrist- und Annahmefrist sachlich gerechtfertigt zu sein, wobei es aber dennoch Fälle geben kann, in denen diese Bindungsfrist als überlang eingestuft werden muss, so zB wenn die Lieferbarkeit des LO bereits mit dem Händler koordiniert ist. Zudem wird durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel die Dauer um eine Bonitätsprüfung durchzuführen erheblich verkürzt, weshalb diese auch nur einige Tage, nicht jedoch einen Monat oder länger in Anspruch nehmen wird. Im Unternehmergeschäft können aufgrund der verminderten Schutzbedürftigkeit mE auch längere Bindungsfristen vereinbart werden, weil ein Unternehmer eher in der Lage ist zu

beurteilen, ob er einer Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zustimmen will.

- Die Lieferpflicht ist als Hauptpflicht des LG anzusehen. Demnach hat der LG dem LN (unabhängig davon, ob es sich um ein Unternehmer- oder Verbrauchergeschäft handelt) zu Beginn des Leasingvertrags ein LO zur Verfügung zu stellen, welches zum vereinbarten Gebrauch tauglich ist. Von dieser Hauptpflicht kann sich der LG auch nicht freizeichnen. Klauseln, die dem LN das mit der Lieferung des LO verbundene Risiko des Untergangs oder der Verschlechterung des LO zuweisen, sind sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Schlägt das Liefergeschäft fehl, kann der LN auch nicht dazu verpflichtet werden, dem LG Aufwendungen zu ersetzen (der LG könnte versuchen, diese auf § 1014 ABGB¹⁴⁸⁹, die GoA¹⁴⁹⁰ oder § 1041 ABGB¹⁴⁹¹ zu stützen), da dies zu einer Aushöhlung der Lieferpflicht führen würde.
- Der LN kann im Allgemeinen auch nicht verpflichtet werden, das LO abzunehmen. Nur in den Fällen, in denen das LO etwa nach den Wünschen des LN angefertigt worden ist bzw in Fällen, in denen hohe Hinterlegungskosten für das LO anfallen, ist eine Abnahmeverpflichtung des LN zu bejahen. Dann kann der LG ua gemäß § 918 ABGB (das LO wurde ja noch nicht übernommen und daher kommen die Rechtsfolgen des noch nicht in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses zur Anwendung) entweder auf die Erfüllung seines Abnahmeanspruchs bestehen oder vom Vertrag unter Setzung einer Nachfrist zurücktreten.
- Mit der Übernahmebestätigung wird dem LG die Übernahme des LO durch den LN angezeigt. Solange der LN nur bestätigt, dass er das LO erhalten hat, diese Bestätigung aber nicht etwa damit verbunden ist,

¹⁴⁸⁹ Der LG führt nämlich letztlich ein eigenes und kein fremdes Geschäft, wenn er den Kauf des LO finanziert und es dann an den LN zum Gebrauch überlässt. Ein Auftragsverhältnis liegt sohin nicht vor.

¹⁴⁹⁰ Ein Anspruch aus der GoA ist zu verneinen, weil Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Fehlschlagen des Liefer- bzw Leasingvertrags nicht zum klaren und überwiegenden Vorteil des LN gemacht wurden. Die Aufwendungen sind sogar als unnütz iSd § 1038 ABGB einzustufen.

¹⁴⁹¹ Die Aufwendungen sind nicht zum Nutzen des LN gemacht worden, weshalb dem LG kein Verwendungsanspruch zusteht.

dass das LO ordnungsgemäß bzw mangelfrei ist, ist diese auch unter den Gesichtspunkten des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG im Verbrauchergeschäft unproblematisch.

- Wirkt der Lieferant bei der Abgabe einer unrichtigen Übernahmebestätigung mit, so ist dieses Verhalten dem LG nicht nach § 1313a ABGB zuzurechnen, weil es sich bei der Abgabe einer Übernahmebestätigung um eine Verpflichtung des LN handelt. Bei der Frage, gegen wen der LG Schadenersatzansprüche iZm einer unrichtigen Übernahmebestätigung erheben kann, ist zu differenzieren: Wenn der LN eine Übernahmebestätigung ausstellt, obwohl das LO gar nicht oder nur teilweise übergeben wurde und der Lieferant in der Folge insolvent wird, hat der LG einerseits einen Anspruch gegenüber dem Lieferanten, der aber nur mehr mit einer Insolvenzquote befriedigt wird und andererseits einen Anspruch gegenüber dem LN auf Ersatz des Schadens, der ihm im Vertrauen auf die unrichtige Übernahmebestätigung entstanden ist. Der LN kann bei der Ausstellung einer unrichtigen Übernahmebestätigung auch dann vom LG auf den Ersatz des Vertrauensschadens in Anspruch genommen werden, wenn der Lieferant nicht insolvent ist. Ein Schadenersatzanspruch des LG gegenüber dem LN ist dann zu verneinen (der LG kann sich jedoch am Lieferanten schadlos halten), wenn die Unrichtigkeit nach den Umständen evident ist. Dies liegt dann vor, wenn eine Übernahmebestätigung unterfertigt wird, bevor der LG überhaupt den Antrag des LN einen Kaufvertrag abzuschließen, annimmt (die Lieferung einer Kaufsache erfolgt idR nicht vor Abschluss des Kaufvertrags). Wenn der Lieferant und der LN in kollusiver Weise zusammenarbeiten und durch Abgabe einer falschen Übernahmebestätigung gemeinschaftlich den LG schädigen, weil sie davon ausgehen, dass der LG nichts von der falschen Übernahmebestätigung weiß und daher den Kaufpreis an den Lieferanten ausbezahlt, liegt eine sittenwidrige Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB vor. Die gemeinschaftliche Schadensherbeiführung von Lieferant und LN führt dann zu einer Solidarhaftung iSd § 1302 ABGB, wobei sich der interne Regress nach § 896 ABGB richtet.

- Selbst wenn der LN eine wahrheitswidrige Übernahmebestätigung abgibt, verliert er dennoch nicht sein Recht auf die Hauptleistung aus dem Leasingvertrag.

11.2 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Gewährleistung

- Während der LN (auch bei Operatingleasingverträgen) im Unternehmergegeschäft zur Rügeobliegenheit iSd § 377 UGB verpflichtet werden kann, darf der LN im Verbrauchergeschäft nicht mit einer Mängelrügeobliegenheit belastet werden. Weiters ist im Verbrauchergeschäft darauf zu achten, dass ein etwaiger Verbesserungsort an die Vorgaben des § 8 KSchG angeglichen wird. In diesem Zusammenhang reicht ein allgemeiner Hinweis auf § 8 KSchG mE nicht aus, um den Anforderungen an das Transparenzgebot zu genügen, weil der LN damit nicht erkennt, dass ihm noch zusätzliche Erfüllungsorte offen stehen.
- Der LN kann im Unternehmergegeschäft grundsätzlich dazu verpflichtet werden, seine Gewährleistungsrechte gerichtlich geltend zu machen. Der LN ist aber dann nicht zur Klagsführung verpflichtet, wenn sich der Lieferant und der LN außergerichtlich zB auf Verbesserung oder Wandlung geeinigt haben. Dies ergibt sich auch aus § 41 ZPO, wonach nur Kosten, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind, ersetzt werden. Bei der Frage, ob der LN als Unternehmer nach erfolglosen außergerichtlichen Schritten vom LG verpflichtet werden kann, die Gewährleistungsansprüche gerichtlich geltend zu machen, ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen. Der LN kann auch im Unternehmergegeschäft nicht dazu angehalten werden, von Beginn an aussichtslose Prozesse zu führen: zB wenn der Lieferant aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage ist, den Mangel zu beheben bzw zu zahlen und durch die Klagsführung die Situation des LN nicht verbessert werden würde. Eine solche Klausel wäre mE sittenwidrig.
- Aus der jüngsten Rsp des OGH lässt sich ableiten, dass eine Verpflichtung des LN, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, im Verbrauchergeschäft gegen § 9 KSchG verstößt, weil dem LN damit

die Gelegenheit genommen wird, über diese Ansprüche zu disponieren. Der OGH hat jedoch offen gelassen, ob bereits eine Verpflichtung zur außergerichtlichen Geltendmachung gegen § 9 KSchG verstößt oder erst die Verpflichtung zu einer gerichtliche Geltendmachung. Aus § 18 KSchG aF und nunmehr § 13 Abs 2 VKrG lässt sich mE jedoch ableiten, dass der LN zumindest zur außergerichtlichen Geltendmachung der Gewährleistungsrechte verpflichtet werden kann.

- ME sind Klauseln, wonach der LN zum einen verpflichtet ist, die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen und zum anderen vorgesehen ist, dass der LG diese Ansprüche auch selbst im Interesse und auf Kosten des LN geltend machen kann, unzulässig. Der LN könnte andernfalls nie sicher sein kann, ob im Gewährleistungsfall er zur Geltendmachung berechtigt ist oder der LG. Zudem würde der LN in so einem Fall auch schlechter gestellt als ein Käufer, weil ein solcher nicht Gefahr läuft, dass sich ein Dritter in die Rechtsverfolgung einmengt.
- ME sind Klauselgestaltungen unzulässig, wonach der LN einerseits verpflichtet ist, seine Gewährleistungsansprüche auf eigene Kosten geltend zu machen, andererseits der LG aber berechtigt sein soll, die Ansprüche durch bloßen Widerruf an sich zu ziehen und auf Kosten und Gefahr des LN im eigenen Namen weiterzuverfolgen. Der OGH verweist immer wieder darauf, dass der LN nicht schlechter als ein Käufer und nicht rechtlos gestellt werden darf. Würde man eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit bejahen, hätte dies zur Folge, dass der LN der Willkür des LG ausgeliefert und somit schlechter als ein Käufer gestellt wäre.
- ME ist es jedoch zulässig, wenn sich der LG nur für den Fall, dass der LN seine Gewährleistungsansprüche nicht ausübt, den Widerruf der Übertragung der Gewährleistungsansprüche vorbehält, weil der LG als Eigentümer ein Sicherheitsinteresse am LO hat. Mit der uneingeschränkten, unbedingten und vorbehaltlosen Abtretung soll ja der Schutz des LN bezweckt werden, dass dieser jederzeit über seine

Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verfügen kann. Wenn dieser aber zu erkennen gibt, dass er dieses Schutzes nicht (mehr) bedarf, kann bei einer Interessenabwägung keine Rede davon sein, dass der LN bei einer (transparenten) Klauselgestaltung, die eine Widerrufsmöglichkeit für lediglich diesen Fall vorsieht, gröblich benachteiligt wird.

- Im Verbrauchergeschäft muss sich klar aus den AGB ergeben, dass Kondiktionsansprüche aus der Wandlung nicht an den LN abgetreten werden. Andernfalls sind die Anforderungen an das Transparenzgebot nicht erfüllt. Es kann nicht angenommen werden, dass einem Verbraucher die diffizile Unterscheidung zwischen dem Recht der Wandlung und dem Recht aus der Wandlung bekannt ist.
- Der Ansicht des OGH, dass die Wandlung des Kaufvertrags zwischen Lieferanten und LG die Folge nach sich zieht, dass der Leasingvertrag wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ex tunc beendet wird, ist zu folgen. Dies aus folgendem Grund: Die Funktionstüchtigkeit des LO stellt die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags dar, weil beide Vertragsparteien bei Vertragsschluss von der Einsatzmöglichkeit des LO ausgehen. Es ist angemessen, beide Vertragsparteien die Nachteile des Wegfalls der Geschäftsgrundlage tragen zu lassen.
- Der Ansatz der Lehre, dass einer Kündigung nach § 1117 ABGB der Vorzug zu geben ist, mit der Folge, dass die Ratenzahlungspflicht des LN in der Zukunft entfällt, berücksichtigt nicht, dass sich Leasing und Miete gerade im Punkt der Vollamortisation erheblich voneinander unterscheiden. Während der Mieter nämlich keine weiteren Mietzinszahlungen mehr zu leisten hat und ihn keine wie auch immer geartete Pflicht zur Vollamortisation trifft, könnte der LG im Fall der Kündigung einen (abgezinsten) Anspruch auf Vollamortisation geltend machen.
- Auch dem Einwand, dass das Darlehensrecht gemäß § 987 ABGB eine Kündigung ex nunc vorsieht, ist entgegenzuhalten, dass bei Leasingverträgen zusätzlich zur Finanzierung noch eine Gebrauchsüberlassungskomponente hinzutritt, die dem Darlehensrecht

fremd ist. Würde man alleine auf die Finanzierungskomponente abstellen, wäre der LG auch nicht mehr verpflichtet, dem LN ein zum Gebrauch taugliches LO zu überlassen. Darüber hinaus unterscheidet sich auch der Vollamortisationsanspruch beim Leasing vom Darlehensrecht, weil beim Leasing zusätzlich zur Tilgung des eingesetzten Kapitals und eines Gewinns auch noch die Marktverhältnisse zum Zeitpunkt der Beendigung des Leasingvertrags berücksichtigt werden müssen. Ebenso darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der LG auch keinen Vorteil aus der Unbrauchbarkeit des LO ziehen soll, weshalb die Rechtsfolgen der Rückwicklung des Liefervertrags zwischen LG und Lieferant an die Rechtsfolgen der Rückabwicklung des Leasingvertrags angeglichen werden sollten. Würde man eine ex nunc Kündigung des Leasingvertrags bejahen, könnte der LG die bereits vom LN bezahlten Raten behalten und würde ihm die Möglichkeit eröffnen – infolge der Wandlung des Liefervertrags – die Kaufpreiszahlung des Lieferanten zurückzubekommen.

- Auch der Einwand, dass es sich beim Leasingvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das – sobald es in Vollzug gesetzt wurde – nur mehr mit der Wirkung ex nunc aufgelöst werden könne, überzeugt nicht. Der Umfang der insgesamt zu erbringenden Leistung ist beim Leasing im Vorhinein genau bestimmt. Somit liegt definitionsgemäß eigentlich ein Zielschuldverhältnis vor, weshalb das Dauermoment bei solchen Schuldverhältnissen eine andere Interessenwertung verlangt. Dies spricht mE dafür, dass beim Leasing eine allzu starre Anwendung der für "klassische" Dauerschuldverhältnisse angeordneten ex nunc Wirkung nicht in jedem Fall interessengerecht ist. Selbst wenn man das Leasing als "klassisches" Dauerschuldverhältnis qualifizieren würde, ist anzumerken, dass ebenso bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine ex tunc Wirkung in den Fällen von Arglist, Täuschung, Zwang und Irrtum bejaht wird. Weiters hat die jüngere Rsp auch bei "klassischen" Dauerschuldverhältnissen, die bereits in Vollzug gesetzt waren, in jenen Fällen eine Auflösung ex tunc bejaht, wo keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestanden haben.

- Im Fall der Wandlung reicht bereits die außergerichtliche Wandlungserklärung des LN aus, seine Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten (einstweilen) zu beenden. Der Einwand, dass LN und Lieferant so zum Nachteil des LG agieren könnten (wenn bereits die außergerichtliche Wandlungserklärung ausreicht, dass der LN seine Zahlungen einstellt), kann damit entkräftet werden, dass sich LN und Lieferant in so einem Fall ohnehin schadenersatzpflichtig iSd § 1295 Abs 2 ABGB machen würden. Im Fall der Preisminderung hat der LN ab dem Zeitpunkt der außergerichtlichen Preisminderungserklärung nur mehr die angepassten Raten zu bezahlen, weil auch bei der Bürgschaft und bei der Zession die dilatorische Einrede beim Preisminderungsrecht bejaht wird.

11.3 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Gefahrtragung

- Im Zusammenhang mit Leasingverträgen ist anzumerken, dass unter dem Begriff der Übernahme der Sachgefahr üblicherweise "mehr" verstanden wird, als dass der LN das Risiko eines zufälligen Untergangs des LO zu tragen hat. Der LN soll zusätzlich entweder zur Reparatur, zum Wertersatz oder zur Herstellung verpflichtet werden. Eine Schadensbeseitigungs- bzw Wertersatzpflicht des LN lässt sich nur mit dem Sicherheitsinteresse des LG und nicht bloß mit der Sachgefahr begründen.
- Wenn das LO untergeht oder an Wert verliert, lässt sich ein nachträglicher Anspruch des LG auf Bestellung einer Sicherheit im Unternehmergegeschäft aus § 458 ABGB analog (sofern den LN ein Verschulden an der Wertverschlechterung des LO trifft), aus § 991 ABGB und aus der Z 48 der Banken AGB ableiten. Im Verbrauchergeschäft lässt sich der nachträgliche Sicherstellungsanspruch aus § 458 ABGB analog (sofern den LN als Verbraucher ein Verschulden an der Wertverschlechterung des LO trifft) und § 14 Abs 2 VKrG (sofern vertraglich vereinbart) ableiten. Weiters lässt sich im Verbrauchergeschäft ein nachträglicher Anspruch auf Bestellung einer Sicherheit aus Z 48 der Banken AGB ableiten, sofern in diesem Zusammenhang das Transparenzgebot beachtet wird

und klar festgelegt ist, wann ein Fall vorliegt, der den LG berechtigt, eine Verstärkung der Sicherheiten zu verlangen und binnen welcher Frist.

- Der Rsp des OGH, dass der LG im Fall des Untergangs des LO berechtigt ist, den Leasingvertrag vorzeitig aufzulösen, nicht jedoch bei einem wirtschaftlichen Totalschaden bzw bei Diebstahl oder Verlust des LO ist folgende Kritik entgegenzuhalten: Die Verschiedenbehandlung von Untergang einerseits und Totalschaden/Diebstahl/Verlust andererseits ist nicht begründbar. Beim Kauf wird der Diebstahl/Verlust/wirtschaftliche Totalschaden nämlich gleich wie ein Untergang behandelt. Zusätzlich ist iZm dieser Rsp Folgendes anzumerken: Dem Sicherungsinteresse des LG wäre auch Genüge getan, wenn eine andere angemessene Sicherheit in dem Ausmaß bestellt wird, in dem wegen der Verschlechterung des LO keine Deckung für die ausstehenden Leasingraten vorhanden ist.
- Der LN kann mE weder im Verbraucher- noch im Unternehmerngeschäft dazu verpflichtet werden, Reparaturen in der Hersteller-Vertragswerkstatt vorzunehmen, da der LN in so einem Fall in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt wäre.
- Ist das LO versichert, so haben AGB im Verbrauchergeschäft darauf hinzuweisen, dass die Versicherungsleistung auf die Zahlungspflicht des LN angerechnet wird. Andernfalls wird das Transparenzgebot verletzt (ein Verbraucher wird nämlich oft nicht wissen, dass der LG eine Versicherungsleistung nicht mit anderen Forderungen aus dem Leasingvertrag verrechnen darf).
- Fraglich ist, ob sich hinsichtlich der Preis- und Sachgefahrtragung des LN etwas ändert, wenn das LO nach erstmaliger Übergabe an den LN von diesem an den Lieferanten zur Reparatur übergeben wird und beim Lieferanten untergeht. Wenn der LN im Leasingvertrag verpflichtet wird, seine Gewährleistungsansprüche beim Lieferanten geltend zu machen, trifft den Lieferanten eine Reparaturpflicht (sofern die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch wie etwa eine Verbesserung gegeben sind). Übergibt der LN das LO an den

verbesserungspflichtigen Lieferanten, so wird letzterer mE als Erfüllungsgehilfe des LG tätig. Auch wenn im Rahmen der erstmaligen Verschaffungspflicht die ursprüngliche Übergabe des LO mit dem Willen der Parteien erfolgt ist, dass der LN nunmehr alle damit verbundenen Gefahren zu tragen hat, so werden redliche Parteien doch davon ausgehen, dass die Übergabe einer mangelfreien Sache erfolgen soll. Man kann dem LN (ohne besondere Parteienvereinbarung) nicht unterstellen, dass er auch die Gefahren für eine mangelhafte Sache übernehmen will. Wenn der LN dem LG bzw dem Lieferanten die Sache zur Verbesserung zurückstellt, bringt er zum Ausdruck, dass er die Sache erst dann wieder für sich behalten und nutzen möchte, wenn das LO verbessert ist. Weil der Leasingvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, kann auch der LG nicht darauf vertrauen, dass der Gefahrenübergang für den anderen Teil endgültig ist. Daher ist es sinnvoll, dieselben Rechtsfolgen wie vor der ursprünglichen Übergabe eintreten zu lassen, dh dass den LG mit der Übernahme zur Verbesserung (auch wenn diese der Lieferant vornimmt) erneut seine Erfüllungspflicht trifft. Solange sich das LO beim Lieferanten zur Verbesserung befindet, trifft den LG die Gefahr, weil ihm der Lieferant zurechenbar ist. Erst mit Übergabe der verbesserten Sache kommt es zu einem neuerlichen Übergang der Gefahr auf den LN.

11.4 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der Vertragsabwicklung

- Klauseln die vorsehen, dass Einbauten und Fahrnisse entschädigungslos in das Eigentum des LG übergehen, wenn diese nicht vor der Rückgabe des LO seitens des LN entfernt werden, verstoßen im Verbrauchergeschäft gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 12 KSchG analog. Im Unternehmergegeschäft ist eine derartig strenge Beurteilung grundsätzlich nicht geboten, weil auch ein Mieter (außerhalb des MRG) auf den Ersatz von nützlichen Aufwendungen verzichten kann, ohne dass dies eine Sittenwidrigkeit begründet.

- Bei Teilamortisationsverträgen mit Aufteilung des Mehrerlöses/Mindererlöses ist eine Verwertung des LO nach Ende der Grundvertragszeit vorgesehen. Wenn der kalkulierte Restwert nicht erreicht wird, war der LN nach den üblichen Vertragsbedingungen verpflichtet, den Mindererlös zu 100% auszugleichen, andererseits war er aber an einem Mehrerlös nur zu 75% beteiligt. Der OGH sah eine derartige Vertragsgestaltung als sachlich nicht gerechtfertigt und gröblich benachteiligend an. Folge dieser Rsp war, dass die LG ihre Klauseln änderten und nunmehr üblicherweise vorsehen, dass dem LN 75% des Mehrerlöses gutzuschreiben sind und der LN 75% des Mindererlöses zu ersetzen hat. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob diesfalls die für den LN als Verbraucher vorteilhafteren Regelungen des VKrG noch anwendbar sind, weil der LN dann das Restwertrisiko nicht mehr zur Gänze trägt. Um nicht Sinn und Zweck eines Verbraucherschutzes zu gefährden, ist mE darauf abzustellen, ob der LN das Restwertrisiko überwiegend zu tragen hat. Ist das der Fall, so sollte es bei der Anwendung der Regelungen des VKrG bleiben.
- Bei Teilamortisationsverträgen mit Aufteilung Mehrerlös/Mindererlös kann der LN bei ordentlicher Vertragsbeendigung nicht dazu verpflichtet werden, den Restwert bzw einen allfälligen Mindererlös auszugleichen, wenn der LG den kalkulierten Restwert bei Vertragsbeginn wesentlich überhöht angesetzt hat. Der LN kann auch nicht dazu verpflichtet werden, dem LG einen etwaigen Forderungsausfall zu ersetzen, wenn der LG das LO an einen Dritten veräußert, der LG keine Sicherungsmaßnahmen trifft und der Dritte dann insolvent wird.

11.5 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm der außerordentlichen Beendigung des Leasingverhältnisses

- In Fällen der wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des LN ist dem LG die Möglichkeit zur außerordentlichen Beendigung des Leasingverhältnisses (auch bei den Leasingvarianten nach § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 VKrG) nur dann eröffnet, wenn eine

Gefährdung der Rechtsstellung des LG im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Forderung zu befürchten ist.

- Eine Klauselgestaltung in einem Leasingvertrag, die eine Vertragsauflösung vorsieht, welche alleine an den Fall der Insolvenzeröffnung an sich knüpft, ist sowohl im Unternehmer- als auch im Verbrauchergeschäft unzulässig.
- Weder die Handlungsunfähigkeit noch der Tod des LN berechtigen den LG zur sofortigen Auflösung, solange die Rechtsstellung des LG nicht gefährdet ist.

11.6 Ausgewählte Ergebnisse zu Fragen iZm dem VKrG

- Im Zusammenhang mit der Erläuterungspflicht nach § 6 Abs 5 VKrG ist Folgendes anzumerken: ME hat die Erläuterung hinter dem Begriff der Beratung zurückzubleiben, weil es sowohl dem europäischen als auch dem österreichischen Gesetzgeber frei gestanden wäre, gerade den Begriff der Beratung und nicht den der Erläuterung in den Text aufzunehmen, zumal dem österreichischen und dem europäischen Gesetzgeber der Begriff der Beratung wohlbekannt ist. Man wird vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Bonitätsprüfung, die gerade eine Erkundigung über die finanziellen Verhältnisse des LN fordert, nicht leugnen können, dass der Erläuterungspflicht eine Tendenz zukommt, die in Richtung einer Beratungspflicht geht. Letztlich wird mit dem unscharfen Begriff der Erläuterung ein erhebliches Konfliktpotential dahingehend geschaffen, ob der LN nun die zu seinem Verständnis erforderlichen Erläuterungen erhalten hat oder nicht.
- Wenn zwei oder mehrere LN als Verbraucher Parteien des Leasingvertrags sind und einer der beiden von seinem Rücktrittsrecht gemäß § 12 VKrG Gebrauch machen will, stellt sich die Frage was mit dem Finanzierungsleasingvertrag geschieht. In der vorliegenden Arbeit wurden folgende Lösungsvorschläge herausgearbeitet: Entweder man nimmt in solchen Fällen an, dass ein Teilrücktritt des LN möglich ist. Hier könnte argumentiert werden, dass eine Teilbarkeit des

Schuldverhältnisses den Interessen der Beteiligten entspricht und dass ein Teilrücktritt sowohl im Interesse des verbleibenden LN als auch des LG liegt, der das Leasingverhältnis fortsetzen will. Die zweite Variante ist, den Leasingvertrag unter eine auflösende Bedingung zu stellen, wenn ein LN den Vertrag widerruft. Diese Vorgehensweise ist auch in jenen Fällen zu empfehlen, in denen ein LN als Verbraucher und ein LN als Unternehmer (dem kein Rücktrittsrecht gemäß § 12 VKrG zukommt) dem LG als Vertragsparteien gegenüber stehen und der Verbraucher zurücktreten will.

- Ungeklärt ist auch, ob ein Verbraucher, der einem unternehmerischen Leasingverhältnis beitrifft bzw für dieses bürgt, einen Rücktritt nach § 12 VKrG erklären kann. Beim Schuldbeitretenden ist es mE angebracht, diesem ein Rücktrittsrecht nach § 12 VKrG analog einzuräumen, nicht jedoch beim Bürgen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Ady/Paetz*, Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte, WM 2009, 1061
- Aigner*, Die unzulässige Beweislastverteilung des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, ÖJZ 2011, 437
- Apathy*, Die publizianische Klage (1981) [Seite]
- Apathy*, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBI 1982, 561
- Apathy*, Glosse zu OGH 21.12.1983, 8 Ob 78/83, JBI 1985, 233
- Apathy*, Der Verwendungsanspruch (1988) [Seite]
- Apathy*, Die neuen ABB auf dem Prüfstand, ÖBA 2003, 177
- Apathy*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 110/08x, ÖBA 2009, 472
- Apathy*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 153/08a, ÖBA 2010, 125
- Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² Band I (2007); wird zitiert: [Autor] in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² I [Rz]
- Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² Band IV (2012); wird zitiert: [Autor] in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IV [Rz]
- Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² Band IX/2 (2012); wird zitiert: [Autor] in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² IX/2 [Rz]
- Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht Band III – Schuldrecht Besonderer Teil (2010); wird zitiert: *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ [Rz]
- Arnold*, Gewährleistung beim Finanzierungsleasing nach der Schuldrechtsreform, DStR 2002, 1049
- Assmann/Schneider* (Hrsg), WpHG⁶ (2012); wird zitiert: [Autor] in *Assmann/Schneider*, WpHG⁶ [§] [Rz]
- Bauer*, Konsumentenschutz und Mietrecht, wobl 2000, 257
- Beckmann*, Finanzierungsleasing³ (2006) [§] [Rz]
- Beckmann*, Aktuelle Rechtsfragen aus Finanzierungsleasingverträgen, DStR 2006, 1329

Beckmann, Aktuelle Rechtsfragen aus Finanzierungsleasingverträgen, DStR 2007, 157

Beckmann, Haftungsbeschränkung des Leasinggebers im Rahmen der leasingtypischen Abtretungskonstruktion für sämtliche Leistungsstörungen aus dem Liefervertrag, DB 2006, 320

Beckmann, Das Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers bezüglich der Leasingraten, FLF 2005, 261

Bethäuser, Die aktuelle Rechtsprechung zum PKW-Leasing, DAR 1999, 481

Bethäuser, Die aktuelle Rechtsprechung zum PKW-Leasing, DAR 2002, 481

Binder, Sachenrecht² (2003) [Seite]

Binder/Koppensteiner, Der Musterfall, JAP 1991/92, 36

Blaschek/Habersberger (Hrsg), Eines Kredites würdig? (2011); wird zitiert: [Autor] in Blaschek, Eines Kredites würdig? [Seite]

Böhler, Grundwertungen zur Mängelrüge (2000) [Seite]

Böhm, Anmerkung zu OGH 2 Ob 73/10i, immolex 2010, 86

Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu ? immolex 2007, 262

Böhm, Topaktuell: Die 2. "Klauselentscheidung" des OGH liegt vor! immolex 2007, 198

Böhm, Miete und Konsumentenschutz II, immolex 2007, 134

Böhm, Miete und Konsumentenschutz III, immolex 2007, 166

Böhm, OGH 5 Ob 17/09z: Ein Pyrrhussieg für die Vermieter, immolex 2009, 198

Böhm/Graf, Miete und Konsumentenschutz, immolex 2007, 102

Bollenberger, Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 879

Bollenberger, Auflösungsklausel für den Konkursfall – neue Rechtsprechung, ZIK 2009, 74

Bollenberger, Abmahnung von AGB nach § 28 Abs 2 KSchG: Wie können einsichtige Unternehmer noch reagieren? RdW 2010, 442

Bollenberger, Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 304

Bollenberger, Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer – eine Skizze, in *Apathy/Bollenberger/Bydlinski/Iro/Karner/Karollus* (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 977; wird zitiert: *Bollenberger* in FS Koziol [Seite]

Brandl/Saria, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz² (2010); wird zitiert: *Brandl/Saria*, WAG² [§] [Rz]

Brell, Glosse zu OGH 16.12.1992, 2 Ob 533/92 = ecolex 1993, 379

Butschek/Unger, Bankvertragsrecht (2010) [Seite]

Büschen (Hrsg), Praxishandbuch Leasing (1998); wird zitiert: [*Autor*] in *Büschen*, Praxishandbuch Leasing [§] [Rz]

F. Bydlinski, Die Baukostenendabrechnung als Bestimmung der Leistung, JBI 1975, 245

F. Bydlinski, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem in *Klingenberg/Rainer/Stiegler* (Hrsg), Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag (1992) 81; wird zitiert: *F. Bydlinski* in FS Wesener [Seite]

F. Bydlinski, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht, ÖBA 1996, 499

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011) [Seite]

P. Bydlinski, Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 876

P. Bydlinski, Anmerkung zu OGH 3 Ob 559/91, ÖBA 1993, 64

P. Bydlinski, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, JBI 1993, 559 u 631

P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) [Seite]

P. Bydlinski, Die Kreditbürgschaft² (2003) [Seite]

P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Band I – Allgemeiner Teil (2010); wird zitiert: *P. Bydlinski*, AT⁵ [Rz]

Canaris, Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing, AcP 190 (1990), 410

Canaris, Handelsrecht²⁴ (2006) [Seite]

Czermak, Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, ÖBA 1987, 232

Czernich, UN-Kaufrecht: Gestaltungsmöglichkeiten in der Vertragspraxis durch nachträgliche Rechtswahl, WBI 1997, 230

Czipin, Immobilienleasing, immolex 2005, 176

Dehn, UGB 2006 (2006) [Seite]

Dehn/Krejci (Hrsg), Das neue UGB (2007) [Seite]

Dehn, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, ÖBA 2009, 185

Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz-Kommentar Band III (2007); wird zitiert: [Autor] in Dellinger, BWG [§] [Rz]

Dellinger, Glosse zu 4 Ob 581/87 = JBI 1988, 590

Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg), Handbuch zum deutschen & europäischen Bankrecht² (2009) [§] [Rz]

Dullinger, Bürgerliches Recht Band II – Schuldrecht Allgemeiner Teil (2010); wird zitiert: *Dullinger*, Schuldrecht AT⁴ [Rz]

Dullinger, Handbuch der Aufrechnung (1995) [Seite]

Dullinger/Kaindl (Hrsg), Jahrbuch Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 (2009) [Seite]

Dullinger/Kaindl (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2010/2011 (2011) [Seite]

Duursma-Kepplinger, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002) [Seite]

Engel/Paul, Handbuch Kraftfahrzeugleasing (2000) [§] [Rz]

Engel, Miete, Kauf, Leasing (1993) [Rz]

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch¹²¹ (2008); wird zitiert:[Autor] in Erman, BGB¹² [§] [Rz]

Ertl/Gschweidl, Verfallsregelungen in Mobilfunkverträgen, MR 2005, 404

Faber, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, immoLex 2001, 246

Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) [Seite]

Fenyves, KSchG und Gewährleistung, in *Krejci* (Hrsg) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 371 ff; wird zitiert: *Fenyves*, KSchG und Gewährleistung, in HdBzKSchG [Seite]

Fenyves, Die "Vinkulierung" von Versicherungsforderungen, ÖBA 1991, 13

Fenyves, Absolute Wirkung der Zahlungssperre aufgrund der Vinkulierung einer Versicherungsforderung, ÖBA 1998, 337

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ (ab 2006); wird zitiert: [Autor] in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ [§] [Rz]

Fichtinger/Foglar-Deinhardstein, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818

Fischer-Czermak, Zur Abtretung der Gewährleistungsrechte des Leasinggebers an den Leasingnehmer, WBI 1989, 87

Fischer-Czermak, Das Konsumentenschutzgesetz und der Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 115

Fischer-Czermak, Mündliche Vereinbarungen beim Finanzierungsleasing, ecolex 1992, 312

Fischer-Czermak, Zum Schadenersatzanspruch des Leasingnehmers, ecolex 1992, 766

Fischer-Czermak, Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing, JBI 1994, 460

Fischer-Czermak, Mobilienleasing, Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995); wird zitiert: *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing [Seite]

Fischer-Czermak, Gewährleistung und Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Leasing, ecolex 1995, 619

Fischer-Czermak, Glosse zu OGH 6 Ob 507/95, ecolex 1996, 254

Fischer-Czermak, Finanzierungsleasingverträge: Abzahlungsgeschäfte nach dem KSchG, ecolex 1997, 331

Fischer-Czermak, Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Leasing, ecolex 2000, 97

Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) [Seite]; wird zitiert: [Autor], [Titel] in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend [Seite]

Fischer-Czermak, Schadenersatz beim KFZ-Leasing, Der Sachverständige 2006, 22

Foglar-Deinhardstein, Zur Anwendbarkeit des § 7 VKrG auf Gründungsgeschäfte, ÖJZ 2013, 762

Frotz, Leasing in Österreich und seine Rechtsfragen, in Festschrift für Hermann Hämmerle (1972) 97; wird zitiert: *Frotz* in FS Hämmerle [Seite]

Gaisbauer, Das Betretungsrecht des Vermieters, ImmZ 1991, 19

Gehring, Verbraucherschutz als Gerechtigkeitserfordernis? RdW 2008, 53

Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken (2010) [Seite]

Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge (1988) [Seite]

G. Graf, Probleme der vorzeitigen Kündigung von Konsumentenkreditverträgen durch den Kreditgeber, ÖBA 1989, 959

G. Graf, Auswirkungen des Transparenzgebots, *ecolex* 1999, 8

G. Graf, Jetzt schlägts aber (fast) 13! *ecolex-script* 24 (2003) 1

G. Graf, Anmerkung zu OGH 25.8.2011, 5 Ob 145/11a, *immolex* 2012, 82

Grassl-Palten, Zur "Vinkulierung" von Versicherungsverträgen, *RdW* 1997, 386

Groß, Kraftfahrzeugleasing, *DAR* 1996, 438

Gruber, Die deutsche Rechtsprechung zur Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund, ÖBA 1992, 1104

Grüblinger, Der Leasingvertrag – Ein Überblick, *Zak* 2009, 343

Grüblinger, Tool box Common Frame of Reference – Eine Kodifikationsanleitung für das Leasing? (2010) [Seite]

Grüblinger, Der KFZ-Leasingvertrag im Lichte der Verbandsklage und des Verbraucherkreditgesetzes, *ZVR* 2010, 481

Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Österreichisches Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1988); wird zitiert: *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, *Schuldrecht BT²* [Seite]

Haeseler/Greßl, Leasing und Factoring (2007) [Seite]

Haeseler/Greßl, Leasing, quo vadis? Kaufoption versus Branchenüblichkeit, *taxlex* 2007, 556

Haeseler/Greßl, Leasing weiterhin ohne gesetzliche Grundlage, *ecolex* 2008, 76

Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf (1982) [Seite]

Harrer, Neue Vertragstypen im Handelsrecht (2001) [Seite]

Harrich, Das mangelhafte Leasingobjekt – Gewährleistung beim mittelbaren Finanzierungsleasing, *Zak* 2009, 347

Hartleb, Leasingvertragsklauseln und Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz, *NZM* 1998, 295

Hausmann, MRG-gefesselte Vermieter unter der KSchG-Knute, *NetV* 2007, 145

Heeresthal, Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, *WM* 2009, 1174

Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte (1998) [Seite]

Heid, Anmerkung zu OGH 1 Ob 537/94, *ecolex* 1994, 618

Hirte/Möllers (Hrsg), Kölner Kommentar zum WpHG (2007); wird zitiert: [Autor] in KK-WpHG [§] [Rz]

Hofmann, Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit, NJW 2010, 1782

Hofmann, Die neue Erläuterungspflicht des § 491 a Abs 3 BGB, BKR 2010, 232

Hofmann, Bemerkungen zu den Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB 2000), ÖBA 2002, 371

Hofmeister, Zivilrechtliche Fragen des Immobilienleasing, in *Egger/Krejci* (Hrsg), Das Leasinggeschäft (1987); wird zitiert: *Hofmeister* in Das Leasinggeschäft [Seite]

Iro, Probleme der Haftung des "Zedenten", JBI 1977, 449

Iro, Terminsverlustklauseln in Leasingverträgen, RdW 1986, 265

Iro, Immobilienleasing und MRG, RdW 1987, 77

Iro, Anmerkung zu 6 Ob 587/86, ÖBA 1988, 722

Iro, Ersatz der Mietwagenkosten beim KFZ-Leasing, RdW 1992, 330

Iro, Zum Recht des Leasingnehmers, den Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant zu wandeln, ÖBA 1995, 813

Iro, Unwirksamkeit der Vertragsklausel, dass der Leasingnehmer das Lieferrisiko zu tragen hat, ÖBA 1996, 639

Iro, Verstärkter Senat zur Wiederholungsgefahr bei KSchG-Verbandsklage – causa finita? RdW 2012, 703

Iro/Koziol, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte-Kommentar (2001); wird zitiert: *Autor* in *Iro/Koziol*, ABB [Ziffer, Rz]

Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB² (2010); wird zitiert: [Autor] in *Jabornegg/Artmann*, UGB² [§] [Rz]

B. Jud, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie, ÖJZ 2009, 887

W. Jud, KSchG, Factoring und Leasing, in *Krejci* (Hrsg) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 503 ff; wird zitiert: *W. Jud*, KSchG, Factoring und Leasing, in *HdBzKSchG* [Seite]

Kandut, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf (1993) [Seite]

Kapsch, Ratenzahlung ohne Ende? OGH kippt Leasingklausel, Die Presse 2007/48/03

Karollus/Lukas, Inkassokosten als Verspätungsschaden, in Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung: Festschrift für Gottfried Mayer (2004) 71; wird zitiert: *Karollus/Lukas* in FS Mayer [Seite]

Kathrein, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft, *ecolex* 2001, 426

Kellner, Die Rechtsnatur der Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG, *ÖBA* 2010, 674

Kellner, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) [Seite]

Khachik, Die wichtigsten Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes durch das Handelsrechtsänderungsgesetz, *JAP* 2005/2006/32

Klang, Zweifelhafte Fragen aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes, *RZ* 1934, 82

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch², Band II (1950), Band IV/1 (1968), Band IV/2 (1978), Band V (1954), Band VI (1951); wird zitiert: [Autor] in Klang² [Band] [Seite]

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2010); wird zitiert: [Autor] in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 [§] [Rz]

Klicka, Die große Schlacht ist geschlagen, *ecolex* 2013, 126

Knobl/Grafenhofer, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, *GesRZ* 2010, 27

Knops, Rügepflicht beim Handelskauf und Leasingvertrag, *JuS* 1994, 106

Knops, Verbraucherkredit zwischen Privatautonomie und Maximalharmonisierung, in Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig (Hrsg), Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie, Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, Bankrechtstag 2009 (2010) 195; wird zitiert: *Knops*, Verbraucherkredit zwischen Privatautonomie und Maximalharmonisierung, in Bankrechtstag 2009 [Seite]

Koch, Nettingvereinbarungen im Konkurs, *ÖBA* 1995, 495

Koch, Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten bei der Kreditvergabe nach der neuen Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, *ÖBA* 2009, 98

Koch, Bonitätsprüfung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie, *ÖJZ* 2010, 45

Koch, Der OGH und die Banken-AGB, *ÖBA* 2013, 553

Kodek, Die Besitzstörung (2002) [Seite]

Kömürücü-Spielbüchler, Die Vinkulierung von Versicherungen (1992) [Seite]

Kolmasch, Judikaturübersicht: Geltungskontrolle von AGB-Klauseln, Zak 2012, 83

Konecny, Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs und Schuldnerinsolvenz, FS Krejci (2001) II 1809; wird zitiert: *Konecny* in FS Krejci [Seite]

Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997-2010); wird zitiert *Autor* in Konecny/Schubert, [§] [Rz]

Konwitschka, Mietwagenkosten des KFZ-Leasingnehmers, JAP 1992/93, 116

St. Korinek, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 149

Kosesnik-Wehrle/Hammerl/Kolba/Langer, KSchG³ (2010) [§] [Rz]; wird zitiert: *Autor* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ [§] [Rz]

Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG² (2004) [§] [Rz]; wird zitiert: *Autor* in Kosesnik-Wehrle, KSchG² [§] [Rz]

Kothbauer, Die mietrechtlichen Erhaltungspflichten im Lichte der neuesten Rechtsprechung, ImmZ 2007, 237

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I³ (1997); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I [Rz]

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II² (1984); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht² II [Seite]

Koziol, Einwendungsmöglichkeiten und Rückabwicklung bei Drittfinanzierung mit Einlösung der Kaufpreisforderung, ÖBA 1989, 207

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB³ (2010); wird zitiert: *Autor* in KBB³ [§] [Rz]

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ Band I (2006) und Band II (2007); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ [Band] [Seite]

Krejci, Zivilrechtsfragen zum Leasingvertrag, in *Egger/Krejci* (Hrsg), Das Leasinggeschäft (1987); wird zitiert; *Krejci* in Das Leasinggeschäft [Seite]

Krejci, Zur Mängelrüge, in *Harrer* (Hrsg), Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag. Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme (2002) 287; wird zitiert: *Krejci* in FS Honsell [Seite]

Krejci, Pacta sunt incerta – Zur relativen Verbindlichkeit von Verbrauchergeschäften, in Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag (2002) 143; wird zitiert: *Krejci* in FS Jelinek [Seite]

Krejci, Das Transparenzgebot im Verbraucherrecht, VR 2007 H 1-2, 25

Krejci (Hrsg), Reform-Kommentar UGB ABGB (2007); wird zitiert: [*Autor*] in
Krejci, RK [§] [Rz]

Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013) [Seite]

Krejci, Zur Gewährleistungspflicht des Leasinggebers, JBI 1988, 490

Krejci, Zur Gefahrtragung beim Leasinggeschäft, ÖJZ 1988, 129

Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing² (2005) [Seite]

Kuprian/Prader, Der Mietvertrag² (2008) [Rz]

Kühnberg, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage (2006) [Seite]

Langer, Wiederholungsgefahr in § 28 KSchG, ecolex 1999, 636

Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts¹³ II/2 (1994) [Seite]

Leenen, Die Pflichten des Leasinggebers, AcP 190 (1990), 260

Leitner, Erscheinungsformen intransparenter AGB-Gestaltung, RdW 2003, 125

Leitner, Das Transparenzgebot (2005) [Seite]

Leitner, Transparenzgebot, Privatautonomie, Auslegung, JBI 2011, 428

Lenk, Haus- und Wohnungselektrik im Lichte der WRN 2006 und der
Klauselentscheidungen (Teil I), immolex 2007, 276

Lenneis, Immobilienfinanzierungsleasing und das Mietrechtsgesetz, AnwBl 1983,
562

Lenneis, Zum Thema Terminverlustklauseln in Leasingverträgen, RdW 1987, 7

Lenz/Rericha, Das neue österreichische Verbraucherkreditrecht, ZFR 2010, 110

Leupold/Ramharter, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder
Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz, ÖBA 2011, 469

Lieb, Das Leitbild des Finanzierungsleasing im Spannungsfeld von
Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle, DB 1988, 946

Lieb, Anmerkung zu BGH VIII ZR 22/89, JZ 1990, 976

Lieb, Zur Risikoverteilung bei Finanzierungsleasingverträgen, insbesondere mit
Kaufleuten, WM 1992, Sonderbeilage 6, 1

Limberg, AGB bei Abzahlungs- und Leasinggeschäften, ecolex 2009, 292

Lukas, Schutz unterlegener Unternehmer nach Verbrauchermaßstäben? JBI
2011, 772

Mader, Glosse zu OGH 8 Ob 3/91, ÖBA 1992/310

Mair, Zum Kriterium der Vorformulierung von Klauseln bei AGB, Zak 2008, 343

Mankowski, Das Zusammenspiel der Nacherfüllung mit den kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten, NJW 2006, 865

Martinek, Moderne Vertragstypen I (1991) [Seite]

Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² (2008) [§] [Rz]; wird zitiert: [*Autor*] in *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg), Handbuch des Leasingrechts² [§] [Rz]

Mayrhofer, Das Recht der Schuldverhältnisse – Allgemeine Lehren³ (1986); wird zitiert: *Mayrhofer*, Schuldrecht AT³ [Seite]

Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) [Seite]

Z. Meškić, Europäisches Verbraucherrecht – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven (2008) [Seite]

Müller-Sarnowski, Die "vertragsgemäße Rückgabe des Leasingfahrzeugs", DAR 1997, 142

Müller-Sarnowski, Privat-Autoleasing nach der Schuldrechtsreform, eine Bestandaufnahme, DAR 2002, 485

Nitsch, Sorgfaltspflichten bei der Verwertung von Leasingfahrzeugen, NZV 1999, 405

Nitsche, Zur Rechtsnatur des Leasing, ÖJZ 1974, 29 u 61

Nobbe, Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht, WM 2011, 625

Oberfeuchtnner, Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz (2010) [Seite]

Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse² (2004) [Seite]

Ohmeyer, Die Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, ZBl 1927, 161

Oxe, Der Leasingnehmer als Verbraucher (2010) [Seite]

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁹ (2010); wird zitiert: [*Autor*] in *Palandt*; BGB⁶⁹ [§] [Rz]

Parapatits, Das Transparenzgebot im Unternehmergegeschäft, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht (2008) [Seite]

Parapatits, AGB-Kontrolle beim Finanzierungsleasing, ZFR 2010, 150

Parapatits, Glosse zu OGH 6 Ob 217/09v, EvBl 2010, 321

Perner, ABGB-Gefahrtragungsklauseln zugunsten von Verbrauchern zwingend, RdW 2005, 590

Perner, Aktuelle Judikatur zum AGB-Recht, *ecolex* 2009, 288

Pesek, § 6 VKrG: Aktive Übermittlungspflicht des Kreditgebers für vorvertragliche Standardinformationen? *RdW* 2012, 137

Pesek, Der Verbraucherkreditvertrag (2012) [Seite]

Pesek, Überlegungen zur Endausmalverpflichtung des Mieters, *wobl* 2013, 139

Pittl/Ess, Zur Zulässigkeit eines Räumungsbegehrens beim Immobilienleasing, *wobl* 2005, 185

Pletzer, Mietrechtliche "Klauselentscheidung" – die Vierte, *Zak* 2011, 106

Pöchhacker/Riede, Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr: Eine Anmerkung zu OGH 13.10.2009, 5 Ob 138/09v = *wbl* 2010, 217

Prader, OGH: Klarstellung der Erhaltungspflichten im Vollanwendungsbereich des MRG, *RdW* 2009, 391

Prader, Formularmietverträge – was ist das? *immolex* 2012, 10

Quantschnigg/Jezek/Langer/Pilz, Handbuch des Leasing (2003) [Seite]

Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung (1998) [Seite]

Ch. Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) [Seite]

Ch. Rabl, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, *JB1* 1997, 488

Ch. Rabl, Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf und Preisgabe – Rechtsbehelfe im Annahmeverzug des Gläubigers, *ÖJZ* 1998, 688

Ch. Rabl, Der Schadenersatz von Inkassokosten dem Grunde nach, *JB1* 2007, 494

Ch. Rabl, Intransparente Klauseln der ABB 2000 - to be continued, *RdW* 2012, 644

Th. Rabl, Glosse zu OGH 2 Ob 9/97f, *ecolex* 1999/29

Th. Rabl, Die Bürgschaft (2000) [Seite]

Rainer, Der Immobilienleasingvertrag, *immolex* 2005, 166

Ramharter, Das Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz, *Zak* 2010, 303

Rathauscher, Bestandrechte und Konkurs (1999) [Seite]

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur ZPO³ (2006); wird zitiert: [Autor] in *Rechberger*³ [§] [Rz]

Reidinger, Weitere Rechtsfragen drittfinanzierter Verträge, *JB1* 1987, 431

Reidinger, Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers gegen den Dritteigentümer, JAP 1990/91, 237

Reidinger, Zum Konflikt Werkunternehmer – Besteller – Eigentümer, JAP 1990/91, 206

Reidinger, Der Meinungsstreit zur Drittfinanzierung, JAP 1994/95, 100

Reidinger, Die dinglich wirkende Einrede, in *Barta/Radner/Rainer/Scharnreiter* (Hrsg), Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial-, und Zivilrecht – Festschrift für Martin Binder (2010) 145; wird zitiert: *Reidinger* in FS Binder [Seite]

Reidinger/Dirrheimer, Der Verbraucher im Mietrecht, JAP 2006/2007/37, 241

Reidinger/Dirrheimer, Der Verbraucher im Mietrecht II, JAP 2007/2008/17, 178

Reidinger/Ofner, Bürgerliches Recht⁷ Teil II (2003); wird zitiert: *Reidinger/Ofner*, Bürgerliches Recht⁷ II [Seite]

Reidinger/Ofner, Bürgerliches Recht⁸ Teil III (2004); wird zitiert: *Reidinger/Ofner*, Bürgerliches Recht⁸ III [Seite]

Reidinger, Drittfinanzierung – Die Lösung eines Rechtsproblems im Stammgesetz oder durch Sondernormen? in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 553 ff; wird zitiert: *Reidinger* in FS 200 Jahre ABGB [Seite]

Reidinger, Gesammelte Fälle Bürgerliches Recht³ (2012); wird zitiert: *Reidinger*, Gesammelte Fälle Bürgerliches Recht³ [Seite]

Reinking, Verwertungserlös und Zustand des Leasingfahrzeugs am Vertragsende, NZV 1997, 1

Reinking, Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, DAR 2001, 8

Reinking/Eggert, Der Autokauf¹¹ (2012) [Rz]; wird zitiert: *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹¹ [Rz]

Reischauer, Ein Plädoyer für die Möglichkeit der außergerichtlichen Wandlung und Minderung (§ 933 ABGB) sowie die Einführung einer allgemeinen Regelung für die Verjährung von Bereicherungsansprüchen (Vorschlag eines § 1490a in Anlehnung an § 1489 ABGB) – Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 901 ff; wird zitiert: *Reischauer* in FS Welser [Seite]

Reischauer, Beweislastverschiebung zulasten des Verbrauchers (§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG) und Quittung (§ 1426 f und § 924 ABGB), Zak 2010, 43

Reisenhofer, Die Bestimmungen zur Auflösung von Verträgen nach dem IRÄG 2010, Zak 2010, 287

Reisenhofer, Der zeitliche Anwendungsbereich des IRÄG 2010, in Konecny (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 189; wird zitiert: *Reisenhofer* in ZIK Spezial – IRÄG 2010 [Seite]

Resch, Das Verbraucherkreditgesetz – Die neuen Vorschriften für Ratenzahlungsvereinbarungen im Überblick, Zak 2010, 383

Riss, Zur Abdingbarkeit der Erhaltungspflicht des Vermieters im Verbrauchergeschäft, wobl 2002, 345

Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005) [Seite]

Riss, Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verbandsklageverfahren nach § 28 KSchG, RdW 2007, 395

Riss, Verbandsklage: Einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, RdW 2009, 695

Riss, Mietrecht, Verbraucherrecht und Verbandsklageverfahren, wobl 2011, 98

Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62

Rosifka, Die Rückstellung des Bestandgegenstands, immolex 2008, 70

Rosifka, Die Rückstellung des Bestandgegenstands – ein Update, immolex 2011, 198

Rosifka, Erhaltungspflicht des Bestandgebers gemäß § 1096 ABGB und ihre vertragliche Abdingbarkeit, ecolex 2008, 720

Rosifka, OGH 5 Ob 17/09z: Konsequenzen und Kritik, immolex 2009, 206

Rösler/Werner, Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht: Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie, BKR 2009, 1

Rott, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EU, WM 2008, 1104

Rummel, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? JBI 1977, 521

Rummel, Anmerkung zu OGH 7 Ob 615/90, JBI 1991, 241

Rummel, Zur Unwirksamkeit von Klauseln in den AGB einer Bank, ÖBA 2007, 981

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000), II (ab 2002); wird zitiert: [*Autor*] in Rummel³ [§] [Rz]

Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ (2012) – Schuldrecht Besonderer Teil I; wird zitiert: [Autor] in MünchKommBGB⁶ [§] [Rz]

Schanda, Der Leasingvertrag im Konkurs des LN, ZIK 1996, 11

Schattenkirchner, Die Entwicklung des Leasingrechts von Mitte 2009 bis Ende 2011, NJW 2012, 197

Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) [Seite]

Schauer, Das ABGB - Wesensmerkmale, Perspektiven und heutige Standortbestimmung, ÖJZ 2012, 245

Schett, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt und ihre Bedeutung, JAP 1991/92, 201

Schilcher, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen: Ausgestaltung im öffentlichen Recht und im Privatrecht (2000) [Seite]; wird zitiert: *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Der Schutz von Verbraucherinteressen [Seite]

Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ (2011) Band II; wird zitiert: [Autor] in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁴ II [§] [Rz]

Schmidt, Immobilienleasing, VWT 2002 H 5, 41

Schmitzer, Gibt es nicht dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? WBI 1989, 360

Schumacher, KFZ-Leasing und KonsumentenschutzG, ZVR 1979, 289

Schuschnig, Auswirkungen des Verbraucherkreditgesetzes auf den österreichischen Bankenmarkt, ÖBA 2011, 800

Schürnbrand, Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge, in *Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig* (Hrsg), Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie, Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, Bankrechtstag 2009 (2010) 173; wird zitiert: *Schürnbrand*, Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge, in Bankrechtstag 2009 [Seite]

Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar⁴ (2010) [§] [Rz]

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB³ I-VII (2005, 2006); wird zitiert: [Autor] in Schwimann³ [§] [Rz]

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB⁴ I-II (2011, 2012); wird zitiert: [Autor] in Schwimann⁴ [§] [Rz]

Schwimann (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar² (2012); wird zitiert: [Autor] in Schwimann, ABGB-TaKom² [§] [Rz]

Skusa, Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge, NJW 2011, 2993

Spiegel/Benes, Insolvenzordnung: Kreditvergabe und Insolvenzrisiken, RdW 2010, 751

Spitzer, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004) [Seite]

Stabentheiner/Dimmel, Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696

Stabentheiner, Mietrecht³ (2010) [Rz]

Stabentheiner, Das Verbraucherkreditgesetz, EU-Vorgaben, Geltungsbereich, vorvertragliche Information, Bonitätsprüfung, Vertragsdokument, ÖJZ 2010, 531

Stabentheiner, Das Verbraucherkreditgesetz, Gestaltungsrechte und Informationspflichten während des Kreditverhältnisses; verbundene Verträge, ÖJZ 2010, 636

Stabentheiner, Das Verbraucherkreditgesetz, Andere Kreditierungsformen, Leasing, ergänzende Regelungen, ÖJZ 2010, 743

Stabentheiner, Das neue Darlehensrecht des ABGB, ÖJZ 2010, 935

Stagl, Die Selbstständigkeit der Gewährleistungsrechte des Leasingnehmers beim Finanzierungsleasing, ZIP 2009, 846

Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001) [Seite]

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹³, Buch II – Schuldrecht (2004) [§] [Rz]; wird zitiert: [Autor] in Staudinger, BGB¹³ [§] [Rz]

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (1. Lfg 2009) [§] [Rz]; wird zitiert: [Autor] in Straube, UGB I⁴ [§] [Rz]

Thunhart, Die wichtigsten Neuerungen für Unternehmensgeschäfte nach der HGB Reform, Zak 2007, 3

Tiedtke, Anmerkung zu OLG Köln 19 W 33/92, JZ 1993, 740

Tiedtke/Möllmann, Auswirkungen der Schuldrechtsreform im Leasingrecht, DB 2004, 583

Tiedtke/Möllmann, Entwicklung der aktuellen Rechtsprechung des BGH zum Leasingrecht, DB 2004, 915

Tiedtke/Peterek, Die Rechtsprechung des BGH zum Leasing seit 2004, DB 2008, 335

Tschaler, Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, 281

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹⁰ (2006); wird zitiert: [Autor] in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹⁰ [§] [Rz]

Vonkilch, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185

Vonkilch, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 281 u 309

Vonkilch, Glosse zu OGH 25.8.2011, 5 Ob 145/11a, wobl 2011, 431

Vonkilch, Mietvertragliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. "Klausel-Entscheidung", wobl 2011, 93

von Westphalen, Der Leasingvertrag⁶ (2008) [Kap] [Rz]

von Westphalen/von Rottenburg, Verbraucherkreditgesetz² (1996) [§] [Rz]

von Westphalen, AGB-Recht im Jahr 2003, NJW 2004, 1993

von Westphalen, Einige Anmerkungen zu den AGB für den Verkauf von fabrikneuen und gebrauchten Kraftfahrzeugen, ZGS 2002, 214

Weber, Die Entwicklung des Leasingrechts in den Jahren Mitte 2003 bis Mitte 2005, NJW 2005, 2195

Wegl, Begriffsdefinition „Leasing“ – Qualifikationsschema, ecolex 1992, 661

Weissel, Kreditvergabe und Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 7 VKrG, ZFR 2011, 294

Welser, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in *Krejci* (Hrsg) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 333 ff; wird zitiert: *Welser*, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in *HdBzKSchG* [Seite]

Welser, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449

Welser/B. Jud, Die neue Gewährleistung (2001) [§] [Rz]

I. Welser, Der Erfüllungsort für Verbesserungspflichten des Unternehmers nach § 8 KSchG, ÖJZ 2001, 745

Wendehorst, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie: Rücktritt, Kündigung, vorzeitige Rückzahlung, ÖBA 2009, 30

Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht (2010) [§] [Rz]

Weyer, Salvatorische Klauseln und geltungserhaltende Reduktion, in *Büdenbender/Kühne* (Hrsg), Festschrift für Jürgen F. Baur (2002) 681; wird zitiert: *Weyer*, Salvatorische Klauseln und geltungserhaltende Reduktion, in *FS Jürgen F. Baur* [Seite]

Widhalm-Budak, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in Konecny (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 23; wird zitiert: *Widhalm-Budak* in ZIK Spezial – IRÄG 2010 [Seite]

Wilburg, Die „Subsidiarität“ des Verwendungsanspruches, JBI 1992, 545

Wilhelm, Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBI 1975, 113

Wilhelm, Glosse zu OGH 2.5.1979, 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 262

Wilhelm, Glosse zu OGH 14.1.1981, 1 Ob 718/80 = JBI 1982, 40

Wilhelm, Kündigung des Bauvertrags wegen Konkurs des Bauunternehmers? RdW 1986, 363

Wilhelm, Gutgläubiger Erwerb des Zurückbehaltungsrechts, ecolex 1991, 145

Wilhelm, Hilfe – mein Keller schwimmt! Mietrechtliche Gewährleistung im MRG Teilanwendungsbereich, ecolex 2002, 637

Wilhelm, Nachtrag zur Erhaltungspflicht im MRG-Vollanwendungsbereich, Noch eine Anmerkung zu 10 Ob 79/07a = ecolex 2008, 32

Wilhelm, Anmerkung zu 6 Ob 241/07w, ecolex 2009, 222

Winternitz/Aigner, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung (2004) [Seite]

Wösthoff, Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht (2010) [Seite]

Wolf, Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings, JuS 2002, 335

Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁵ (2009), wird zitiert: [Autor] in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*; AGB-Recht⁵ [§] [Rz]

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009) [§] [Rz]

Würth, Glosse zu OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g, wobl 2007, 210

Zahn/Bahmann, KFZ-Leasingvertrag (1999) [Seite]

Zöchling-Jud, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, ecolex 2010, 525

Zöchling-Jud, Neuregelung für Verbraucherleasingverträge, in Haftung und Versicherung – Festschrift für Rudolf Reischauer (2010) 461 ff; wird zitiert: *Zöchling-Jud* in FS Reischauer [Seite]

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

OGH-Entscheidungen

OGH 19.6.2013, 7 Ob 90/13f (unveröffentlicht)

OGH 8 Ob 26/12z = ÖBA 2013, 762

OGH 3 Ob 203/12t = Zak 2013/94 = JusGuide 2013/15/11044 = RdW 2013/201 =
EvBI 2013/67 = JBI 2013, 376 = ZIK 2013/108 = ÖBA 2013, 448

OGH 8 Ob 49/12g = ÖBA 2012, 619 = RdW 2012, 598 = JusGuide
2012/29/10177 = ZIK 2013/53 = ZFR 2012/168

OGH 2 Ob 22/12t = JBI 2013, 519 = RdW 2013/279 = JusGuide 2013/29/11333 =
ÖBA 2013/1918 = ecolex 2013/206 = AnwBI 2013, 475

OGH 6 Ob 206/12f = JusGuide 2013/13/10999 = Zak 2013/253

OGH 2 Ob 104/12a = wobl 2013, 90 = JusGuide 2012/45/10524 = immolex
2012/86

OGH 2 Ob 59/12h = Zak 2012/664 = VRInfo 2012 H 9, 4 = RdW 2013/304 =
jusIT 2012/99 = ecolex 2013/45 = EvBI-LS 2013/18

OGH 6 Ob 24/11i = Zak 2012, 396 = immolex-LS 2012/98 = ecolex 2012, 1065 =
ÖBA 2012, 833 = EvBI-LS 2013/4 = RdW 2012, 724

OGH 2 Ob 196/11d = EvBI 2012/78 = immolex-LS 2012/19 = RdW 2012, 336 =
wobl 2012, 145 = immolex 2012, 177

OGH 5 Ob 145/11a = wobl 2011/159 (Anm *Vonkilch*) = immolex 2012/25 (Anm
G. Graf)

OGH 6 Ob 38/11y = RZ-EÜ 2011/141 = EW r III/1096 A/165 = Zak 2011/241 =
immolex 2011/48 (Anm *Pletzer/Prader*) = wobl 2011/66 (Anm *Vonkilch*) = EvBI
2011/109 (Anm *Cerha*) = RdW 2011/337 = JBI 2011, 438

OGH 9 Ob 11/11z = EvBI 2011/145 = Zak 2011/622 = JusGuide 2011/36/9170 =
JusGuide 2011/36/9156 = JusGuide 2011/36/9157 = ÖBA 2013, 520

OGH 7 Ob 68/11t = JBI 2012, 310 = RdW 2012, 212 = ÖBA 2012, 249 (Anm
Kozioł)

OGH 2 Ob 198/10x = jusIT 2011, 181 (Anm *Thiele*) = RdW 2012, 19 = ZVR 2012, 166 (Anm *Kathrein*)

OGH 7 Ob 173/10g = JusGuide 2011/24/8863 = JusGuide 2011/24/8864 = JusGuide 2011/24/8865 = JusGuide 2011/24/8866 = JusGuide 2011/24/8867 = RdW 2011/681 = ÖBA 2011/1748

OGH 2 Ob 73/10i = EvBl 2011/66 = MietSlg 62.095 = JBI 2011, 175 (Anm *Mayrhofer*) = immolex 2011, 81 (Anm *Prader/Böhm*) = JusGuide 2011/05/8397 = VRInfo 2011 H 2, 3 = ecolex 2011/81 = Zak 2011, 116 = wobl 2011, 114 = RdW 2011/135 = AnwBl 2011, 259

OGH 2 Ob 215/10x = EvBl-LS 2012/98 = immolex-LS 2012/32 = ecolex 2012/239 = AnwBl 2012, 307 = Zak 2012, 112 = immolex 2012, 107 (Anm *Prader*) = immolex 2012,145 (Anm *Grau*) = immolex 2012, 137 (Anm *Prader*) = immolex 2012, 141 (Anm *Reichholf*) = immolex 2012, 134 (Anm *Böhm*)

OGH 7 Ob 84/10v = JusGuide 2010/30/7750

OGH 4 Ob 147/10m = EvBl 2011/103 = Zak 2011/239 = JusGuide 2011/11/8550 = Zak 2011/228 (Anm *Foglar-Deinhardstein*)

OGH 9 Ob 52/10b = ÖBA 2011/1691 = ecolex 2011/118 = RdW 2011/76

OGH 8 Ob 124/10h = EvBl-LS 2011/173 = ÖBA 2011/1754 = RdW 2011/680

OGH 3 Ob 35/10h = ÖBA 2011/1709

OGH 2 Ob 1/09z = RdW 2010/643 = JusGuide 2010/32/7802 = ÖBA 2010, 674 (Anm *Kellner*) = jusIT 2010/90 (Anm *Thiele*)

OGH 5 Ob 138/09v = ÖBA 2010/1634 (Anm *Koch*) = RdW 2010/36 = ecolex 2010/76 = VRInfo 2009 H 12, 13 = JusGuide 2009/53/7154 = ZFR 2010/42

OGH 4 Ob 59/09v = MietSlg 61.143 = VRInfo 2009 H 12, 6 = JusGuide 2009/51/7125 = ecolex 2010/4 = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010, 147 = ZIK 2010, 158 = ÖBA 2010, 244 = KRES 1d/135

OGH 3 Ob 12/09z = MietSlg 61.142 = VRInfo 2009 H 8, 2 = JusGuide 2009/34/6833 = ecolex 2009, 757 = ÖBA 2009, 744 = ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 644 = JBI 2009, 770 = KRES 1d/132

OGH 1 Ob 81/09g = RdW 2010/480 = RdW 2010/287 = ÖBA 2010, 304 = ÖBA 2010/1620 = KRES 1d/140

OGH 6 Ob 217/09v = EvBl 2010/46 (Anm *Parapatits*) = ecolex 2010, 242 = JusGuide 2010/05/7255 = ÖAMTC-LSK 2010/7

OGH 7 Ob 123/09b = ÖBA 2010/1593 = JusGuide 2009/39/6905 = ZIK 2010/165
= ZVR 2011/8 (Anm *Huber*) = ecolex 2010/44

OGH 5 Ob 159/09g = VRInfo 2010 H 2, 3 = RdW 2010/288 = KRES 1d/142

OGH 1 Ob 131/09k = VRInfo 2010 H 3, 3 = JusGuide 2010/07/7292 = ecolex
2010, 346 = KRES 1d/141 = RdW 2010/289 = ÖBA 2010/1621

OGH 3 Ob 20/09a = wobl 2009, 249 = ecolex 2009/294 = JusGuide
2009/43/6986 = EvBl-LS 2009/142 = Zak 2009/468 = immolex 2009/82

OGH 10 Ob 25/09p = RdW 2011/411 = JusGuide 2011/17/8693 = JusGuide
2011/17/8708 = JusGuide 2011/17/8694 = ÖBA 2011/1720 = ecolex 2011/240

OGH 8 Ob 110/08x = ecolex 2009, 222 = JusGuide 2009/04/6327 = RdW 2009,
402 = ÖBA 2009, 469 (Anm *Apathy*) = ÖBA 2009, 760

OGH 2 Ob 153/08a = JusGuide 2009/45/7023 = RdW 2009, 695 (Anm *Riss*) =
RdW 2009/720 = ÖBA 2010, 123 (Anm *Apathy*) = ecolex 2010/37 = VRInfo 2010
H 2, 3

OGH 7 Ob 230/08m = MietSlg 61.111 = ecolex 2009, 755 = ÖBA 2009, 736 =
ÖBA 2009, 755 (Anm *Apathy*) = RdW 2009, 645 = KRES 1d/131

OGH 6 Ob 257/08z = iFamZ 2009/106 = ecolex 2009/106

OGH 02.07.2009, 6 Ob 69/08b (unveröffentlicht)

OGH 8 Ob 166/08g = Zak 2009, 255 = bbl 2009/116

OGH 6 Ob 213/08d = ecolex 2009/176 = ZVR 2009/80 = JusGuide 2009/04/6330
= JBI 2009, 439 = ÖAMTC-LSK 2009/110

OGH 4 Ob 196/08i = MietSlg 60.129 = immolex-LS 2009/23 = immolex 2009/57 =
EwR III/1096 A/142

OGH 9 Ob 66/08h = EvBl-LS 2009/110 = RdW 2009/656 = KRES 1d/128

OGH 7 Ob 89/08a = EvBl 2008/149 = JBI 2008, 789 = RdW 2008/538 = ecolex
2008/258 = Zak 2008/470

OGH 10 Ob 70/07b = VRInfo 2009 H 4, 3 = RdW 2009, 401 = ÖBA 2009, 758 =
KRES 1d/127

OGH 5 Ob 247/07w = VRInfo 2008 H 4, 2 = KRES 1d/114a = ZIK 2008/179 =
ÖJZ 2008/113 (EvBl) = JBI 2008, 589 = ecolex 2008/185 = JusGuide
2008/23/5732 = Die Presse 2008/18/08

OGH 6 Ob 241/07w = JusGuide 2009/10/6429 = ecolex 2009, 221 (Anm
Wilhelm) = JBI 2009, 309 = RdW 2009, 459 = ÖJZ 2009, 378 = KRES 3/140

OGH 30.01.2008, 3 Ob 200/07v (unveröffentlicht)
OGH 3 Ob 72/07w = ÖBA 2008, 360 = VRInfo 2007 H 12, 2
OGH 6 Ob 261/07m = MietSlg 60.217 = MietSlg 60.092 = RZ-EÜ 2008/394 =
iFamZ 2008/99 = Zak 2008/368 = KRES 1g/76
OGH 3 Ob 36/07a = MietSlg LIX/12 = ecolex 2007, 680 = JusGuide
2007/28/4883 = ZIK 2007/277

OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 (Anm *Rummel*) = KRES 1d/95 = ÖBA
2008, 75 = ecolex 2007/252

OGH 4 Ob 227/06w = HS 38.472 = RdW 2007/677 = MR 2007, 222

OGH 7 Ob 78/06f = MietSlg 58.197 = wobl 2007, 74 = JBI 2007, 181 = RdW
2007/233 = VRInfo 2007 H 2, 5 = Zak 2007/45

OGH 1 Ob 241/06g = MietSlg 59.129 = immolex 2007, 211 = wobl 2007/76 (Anm
Würth) = HS 38.361 = Zak 2007/384 = ecolex 2007/253 = KRES 1d/99 = JAP
2007/2008/17

OGH 7 Ob 303/06v = Zak 2007/270 = wobl 2007/140 = ecolex 2007/181 = KRES
1a/51 = RdW 2007/487

OGH 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247 (Anm *Leitner*)

OGH 8 Ob 118/06w = ÖBA 2007, 839 = ÖJZ 2008/28

OGH 9 Ob 15/05d = MietSlg 58.124 = JBI 2007, 42

OGH 6 Ob 30/05p = ZIK 2006, 215 = ZIK 2007, 85 = ecolex 2006, 649 = ZVR
2007, 212 (*zust Huber*) = ÖBA 2006/1378 = RdW 2006/579 = ÖBA 2007, 70 =
Zak 2006/469

OGH 10 Ob 145/05d = ecolex 2006/319 = RdW 2006/699 = VRInfo 2006 H 9, 2 =
ÖBA 2007, 332

OGH 3 Ob 48/05p = ÖBA 2007/1405

OGH 1 Ob 8/04i = RdW 2004, 660 = ÖBA 2004, 883

OGH 4 Ob 119/03h = MietSlg 55.200 = KRES 1a/47 = ecolex 2004/2 = RdW
2004/177 = ÖJZ 2004/36 (EvBl) = VRInfo 2004 H 4, 3

OGH 3 Ob 141/03m = RdW 2003, 694 = ÖBA 2004, 313 = ecolex 2004/4 = ÖJZ-
LSK 2003/225

OGH 4 Ob 56/03v = ecolex 2003/311 = JBI 2003, 640 = bbl 2003/134 = RdW 2003/610 = wobl 2005/20

OGH 2 Ob 43/03t = ecolex 2003/266

OGH 11.11. 2004, 2 Ob 146/03i (unveröffentlicht)

OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154 = RdW 2003, 132 = RdW 2003, 254 = ÖBA 2003, 370 (*Iro*) = ecolex 2003, 237 (*Leitner*)

OGH 4 Ob 102/02g = SZ 2002/72 = ZIK 2003, 34 = RdW 2003,191 = ÖJZ 2005/53

OGH 3 Ob 180/02w = MietSlg 55.225 = RdW 2003/435 = ecolex 2003/308 = wbl 2003/276 = ÖJZ 2003/151 (EvBl)

OGH 7 Ob 192/02i = ecolex 2003/11 = ÖBA 2003/1127 = ÖBA 2003, 789 = EFSlg 101.057

OGH 30.01.2002, 7 Ob 3/02w (unveröffentlicht)

OGH 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 = ÖBA 2003, 141 = ÖBA 2003, 129 (*Iro/Kozioł*) = RdW 2003, 66 (*Iro*) = ÖBA 2003, 177 (*Apathy*) = KRES 3/113 = VRInfo 2003 H 1, 4

OGH 8 Ob 220/02i = MietSlg 55.128 = RdW 2003/546 = ÖBA 2004, 313

OGH 4 Ob 187/02g = ÖJZ 2003/19 (EvBl) = wbl 2003/54 = RdW 2003, 76

OGH 8 Ob 222/01g = ZIK 2002/81

OGH 5 Ob 265/01h = MietSlg 53.152 = ecolex 2002/127 = wobl 2002/58 = MR 2002, 9

OGH 4 Ob 254/01h = RdW 2002/404 = NZ 2002/81 = ecolex 2002/131 = ÖBA 2002/1042

OGH 5 Ob 295/01w = RdW 2002, 725 = ÖBA 2002/1076 = immolex 2002/127 = MietSlg 54.194 = ecolex 2002/230 = wobl 2002/123

OGH 2 Ob 40/01y = MietSlg 53.146 = immolex 2001/84 = wobl 2001/137

OGH 4 Ob 28/01y = SZ 74/52 = ecolex 2001, 438 (*Rabl*) = ÖBA 2001, 645 (*Kozioł*) = RdW 2001/557 = KRES 1h/31

OGH 7 Ob 252/01m = MietSlg 53.172 = AnwBl 2002/7810

OGH 7 Ob 265/01y = RdW 2002, 218

OGH 28.04.2000, 2 Ob 60/00p (unveröffentlicht)

OGH 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000/13 = HS 30.402 = ecolex 2000, 97 (Anm *Fischer-Czermak*) = ZIK 1999, 210

OGH 7 Ob 105/99p = ecolex 1999/297 = immolex 2000/100 = RdW 1999, 782 = HS 30.440

OGH 5 Ob 137/99d = MietSlg 51.212 = immolex 2000/1 = wobl 2000/145 = RdW 1999, 654

OGH 3 Ob 28/99k = SZ 72/108 = MietSlg 51.118 = HS 30.592 = JBI 2000, 43 = RdW 1999, 724

OGH 6 Ob 81/99a = wobl 1999/165 = MietSlg 51.079

OGH 5 Ob 227/98p = SZ 72/42 = ecolex 1999/216 = RdW 1999, 519 = ZIK 1999, 144

OGH 1 Ob 277/98m = RdW 1999, 196 = ecolex 1999/123 = KRES 3/100 = MietSlg 50.239

OGH 2 Ob 9/97f = SZ 71/150 = MietSlg 50.077 = HS 29.341 = ecolex 1999/29 (Anm *Rabl*) = ZIK 1999, 144 = RdW 1999, 197

OGH 1 Ob 416/97a = MietSlg 50.025 = HS 29.288 = RdW 1998, 606 = NZ 1999, 214

OGH 8 Ob 119/97a = SZ 70/182 = ÖBA 1998, 316 = JBI 1988, 46

OGH 2 Ob 131/97x = HS 28.304 = RdW 1997, 715 = MietSlg 49.059 = MietSlg 49.074

OGH 4 Ob 2307/96k = HS 27.446 = ZfRV 1997/35 = KRES 1d/36

OGH 1 Ob 2138/96k = SZ 69/263 = JBI 1997, 306

OGH 1 Ob 2141/96a = SZ 69/171 = MietSlg 48.103 = ÖBA 1997, 70 = RdW 1997, 70

OGH 4 Ob 2074/96w = MietSlg XLVIII/20

OGH 3 Ob 2004/96v = SZ 69/127 = ecolex 1996, 743 = JBI 1997, 458 = ÖBA 1997, 214 = RdW 1997, 73 = KRES 10/44

OGH 26.11.1996, 1 Ob 2169/96v (unveröffentlicht)

OGH 7 Ob 1608/95 = HS 26.702

OGH 6 Ob 507/95 = JBI 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 (Anm *Iro*) = ecolex 1996, 254 (Anm *Fischer-Czermak*)

OGH 7 Ob 19/95 = VersE 1657 = ZIK 1996, 144 = ZVR 1997/62
OGH 2 Ob 33/95 = ÖJZ 1996/19 (EvBl) = HS 26.640 = HS 26.697 = HS 26.370 =
JBI 1996, 114 (Anm *Lukas*) = ecolex 1995, 631 = ZVR 1996/61

OGH 4 Ob 567/94 = MietSlg 46.163 = HS 25.452 = JBI 1995, 467 = ecolex 1995,
94 = RdW 1995, 261 = RdW 1995, 249 (Anm *Iro*) = KRES 1e/14a

OGH 1 Ob 579/94 = SZ 68/42 = EvBl 1995/109 = HS 26.535 = RdW 1995, 260 =
ecolex 1995, 628 = ecolex 1995, 633 = JBI 1995, 724 = ÖBA 1995, 813 (Anm *Iro*)

OGH 7 Ob 15/94 = VersE 1609 = VersR 1995, 1123 = VR 1995/364 = ecolex
1995, 624

OGH 10 Ob 527, 1555/94 = MietSlg 47.087 = ÖBA 1995, 720 = HS 26.650

OGH 1 Ob 537/94 = SZ 67/82 = HS 25.562 = JBI 1994, 821 = ecolex 1994, 618
(Anm *Heid*)

OGH 30.11.1993, 8 Ob 1654/93 (unveröffentlicht)

OGH 2 Ob 26/93 = JBI 1994, 121 = ZVR 1994, 118 = HS 24.581

OGH 7 Ob 526/92 = RdW 1993, 179 = ÖBA 1992/351 = NZ 1992, 127

OGH 2 Ob 17/92 = SZ 65/83 = ecolex 1992, 767 = JBI 1993, 43 = RdW 1992,
337 = ZVR 1992/154 = ÖJZ 1992/241 = HS 22.551

OGH 8 Ob 539/91 = ecolex 1992, 846 = HS 22.745

OGH 5 Ob 522/91 = RdW 1992, 8

OGH 8 Ob 545/91 = SZ 64/73 = ÖBA 1992, 838

OGH 19.12.1991, 8 Ob 649/90 (unveröffentlicht)

OGH 7 Ob 615/90 = JBI 1991, 241 = RdW 1991, 109 = ecolex 1991, 156 = JAP
1990/91, 235 (Anm *Reidinger*)

OGH 6 Ob 691/90 = SZ 63/215 = ÖBA 1991, 539 = RdW 1991, 143 = ecolex
1991, 242 (Anm *Fischer-Czermak*)

OGH 8 Ob 38/90 = ÖBA 1991, 936 = RdW 1991, 261 = ecolex 1991, 313 = HS
22.555

OGH 6.6.1989, 2 Ob 80/89 (unveröffentlicht)

OGH 1 Ob 27/89 = JBI 1990, 321 = HS 20.485 = MietSlg 41.041/34

OGH 6 Ob 709/88 = KRES 3/49 = EDVuR 1989 H 2, 50
OGH 6 Ob 639/88 = SZ 61/238 = HS 18.807 = WBI 1989, 96 = WBI 1989, 87
(Anm *Fischer-Czermak*) = ÖBA 1989, 627 = RdW 1989, 96 = JBI 1989, 241 =
KRES 5/112
OGH 4 Ob 544/88 = RdW 1988, 349 = ÖBA 1989, 82 (Anm *Apathy*) = JBI 1989,
584 (Anm *Kömürcü-Spielbüchler*) = JAP 1990/91, 237 (Anm *Reidinger*) = WBI
1989, 30
OGH 2 Ob 140/88 = HS 20.697 = MietSlg 41.147 = WBI 1989, 319

OGH 8 Ob 625/87 = MietSlg 40.070 = ÖBA 1989, 316 (Anm *Iro*) = EDVuR 1989
H 2, 48 = JBI 1988, 719
OGH 27.8.1987, 8 Ob 17/87 (unveröffentlicht)

OGH 6 Ob 575/86 = SZ 61/70 = HS 18.805

OGH 1 Ob 626/85 = SZ 58/144 = MietSlg 37.066 = KRES 3/27 = ÖJZ 1986/54 =
RdW 1986, 75 = ÖBA 1987, 426
OGH 6 Ob 684/85 = JBI 1987, 247 = HS 16.591 = MietSlg 39.061
OGH 7 Ob 540/85 = MietSlg 37.067 = RdW 1985, 37
OGH 2 Ob 639/85 = SZ 59/213 = MietSlg 37.066 = ÖBA 1987, 936 = ÖBA 1987,
196 (Anm *Iro*) = JBI 1987, 662 = RdW 1987, 80
OGH 7 Ob 639/85 = SZ 58/183 = ÖBA 1986, 356
OGH 28.8.1985, 1 Ob 579/85 (unveröffentlicht)
OGH 19.6.1985, 8 Ob 20/85 (unveröffentlicht)
OGH 6 Ob 685, 686/85 = MietSlg 39.061 = KRES 3/41

OGH 1 Ob 616/84 = SZ 57/120 = MietSlg 36.194 = JBI 1985, 170
OGH 1 Ob 666/84 = JBI 1985, 746
OGH 1 Ob 546/84 = SZ 57/41 = HS 14.820 = ÖJZ 1984/110 (EvBl) = MietSlg
36.080 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = KRES 3/13 = ÖBA 1986, 421
OGH 8 Ob 607/84 = SZ 57/186 = MietSlg 36.182 = HS 14.823 = JBI 1985, 350 =
RdW 1985, 150 = ÖBA 1986, 241
OGH 6 Ob 528/84 = RdW 1986, 268 = KRES 3/30
OGH 5 Ob 321/84 = MietSlg 37.066 = RdW 1986, 76 = KRES 3/28

OGH 1 Ob 685/83 = MietSlg 35.174

OGH 8 Ob 78/83 = SZ 56/199 = HS 14.819 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 231

OGH 1 Ob 538/82 = SZ 55/75 = JBI 1984, 37 = MietSlg 34.198

OGH 7 Ob 626/82 = JBI 1983, 39

OGH 5 Ob 663/82 = SZ 56/92 = HS 14.816

OGH 1 Ob 827/82 = SZ 56/3

OGH 5 Ob 311/81 = SZ 56/78 = RdW 1984, 206 = ÖJZ 1983/166 (EvBl) = HS 14.815 = MietSlg 35.908

OGH 1 Ob 788/81 = HS 13.112 = ÖJZ 1982/68

OGH 1 Ob 718/80 = MietSlg 33.149 = JBI 1982, 38 (Anm *Wilhelm*) = KRES 5/87

OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128 = KRES 3/2 = MietSlg 32.021 = JBI 1982, 647

OGH 5 Ob 768/80 = SZ 54/88 = MietSlg 33.110

OGH 2 Ob 571/79 = SZ 52/157 = MietSlg 31.165

OGH 1 Ob 568/79 = JBI 1980, 259 (Anm *Wilhelm*)

OGH 1 Ob 586/79 = SZ 52/71

OGH 6 Ob 652/79 = JBI 1981, 317

OGH 2 Ob 581/79 = HS 10.205/21

OGH 2 Ob 193/78 = SZ 52/93 = HS 11.036 = RZ 1980, 111

OGH 8 Ob 259/69 = SZ 43/6

OGH 6 Ob 54/66 = JBI 1966, 471

OGH 6 Ob 396/66 = SZ 39/223

OGH 3 Ob 812/54 = SZ 28/8

OGH 3 Ob 475/52 = SZ 25/227

OGH 16.03.1882, Nr 13242 = GIU 8923

OLG-Entscheidungen

OLG Wien 1 R 69/08m = VRInfo 2009 H 2, 3

OLG Innsbruck 2 R 138/08y = VRInfo 2009 H 2, 3

OLG Wien 6 R 571/94 = KRES 1d/31

LG-Entscheidungen

LGZ Wien 41 R 72/09f = MietSlg 62.148

LG Wels 22 R 432/08y = wobl 2009, 252 = KRES 10/241

LG Linz 1 Cg 55/08s = VRInfo 2008 H 12, 3

LG Klagenfurt 24 Cg 110/07v = VRInfo 2008 H 3, 2

LGZ Wien 39 R 307/07x = immolex 2008/75 (zust *Prader*)

LGZ Wien 40 R 326/06x = MietSlg 59.144

LGZ Wien 40 R 241/05w = MietSlg 57.585

LGZ Wien 38 R 111/02h = MietSlg 54.020

LGZ Wien 41 R 35/95 = MietSlg 47.115

LGZ Wien 41 R 789/94 = MietSlg 46.089

LGZ Wien 42 R 539/89 = WR 424

LGZ Wien 45 R 240/81 = MietSlg 33.151 = HS 13.107

LG Linz 14 R 48/78 = MietSlg. 30.202

Entscheidungsverzeichnis Deutschland

OLG Entscheidungen

OLG Düsseldorf I-24 U 26/08 = WM 2009, 847

OLG Rostock 3 U 234/00 = NJW-RR 2002, 1712

OLG Dresden 8 U 3066/97 = BB 1999, 285 = NZV 1999, 423

OLG Karlsruhe 6 U 139/84 = NJW-RR 1986, 1112

BGH Entscheidungen

BGH VIII ZR 354/08 = NJW 2009, 3714

BGH XI ZR 34/05 = NJW 2006, 431
BGH VIII ZR 85/05 = NJW 2006, 1066 = BB 2006, 384 = DB 2006, 348 = NZV
2006, 140 = EWiR 2006, 299 (*Anm Moseschus*)
BGH VIII ZR 36/03 = NJW 2005, 365
BGH VIII ZR 55/03 = NJW 2004, 1041 = BB 2004, 69 = DAR 2004, 137 = NZV
2004, 77
BGH X ZR 70/00 = NJW-RR 2003, 51
BGH IX ZR 258/97 = WM 1998, 1120 = NJW 1998, 1939
BGH VII ZR 45/96 = ZIP 1997, 118
BGH VII ZR 312/96 = NJW 1997, 3166 = DAR 1997, 406
BGH VIII ZR 34/90 = NJW 1991, 1746
BGH VIII ZR 84/87 = NJW 1988, 2465
BGH VIII ZR 226/86 = NJW 1988, 198
BGH VIII ZR 279/85 = NJW 1987, 1072
BGH VIII ZR 65/84 = NJW 1985, 1547
BGH VIII ZR 328/83 = NJW 1985, 1535

ABSTRACT

Beim Leasinggeschäft handelt es sich um eine in der Praxis weit verbreitete Finanzierungsform, für die der österreichische Gesetzgeber jedoch keine gesetzliche Definition bereit hält. Dieser Umstand hat dazu geführt, dass viele Fragen und Problemstellungen, welche sich im Rahmen des Leasinggeschäfts stellen, ungeklärt sind. Die mangelnde gesetzliche Regelung ist auch einer der Gründe, warum viele Mobilienleasingverträge nahezu ausschließlich unter Verwendung von AGB abgeschlossen werden. Dies birgt jedoch die Gefahr, dass der LG oft versucht, für den LN nachteilige Regelungen in das "Kleingedruckte" einfließen zu lassen. Der OGH hatte in den letzten Jahren mehrmals die Möglichkeit, Klauseln in Leasing-AGB einer umfassenden Prüfung zu unterziehen und erklärte in diesem Zusammenhang eine Vielzahl der bis dahin verwendeten Klauseln für unzulässig.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, eine möglichst umfassende Darstellung der typischen Klauseln in Leasing-AGB und deren Beurteilung durch den OGH zu bieten sowie eine Analyse dieser Rsp vorzunehmen. Weiters wird in der vorliegenden Arbeit versucht, Lösungen für bestimmte – zentrale – Rechtsprobleme herauszuarbeiten. Im Hinblick auf die Vielzahl der Klauseln musste eine Auswahl getroffen werden, wobei sich die Darstellung auf elementare und juristisch besonders interessante bzw kritische Klauseln beschränkt. Die Arbeit ist derart strukturiert, dass ein Bogen mit ausgewählten Problemen und Klauseln vom Beginn bis zum Ende des Leasingverhältnisses gespannt wird. Im Zusammenhang mit Fragen des Leasingverhältnisses, hat sich insbesondere ein Blick in die deutsche Rsp und Literatur als hilfreich erwiesen, da dort bereits etliche Fragen erörtert wurden, die in der österreichischen Lehre und Literatur bislang nicht behandelt wurden bzw auch vom OGH noch nicht behandelt werden mussten. Somit hat bei ausgewählten Fragen auch die deutsche Rsp und Lehre Eingang in diese Arbeit gefunden.

Weiters wurden durch das VKrG im Jahr 2010 erstmals umfangreiche Regelungen für Verbraucherfinanzierungsleasingverträge geschaffen. Diese

Regelungen reichen von der Bewerbung eines Leasingvertrags, über Informationspflichten, Rücktrittsrechte bis hin zu Regelungen über die ordentliche Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die vorliegende Arbeit gibt auch diesbezüglich einen Überblick über ausgewählte Neuregelungen und befasst sich mit den zentralen Fragen, die sich durch das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des VKrG im Zusammenhang mit Leasingverträgen ergeben.

ABSTRACT ENGLISH

Leasing is a very common form of financing in practice but the Austrian legislature has not provided any statutory definition of it. This means that many of the questions and problems that arise in the context of leasing activities have not been resolved. The lack of a statutory rule is also one of the reasons why, above all, leasing agreements for movable property are concluded almost without exception subject to General Terms and Conditions (GTC). However, this involves the risk that the Lessor often tries to incorporate provisions disadvantageous to the Lessee in the “small print”. The Austrian Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*, OGH) has several times had the opportunity over recent years of subjecting the clauses in general terms and conditions for leasing to comprehensive scrutiny and in this connection has declared a wide range of the clauses used up to then to be inadmissible.

The aim of this paper is to present in as much detail as possible the typical clauses in general terms and conditions for leasing and how the Supreme Court has assessed them as well as to analyse this case law. Furthermore, this paper attempts to elaborate solutions for certain – core – legal problems. It was necessary to select the most relevant from the multitude of clauses; accordingly, the discussion is limited to fundamental clauses and those that are particularly interesting or critical from a legal point of view. The paper is structured so as to cover selected problems and clauses from the beginning to the end of the leasing relationship. In connection with questions concerning the leasing relationship, a look at German case law and literature has proven particularly helpful, since these have already dealt with several questions that have not yet been treated in Austrian teaching and literature or which the Austrian Supreme Court has not yet had to rule on. Hence, German case law and teaching has also been included in the paper in respect of selected issues.

Furthermore, in 2010 the Austrian Consumer Credit Act (*Verbrauchercreditgesetz*, VKrG) introduced extensive rules for consumer finance leases for the first time. These rules range in cover from obtaining a leasing contract, duties to provide information, and rights to withdraw from the

contract up to rules on the due and proper termination of the contractual relationship. This paper also provides an overview in this respect of selected new rules and deals with the core questions that arise in connection with leasing agreements due to the coming into force of the new provisions of the Consumer Credit Act.

LEBENS LAUF

PERSÖNLICHES

Name	Angelika Hellweger
Geburtsdatum	29.10.1983
Staatsbürgerschaft	Österreich

WISSENSCHAFTLICHE AUSBILDUNG

Seit Herbst 2007	Rechtswissenschaftliche Fakultät – Universität Wien Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
Angestrebter Titel	Dr. iur.
Titel der Dissertation	"Leasing (unter besonderer Berücksichtigung von neuer Gesetzgebung und Rechtsprechung im Hinblick auf AGB)"
Oktober 2003 – März 2007	Rechtswissenschaftliche Fakultät – Universität Wien Diplomstudium der Rechtswissenschaften
Erworbener Titel	Mag. iur.
Spezialisierungen	Zertifikat Wirtschafts- und Unternehmensrecht Kurse aus Strafjustiz und Kriminalwissenschaften und Bank- und Versicherungsrecht
Oktober 2002 – Juni 2003	Diplomstudium der Rechtswissenschaften Universität Linz

BERUFLICHE AUSBILDUNG

April 2013	Rechtsanwaltsprüfung
Seit April 2010	Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH Rechtsanwaltsanwärtlerin
2008 – 2009	Rechtspraktikantin im OLG Sprengel Wien
Oktober 2007 – Juni 2008	Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH Juristische Mitarbeiterin
Mai – Juni 2007	Außenhandelsstelle der Wirtschaftskammer Österreich Barcelona Volontärin