



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei BMW Austria Leasing GmbH, 5021 Salzburg, Siegfried-Marcus-Straße 24, vertreten durch Steinwender Mahringer Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 17. Mai 2010, GZ 2 R 194/09a-25, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 13. Juni 2009, GZ 91 Cg 65/07y-19, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.470,23 EUR (darin enthalten 245,04 EUR an USt) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu bezahlen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Beklagte betreibt das Kraftfahrzeug-Leasinggeschäft (mittelbares Finanzierungsleasing). Sie bietet ihre Leistungen bundesweit, vor allem in Salzburg, an und finanziert neben Fahrzeugen der Marke BMW mit einem Anteil von ca 30 % auch Fremdmarken. Die Leasingverträge können mit einer Vertragsdauer von 6 bis maximal

84 Monaten abgeschlossen werden. Die durchschnittliche Dauer liegt bei 39 Monaten. Dem Leasingnehmer werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zwei Mal ausgehändigt, und zwar von dem den Vertrag schließenden Händler und von der Beklagten im Zuge der Vertragsbestätigung. Die Beklagte legte ihren Verträgen die AGB Mai 2003 zu Grunde, die - soweit hier relevant - aus dem Spruch des Erstgerichts und im Folgenden ersichtlich sind.

Mit Schreiben vom 21. 3. 2007 mahnte der Kläger gegenüber der Beklagten die Verwendung von Teilen der AGB Mai 2003 im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ab. Er beanstandete die dem Klagebegehren entsprechenden einzelnen Klauseln und führte sie wörtlich an. Lediglich die Klauseln 7.3., 11.1., 13.2. und 13.3. waren nicht umfasst. Der Kläger legte im Einzelnen dar, warum aus seiner Sicht die Klauseln gegen bestimmt angeführte gesetzliche Bestimmungen verstießen. Der Aufforderung des Klägers, bis 11. 4. 2007 eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung nach § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, kam die Beklagte nicht nach. Auch mehrere Gespräche führten zu keiner Einigung. Am 24. 5. 2007 fand eine abschließende Verhandlung in der Konsumentenschutzsektion des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz statt, an der Vertreter des Klägers, der Beklagten, der Wirtschafts- und der Arbeiterkammer, des Leasingverbandes, der BAWAG Leasing und der Raiffeisen Leasing teilnahmen. Die Verhandlungsleiterin war eine Beauftragte des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. Sie wollte eine Unterfertigung der vom Kläger erstellten Unterlassungserklärung erreichen. Nach der

Gesprächsrunde räumte sie eine weitere Frist bis zum 15. 6. 2007 ein. Für den Fall der vollständigen und unbedingten Unterzeichnung der Unterlassungserklärung sicherte die Verhandlungsleiterin der Beklagten eine Aufbrauchsfrist für ihre AGB Mai 2003 bis 31. 8. 2007 zu.

Die Beklagte unterzeichnete die vom Kläger verlangte Unterlassungserklärung nicht. Sie übermittelte ihm am 12. 6. 2007 eine von ihr abgeänderte Unterlassungserklärung samt Vertragsstrafenvereinbarung und die abgeänderten AGB Juni 2007. Die Beklagte anerkannte in ihrer Unterlassungserklärung die Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Punkte 2.3., 3.2., 18.1. und 19.4., und erklärte, diese ersatzlos aus ihren AGB zu streichen. Hinsichtlich der Punkte 3.1., 3.3., 4., 6.2., 6.3., 8.1., 8.3., 8.4., 9.1., 9.6., 10.1., 10.4., 10.7., 10.8., 13.2., 14.2., 15.1., 17.2., 19.2., 21.1., 22.1. und 22.2. gestand sie die teilweise Unzulässigkeit zu und stellte den vom Kläger beanstandeten Klauseln jeweils einen geänderten Text gegenüber. In den Punkten 7.2., 10.6., 13.8., 15.2., 17.1. und 19.5. erblickte sie keine Unzulässigkeit und erklärte, sie auch in ihren neuen AGB beizubehalten. Die Beklagte verpflichtete sich lediglich, die mit Umrandungen gekennzeichneten Klauseln oder Klauselteile im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in ihren AGB und Vertragsformblättern in der bisherigen Form und Textierung nicht mehr zu verwenden und sich auf diese - soweit diese schon geschlossenen Verträgen zu Grunde lägen - nicht zu berufen. Von dieser Unterlassungsverpflichtung nahm sie die oben genannten sechs Klauseln aus. Weiters stellte sie klar: „... dass für bereits geschlossene Verträge mit Verbrauchern und solche, die auf Basis der Altformulare bis 31. 8. 2007 abgeschlossen werden, sofern möglich und tunlich die obigen unter Pkt I

angeführten Abänderungen Anwendung finden bzw angewendet werden. Grundlage und Voraussetzung für die vorangeführte Unterlassungsverpflichtung ist für die BMW Austria Leasing GmbH [Beklagte] weiters, dass die abgeänderten Bestimmungen keine gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßende Beibehaltung der bisherigen Textierung und Form der bezughabenden Klauseln darstellen. Analog gilt dies für hinkünftige Überarbeitungen und Abänderungen der in Pkt I angeführten Änderungen sowie der AGB's als solche, sofern nicht jene Passagen in den umrandeten Klauseln, welche abgeändert wurden, in gleicher Form und Textierung Wiederverwendung finden.“

Nicht festgestellt werden kann, ab welchem Zeitpunkt die Beklagte die (neuen) AGB Juni 2007 ihren Verträgen tatsächlich zu Grunde legt. Im Juni 2007 befanden sie sich noch nicht auf der Homepage der Beklagten. Auch am 20. 8. 2007 „mit Stand Jänner 2007“ waren noch die (alten) AGB „mit Stand Jänner 2007“ online abrufbar. Kunden mit bestehenden Leasingverträgen wurden die AGB Juni 2007 gemeinsam mit den Zinsbelastungsschreiben im September 2007 oder am Jahresende mit den Zinsanpassungsschreiben zugeschickt. Es wurde weder ein Begleitschreiben beigelegt noch zur Gegenzeichnung der neuen AGB aufgefordert.

Der **Kläger** beehrt mit seiner am 9. Juli 2007 eingebrachten Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, die 34 klagsgegenständlichen oder sinngleiche Klauseln in ihren AGB und/oder Vertragsformblättern zu verwenden und sich darauf zu berufen. Weiters beehrt er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Neuen

Kronen-Zeitung“ in der im Bundesland Salzburg erscheinenden Ausgabe. Die Klauseln verstießen teils gegen §§ 6, 8, 9, 10 und 14 KSchG, teils gegen §§ 1333 Abs 2, 1336 Abs 3 und 1416 ABGB sowie gegen § 3 VerbrKrVO, § 20e AO, § 9 PrAG, § 38 Abs 2 Z 5 BWG und § 4 Z 14 DSG, teils seien sie nachteilig und überraschend nach § 864a ABGB sowie grob benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die **Beklagte** beantragt die Klagsabweisung. Abgesehen vom Wegfall der Wiederholungsgefahr und der deshalb rechtsmissbräuchlichen Klagsführung entsprächen die Klauseln der AGB Mai 2003 der Natur des mittelbaren Finanzierungsleasings. Sie seien transparent und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten im Einklang. Das Veröffentlichungsbegehren sei im Hinblick auf die begrenzte Zahl der Betroffenen jedenfalls „überschießend“.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zur Gänze statt.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge und änderte das angefochtene Urteil hinsichtlich der Klauseln 27 und 29 (Punkte 17.2. und 19.2. der AGB) teilweise im Sinn einer Klageabweisung ab, worauf nicht weiter einzugehen ist, weil diese Teilabweisung in Rechtskraft erwuchs.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands zwar 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR übersteige. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Auslegung von Klauseln in AGB bestimmter Geschäftsbranchen regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern von Bedeutung sei und ein Teil der hier strittigen Klauseln vom Obersten Gerichtshof noch nicht beurteilt worden seien.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Urteils

des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die **Revision** ist zulässig, weil noch nicht zu allen Klauseln oberstgerichtliche Judikatur vorliegt, sie ist aber nicht berechtigt.

Zu den Fragen der Wiederholungsgefahr und der rechtsmissbräuchlichen Klagsführung:

Der **Kläger** bringt dazu vor, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 12. 6. 2007 keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Dies indiziere das Vorliegen der Wiederholungsgefahr. Weigere sich der Unternehmer, eine Unterlassungserklärung auch hinsichtlich sinngleicher Klauseln abzugeben, werde dadurch die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt. Im Übrigen sei das Abmahnverfahren nicht obligatorisch.

Die **Beklagte** stützt sich darauf, dass zum Zeitpunkt der Klageeinbringung bereits die neuen AGB Juni 2007 in Kraft gewesen seien. Die AGB Mai 2003 seien auf Grund der Abmahnung des Klägers umfassend überarbeitet und dem Kläger fristgerecht und vor Klageeinbringung mit Schreiben vom 12. 6. 2007 zusammen mit einer Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung übermittelt worden, sodass insgesamt keine Wiederholungsgefahr mehr bestehe, soweit die Klauseln nicht beibehalten worden seien. Der Beklagten sei eine Aufbrauchsfrist für Altformulare bis 31. 8. 2007 zugestanden worden. Der Kläger hätte seiner Klage nur die derzeit gültigen AGB der Beklagten zu Grunde legen dürfen.

Der Kläger hätte bei der Abmahnung die Unterlassung für einzelne, konkret bezeichnete Bedingungen begehren müssen und nicht pauschal für alle Vertragspunkte. Es liege daher keine rechtsgültige Abmahnung vor, woraus sich die Rechtsmissbräuchlichkeit der Klagsführung ergebe.

Das **Erstgericht** bejahte das Vorliegen der Wiederholungsgefahr, weil die Unterlassungserklärung unter einer Bedingung („sofern möglich und tunlich“) abgegeben worden sei und sie nicht die Verpflichtungserklärung hinsichtlich sinngleicher Klauseln enthalten habe. Das Vorliegen von Rechtsmissbrauch verneinte es, weil nach ständiger Rechtsprechung keine teleologische Reduktion einer Klausel auf ihren gesetzmäßigen Kern vorzunehmen sei.

Das **Berufungsgericht** bejahte ebenfalls das Vorliegen der Wiederholungsgefahr auf Grund der von der Beklagten gemachten Einschränkungen. Zum einen habe sie sich vorbehalten, die neuen AGB lediglich „sofern möglich und tunlich“ auf Altverträge anzuwenden, zum anderen widerspreche es dem Wesen des Verbandsprozesses, der nach § 29 KSchG klageberechtigten Institution neu gefasste AGB als integrierten Bestandteil der Unterlassungserklärung vorzulegen. Die Abmahnung selbst sei nicht obligatorisch. Das Argument, die Klagsführung sei wegen einer lediglich pauschalen Abmahnung rechtsmissbräuchlich, sei nicht recht verständlich, wenn man bedenke, dass der Kläger auf insgesamt 16 Seiten nicht nur allgemeine Grundsätze zum Kontrollverfahren nach §§ 28 ff KSchG dargelegt, sondern darüber hinaus im Einzelnen die beanstandeten Klauseln und die Gründe für deren Unzulässigkeit angeführt habe.

Der Oberste Gerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, dass keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten

Einrichtung vorliegt, wenn der Verwender von AGB seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkten beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Die Wiederholungsgefahr wird dadurch nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, kommt es nicht an (1 Ob 81/09g, 1 Ob 131/09k, 2 Ob 153/08a, 4 Ob 227/06w; RIS-Justiz RS0125395; auch RS0111638 [T3, T4, T7], RS0111640 [T11, T13], RS0111637 [T9, T10]). Die Vorgangsweise widerspricht dem Zweck des § 28 Abs 2 KSchG, der auf eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit und die Schaffung von Rechtssicherheit für beide Seiten ausgerichtet ist. Es ist ausschließlich Sache des Verwenders der AGB, für deren gesetzmäßigen Inhalt zu sorgen (1 Ob 131/09k ua).

Auf die Kritik der Lehre (*Kellner*, Die Rechtsnatur der Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010/1658, 674 ff [680] Punkt 7.1. und 7.2.; *Bollenberger*, Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010/1620, 304 ff; *Bollenberger*, Abmahnung von AGB nach § 28 Abs 2 KSchG: Wie können einsichtige Unternehmer noch reagieren? RdW 2010/480, 442; *Riss*, Verbandsklage: Einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, Anmerkungen zur E des OGH 3. 9. 2009, 2 Ob 153/08a, RdW 2009/713, 695 ff; *Pöchhacker/Riede*, Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr, wbl 2010, 217) an der Rechtsprechung, dass selbst der Vorbehalt von nicht sinngleichen zulässigen Ersatzklauseln Wiederholungsgefahr begründet (unter Hinweis auf die in Deutschland vertretene Meinung [*Lindacher* in

Wolf/Lindacher/Pfeifer, AGB-Recht⁵ § 5 UKlaG Rz 25 mwN], nach der der Abgemahnte im Fall einer „Übermaßabmahnung“ seine Unterwerfungserklärung eigenverantwortlich „umformulieren“ darf), ist nicht weiter einzugehen:

Nur durch die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden (RIS-Justiz RS0111637). Lehnt die Beklagte eine Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Verwendung sinngleicher Vertragsklauseln ab, bietet sie damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht (RIS-Justiz RS0111640; RS0111638). Wer im Prozess zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun ist, kann sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen (RIS-Justiz RS0080007). Bei der Prüfung der Wiederholungsgefahr darf nicht engherzig vorgegangen werden. Diese liegt schon im Fortbestehen eines Zustands, der keine Sicherung gegen weitere Rechtsverletzungen bietet. Wiederholungsgefahr ist daher auch anzunehmen, wenn der mit der Unterlassungsklage Belangte sein Unrecht nicht einsieht (RIS-Justiz RS0010497). Hat der Unternehmer unzulässige Klauseln verwendet, wird die Wiederholungsgefahr vermutet (4 Ob 227/06w mwN).

Die Beklagte gab ihre Unterlassungserklärung nicht unbedingt ab, sodass sie schon nach diesen Grundsätzen nicht geeignet ist, den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu bewirken: Sie weigerte sich, eine Unterlassungserklärung hinsichtlich sinngleicher Klauseln abzugeben; sie stellte klar, dass für bereits geschlossene Verträge mit Verbrauchern und solche, die auf Basis der Altformulare bis 31. 8. 2007 abgeschlossen würden, die von ihr eingeräumten

Abänderungen nur „sofern möglich und tunlich“ anzuwenden seien; sie nannte nicht nur als Grundlage und Voraussetzung der Unterlassungserklärung die Anerkennung der Ersatzklauseln, sondern forderte sogar einen „Freibrief“ für künftige Überarbeitungen und Abänderungen, sofern nur nicht die von ihr aufgebene Form und Textierung Wiederverwendung fänden („umrandete Klauselteile“). Abgesehen davon beharrt die Beklagte auch noch (bis auf wenige Ausnahmen [siehe dazu bei den einzelnen Klauseln]) im Prozess darauf, dass die beanstandeten Klauseln der AGB Mai 2003 ohnehin dem Gesetz entsprächen. Es ist also durch nichts zu erkennen, dass die Beklagte die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens einsieht, geschweige denn, dass sie ihr Verhalten aufgeben wird.

Es steht nicht fest, ab wann die Beklagte die AGB Juni 2007 tatsächlich verwendet. Diese Negativfeststellung, die vom Berufungsgericht übernommen wurde, ist für den Obersten Gerichtshof bindend. Damit steht auch nicht fest, ob und wann die Beklagte aufgehört hat, die AGB Mai 2003 zu verwenden. Der Entwurf von neuen AGB schließt die Wiederholungsgefahr nicht aus, weil damit nicht gewährleistet ist, dass die Weiterverwendung der alten Fassung unterlassen wird. Der Kläger hat daher zu Recht die AGB Mai 2003 zum Gegenstand der Prüfung im Prozess gemacht.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass dem Gesetz nicht entnommen werden kann, ein Abmahnverfahren sei Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch, sei also obligatorisch (4 Ob 227/06w mwN, RIS-Justiz RS0121960). Da ein Abmahnverfahren vor Klagsführung nicht vorgeschrieben ist, muss nicht geprüft werden, ob das hier durchgeführte „ordnungsgemäß“ war. Von

einer rechtsmissbräuchlichen Klageeinbringung durch den Kläger kann jedenfalls keine Rede sein.

Die Wiederholungsgefahr ist daher bei allen den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Klauseln zu bejahen.

Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses und des Finanzierungsleasings:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (7 Ob 78/06f, RIS-Justiz RS0016590). 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 (RIS-Justiz RS0038205).

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumplungs- oder Übertölpelungseffekt“ innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteilige Klauseln. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

Eine in AGB oder Vertragsformblättern

enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 78/06f mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche

Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, so dass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe

(1 Ob 131/09k; vgl auch zu: klares Bild über die vertragliche Position verschaffen: RIS-Justiz RS0115217 [T8]; RS0115219 [T9]; zu: Gebot der Vollständigkeit: RIS-Justiz RS0115217 [T12] = RS0115219 [T12]; zu: verlässliche Auskunft über Rechtsposition: RS0115217 [T14]).

Auch auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (*Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess in RdW 2011/70, 67; vgl auch *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG] in JBl 2011, 141).

Zum Finanzierungsleasing wurden folgende Grundsätze entwickelt (3 Ob 12/00z mwN):

Das Finanzierungsleasing ist eine Form der Investitionsfinanzierung, bei dem an Stelle des Eigentumserwerbs an den Anlagegütern die bloße Gebrauchsüberlassung tritt. Der Leasinggeber erwirbt eine den Wünschen des Leasingnehmers, der das Leasinggut seinerseits bei einem Dritten ausgesucht hat, entsprechende Sache, um sie diesem für bestimmte Zeit zum Gebrauch zu überlassen. Im Übrigen übernimmt der Leasinggeber nur die Finanzierungsaufgabe und trägt das Kreditrisiko, also das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers. Der Leasinggeber ist durch sein Eigentum an der Sache gesichert. Typischerweise ist die Vertragsgestaltung im Interesse des Leasinggebers auf eine Amortisation des eingesetzten Kapitals zuzüglich Finanzierungskosten und angemessenen Gewinn gerichtet. Dabei wird dieses Ziel beim Vollamortisationsleasing dadurch erreicht, dass der Vertrag

bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unkündbar ist (Grundlaufzeit) und die Summe der bis dahin zu entrichtenden Raten alle Aufwendungen für die Anschaffung und Refinanzierung sowie einen Gewinn abdeckt. Beim sogenannten Teilamortisationsleasing wird die angestrebte volle Amortisation dadurch gewährleistet, dass neben der Summe der Leasingraten auch der erwartete oder kalkulierte Restwert des Leasingguts eine maßgebliche Rolle spielt. In diesem Fall hat der Leasingnehmer entweder das Leasinggut zum vereinbarten Restwert zu übernehmen oder unabhängig davon dem Leasinggeber den kalkulierten Restwert zu garantieren. Der Leasingnehmer trägt das Risiko der Wertminderung. Ihm kommt dafür auch eine allfällige Wertsteigerung (Zeitwert über dem kalkulierten Restwert) zu Gute.

Finanzierungsleasingverträge werden teils als Sachüberlassungsverträge eigener Art, teils als atypische Mietverträge, aber auch als Verträge mit kauf- und kreditvertraglichen Elementen qualifiziert. Maßgeblich ist die individuelle Vertragsgestaltung. Je nach dieser Ausgestaltung ist die Frage zu beantworten, ob die Elemente des Kaufs oder der Miete überwiegen oder ob - wegen der herrschenden Vertragsfreiheit denkbar - ein Vertrag sui generis vorliegt. Eine generelle Heranziehung der gesetzlichen Vorschriften über den Bestandvertrag kommt jedenfalls für das mittelbare Teilamortisationsleasing nicht in Betracht.

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gehört beim Finanzierungsleasing jedenfalls die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des Leasingobjekts zur unabdingbaren Hauptverpflichtung des Leasinggebers, den auch die Sachgefahr vor Lieferung trifft. Der Leasinggeber hat daher dafür einzustehen, dass sich die

Sache zu Beginn des Leasingverhältnisses im brauchbaren Zustand befindet. Wenngleich sich der Leasinggeber ähnlich dem drittfinanzierten Kauf wirtschaftlich der Rolle des Kreditgebers annähert, schließt der Leasingnehmer keinen Kaufvertrag mit dem Lieferanten ab. Ihm stehen daher gegenüber dem Lieferanten weder Eigentumsverschaffungsansprüche noch eigene vertragliche Gewährleistungsansprüche noch steht ihm ein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung zu. Aber auch eine Kredit- oder Darlehensgewährung durch den Leasinggeber erfolgt nicht. Vielmehr besteht die vertragliche Hauptverpflichtung des Leasinggebers darin, dem Leasingnehmer ein zum vereinbarten Gebrauch taugliches Leasinggut zur Verfügung zu stellen. Es ist daher sachgerecht, entgegenstehende Vereinbarungen, die diese erstmalige Hauptverschaffungspflicht des Leasinggebers abbedingen, selbst wenn die Käuferrechte dem Leasingnehmer abgetreten werden, als Verstoß gegen § 879 ABGB zu beurteilen. Die Äquivalenz im Leasingvertrag wäre schwer gestört, wenn der Leasinggeber bei Nichtbeschaffung der Leasing Sache und damit bei Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht von der Pflicht zur Gebrauchsgewährung befreit wäre, der Leasingnehmer aber dennoch das Leasingentgelt leisten müsste. Auch die Auswahl des Lieferanten durch den Leasingnehmer ändert nichts an der Pflicht des Leasinggebers, dem Leasingnehmer die Gebrauchsmöglichkeit zu verschaffen. Der Leasinggeber hat somit dafür einzustehen, dass sich die Sache bei Beginn in einem brauchbaren Zustand befindet. Für die Zeit nach ordnungsgemäßer Übergabe des Leasingguts stellt jedoch nach ständiger Rechtsprechung die Verschiebung des Gefahrenrisikos auf den Leasingnehmer ähnlich wie auf einen Käufer ein Wesensmerkmal des

Leasingvertrags dar. Diese Risikotragung ist - sofern der Leasingnehmer wenigstens jene Rechte hat, die einem Käufer zukommen - nicht an sich sittenwidrig. Den Leasingnehmer trifft also nach der typischen Vertragsgestaltung die volle Sachgefahr. Er hat die Leasingraten zu entrichten, auch wenn das erworbene Gut beschädigt oder zerstört wird.

Zu den Klauseln im Einzelnen, wobei sich die erste Nummerierung am Klagebegehren, die zweite Nummerierung an jener in den AGB orientiert:

Klausel 1:

2.3. 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.

Der **Kläger** stützt sich darauf, dass die Klausel eine im Hinblick auf den Vertragsinhalt gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Tatsachenbestätigung darstelle. Soweit es sich bei der Beschreibung des Leasingobjekts um nicht zugesicherte Eigenschaften handeln solle, finde unzulässigerweise eine Gewährleistungseinschränkung entgegen § 9 KSchG statt. Die Klausel sei auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar bleibe, welche Folgen eine Abweichung des Leasingobjekts von der Herstellerbeschreibung haben solle.

Die **Beklagte** wendet ein, es handle sich bei der Klausel weder um eine Tatsachenbestätigung noch um eine Gewährleistungseinschränkung (§§ 6 Abs 1 Z 11 und § 9 KSchG).

Das **Erstgericht** unterließ eine nähere

Überprüfung der Klausel mit dem irrigen Hinweis, dass auch die Beklagte von einer Unwirksamkeit ausgehe.

Da die Beklagte in der Berufung einen Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG zugestand, unterließ das **Berufungsgericht** eine materielle Prüfung.

In der **Revision** bestreitet die Beklagte das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr und führt wiederum aus, dass weder ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 6 noch gegen § 9 KSchG vorliege. Einen Verstoß nach § 6 Abs 3 KSchG bestreitet sie zu Recht nicht, ist doch die Rechtsposition des Leasingnehmers unklar, weil offen bleibt, welche konkreten Eigenschaften des Fahrzeugs, für die Gewähr zu leisten ist, vereinbart sind.

Weiters darf das Verbot des Gewährleistungsausschlusses (§ 9 KSchG) nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mängelfreien Leistung überhaupt auszuschließen (RIS-Justiz RS0122042).

Wird durch die Klausel - wie hier - verhindert, dass konkrete Eigenschaften des Leasingobjekts zugesichert werden, bewirkt dies ein unzulässiges Abbedingen von Gewährleistungsansprüchen. Der Leasingnehmer muss danach auch Eigenschaften akzeptieren, die zwar nicht die Verwendung des Fahrzeugs beeinträchtigen, aber nicht seinen Wünschen und der Bestellung entsprechen. Damit wird die Pflicht des Leasinggebers auf Erbringung der vereinbarten mängelfreien Leistung eingeschränkt.

Klausel 2:

3.1. Der Leasingnehmer hat das Fahrzeug beim ausliefernden Händler, unmittelbar nach der Verständigung von der Lieferbereitschaft zu übernehmen. Übernimmt der Leasingnehmer nicht rechtzeitig und auch nicht nach schriftlicher Setzung einer 14-tägigen Nachfrist seitens des Leasinggebers, kann der Leasinggeber vom Vertrag zurücktreten und eine Stornogebühr von 10 % des Bruttolistenpreises begehren, ohne dass dadurch die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruches ausgeschlossen ist. Der Rücktritt hat die Rechtsfolgen der vorzeitigen Vertragsauflösung gemäß Vertragspunkt „vorzeitige Vertragsauflösung“. Wurde ein fester Übergabetermin vereinbart und erfolgte die Bereitstellung des Fahrzeuges nicht zeitgerecht, kann der Leasingnehmer nach Ablauf einer 14-tägigen, schriftlich zu setzenden Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Andere Ansprüche, insbesondere wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung stehen dem Leasingnehmer nur bei grobem Verschulden des Leasinggebers zu.

Der **Kläger** bringt vor, die Klausel sei nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent, gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und verstoße gegen § 6 Abs 3 Z 9 KSchG sowie § 1336 Abs 3 ABGB.

Die **Beklagte** verweist nur auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, sie sei auch intransparent und verstoße gegen § 1336 Abs 3 ABGB.

Das **Berufungsgericht** führte aus, dass die Wiederholungsgefahr gegeben sei. Dem Vorbringen der Beklagten in der Berufung, die Klausel verstoße überdies nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB, könne nicht gefolgt werden.

Die Wiederholungsgefahr ist - wie oben dargelegt - aufrecht. Der erstmals in der Berufung und abermals in der Revision erhobene zusätzliche Einwand, die Klausel verstoße nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB, blieb ohne jede Begründung und ist daher als Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl. RIS-Justiz RS0043603; RS0043480 [T14]; RS0043573).

Klausel 3:

3.2. Der Leasingnehmer hat alle rechtlichen Voraussetzungen für die Übernahme und den Betrieb des Leasingfahrzeuges zu schaffen und dem Leasinggeber vor der Übernahme nachzuweisen.

Der **Kläger** betrachtet die Klausel als überraschend im Sinn gegen § 864a ABGB und als intransparent.

Die **Beklagte** bestreitet - neben der Wiederholungsgefahr - nur einen Verstoß gegen § 864a ABGB, weil der Leasingnehmer nicht darauf vertrauen dürfe, dass der Leasinggeber Voraussetzungen, die die Übernahme und den Betrieb durch den Leasingnehmer selbst betreffen, bereits geschaffen habe.

Das **Erstgericht** ging davon aus, dass die Beklagte die Unwirksamkeit der Klausel zugestanden habe.

Das **Berufungsgericht** unterließ eine materielle Prüfung der Klausel unter Hinweis darauf, dass die Beklagte einen Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG zugestanden habe.

Auch in der **Revision** macht die Beklagte nur geltend, dass die Wiederholungsgefahr ausgeschlossen sei und die Klausel nicht nach § 864a ABGB verstoße, bestreitet aber zu Recht - wegen Unklarheit über die zu erfüllenden Verpflichtungen durch den Leasingnehmer - einen Verstoß

nach § 6 Abs 3 KSchG nicht. Eine weitere Prüfung der Klausel kann daher unterbleiben.

Klausel 4:

3.3. Der Leasingnehmer hat das Fahrzeug bei Übernahme auf Mängelfreiheit und bedungenen Zustand zu prüfen. Offene Mängel sind sofort gegenüber dem ausliefernden Händler zu rügen und dem Leasinggeber schriftlich bekannt zu geben. Der Leasingnehmer haftet für alle Nachteile, die sich aus der Verletzung der vorstehenden Verpflichtung ergeben und hält somit den Leasinggeber in diesem Punkte schad- und klaglos. Der Leasingnehmer hat eine schriftliche Übernahmebestätigung auszufolgen. Die Mängelfreiheit bzw etwa vorhandene Mängel sind darin festzuhalten.

Der **Kläger** erblickt darin eine gegen § 9 KSchG verstoßende Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers. Die Vereinbarung einer Haftung für Pflichten, die der Verbraucher nicht zu tragen habe, sei gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sei auch intransparent, weil die Rechtsfolgen unklar blieben, die bei Bestätigung der Mängelfreiheit und nachträglichem Hervorkommen von Mängeln eintreten sollten.

Die **Beklagte** führt aus, die Klausel widerspreche nicht dem Gesetz. Die Sanktion einer Schadenersatzverpflichtung bei Unterlassung der sofortigen Rüge offener Mängel sei sachgerecht. Da der Leasinggeber das Risiko der Insolvenz des Lieferanten trage, sei die Bestätigungspflicht des Leasingnehmers für die Vertragsabwicklung essentiell.

Das **Erstgericht** nahm eine entgegen § 9 KSchG vereinbarte Einschränkung der Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers an. Auch die Festlegung einer umgehenden

Rügepflicht des Verbrauchers bei sonstigem Verlust des Gewährleistungsanspruchs sei unzulässig. Die Vereinbarung einer Haftung für Pflichten, die der Verbraucher sonst nicht zu tragen habe, sei gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel verstoße auch gegen das Transparenzgebot.

Das **Berufungsgericht** trat der Rechtsansicht des Erstgerichts und des Klägers bei. Eine im Gesetz nicht vorgesehene Rügeobliegenheit des Verbrauchers stelle eine rechtswidrige Einschränkung des Gewährleistungsrechts dar.

Eine Klausel eines mittelbaren Finanzierungsleasingvertrags ist sittenwidrig, wenn sie eine Freizeichnung von der erstmaligen Verschaffungspflicht enthält (RIS-Justiz RS0016649). Die Verschaffung der ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit ist eine Kardinalpflicht des Leasinggebers, die ihn auch die Sachgefahr bezüglich des Leasinggegenstands vor der Lieferung an den Leasingnehmer tragen lässt (RIS-Justiz RS0020735). Beim Finanzierungsleasing gehört die Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs der Sache zur unabdingbaren Verpflichtung des Leasinggebers im Austauschverhältnis zu den Leasingraten (RIS-Justiz RS0020739).

Auch die vorliegende Klausel unterläuft die Hauptleistungspflicht des Leasinggebers zur erstmaligen Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des Leasingobjekts, wird doch dem Leasingnehmer eine Rügepflicht mit der Wirkung aufgebürdet, dass er den Leasinggeber bei aus welchen Gründen immer „übersehenen Mängeln“ bei der Übernahme des Fahrzeugs schad- und klaglos halten muss. Das bedeutet, dass die Beklagte in einem solchen Fall für bei Übergabe bestehende Mängel nicht haftet,

sie also nicht für die erstmalige Verschaffungspflicht eintreten muss. Die erstmalige Verschaffungspflicht kann aber weder durch Gefahrtragungs- noch durch sonstige Freizeichnungsklauseln umgangen werden (vgl auch 3 Ob 12/09z [Klausel 4] und 4 Ob 59/09v [Klausel 9]). Die Revision bringt dagegen keine neuen Argumente vor.

Klausel 5:

4. 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.

Der **Kläger** erachtet die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und als einen Verstoß gegen §§ 6 Abs 1 Z 6, 8 Abs 3 und 9 KSchG. Die Abtretung der Ansprüche des Leasinggebers aus dem beidseitig unternehmensbezogenen Geschäft mit dem Lieferanten an den Leasingnehmer schränke dessen Gewährleistungsrechte in unzulässiger Weise ein. Der Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber sei unzulässig. Die Klausel bewirke eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist. Das Zurückbehaltungsrecht des Leasingnehmers gemäß § 1052 ABGB werde in unzulässiger Weise ebenso ausgeschlossen wie die gemäß § 1397 ABGB

bestehende Haftung des Leasinggebers als Zedent für die Einbringlichkeit der abgetretenen Gewährleistungsansprüche. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung verpflichtete die Klausel den Leasingnehmer zur Geltendmachung der ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche, welche Pflicht ihn nach dem KSchG nicht treffe. Es sei gesetzwidrig, dem Verbraucher die Kosten der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche aufzubürden.

Die **Beklagte** vertritt die Ansicht, die Klausel verwirkliche die leasingtypische Abtretungskonstruktion der Gewährleistungsansprüche und widerspreche weder dem Gesetz noch sei sie sittenwidrig.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß nach § 6 Abs 1 Z 6 KSchG iVm § 1052 ABGB, weil der Leasingnehmer selbst bei Übergabe eines mit Mängeln behafteten Leasingobjekts das Leasingentgelt zahlen müsse. Die Klausel sei intransparent und verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Entgegen § 9 KSchG sollten die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers von der Vornahme der Untersuchungs- und Mängelrügeobliegenheit abhängen. Die Klausel sei auch gemäß § 8 Abs 3 KSchG gesetzwidrig, da sie den Verbraucher verpflichte, die Kosten der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche selbst zu tragen.

Das **Berufungsgericht** bejahte eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bereits durch den ersten Satz der Klausel, weil im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant ein beidseitiges Unternehmergegeschäft vorliege. Dies höhle die Hauptleistungspflicht des Leasinggebers auf Verschaffung der ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit aus. Eine unbedingte Verpflichtung des Leasingnehmers, Gewährleistungs- und Garantieansprüche gegenüber dem Lieferanten geltend zu

machen, sei intransparent, weil es scheine, dem Verbraucher würde dadurch die Möglichkeit, von der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen abzusehen, genommen. Auch widerspreche der vierte Satz der Klausel dem ersten Satz.

Die **Revision** bekämpft diese Ansicht und bestreitet die Wiederholungsgefahr.

Auch diese Klausel zielt (wie Klausel 4, auf deren Begründung verwiesen wird) darauf ab, dass der Leasinggeber nicht primär für die erstmalige ordnungsgemäße Übergabe des Fahrzeugs haften muss. Der Leasinggeber schränkt seine eigene Gewährleistungspflicht auf Mängel ein, die ihm gegenüber dem Lieferanten auf Grund dessen Liefer- und Garantiebedingungen zustehen. Der Leasingnehmer ist aber nicht Partner des Kaufvertrags zwischen Leasinggeber und Verkäufer. Seine Rechtsposition kann damit ohne sein Zutun verändert werden, wodurch sie (zusätzlich) unklar wird. Die erstmalige Verschaffungspflicht der Beklagten wird dadurch abbedungen, dass die Beklagte ihre Ansprüche aus dem Kaufvertrag an den Leasingnehmer abtritt und diesen bei sonstiger Schad- und Klagloshaltung verpflichtet, die Ansprüche gegen den Verkäufer geltend zu machen, wobei die Ansprüche des Leasingnehmers gegenüber der Beklagten darauf eingeschränkt sind, dass sie gegen den Verkäufer durchsetzbar sind. Die Klausel ist gröblich benachteiligend.

Daran ändert auch die nachgeschobene Erklärung der Beklagten, der Leasinggeber stehe dafür ein, dass zwingende Rechte des Leasingnehmers als Verbraucher nicht geschmälert würden, nichts. Die Klausel ist intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil die Rechtsposition des Verbrauchers dadurch unklar ist und ihm mit der salvatorischen Klausel das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (4 Ob 221/06p [Klausel 2.23.];

4 Ob 59/09v [Klauseln 7 und 9]).

Klausel 6:

6.2. Das Leasingentgelt ist auch während der Dauer einer Unbenützbarkeit des Fahrzeuges, aus welchem Grund immer oder eines sonstigen Nichtgebrauchs zu bezahlen, sofern nicht zwingende Bestimmungen des KSchG entgegenstehen.

Der **Kläger** stützt sich darauf, dass die Klausel intransparent sei und § 6 Abs 1 Z 6 KSchG widerspreche, da das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sei.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsgefahr und einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 6 KSchG. Der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts sei auf Grund der Besonderheit des Leasingvertrags gerechtfertigt. Soweit der Leasingnehmer primäre Gewährleistungsansprüche geltend mache, bedürfe es der durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bewirkten Druckausübung auf den Leasinggeber nicht, weil der Lieferant auf Grund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche zur Erfüllung der primären Gewährleistungsansprüche verpflichtet sei. Da den Leasingnehmer hinsichtlich der Ausübung seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten keine Rügepflicht treffe, würden seine Ansprüche im Fall deren Nichterfüllung nicht eingeschränkt. Bei Wandlung entfalle nach der Rechtsprechung ohnehin die Zahlungspflicht des Leasingnehmers. Es werde zwar die erstmalige Verschaffung und die vom Leasinggeber verschuldete Unbenützbarkeit des Fahrzeugs nicht ausgenommen, doch schade das nicht. Der Fall der Nichtauslieferung werde in einer anderen Klausel geregelt und dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht eingeräumt, der Fall des Verschuldens des Leasinggebers sei zwar theoretisch denkbar, komme aber praktisch nie vor.

Das **Erstgericht** schloss sich dem Standpunkt des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Ansicht, dass die Klausel jedenfalls intransparent im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG sei. Auf Grund der im zweiten Halbsatz enthaltenen salvatorischen Klausel sei offen, welche Rechte und Pflichten der Konsument habe.

Zur Unzulässigkeit der salvatorischen Klausel kann auf die Ausführungen zu Klausel 5 verwiesen werden.

Die Klausel 6 ist mit „Leasingentgelt“ überschrieben. Zumindest bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung regelt sie auch die Zahlung des Entgelts, wenn die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs unterblieben ist. Es erfolgt in ihr keine Differenzierung. Dass die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs die Hauptleistungspflicht des Leasinggebers ist, wurde bereits zu Klausel 4 ausgeführt. Hat der Leasinggeber diese Verschaffungspflicht nicht erfüllt, kann er auch keine Gegenleistung in Form von Leasingentgelten fordern (§ 1052 ABGB). Verpflichtet die Klausel den Leasingnehmer dennoch dazu, so ist sie gröblich benachteiligend. Die Klausel umfasst auch, was sogar die Beklagte einräumt, den Fall, dass der Leasinggeber selbst die Unbenützbarkeit verschuldet. Die Unzulässigkeit der Klausel ist aus ihrem Inhalt heraus zu beurteilen. Ob der bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung umfasste Fall in der Praxis oft oder kaum vorkommt, ist daher im Verbandsprozess ohne Bedeutung. Weiters verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 6 KSchG iVm § 1052 ABGB.

Mangels geltungserhaltender Reduktion kann offen gelassen werden, ob die Klausel für einen Zeitraum nach der Übergabe des Leasingobjekts zulässig wäre (vgl auch

3 Ob 12/09x [Klausel 4], 4 Ob 59/09v [Klausel 7]).

Klausel 7:

6.3. Das monatliche Leasingentgelt darf vom Leasinggeber in dem Ausmaß geändert werden, in dem sich eine Veränderung des Kaufpreises des Fahrzeuges bis zum Leasingbeginn (zB durch Sonderausstattung, Erhöhung des Listenpreises, Transport- und Montagekosten usw), eine Veränderung oder Neueinführung von Steuern und Gebühren sowie Versicherungsprämien für den Leasingvertrag bzw das Fahrzeug, eine die betriebsgewöhnliche Nutzung des Fahrzeuges übersteigende oder vertragswidrige Nutzung ergibt.

Der **Kläger** sieht in der Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Eine unter den im Gesetz genannten Bedingungen zulässige Entgeltsänderung dürfe nicht vom Willen des Unternehmers abhängen. Die Klausel sei auch nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG unzulässig.

Die **Beklagte** bestreitet einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Klausel sei eine zulässige Preisgleitklausel für vier Arten von Kostenfaktoren. Die ersten drei genannten Posten seien nicht vom Willen des Leasinggebers abhängig. Die Klausel spreche überdies nicht von einer Erhöhung, sondern allgemein von einer Änderung der Kostenfaktoren.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, weil die Klausel grundsätzlich die Möglichkeit einer Entgelterhöhung innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsschließung eröffne. Weiters verstoße sie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da die für die Änderung maßgebenden Umstände nicht eindeutig umschrieben seien und vom Willen des Leasinggebers abhingen.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Rechtsansicht,

dass die Transportkosten vom Willen des Leasinggebers abhängen, was bereits zu einer Unzulässigkeit der Klausel nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG führe.

Nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG darf sich der Unternehmer (ohne Ausverhandlung im Einzelnen) nicht ausbedingen, dass ihm auf sein Verlangen für seine innerhalb von zwei Monaten nach der Vertragsschließung zu erbringende Leistung ein höheres als das ursprünglich bestimmte Entgelt zusteht. Der Verstoß der Klausel gegen diese Bestimmung liegt auf der Hand.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG sieht die Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln vor, sodass der Unternehmer gegebenenfalls auch den Preis herabzusetzen hat. Eine solche Verpflichtung muss bestehen, um eine ausgewogene Verteilung der Vor- und Nachteile zu gewährleisten und um Regelungen allein zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen (RIS-Justiz RS0117365).

Durch das ausdrückliche Hervorheben von „Erhöhung des Listenpreises, Transport- und Montagekosten usw.“ und „Neueinführung“ indiziert die Klausel - in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung - nur eine Ermächtigung zur Entgelterhöhung, eine Verpflichtung zur Entgeltsenkung ist ihr hingegen nicht zu entnehmen. Das widerspricht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (vgl. 3 Ob 12/09z [Klausel 6] zum Finanzierungsleasing).

Klausel 8:

7.2. Ein vereinbartes Depot ist dem Leasinggeber oder dessen Beauftragten bei Vertragsbeginn in bar zu übergeben. Es wird nicht verzinst und dient der Sicherstellung aller Forderungen des Leasinggebers aus dem Bestand und der Auflösung (Beendigung) des Leasingvertrages.

Der **Kläger** sieht darin einen Verstoß gemäß § 3 Abs 3 Z 4 VerbrKrVO, weil die einfache Anführung des Umstands, dass Zahlungen, die die Schuld des Verbrauchers nicht oder nicht sofort minderten, nicht verzinst würden, in den AGB nicht genüge.

Die **Beklagte** verweist (lediglich) auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel aus dem vom Kläger genannten Grund für unzulässig.

Das **Berufungsgericht** bejahte die Wiederholungsgefahr.

Zum Bestehen der Wiederholungsgefahr ist auf die einleitenden Ausführungen zu verweisen.

Klausel 9:

7.3. Der Leasingnehmer darf während des aufrechten Vertrages weder die unverbrauchte Mietvorauszahlung noch das Depot mit seinen Zahlungsverpflichtungen jeglicher Art verrechnen. Die Abrechnung der unverbrauchten Mietvorauszahlung und des Depots erfolgt ausschließlich in der Endabrechnung. Unverbrauchte Mietvorauszahlungen und Depots sind vorerst mit etwaigen Ersatzforderungen des Leasinggebers und erst zuletzt mit rückständigen Entgelten zu verrechnen.

Der **Kläger** erkennt darin einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG, weil die Klausel die Möglichkeit der Aufrechnung für die Depotzahlungen zur Gänze ausschließe.

Die **Beklagte** verweist darauf, dass Rückforderungsansprüche des Kunden während des aufrechten Vertrags nicht fällig und daher auch nicht aufrechenbar seien.

Das **Erstgericht** erkannte die Klausel nach § 6 Abs 1 Z 8 KSchG für unzulässig, weil sie die Möglichkeit der Aufrechnung zur Gänze, auch für Forderungen in einem

rechtlichen Zusammenhang, ausschlieÙe.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Rechtsansicht, dass mit der Klausel auch die Aufrechnung bei der Endabrechnung eingeschränkt werde. Im Übrigen sehe Punkt 7.1. der AGB eine anteilmäßige Anrechnung der vereinbarten Mietvorauszahlung auf das monatliche Leasingentgelt vor. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung müsse der Fall berücksichtigt werden, dass der Leasinggeber dieser Anrechnungspflicht vereinbarungswidrig nicht nachkomme. Die Klausel würde nun eine dementsprechende Aufrechnung durch den Leasingnehmer ausschließen.

Nach § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sind vertragliche Aufrechnungsverbote für den Verbraucher für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers und für Gegenforderungen, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer anerkannt worden sind, unverbindlich. § 6 Abs 1 Z 8 KSchG beschränkt die Wirksamkeit vertraglicher Aufrechnungsverbote oder -einschränkungen unter drei - alternativ zu verstehenden - Voraussetzungen: 1. für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers, 2. für Gegenforderungen, die in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen und 3. für Forderungen, die gerichtlich festgestellt oder vom Unternehmer anerkannt sind (4 Ob 221/06p [Klausel 2.21.]; RIS-Justiz RS0121952). Wird durch die Klausel der Beklagten freigestellt, nach ihrem Ermessen Zahlungen entgegen § 1416 ABGB auf weniger lästige (zB nicht titulierte) oder auch auf nicht fällige und/oder bestrittene Forderungen ohne jede Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen des Kunden anzurechnen, liegt darin,

wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, eine gröbliche Benachteiligung (3 Ob 12/09z [Klausel 9]; 4 Ob 59/09v [Klausel 2 und 4]; RIS-Justiz RS0121946).

Aus dem Wortlaut der Klausel ergibt sich, dass das Aufrechnungsverbot für die oben dargelegten Fälle auch nach Endabrechnung gelten soll.

Klausel 10:

8.1. 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 Forderungsbetreibungen, durch Pfandfreistellung, Rückholung, 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.

Der **Kläger** beanstandete zunächst die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil nicht auf die notwendigen Kosten nach § 1333 Abs 2 ABGB abgestellt werde und auch nicht auf das angemessene Verhältnis zwischen geltend zu machender Forderung und Einbringungskosten verwiesen werde.

Die **Beklagte** vertritt den Standpunkt, sie habe nicht beabsichtigt, damit das Angemessenheits- und Notwendigkeitserfordernis abzubedingen und den Leasingnehmer dadurch gröblich zu benachteiligen.

Das **Erstgericht** erkannte die Klausel als intransparent.

Das **Berufungsgericht** verwies darauf, es fehle der Hinweis, dass die vom Schuldner zu ersetzenden Kosten der Betreuung oder Einbringung in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten. Dies vermittele dem Leasingnehmer ein unklares Bild seiner vertraglichen Position.

In der **Revision** verweist die Beklagte auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr und führt im Übrigen lediglich aus, dass die ursprüngliche Fassung der Klausel entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht sittenwidrig sei. Damit ist die Revision insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl die zu Klausel 2 zitierten Rechtssätze).

Klausel 11:

8.3. Der Leasinggeber 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.

Der **Kläger** stützt sich auf die Sittenwidrigkeit der Klausel nach § 879 Abs 3 ABGB, weil das Wahlrecht des Leasinggebers im Wertungswiderspruch zu § 1416 ABGB stehe. Die Bestimmung könne auch dazu führen, dass entgegen § 1416 ABGB ein qualifizierter Verzug des Leasingnehmers aufrechterhalten werde, womit eine der vereinbarten Voraussetzung für eine vorzeitige Vertragsauflösung durch den Leasinggeber erfüllt würde.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsgefahr und hält eine Abweichung von § 1416 ABGB grundsätzlich nicht für benachteiligend, auch wenn keine Rechtfertigung

dafür angegeben werde.

Das **Erstgericht** erkannte, dass der unbegrenzte Ermessensspielraum des Leasinggebers den Leasingnehmer gröblich benachteilige.

Das **Berufungsgericht** hielt die Klausel unter Hinweis auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofs ebenfalls für benachteiligend. Die Beklagte gebe keine sachliche Rechtfertigung für die von ihr vorgenommene Abweichung vom dispositiven Recht.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits eine vergleichbare Klausel als unwirksam erkannt und sich dabei auf die Entscheidung 4 Ob 221/06p berufen (3 Ob 12/09z [Klausel 9]). Dem ist zu folgen. Die Anrechnungsermächtigung der Beklagten entgegen § 1416 ABGB benachteiligt den Leasingnehmer gröblich, weil seine Rechtsstellung dadurch erheblich beeinflusst werden kann. So könnten etwa Zahlungen zur Erfüllung eines Exekutionstitels auf nicht titulierte, zuletzt erst fällig gewordene Leasingentgelte vorgenommen werden. Es liegt im Ermessen der Beklagten, selbst gewidmete Zahlungen auf die am wenigsten drückenden Forderungen anzurechnen. Dies ist gröblich benachteiligend.

Klausel 12:

8.4. Soweit nicht zwingende Bestimmungen des KSchG entgegenstehen, darf der Leasingnehmer eigene Forderungen nicht mit Forderungen des Leasinggebers aufrechnen und steht ihm kein Rückbehaltungsrecht am Fahrzeug zu. Dem Leasinggeber steht die Kompensation von Ansprüchen aus anderen mit dem Leasingnehmer geschlossenen Rechtsverhältnissen mit Verbindlichkeiten gegenüber dem Leasingnehmer aus diesem Vertrag zu.

Der **Kläger** sieht die Klausel als intransparent an,

weil nicht klar sei, welche zwingenden Bestimmungen des KSchG der Klausel entgegenstünden. Weiters widerspreche sie § 6 Abs 1 Z 7 und Z 8 KSchG.

Die **Beklagte** meint, dass keine Wiederholungsgefahr vorliege und dass gerade durch den Verweis auf zwingende Bestimmungen des KSchG die gesetzeskonforme Ausgestaltung des Aufrechnungsverbots erreicht werde. Die Regelung widerspreche auch nicht § 6 Abs 1 Z 7 KSchG, weil der Leasingnehmer nach Beendigung des Leasingvertrags in Ansehung der Rückstellung des Fahrzeugs vorleistungspflichtig sei. Zwar stehe dem Vorleistungspflichtigen die Möglichkeit der Unsicherheitseinrede nach § 1052 ABGB zu, die Beklagte sei aber Tochtergesellschaft eines des bedeutendsten Automobilherstellers der Welt, weshalb der Fall, dass ein Leasingnehmer ein Zurückbehaltungsrecht ausüben müsse, nicht eintreten werde.

Das **Erstgericht** schloss sich der Ansicht des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** verwies darauf, dass die salvatorische Klausel einen Verstoß gegen das Transparenzgebot bewirke. Weiters bestehe ein Widerspruch zu § 6 Abs 1 Z 8 KSchG. Nach allgemeiner Lebenserfahrung sei das Eintreten einer Fallkonstellation im Sinn des § 1052 Satz 2 ABGB nicht geradezu denkunmöglich. Satz 2 der beanstandeten Klausel weiche wieder zum Nachteil des Leasingnehmers von der dispositiven Aufrechnungsregel des § 1416 ABGB ab.

Die Klausel ist schon deshalb intransparent, weil sie eine salvatorische Klausel beinhaltet, wozu auf die Ausführungen zu Klausel 5 verwiesen wird.

Zur Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbots

nach § 6 Abs 1 Z 8 KSchG ist auf die Ausführungen zu Klausel 9 zu verweisen.

Im Übrigen sind Klauseln nach § 6 Abs 1 Z 7 KSchG unwirksam, nach denen ein dem Verbraucher nach dem Gesetz zustehendes Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Ob ein Fall eines Zurückbehaltungsrechts aus faktischen Gründen wahrscheinlich ist oder nicht, ist für die Prüfung der Klausel im Verbandsprozess unerheblich (vgl insoweit auch zu Klausel 6).

Der zweite Satz der Klausel benachteiligt den Leasingnehmer ebenfalls gröblich, wird dadurch doch nach dem Wortlaut der Leasinggeber ermächtigt, die Kompensation auch abweichend von der dispositiven Regel des § 1416 ABGB vorzunehmen und insbesondere auch mit strittigen Forderungen aufzurechnen. Auf die Ausführungen zu Klausel 11 wird verwiesen.

Klausel 13:

9.1. Der Leasingnehmer trägt die Gefahr für Untergang, Verlust und Beschädigung des Fahrzeuges. Solche Ereignisse sind dem Leasinggeber unverzüglich bekannt zu geben. Sie entbinden den Leasingnehmer nicht von seinen vertraglichen Pflichten, insbesondere nicht von der Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Entgelte. Der Leasinggeber kann jedoch (neben den sonst noch offenen Beträgen) - im Fall der Beschädigung jedoch nur bei einem nicht ausbesserungsfähigen Schaden - sämtliche noch ausstehenden Entgelte sofort verlangen. Vertragspunkt „Abrechnung bei vorzeitiger Vertragsauflösung“ findet entsprechende Anwendung. Mit Zahlung des sich hieraus ergebenden Betrages gilt der Leasingvertrag als aufgelöst.

Der **Kläger** wertet die Klausel als gröblich

benachteiligend, weil dem Verbraucher eine verschuldensunabhängige Haftung auferlegt werde, was beim Finanzierungsleasing dann sittenwidrig sei, wenn dem Leasingnehmer nicht jene Rechte zukämen, die jenen des Eigentümers entsprächen. Darüber hinaus sei die Klausel schon wegen Unzulässigkeit des Punktes 17.1. der AGB, auf den sie verweise, selbst unzulässig. Sie verstoße weiters gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und sei gröblich benachteiligend, weil sie den Leasinggeber bei jedem beliebigen nicht ausbesserungsfähigen Schaden des Fahrzeugs, für den der Leasingnehmer ohnehin im Rahmen seiner Restwerthaftung aufkommen müsse, zur sofortigen Fälligestellung des restlichen Leasingentgelts und Auflösung des Leasingvertrags berechtige.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsgefahr und hält die Klausel für gesetzeskonform, weil sie nur vertragstypische Gegebenheiten verwirkliche, nämlich die Überwälzung der Preisgefahr auf den Leasingnehmer.

Das **Erstgericht** bejahte die gröbliche Benachteiligung des Leasingnehmers, weil ihm die Klausel eine verschuldensunabhängige Haftung auferlege.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Rechtsansicht, dass die Klausel schon deshalb unzulässig sei, weil sie die Sachgefahr umfassend auf den Leasingnehmer überwälze, ohne zu unterscheiden, ob ihm der Leasinggeber bereits die ordnungsgemäße Nutzungsmöglichkeit verschafft habe oder nicht.

Nach ihrem Wortlaut bezieht sich die Klausel nicht nur auf den Zeitraum nach erfolgter (ordnungsgemäßer) erstmaliger Übergabe, sondern überwälzt die Sachgefahr umfassend auf den Leasingnehmer und soll neuerlich den Leasinggeber von der ihn treffenden Hauptleistungspflicht der

erstmaligen Verschaffung entbinden. Dies ist aus den zur Klausel 4 dargelegten Gründen unzulässig.

Soweit die Klausel den Leasingnehmer auch bei Nichterfüllung durch den Leasinggeber (ordnungsgemäße erstmalige Verschaffung) zur Zahlung der Entgelte verpflichtet, wird auf die Ausführungen zu Klausel 6 verwiesen.

§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG stellt zwar auf einen sachlich nicht gerechtfertigten Vertragsrücktritt ab, der Begriff Rücktritt ist aber für Dauerschuldverhältnisse teleologisch dahin auszudehnen, dass darunter auch die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund zu verstehen ist (4 Ob 59/09v).

Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, weil nicht präzisiert ist, was unter einem „nicht ausbesserungsfähigen Schaden“ zu verstehen ist. Damit sind nicht nur - wie die Beklagte meint - Fälle des Totalschadens gemeint. Darunter fallen bei kundenfeindlichster Auslegung auch ganz geringfügige Schäden, die keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Vertragsauflösung bilden können.

Weiters wird auf die unwirksame Klausel 26 (siehe dazu dort) verwiesen. Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040).

Klausel 14:

9.6. Im Schadensfall hat der Leasingnehmer unverzüglich dem Leasinggeber eine Schadensmeldung zur Weiterleitung an die Versicherungsanstalt zu übersenden. Die Schadensbegutachtung durch einen Sachverständigen und die Überstellung des Fahrzeuges in eine nach Herstellerrichtlinie

reparierende Markenwerkstätte sind vom Leasingnehmer zu veranlassen. Reparaturaufträge werden ausschließlich durch den Leasinggeber erteilt.

Der Leasinggeber entscheidet im Einzelfall, ob er die Schadensgutmachung gegenüber Dritten und der Kaskoversicherungsanstalt selbst durchsetzt oder dem Leasingnehmer überlässt. Für den ersten Fall hat der Leasingnehmer eine gegebenenfalls erforderliche Vollmacht auszustellen. Persönliche Ansprüche des Leasingnehmers, die nicht mit dem Fahrzeug im Zusammenhang stehen, hat der Leasingnehmer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfolgen. Ersatzansprüche aus der Wertminderung des Fahrzeuges stehen ausschließlich dem Leasinggeber zu. Dieser entscheidet über deren Ausmaß und Geltendmachung nach eigenem Ermessen.

Der Leasinggeber ist berechtigt, dem Leasingnehmer pro Schadensfall einen pauschalen Unkostenbeitrag in der Höhe von 51 EUR zzgl USt in Rechnung zu stellen.

Der **Kläger** erachtet die Klausel als insgesamt intransparent. Es sei nicht erkennbar, was der Leasinggeber unter dem Begriff „Sachverständiger“ verstehe. Offenbar sei nicht die Expertise einer Markenfachwerkstätte gemeint. Es sei sowohl überraschend als auch gröblich benachteiligend, dass ausschließlich der Leasinggeber Reparaturaufträge erteilen dürfe, weil dem Leasingnehmer in bestimmten Situationen das Abwarten einer Genehmigung des Leasinggebers nicht zugemutet werden könne. Weiters sei gröblich benachteiligend und intransparent, dass es im freien Ermessen des Leasinggebers stehe, Ansprüche gegen den Dritten selbst zu betreiben oder eine Abtretung an den Leasingnehmer anzubieten, weil für den Verbraucher nicht

klar sei, in welchen Fällen er selbst die Ansprüche durchsetzen müsse. Dem Leasinggeber sei es auf Grund des Fachpersonals meist einfacher und kostengünstiger möglich, die Ansprüche selbst zu betreiben. Der pauschale Unkostenbeitrag sei ebenfalls gröblich benachteiligend. Die Preise seien nach § 9 PrAG mit der Umsatzsteuer auszuzeichnen. Der vorletzte Satz sei gröblich benachteiligend, weil der Leasingnehmer Wertminderungen des Fahrzeugs im Rahmen seiner Restwerthaftung ausgleichen müsse und es daher nicht im Ermessen des Leasinggebers stehen könne, ob er Ersatzansprüche gegen den Schädiger geltend mache.

Die **Beklagte** vertritt neben der Bestreitung der Wiederholungsgefahr die Rechtsansicht, es sei sachlich angemessen, zusätzlich zur Überstellung in eine Markenwerkstätte das Gutachten eines Sachverständigen zu verlangen. Dies sei ein sinnvolles objektives Korrektiv gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse einer Markenwerkstätte, einen Reparaturauftrag zu erhalten. Der Leasinggeber sei Eigentümer des Fahrzeugs, sodass es grundsätzlich ihm obliege, über Reparaturaufträge zu entscheiden. Der Leasingnehmer trage prinzipiell die Sachgefahr. Wenn der Leasinggeber Ansprüche selbst geltend mache, führe dies zu einer Besserstellung des Leasingnehmers. Überlasse der Leasinggeber die Geltendmachung der Ansprüche dem Leasingnehmer, realisiere sich nur dessen Handlungspflicht. Der Unkostenbeitrag sei angemessen. § 9 PrAG gelte für Leasingverträge nicht. Bei sinnvoller Auslegung des vorletzten Satzes der Klausel müsse sich der Leasinggeber bei der Restwerthaftung eine unterlassene Inanspruchnahme des Dritten anrechnen lassen.

Das **Erstgericht** schloss sich dem Standpunkt des Klägers an. Es sei im Übrigen nicht nachvollziehbar, weshalb immer 51 EUR zuzüglich USt an Kostenbeitrag erforderlich sei.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Rechtsansicht, dass die unterschiedslose Überwälzung der im Zusammenhang mit einem Schadensfall der Beklagten entstehenden Verwaltungskosten auf den Leasingnehmer sachlich nicht gerechtfertigt sei. Vielmehr müsse der Beklagten zugesonnen werden, die Verwaltungskosten bei Schädigung durch einen Dritten von diesem hereinzubringen. Es liege eine Intransparenz in der Angabe eines Betrags „zuzüglich USt“, weil an anderer Stelle (Klausel 15.2.) Beträge „inklusive USt“ angeführt würden. Das Verlangen der Begutachtung durch einen kfz-technischen Sachverständigen sei nach § 864a ABGB überraschend, weil es der Durchschnittsverbraucher in der Regel für ausreichend erachten werde, das Fahrzeug zur Reparatur an eine Markenwerkstätte zu übergeben. Der generelle Vorbehalt der Erteilung eines Reparaturauftrags benachteilige den Leasingnehmer gröblich und sei auch überraschend. Es seien Situationen denkbar, in denen Maßnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwendung getroffen werden müssten, sodass es nicht geboten sein könnte, das Tätigwerden des Leasinggebers abzuwarten. Das dem Leasinggeber eingeräumte Ermessen, selbst die Schadensgutmachung gegenüber Dritten oder dem Kaskoversicherer zu verlangen oder dies dem Leasingnehmer zu überlassen, benachteilige den Leasingnehmer gröblich, weil im ersteren Fall der Leasingnehmer, der immerhin zur Prämienzahlung verpflichtet sei, die sofortige Inanspruchnahme der Kaskodeckung verwehrt werde. Bei kundenfeindlichster Auslegung sei zu folgern, dass der

Leasingnehmer die Wertminderung des Fahrzeugs im Rahmen seiner Restwerthaftung ausgleichen müsse, während der Leasinggeber die durch einen Schadensfall eingetretene Wertminderung vom Dritten erhalte.

Nach der Klausel soll der Leasingnehmer bei jedem Schadensfall, also auch bei einem noch so geringfügigen, verpflichtet sein, ein Sachverständigengutachten einzuholen und die Überstellung in eine Markenwerkstätte zu veranlassen. Schon die Forderung, jegliche Reparaturarbeiten am Leasingfahrzeug ausschließlich in einer autorisierten Markenwerkstätte durchführen zu lassen (darauf zielt die Überstellung wohl ab), ist gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB (7 Ob 230/08m [Klausel 8]; RIS-Justiz RS0125476). Gleiches gilt für die Besichtigung jeglichen Schadens, auch des geringfügigsten, durch einen Sachverständigen auf Kosten des Leasingnehmers. Ein sachliches Interesse des Leasinggebers daran ist nicht zu erkennen.

Soweit sich der Leasinggeber vorbehält, ausschließlich selbst Reparaturaufträge zu erteilen, benachteiligt dies ebenfalls den Leasingnehmer gröblich. Die Klausel umfasst ohne jede Ausnahme alle Reparaturaufträge, also auch solche, die unverzüglich durchgeführt werden müssen, etwa um eine Vergrößerung des Schadens zu verhindern oder eine dringliche Weiterfahrt zu ermöglichen.

Durch die Bestimmung, dass der Leasinggeber im Einzelfall entscheidet, ob er die Schadensgutmachung gegenüber Dritten und der Kaskoversicherungsanstalt selbst durchsetzt oder dem Leasingnehmer überlässt, läuft der Leasingnehmer bei kundenfeindlichster Auslegung Gefahr, auch aussichtslose oder wenig erfolgversprechende Verfahren auf seine Kosten betreiben zu müssen (3 Ob 12/09z

[Klausel 21]). Die Klausel ist in diesem Sinn gröblich benachteiligend.

Weiters wird es in das alleinige Ermessen des Leasinggebers gestellt, ob und in welchem Ausmaß er Wertminderungen des Fahrzeugs gegen Schädiger geltend macht. Bei kundenfeindlichster Auslegung stünde es dem Leasinggeber auch zu, eine erfolgsversprechende Prozessführung zu unterlassen und stattdessen den Leasingnehmer bei der Endabrechnung zu belasten.

Aus der Klausel kann bei kundenfeindlichster Auslegung abgeleitet werden, dass der Ersatz für die Wertminderung ausschließlich dem Leasinggeber zusteht und diese nicht bei der Endabrechnung zu Gunsten des Leasingnehmers zu berücksichtigen ist. Das Argument der Beklagten, die Klausel müsse „keinesfalls zwingend“ so ausgelegt werden, ist nicht überzeugend, da - wie oben dargelegt - die Klausel in der kundenfeindlichsten Auslegung einer Prüfung zu unterziehen ist.

Überdies ist es von der Klausel gedeckt, den Leasingnehmer von der Inanspruchnahme einer bestehenden Kaskodeckung abzuhalten und ihn durch Abtretung in die gerichtliche Verfolgung von Ansprüchen gegen Dritte zu drängen. Auch dies stellt eine gröbliche Benachteiligung dar (3 Ob 12/09z [Klausel 21]).

Bei kundenfeindlichster Auslegung ist der Leasingnehmer - wie dargelegt - verpflichtet, auch den geringsten Schadensfall dem Leasinggeber anzuzeigen, sodass eine pauschale Verrechnung eines Unkostenbeitrags an den Leasingnehmer unabhängig von der Art des Schadens und des dadurch denkmöglich verursachten Aufwands für den Leasingnehmer gröblich benachteiligend ist.

Klausel 15:

10.1. Der Leasingnehmer hat die Verkaufs- und Lieferbedingungen, die Pflege- und Gebrauchsempfehlungen und die Wartungsvorschriften des Lieferanten (ausliefernden Händlers) und des Herstellers zur Kenntnis genommen.

Der **Kläger** erblickt in dieser Klausel eine unzulässige Beweislastverschiebung gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

Die **Beklagte** berief sich in ihrer Berufung ausschließlich auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** schloss sich der Ansicht des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** bejahte die Wiederholungsgefahr und verwies inhaltlich auf die Entscheidungen 3 Ob 12/09z (Klausel 3) und 4 Ob 59/09v (Klausel 6).

Die Wiederholungsgefahr ist - wie dargelegt - nicht weggefallen.

In ihrer **Revision** bestreitet die Beklagte neben der Wiederholungsgefahr nun auch einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, wobei sie sich auf die Entscheidung 2 Ob 1/09z (zu Klausel 18) beruft. Da in der Berufung die von der Frage der Wiederholungsgefahr zu trennende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, dass die Klausel nach der genannten Bestimmung unzulässig sei, unangefochten blieb, ist die Revision insoweit unbeachtlich (vgl RIS-Justiz RS0043480 [T13, T22]).

Klausel 16:

10.4. Der Leasinggeber ist berechtigt, die Einhaltung der vorstehenden Pflichten 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. Werden Vertragsverletzungen festgestellt, hat der Leasingnehmer den ordnungsgemäßen Zustand sofort auf eigene Kosten herzustellen. Der Leasinggeber darf alle erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung einer rechtlichen, wirtschaftlichen oder technischen Unbrauchbarkeit oder verminderten Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeuges auf Kosten des Leasingnehmers ergreifen.

Der **Kläger** betrachtet die Klausel als gröblich benachteiligend, weil das Recht zur Besichtigung und zur Behebung von Schäden unabhängig von einem dem Leasingnehmer hieraus entstehenden unverhältnismäßigen Nachteil zustehen solle. Eine sofortige Besichtigung sei nur im Fall von Gefahr in Verzug gerechtfertigt. Eine Mängelbehebungspflicht sei gröblich benachteiligend, weil dem Leasingnehmer zwar eine eigentümerähnliche Stellung betreffend seine Pflichten, nicht jedoch betreffend seine Rechte zukommen solle. Überdies verstoße die Verpflichtung des Leasingnehmers, allfällige Mängel auf seine Kosten in Fällen der Gewährleistung zu beheben, gegen § 9 iVm § 8 Abs 3 KSchG. Die Überbindung der Kosten der Überprüfung, auch wenn keine Vertragsverletzungen festzustellen seien, sei gröblich benachteiligend, was auch für das Verlangen der Vorführung des Fahrzeugs an jeden beliebigen Ort auf Kosten des Leasingnehmers gelte.

Die **Beklagte** wendet neben dem Entfall der Wiederholungsgefahr ein, dass sich aus der Stellung der Klausel in den AGB ergebe, dass es in dem Vertragspunkt nicht um die Behebung von Mängeln, sondern um die Verletzung der vertraglichen Pflichten des Leasingnehmers zur entsprechenden Benützung und Instandhaltung gehe.

Das **Erstgericht** schloss sich dem Standpunkt des

Klägers an.

Das **Berufungsgericht** führte aus, selbst wenn sich die Bestimmung innerhalb des mit „Benützung, Instandhaltung“ überschriebenen Punktes 10 der AGB der Beklagten befinde, sei doch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht auszuschließen, dass auch bereits bei Übergabe bestehende, aber noch nicht erkennbare Mängel eine teilweise oder gänzliche Unbenützbarkeit oder einen vorzeitigen Verschleiß des Leasinggegenstands nach sich ziehen und damit unter diese Bestimmung subsumiert werden könnten. Es gehe nicht um laufende Instandhaltung, weil nicht zwischen Mängeln differenziert werde, die bereits bei Übergabe vorhanden seien und daher Gewährleistungsansprüche auslösten, und Mängeln, die durch die laufende Abnutzung des Leasingfahrzeugs entstanden seien. Eine jederzeitige Überprüfung an jedem beliebigen, vom Leasinggeber bestimmten Ort auf Kosten des Leasingnehmers sei gröblich benachteiligend.

Punkt 10 der AGB ist mit „Benützung, Instandhaltung“ überschrieben. Die Vereinbarung einer jederzeitigen Überprüfung der Einhaltung von den hier genannten Pflichten auf Kosten des Leasingnehmers benachteiligt ihn gröblich, wenn es keine wie immer gearteten Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung gibt. Es ist nicht spezifiziert, welche Überprüfungen durchgeführt werden und auch nicht, dass jedenfalls nur die notwendigen vorgenommen werden. Die Beiziehung eines Sachverständigen ohne jeden Grund ist unangemessen. Zudem ist seine Entlohnung an keine Tarife gebunden. Der Leasingnehmer könnte sich - bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn - mit täglichen Überprüfungen auf seine Kosten konfrontiert sehen.

Die Bestimmung, dass der Leasingnehmer

verpflichtet sei, jederzeit an jeden beliebigen Ort, also auch an einen für ihn entlegenen Ort, das Fahrzeug zur Kontrolle (ebenfalls auf seine Kosten) „vorzuführen“, ist auch gröblich benachteiligend (vgl 3 Ob 12/09z [Klausel 17], 1 Ob 81/09g [Klausel 31]). Diese Bestimmung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition des Leasingnehmers dar, dem kein anerkennenswertes Interesse der Beklagten gegenübersteht.

Bei Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn ist letztlich nicht sichergestellt, dass die Verpflichtung des Leasingnehmers, den ordnungsgemäßen Zustand des Fahrzeugs auf eigene Kosten herzustellen, nicht auch bei unterbliebener erstmaliger Verschaffung des ordnungsmäßigen Gebrauchs gilt, was wegen Ausschlusses der Hauptleistungspflicht des Leasinggebers unwirksam ist (siehe dazu die Ausführungen zu Klausel 4).

Klausel 17:

10.6. Dem Leasingnehmer sind rechtliche und tatsächliche Verfügungen wie Verkauf, Verpfändung, Weitergabe an einen Dritten usw ohne vorhergehende schriftliche Zustimmung des Leasinggebers untersagt.

Der **Kläger** beanstandet einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** führt dazu nur aus, dass diese Klausel unverändert auch in den geänderten AGB enthalten sei.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** bejahten einen Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG.

Die **Revision** erstattet dazu kein weiteres Vorbringen. Die Rechtsrüge ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klausel 18:

10.7. Auslandsfahrten mit einer Dauer von mehr als 30 Tagen bedürfen jedoch der vorherigen schriftlichen Genehmigung des Leasinggebers.

Der **Kläger** sieht darin einen Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG. Weiters sei die Klausel überraschend und gröblich benachteiligend.

Die **Beklagte** bestreitet - neben der Wiederholungsgefahr - nur einen Verstoß gegen §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB.

Das **Erstgericht** teilte die Ansicht des Klägers.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Ansicht, dass der Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG auf der Hand liege.

Auf die Argumente des Berufungsgerichts geht die **Revision** nicht ein. Sie erkennt offenbar selbst den klaren Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG, der bereits zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Weitere Ausführungen erübrigen sich daher.

Klausel 19:

10.8. Bei mehreren Leasingnehmern obliegt die Entscheidung, auf wessen Namen das Fahrzeug zugelassen wird, ausschließlich dem Leasinggeber. Dieser darf auch nach eigenem Ermessen Ummeldungen zulassen oder selbst vornehmen. Ummeldekosten gehen stets zu Lasten des Leasingnehmers.

Der **Kläger** sieht die Bestimmung als überraschend an, weil der Leasingnehmer nicht damit rechnen müsse, der Leasinggeber könne eine einmal vereinbarte Zulassung auf einen Mitleasingnehmer jederzeit nach freiem Ermessen ändern. Gröblich benachteiligend sei auch die Auferlegung der Kosten der Ummeldung, zumal diese ausschließlich im Interesse des Leasinggebers und in dessen

freiem Ermessen liege.

Die **Beklagte** stützt sich nur auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß nach §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB.

Das **Berufungsgericht** hielt fest, dass ein Verstoß nach § 879 Abs 3 ABGB unbekämpft geblieben sei und die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren die Klausel überhaupt nicht verteidigt habe.

Auch in der **Revision** bestreitet die Beklagte nur die Wiederholungsgefahr und (ohne Begründung) einen Verstoß gegen § 864a ABGB. Mit dem zuletzt genannten Einwand ist die Revision nicht gesetzmäßig ausgeführt. Die Wiederholungsgefahr ist - wie dargelegt - zu bejahen.

Klausel 20:

11.1. Nachträgliche Änderungen, zusätzliche Einbauten, sowie Lackierungen und Beschriftungen an dem Fahrzeug bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Leasinggebers.

Der **Kläger** erkannte darin einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** beruft sich auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** folgte der Ansicht des Klägers.

Das **Berufungsgericht** bejahte das Vorliegen der Wiederholungsgefahr und den vorgeworfenen Verstoß.

Die in der **Revision** allein relevierte Wiederholungsgefahr ist, wie dargelegt, nicht weggefallen.

Klausel 21:

Der Leasinggeber kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos auflösen, wenn

13.2. der Leasingnehmer den vorliegenden

Vertrag in sonstiger Weise verletzt;

13.3. 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;

13.4. der Leasingnehmer stirbt, seine Handlungsfähigkeit verliert, den Geschäftsbetrieb wesentlich einschränkt oder einstellt, den Unternehmensgegenstand ändert oder die Liquidation einleitet.

Der **Kläger** verweist auf § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Ein sachlicher Grund könne nur dann vorliegen, wenn die Erfüllung des Vertrags durch den Leasingnehmer gefährdet sei. Eine Vereinbarung des Rechts auf Vertragsauflösung verstoße hinsichtlich des Ausgleichsverfahrens überdies gegen § 20e AO.

Die **Beklagte** bestreitet zu Klausel 13.2. lediglich die Wiederholungsgefahr. Zu Klausel 13.3. bringt sie darüber hinaus vor, dass eine sachliche Rechtfertigung für den Fall der wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Leasingnehmers gegeben sei. Zu 13.4. erklärt sie weiters, dass das persönliche Mobilitätsbedürfnis des Leasingnehmers mit seinem Tod oder dem Verlust seiner Handlungsfähigkeit weg falle. Es sei bei Vertragsabschluss völlig offen, wer seine Erben seien oder wer anstelle des handlungsunfähigen Leasingnehmers das Fahrzeug weiter verwende.

Das **Erstgericht** folgte dem Standpunkt des Klägers.

Das **Berufungsgericht** verwies auf die Judikatur, nach der Kündigungsmöglichkeiten für solche Fälle, in denen eine Gefährdung des Leasinggebers nicht gegeben sei, für unzulässig erachtet würden. Die zu 4 Ob 221/06p und

5 Ob 266/02g erarbeiteten Grundsätze seien auch auf den Finanzierungsleasingvertrag zu übertragen. Weiters verstoße die Klausel gegen § 20e Abs 2 AO (nach der geltenden Rechtslage: § 25b IO).

Auch bei wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Leasingnehmers, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen, Abweisung eines Insolvenzeröffnungsantrags mangels kostendeckenden Vermögens, Tod oder Handlungsunfähigkeit des Leasingnehmers verstößt die Vereinbarung eines Kündigungsrechts, ohne dass es auf eine Gefährdung des Kreditgebers im Einzelfall ankommt, gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 1 KSchG (3 Ob 12/09z [Klausel 13 und 14e, f], nach der die zu 4 Ob 221/06p und 5 Ob 266/02g entwickelten Grundsätze auch auf den Finanzierungsleasingvertrag zu übertragen sind; 4 Ob 59/09v [Klausel 20]).

Zur Einstellung des Geschäftsbetriebs wurde bereits ausgesprochen, dass diese Bezugnahme in Verbraucherverträgen überhaupt unverständlich und daher intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG ist (4 Ob 59/09v). Gleiches gilt selbstverständlich für die hier zusätzlich genannten Auflösungsgründe „Änderung des Unternehmensgegenstands und Liquidation“.

Klausel 22:

13.8. 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 mehreren Leasingnehmern oder nur bezüglich eines Sicherstellung leistenden Dritten gegeben ist.

Der **Kläger** sieht darin einen Verstoß nach § 6 Abs 2 Z 1 KSchG.

Die **Beklagte** verweist auf die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 10 Ob 527/94 und 4 Ob 2307/96k, wonach ähnliche Klauseln für wirksam erachtet worden seien.

Das **Erstgericht** sah in der Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG.

Das **Berufungsgericht** führte aus, dass die Klausel schon deshalb unzulässig sei, weil sie einen Verweis auf unzulässige Klauseln enthalte. Darüber hinaus habe der Oberste Gerichtshof die von der Beklagten für ihren Standpunkt ins Treffen geführte Judikatur in seiner Entscheidung 4 Ob 221/06p insoweit konkretisiert, dass ein für die vorzeitige Vertragsbeendigung erforderlicher wichtiger Grund nur dann verwirklicht werden könne, wenn der in der Klausel angeführte Umstand die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Unternehmer auch tatsächlich gefährden könne.

Die Klausel ist unzulässig, weil sie ihrerseits auf unzulässige Klauseln verweist, nämlich 13.2. bis 13.4. (RIS-Justiz RS0122040). Dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts, ohne dass es auf eine Gefährdung des Kreditgebers ankomme, gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verstößt, wurde bereits zu Klausel 21 ausgeführt.

Klausel 23:

14.2. Erfolgt die Rückgabe außerhalb des Sitzes [des ausliefernden Händlers], trägt der Leasingnehmer die Kosten der Überstellung zum Sitz des ausliefernden Händlers. Wird das Fahrzeug verspätet zurückgestellt, hat der Leasingnehmer für jeden angefangenen Monat nach Vertragsbeendigung Benützungsentgelt zu entrichten, das dem

letzten monatlichen Leasingentgelt entspricht. Er hat weiters die Versicherungskosten bis zur tatsächlichen Rückstellung zu tragen.

Der **Kläger** sieht in der Bestimmung eine gröbliche Benachteiligung des Leasingnehmers, weil dieser das Benützungsentgelt auch ohne Nutzung für einen ganzen Monat zu leisten habe.

Die **Beklagte** verweist auf die fehlende Wiederholungsgefahr und meint, die Klausel sei sachlich gerechtfertigt, weil damit ein verhaltenssteuernder Effekt erzielt werde. Eine verspätete Rückstellung sei in der Regel auf ein Verschulden des Leasingnehmers zurückzuführen.

Das **Erstgericht** folgte der Argumentation des Klägers.

Das **Berufungsgericht** verwies auf die Entscheidung 3 Ob 12/09z [Klausel 17] zu einer gleichgelagerten Bestimmung.

Zu 3 Ob 12/09z [Klausel 17], 2 Ob 1/09z [Klausel 28] und 7 Ob 230/08m [Klausel 1] wurde eine Klausel als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB erkannt, nach der der Leasingnehmer bis zur Zurückstellung des Leasingobjekts für jeden angefangenen Monat ein Benützungsentgelt in der Höhe des zuletzt gültigen Leasingentgelts zu bezahlen hat. Im vorliegenden Fall besteht diese Verpflichtung des Leasingnehmers nur für den Fall der verspäteten Rückstellung. Soweit der Leasingnehmer auch nach Rückgabe des Leasingobjekts für den angefangenen Monat Entgelt leisten soll, handelt es sich um einen (pauschalierten) Schadenersatz, was die Beklagte nach ihrem Vorbringen, einen „verhaltenssteuernden Effekt“ erzielen zu wollen, auch erkennt. Diese Klausel ist schon deshalb gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, weil

lediglich auf die verspätete Rückstellung abgestellt wird, nicht aber darauf, ob den Leasingnehmer daran auch ein Verschulden trifft. Nach der kundenfeindlichsten Auslegung muss das Benützungsentgelt nach Vertragsbeendigung auch dann bezahlt werden, wenn die Beklagte unberechtigt die Rücknahme des Fahrzeugs verweigert.

Klausel 24:

15.1. Entspricht das Fahrzeug nicht diesem Zustand, sind Minderwert und Reparaturkosten zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber oder deren Beauftragten festzustellen und im Protokoll zu erfassen. Dasselbe gilt für die Feststellung und Erfassung des Kilometerstandes (laut Vertragspunkt „Änderungen am Fahrzeug“). Wird über Minderwert, Reparaturkosten und Kilometerstand keine Einigung erzielt, veranlasst der Leasinggeber ein Gutachten durch einen Kfz-Sachverständigen seiner Wahl. Die Kosten des Gutachtens gehen zu Lasten des Leasingnehmers. Die vertraglich vereinbarten Kilometer werden den tatsächlich genutzten Kilometern gegenübergestellt, die Differenz (2.500 Mehr- oder Minderkilometer bleiben unberücksichtigt) mit dem vereinbarten Kilometersatz multipliziert und gutgeschrieben/nachbelastet. Die Vergütung der Minderkilometer ist mit maximal 10 % der vereinbarten Gesamtkilometerleistung abzüglich der 2.500 km begrenzt. Ein allfälliger Minderwert und Reparaturkosten werden dem Leasingnehmer auf Grundlage des einvernehmlich erstellten Protokolls oder Gutachtens des Sachverständigen nachbelastet.

Der **Kläger** vertritt die Auffassung, die Klausel sei sittenwidrig nach § 879 Abs 3 ABGB, weil der Leasinggeber bei der Bestellung eines Sachverständigen Willkür üben könne, der Leasingnehmer jedoch die

Gutachtenskosten auch zu tragen habe, wenn die Zweifel des Leasinggebers am bedungenen Zustand des Leasingobjekts unberechtigt gewesen seien. Gröblich benachteiligend sei auch, dass der Leasingnehmer ohne sachliche Rechtfertigung zwar allfällige Mehrkilometer unbegrenzt ersetzen müsse, bei Minderkilometern aber nur einen Teil zurückerstattet erhalte. Der letzte Satz der Klausel verstoße auch gegen das Zweiseitigkeitsgebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsgefahr und sieht die Klausel als sachlich gerechtfertigt an. Zur Erzielung der vom Leasinggeber angestrebten Amortisation seien die Sachverständigenkosten vom Leasingnehmer zu tragen. Eine mutwillige Sachverständigenbestellung durch den Leasinggeber sei eine bloß abstrakt gegebene Möglichkeit. Eine kilometermäßige Minderleistung wirke sich in geringerer Weise auf den Wert des Fahrzeugs aus als eine kilometermäßige Mehrleistung.

Das **Erstgericht** unterstellte die Klausel § 879 Abs 3 ABGB, weil der Leasinggeber bei der Bestellung eines Sachverständigen faktisch Willkür üben könne. Weiters sei die Bestimmung gröblich benachteiligend, weil der Leasingnehmer zwar allfällige Mehrkilometer unbegrenzt zu ersetzen habe, Minderkilometer jedoch nur zum Teil zurückerstattet erhalte.

Das **Berufungsgericht** vertrat die Auffassung, die Beschränkung der Vergütung der Minderkilometer auf maximal 10 % der vereinbarten Gesamtkilometerleistung abzüglich 2.500 km sei gröblich benachteiligend. Es bedürfe zu dieser Frage keines Sachverständigenbeweises. Eine Kostentragung einer ungerechtfertigten Sachverständigenbestellung sei ebenfalls gröblich benachteiligend, genauso wie das Fehlen der

Mitsprachemöglichkeit des Leasingnehmers bei der Auswahl des Sachverständigen.

Bei Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn ergibt sich, dass dem Leasingnehmer Kosten für einen Sachverständigen auferlegt werden können, auch wenn der Leasinggeber völlig zu Unrecht oder sogar mutwillig seine Bestellung veranlasst, was auch die Beklagte erkennt. Darauf, ob dieser Fall „bloß eine abstrakte Möglichkeit“ ist oder nicht, kommt es bei kundenfeindlichster Auslegung nicht an. Weiters beschränkt die Klausel die Ersatzpflicht des Leasingnehmers nicht auf ein bloß angemessenes oder nach einschlägigen Tarifen zu berechnendes Honorar des Sachverständigen. Eine Kostenersatzpflicht des Leasingnehmers unter diesen Bedingungen benachteiligt ihn gröblich nach § 879 Abs 3 ABGB. Zur Intransparenz führt schließlich der Umstand, dass nicht definiert ist, aus welcher Gruppe von Personen sich der Sachverständige rekrutieren soll.

Zu 7 Ob 230/08m [Klausel 7] wurde bereits ausgesprochen, dass eine Klausel, die die Abgeltung von Mehrkilometern vorsehe, aber die Vergütung von Minderkilometern nicht, gröblich benachteiligend ist. Im vorliegenden Fall ist zwar die Vergütung der Minderkilometer nicht zur Gänze ausgeschlossen, aber mit maximal 10 % der vereinbarten Gesamtkilometerleistung abzüglich 2.500 km begrenzt. Auch für diesen Fall gilt, dass die Anzahl der mit dem geleasteten Fahrzeug gefahrenen Kilometer von einer Vielzahl von veränderlichen und nicht beeinflussbaren Faktoren abhängt (wie zB Krankheit oder sonstige unverschuldete Verhinderungen), sodass sich eine ex ante vorgenommene Einschätzung deshalb leicht als unzutreffend erweisen kann. Die nachteiligen Konsequenzen aus diesen

Unwägbarkeiten weit überwiegend dem Leasingnehmer aufzubürden, ohne ihn angemessen an einer (unerwartet) „positiven“ Entwicklung teilhaben zu lassen, ist - im Gegensatz zur Rechtsansicht der Beklagten - keinesfalls sachlich gerechtfertigt. Ob nun, wie die Revision argumentiert, die Mehrkilometer zu einer stärkeren Wertminderung führen als die Minderkilometer zu einer Werterhöhung, kann dahingestellt bleiben, da ja die Vergütung der Kilometer unabhängig von einem etwa eintretenden Wertverlust oder einer allfälligen Werterhöhung zu ersetzen oder zu vergüten sind. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ist ein Leasingnehmer, der auf Grund besonderer Umstände nur einige wenige Kilometer mit dem Leasingobjekt zurücklegte (zurücklegen konnte), dennoch mit 10 % der vereinbarten Gesamtkilometerleistung abzüglich 2.500 km mit seinem Vergütungsanspruch begrenzt. Auch dies ist gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, weil damit die Rechtsposition des Leasingnehmers im auffallenden und sachlich nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis zur Rechtsposition des Leasinggebers steht, der das basierend auf einer bestimmten Kilometerleistung kalkulierte Entgelt zu (über) 90 % behalten darf.

Auch der letzte Satz der Klausel ist gröblich benachteiligend. Dem Einwand der Beklagten, dieser bringe lediglich zum Ausdruck, dass das Gutachten nur die Wirkung einer Entscheidungsgrundlage für den Leasinggeber bei der Abrechnung haben solle, ist entgegenzuhalten, dass mit diesem Punkt der Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung davon auszugehen ist, dass das Ergebnis des auf Kosten des Leasingnehmers eingeholten Gutachtens bindend sein soll und von ihm bei der Abrechnung zu akzeptieren ist.

Klausel 25:

15.2. Der Leasinggeber ist berechtigt und verpflichtet, das Fahrzeug mindestens zu dem von einem Kfz-Sachverständigen seiner Wahl verbindlich festzustellenden Schätzwert zu verkaufen (Einkaufspreis für den Kfz-Handel). Der Verkaufserlös wird dem vereinbarten kalkulierten Restwert gegenübergestellt. Von einem Mehrerlös erhält der Leasingnehmer 75 %; ein Mindererlös ist vom Leasingnehmer zu erstatten.

Der **Kläger** bekämpft die Klausel als intransparent, weil sie offen lasse, was im Fall eines Verwertungsverlusts passiere. Sofern beabsichtigt sei, dass der Leasingnehmer einen allfälligen Differenzbetrag zwischen Verwertungserlös und Restwert zur Gänze begleiche, verstoße dies gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, wenn der Verwertungsverlust nicht auf ein Verschulden des Leasingnehmers zurückzuführen sei, sondern entweder durch eine zu niedrige Kalkulation der Leasingraten oder durch eine zwischenzeitige technische und wirtschaftliche Entwicklung, die zur schlechteren Verwertbarkeit des Fahrzeugs geführt habe, verursacht werde. Der Leasinggeber lukriere in diesen Fällen ein zusätzliches Entgelt in Höhe des Verwertungsverlusts, während dem Leasingnehmer ein Verwertungsgewinn nur zu 75 % zu Gute komme. Ob der Mindererlös unter den Entgeltbegriff nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG falle, sei nicht entscheidend. Verneine man die Frage, sei die Regelung jedenfalls mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die **Beklagte** erachtet die asymmetrische Verteilung von Mehr- und Mindererlös aus steuerlichen Gründen für sachlich gerechtfertigt. In der Regel würden die Parteien des Leasingvertrags bestrebt sein, die Höhe der Leasingraten und damit den Restwert so festzusetzen, dass er

eine realistische Einschätzung jenes Werts darstelle, den das Leasingfahrzeug nach Vertragsende habe. Gleich zu Beginn höher kalkulierte Leasingraten hätte der Leasingnehmer ebenfalls zahlen müssen. Wenn der Leasingnehmer ein Fahrzeug auswähle, das einer besonders schnellen technischen Veralterung unterliege, so habe der Leasinggeber, der lediglich Finanzierer sei, dafür nicht einzustehen. Die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Vertragsparteien sehe die Beklagte in der Einkommensteuerrichtlinie 2000. Für das Leasing sei essentiell, dass die Leasinggüter dem Leasinggeber zugerechnet würden. Eine Zurechnung zum Leasingnehmer erfolge, wenn er sowohl das Risiko der Wertminderung als auch die Chance der Wertsteigerung habe. Dies sei unter anderem dann der Fall, wenn bei Veräußerung des Leasinggegenstands der Leasingnehmer einerseits für die Differenz zwischen Restwert und niedrigerem Veräußerungserlös aufzukommen habe und andererseits mehr als 75 % des den Restwert übersteigenden Teils des Veräußerungserlöses erhalte. Diese einkommensteuerrechtlichen Vorgaben müssten auch in zivilrechtlicher Hinsicht als sachlich gerechtfertigt angesehen werden. Ob eine Einschränkung der Haftung des Leasingnehmers für eine negative Differenz im Sinn vollständiger Zweiseitigkeit auf 75 % mit diesen steuerlichen Vorgaben vereinbar wäre, sei fraglich und bedürfte steuerrechtlicher Prüfung.

Das **Erstgericht** vertrat die Ansicht, dass die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße, wenn der Leasingnehmer die Differenz zwischen Restwert und Verwertungserlös übernehmen müsse, vom Mehrerlös aber nur 75 % bekomme. Sachlich gerechtfertigt

wäre die Klausel nur dann, wenn der Verwertungsverlust auf ein Verschulden des Leasingnehmers zurückzuführen sei.

Das **Berufungsgericht** verweist darauf, dass der Oberste Gerichtshof zu vergleichbaren Klauseln bereits Stellung genommen und diese als gröblich benachteiligend qualifiziert habe.

Die **Revision** geht auf diese Begründung nicht ein, sondern wiederholt ihr bisheriges Vorbringen.

Der Oberste Gerichtshof hat zu 3 Ob 12/09z [Klausel 18], 4 Ob 59/09v [Klausel 13] und 2 Ob 1/09z [Klausel 30] bereits über vergleichbare Klauseln entschieden und sie als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB erkannt: Auch wenn die Zuweisung eines bloß 75%igen Mehrerlöses durch steuerrechtliche Vorschriften gerechtfertigt ist, ist daraus kein Grund für die sachliche Ungleichbehandlung hinsichtlich des Mindererlöses ableitbar. Dass der Leasinggegenstand auch dem Leasingnehmer zuzurechnen wäre, wenn die 75 %-Regelung nicht nur für den Minder-, sondern auch für den Mehrerlös gelten würde, kommt nicht hervor. Auf das Erfordernis der Vollamortisation kann sich die Beklagte nicht berufen, wenn ihr die beanstandete Klausel einen darüber hinausgehenden Anteil am Verwertungserlös verschaffen soll. Die Revision führt keine neuen Argumente gegen diese Rechtsprechung ins Treffen.

Klausel 26:

17.1. Wird der Leasingvertrag gemäß Vertragspunkt „Untergang, Versicherung und Schadensabwicklung“ oder vom Leasingnehmer gemäß Vertragspunkt „Leasingbeginn und -dauer“ oder vom Leasinggeber gemäß Vertragspunkt „vorzeitige Vertragsauflösung“ vorzeitig aufgelöst, hat der Leasinggeber neben den Ansprüchen auf Benützungsentzug und

Rückstellung sowie sonstigen Ansprüchen aus diesem Vertrag noch einen sofort fälligen Schadenersatzanspruch aus Restwert (bei Nutzenleasing der der Kalkulation zugrunde gelegte Restwert) inkl Umsatzsteuer zuzüglich die Leasingentgelte für die Zeit zwischen Vertragsauflösung und ursprünglich vereinbartem Vertragsende (in diesem Fall hat der Leasinggeber bei der Abrechnung die Gesamtbelastung des Leasingnehmers in einem Ausmaß zu ermäßigen, das unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen den Umständen noch angemessen ist, dh eine Abzinsung in Höhe von durchschnittlich 3-Monats-EURIBOR [des Vormonates] X 0,5). Diese Forderung verringert sich um einen allfälligen, um alle Verwertungskosten gekürzten Verwertungserlös für das Fahrzeug, etwaige Versicherungsleistungen und unverbrauchte Eigenleistungen. Weitergehende Schadenersatzansprüche werden durch die vorstehende Regelung nicht berührt.

Der **Kläger** vertritt die Ansicht, dass die Unzulässigkeit des Vertragspunktes 9.1. und von Teilen des Vertragspunktes 13. zwingend auch zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung führe. Es sei gröblich benachteiligend, dass dem Leasingnehmer verschuldensunabhängig die gleichen Ersatzpflichten auferlegt würden. Aber auch bei Verschulden des Leasingnehmers sei die Klausel gröblich benachteiligend, weil der Ersatzanspruch des Leasinggebers erheblich über seinem tatsächlichen Schaden liege. Die Kosten, die sich der Leasinggeber durch die vorzeitige Vertragsbeendigung für die Restlaufzeit erspare (Refinanzierungskosten und sonstige laufzeitabhängige Kosten) würden bei der Berechnung des Ersatzanspruchs nur teilweise berücksichtigt. In der Klausel sei lediglich eine Abzinsung der noch ausstehenden

Leasingraten mit einem halben durchschnittlichen 3-Monats-EURIBOR vorgesehen, was weit unter den tatsächlichen Refinanzierungskosten des Leasinggebers liege. Auch sehe die Klausel bei vorzeitiger Vertragsauflösung ohne Verschulden des Leasingnehmers keine Ermäßigung der noch ausstehenden Leasingraten und des Restwerts um die darin enthaltenen Gewinnanteile vor. Entgegen § 1336 Abs 3 ABGB behalte sich der Leasinggeber die Geltendmachung weitergehender Schadenersatzansprüche vor, ohne dass dies im Einzelnen ausgehandelt worden wäre.

Die **Beklagte** erwidert, die Klausel sei unabhängig vom Verschulden des Leasingnehmers an der Vertragsauflösung sachlich angemessen. Bei Verschulden des Leasingnehmers stehe dem Leasinggeber ein auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Schadenersatzanspruch zu, der in dem ursprünglich vereinbarten Vertragsentgelt abzüglich der durch die vorzeitige Vertragsauflösung ersparten Kosten bestehe. Es handle sich um keine Konventionalstrafklausel, weshalb § 1336 Abs 3 ABGB nicht anzuwenden sei. Auch im Fall eines vom Leasingnehmer nicht verschuldeten Unfalls trage dieser die Preisgefahr und hätte die Leasingraten zu bezahlen. Die beanstandete Regelung führe sogar zu einer Besserstellung des Leasingnehmers, weil er von der Verpflichtung zur Bezahlung der laufzeitabhängigen Kosten befreit werde.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel auch im Fall eines Verschuldens des Leasingnehmers als gröblich benachteiligend, weil der durch die Klausel begründete Ersatzanspruch des Leasinggebers regelmäßig erheblich über dem tatsächlichen Schaden liege. Dem Leasingnehmer werde ein großer Teil der Refinanzierungskosten, die sich der Leasinggeber durch die vorzeitige Auflösung des Vertrags

erspare, nicht angerechnet. Auch unter dem Blickwinkel des § 1336 Abs 3 ABGB sei die Klausel unzulässig.

Das **Berufungsgericht** hielt fest, dass die Unzulässigkeit der Klauseln 9.1. sowie 13.2. bis 13.4. auch zur Unzulässigkeit der hier zu behandelnden Klausel 17.1. führe.

Richtig ist, dass die Verweise auf die bereits als unzulässig erkannten Klauseln 9.1. sowie 13.2. bis 13.4. auch die Unzulässigkeit der hier vorliegenden Klausel nach sich zieht (RIS-Justiz RS0122040).

Der Nichterfüllungsschaden bei Auflösung eines Leasingvertrags begründet einen „echten“ Schadenersatz, denn bei der vorzeitigen Vertragsauflösung und Rücknahme des Leasingobjekts durch den Leasinggeber mangels Nutzungsmöglichkeit durch den Leasingnehmer ist die Zahlung des Nichterfüllungsschadens kein Entgelt für eine Lieferung oder sonstige Leistung, sondern tritt an die Stelle der vereinbarten Leistung (RIS-Justiz RS0037944). Bei der Pauschalierung des zu leistenden Schadenersatzes für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung handelt es sich um eine Konventionalstrafe (RIS-Justiz RS0032097). Der dem Leasinggeber im Zusammenhang mit einer vom Leasingnehmer verschuldeten vorzeitigen Vertragsauflösung zustehende Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung entspricht spiegelbildlich dem Erfüllungsinteresse. Zu seiner Ermittlung ist von der noch ausstehenden Leistung des Leasingnehmers, den restlichen Leasingraten und der Rückgabe des Fahrzeugs mit Restwertabsicherung auszugehen; der Leasinggeber hat im Wege der Vorteilsausgleichung und seiner Schadenminderungspflicht den Wert der noch nicht erbrachten Leistung abzuziehen (RIS-Justiz RS0018461).

Nach der Klausel ist der Leasingnehmer auch zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, wenn ihn an der vorzeitigen Vertragsauflösung kein Verschulden trifft oder sogar dann, wenn dem Leasinggeber selbst ein Verschulden anzulasten ist. Das führt zu einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB (vgl auch 3 Ob 12/09z [Klausel 16]).

Da hier eine Konventionalstrafe vereinbart wurde, gilt § 1336 Abs 3 ABGB, nach dem es einem Verbraucher gegenüber im Einzelnen ausgehandelt werden muss, dass der Gläubiger neben der Konventionalstrafe den Ersatz eines diese übersteigenden Schadens geltend machen kann.

Klausel 27:

17.2. Der Leasinggeber ist berechtigt, alle Verwertungskosten - mindestens aber 509 EUR zzgl USt - dem Leasingnehmer zu belasten.

Der **Kläger** bekämpft die Klausel als gröblich benachteiligend, weil sie sachlich nicht gerechtfertigt sei. Es sei auch überraschend, dass der Leasingnehmer den Spesenersatz auch dann zu bezahlen habe, wenn er das Fahrzeug selbst erwerbe. Schließlich verstoße die Bestimmung gegen § 9 PrAG, weil Preise einschließlich der Umsatzsteuer auszuzeichnen seien. Insofern sei die Klausel auch intransparent.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsgefahr und erachtet die Klausel für sachlich gerechtfertigt, weil ihr bei der Verwertung des Fahrzeugs bei vorzeitiger Rückgabe üblicherweise Kosten von mindestens 509 EUR entstünden.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel im Sinn des § 864a ABGB als überraschend und gröblich benachteiligend. Es folgte im Übrigen der Argumentation des Klägers.

Das **Berufungsgericht** schloss sich der Rechtsmeinung an, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil der Leasingnehmer zum Ersatz von Verwertungskosten verpflichtet sei, unabhängig davon, ob derartige Kosten überhaupt entstanden seien.

Punkt 17 der AGB ist mit „vorzeitiger Vertragsauflösung“ überschrieben. Bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung ist daher der Leasingnehmer auch dann zur Leistung des Schadenersatzes verpflichtet, wenn die Beklagte die vorzeitige Auflösung verschuldet hat, was gröblich benachteiligend ist (3 Ob 12/09z [Klausel 16]).

Außerdem wird entgegen § 6 Abs 3 KSchG dem Leasingnehmer dadurch ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt, weil ihm zwar ein Minimum der zu erwartenden Verwertungskosten genannt wird, er aber generell zum Ersatz aller Verwertungskosten verpflichtet wird, wobei offen bleibt, welche (zusätzlichen) Kosten oder Kostenarten auf ihn zukommen und in welchem Ausmaß sie unter welchen Umständen angelastet werden können. Es erfolgt auch keine Beschränkung auf nur zweckmäßige Verwertungshandlungen.

Die Festsetzung eines Minimums von Verwertungskosten ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Verwertungsaufwand anfällt, ist für den zahlungspflichtigen Leasingnehmer gröblich benachteiligend, etwa wenn der Leasingnehmer von vornherein erklärt, das Leasingobjekt selbst zu kaufen oder einen Käufer präsentiert. Es ist auch nicht klar, welche Maßnahmen vom konkret genannten Betrag gedeckt sind.

Klausel 28:

18.1. Sofern zwingende Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes nicht entgegenstehen, ist Salzburg Wahlgerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem

Bestand und der Auflösung des Leasingvertrags.

Der **Kläger** hält die Klausel für intransparent, weil nicht klar sei, welche zwingenden gesetzlichen Vorschriften der Gerichtsstandsvereinbarung entgegenstünden. Die Regelung des § 14 Abs 3 KSchG werde verschwiegen.

Die **Beklagte** stützt sich nur darauf, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen sei.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** beriefen sich auf das Zugeständnis der Unzulässigkeit der Klausel.

Die Wiederholungsgefahr ist, wie dargelegt, gegeben.

Klausel 29:

19.2. Der Leasingnehmer muss dem Leasinggeber auch umgehend von Veränderungen seiner wirtschaftlichen Lage und vom Eintritt sonstiger, im Vertragspunkt „vorzeitige Vertragsauflösung“ erwähnten Umstände verständigen. Erklärungen des Leasinggebers können rechtswirksam an die ihm zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Leasingnehmers gesandt werden. Sind mehrere Leasingnehmer und/oder Sicherstellung leistende Dritte vorhanden, wird der auf der ersten Stelle des Vertrags als erster bezeichnete Leasingnehmer zum Zustellungsbevollmächtigten bestellt. Er erhält die Erklärungen mit Rechtswirksamkeit für alle vorgenannten Personen zugestellt.

Der **Kläger** erblickt darin eine Intransparenz, weil für den Leasingnehmer unklar bleibe, unter welchen Umständen er dem Leasinggeber schriftlich Mitteilung machen müsse. Die Zugangsfiktion sei gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässig. Gleiches gelte für die Vereinbarung eines Zustellungsbevollmächtigten. Überraschend sei, dass der als erster bezeichnete Leasingnehmer als

Zustellungsbevollmächtigter gelte, weil der Leasingnehmer nicht damit rechnen müsse, dass die Reihenfolge der Nennung der Namen im Leasingvertrag derartige Rechtsfolgen nach sich ziehe. Bei Solidarschuldern eines von einem in § 25a KSchG genannten Unternehmer gewährten Kredits widerspreche dies § 25b Abs 1 KSchG. Die Bestimmung gelte auch für Finanzierungsleasinggeschäfte.

Die **Beklagte** verneint eine Wiederholungsgefahr und hält die Klausel für gesetzmäßig. Nach der Klausel bestehe nicht die Verpflichtung zur Meldung jeglicher Veränderung der wirtschaftlichen Lage, sondern offenkundig nur für solche, die eine wesentliche Verschlechterung darstellten. Die Vereinbarung eines Zustellungsbevollmächtigten sei kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Die Klausel sehe die Bevollmächtigung bloß eines der Leasingnehmer vor, sodass es die Leasingnehmer in der Hand hätten, den Zustellungsbevollmächtigten zu bestimmen, indem sie diesen als ersten Leasingnehmer im Leasingvertrag bezeichnen. Es sei generell nicht einzusehen, warum es einem Verbraucher verwehrt sein solle, einen Dritten zu bevollmächtigen, für ihn Willenserklärungen entgegen zu nehmen.

Das **Erstgericht** folgte dem Standpunkt des Klägers.

Das **Berufungsgericht** erkannte die Klausel als intransparent, weil unklar sei, was unter „Veränderungen der wirtschaftlichen Lage“ gemeint sei, wovon der Leasinggeber zu verständigen sei. Bei kundenfeindlichster Auslegung bestehe die Möglichkeit der Zustellung von Erklärungen des Leasinggebers an eine von einem Dritten „zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Leasingnehmers“. In solchen Fällen wäre nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG die Vereinbarung einer

Zugangsfiktion nicht verbindlich. Auch die Vereinbarung eines Zustellungsbevollmächtigten laufe § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zuwider und sei überraschend nach § 864a ABGB, bliebe es doch dem Zufall überlassen, welche Person im Leasingvertrag als erste bezeichnet werde.

Auch hier wird auf die unwirksame Klausel 13 verwiesen, weshalb auch der Klauselteil zur Verständigungspflicht hinsichtlich Veränderungen der wirtschaftlichen Lage des Leasingnehmers unwirksam ist (RIS-Justiz RS0122040).

Überdies spezifiziert die Klausel nicht, welche Veränderungen der Leasingnehmer zu melden hat. Es ist davon nach dem Wortlaut jede geringfügige Änderung der wirtschaftlichen Lage betroffen. Dieser Eindruck wird durch das „und“ im Text verstärkt, weil damit eine Meldepflicht indiziert wird, die über die in Klausel 13 genannten Umstände hinausgeht, also geringfügigere Veränderungen betreffen muss.

Nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG sind Vertragsbestimmungen nicht verbindlich, wenn eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die ihm nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendete Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekannt gegeben hat. Bei kundenfeindlichster Auslegung ist die Zustellung an eine dem Leasinggeber zuletzt bekannt gewordene Anschrift des Leasingnehmers zulässig und wirksam, egal welche Person ihm diese Anschrift mitgeteilt hat. Dies verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil die Zugangsfiktion nur dann greift, wenn der Verbraucher dem

Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift selbst bekannt gegeben hat, nicht aber, wenn ihm die Adresse sonst wie bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0106801, RS0106804).

Die Bestimmung, dass bei mehreren Leasingnehmern und/oder Sicherstellung leistenden Dritten der auf der ersten Seite des Vertrags an erster Stelle bezeichnete Leasingnehmer von den anderen zum Zustellungsbevollmächtigten bestellt wird, ist ungewöhnlich, überraschend und benachteiligend nach § 864a ABGB. Ein durchschnittlicher Leasingnehmer muss nicht damit rechnen, dass auch aus einer willkürlich gewählten Reihenfolge der Leasingnehmer im Vertragsformular derart gravierende Rechtsfolgen abgeleitet werden, zumal es nicht immer die Leasingnehmer selbst sein müssen, die das Vertragsformular ausfüllen. Ein Leasingnehmer muss nicht damit rechnen, dass auf die Reihenfolge der Namen Bedacht zu nehmen ist, um sicherzustellen, dass entweder ihm persönlich (als Zustellungsbevollmächtigten) die Erklärungen des Leasinggebers zugestellt werden oder dass jedenfalls eine Person Zustellbevollmächtigter wird, der ihm für diese Funktion verlässlich erscheint. Es ist nicht einmal zu erwarten, dass dem zufällig an erster Stelle stehenden Leasingnehmer klar wird, dass ihm die Funktion eines Zustellungsbevollmächtigten zukommt und ihn den Mitleasingnehmern gegenüber Verständigungspflichten treffen.

Klausel 30:

19.4. Sind einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ungültig, bleibt die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen unberührt. Eine ungültige Bestimmung ist durch eine sinngemäße gültige Bestimmung zu ersetzen.

Der **Kläger** bekämpft die salvatorische Klausel

als unzulässig nach § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** wendet nur ein, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen sei.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** verwiesen darauf, dass die Wiederholungsgefahr weiter gegeben sei.

Die Wiederholungsgefahr besteht wie dargelegt.

Klausel 31:

19.5. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.

Der **Kläger** beanstandet einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** führt nur aus, dass diese Klausel unverändert in die neuen AGB aufgenommen worden sei.

Das **Erstgericht** erkannte eine Verletzung des § 10 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** verweist darauf, dass die Berufung dem nichts Substantielles entgegenhalte, indem sie das erstinstanzliche Vorbringen lediglich wiederhole. Ein Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG liege auf der Hand.

Die **Revision** bekämpft neuerlich die Klausel mit der Begründung, dass diese unverändert in die neuen AGB aufgenommen sei. Da die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt ist, ist auf die Klausel nicht weiter einzugehen.

Klausel 32:

21. Informationen für Ehegatten gemäß Konsumentenschutzgesetz § 25a

21.1. Falls Ehegatten solidarisch haften, kann von jedem Schuldner in beliebiger Reihenfolge der volle Schuldbetrag verlangt werden, ohne Rücksicht darauf, wem von ihnen die Kreditsumme zugekommen ist.

21.2. Die Haftung bleibt auch bei Auflösung der Ehe aufrecht.

21.3. Nur das Gericht kann im Fall der Scheidung die Haftung eines Ehegatten auf eine Ausfallsbürgschaft beschränken (§ 98 Ehegesetz), was binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung beantragt werden müsste.

Der **Kläger** stützt sich auf § 25a KSchG, wonach der Ehegatte, der Verbraucher sei, durch Übergabe einer gesonderten Urkunde über die dort genannten Umstände zu belehren sei. Die Belehrung innerhalb der AGB reiche nicht aus.

Die **Beklagte** bestreitet die Wiederholungsfahr, weil seit Juni 2007 auch ein eigenes Formblatt vorgesehen sei. Sie verweist darauf, dass die Klausel nur Informationen enthalte, aber nicht den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen vorsehe. Mangels normativen Inhalts könne sie nicht unwirksam sein.

Das **Erstgericht** schloss sich der Auffassung des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** sprach aus, dass die Aufnahme der Belehrung nach § 25a KSchG in die AGB - offenbar anstelle der Übergabe einer gesonderten Urkunde, wie dies in dieser Bestimmung gefordert werde - deren Intransparenz bewirke. Im Rahmen der abstrakten Inhaltskontrolle im Verbandsprozess sei davon auszugehen, dass der Verbraucher über seine Rechte nach § 25a KSchG im Unklaren bleibe und dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden könnte. Die Aufnahme dieser Belehrung könnte die wahre Rechtslage verschleiern, sodass die Klausel intransparent sei.

Die Klausel ist mit „Informationen für Ehegatten

gemäß § 25a KSchG“ überschrieben. Damit wird beim Leasingnehmer der Eindruck erweckt, er habe bereits eine korrekte Belehrung nach § 25a KSchG erhalten, auch wenn dies, von der Beklagten unbestritten, mangels Übergabe einer gesonderten Urkunde nicht der Fall ist. Durch die Klausel wird die Rechtsposition des Leasingnehmers unvollständig dargestellt, weil eben der Hinweis fehlt, dass die Übergabe einer gesonderten Urkunde Voraussetzung für eine gesetzmäßige Belehrung ist. Wird - aus welchen Gründen immer - keine gesonderte Urkunde übergeben, wird der Leasingnehmer über seine Rechtsposition, nämlich ob er ordnungsgemäß belehrt wurde, in die Irre geführt.

Klausel 33:

22.1. Der Leasinggeber ist berechtigt, Daten des Leasingnehmers insbesondere zu Zwecken des Gläubigerschutzes und zur Geschäftsabwicklung auch an mithaftende, konzernverbundene Unternehmen (wie zB BMW Austria Bank AG, Alphabet Austria Fuhrparkmanagement GmbH, BMW Austria GmbH) und dem BMW-Vertragshändler zu übermitteln sowie selbst bankübliche Auskünfte über den Leasingnehmer einzuholen.

Der **Kläger** hält die Klausel für intransparent. Die Zustimmungserklärung entspreche nicht § 4 Z 14 DSGVO. Dem Verbraucher werde die Tragweite der Bestimmung verschleiert, weil sowohl unklar bleibe, an wen der Leasinggeber Daten tatsächlich weitergeben dürfe, als auch, welche Daten weitergegeben werden sollten. Es fehle auch an einer Aufklärung über das dem Leasingnehmer gesetzlich zustehende Widerrufsrecht.

Die **Beklagte** stützt sich nur auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Das **Erstgericht** schloss sich dem Standpunkt des

Klägers an.

Das **Berufungsgericht** verwies auf das Bestehen der Wiederholungsgefahr.

Die Wiederholungsgefahr ist zu bejahen.

Klausel 34:

22.2. Die vorgenannte Ermächtigung gilt auch als ausdrückliche Zustimmung für eine Auskunftserteilung gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG (Bankgeheimnis).

Der **Kläger** beanstandet einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG. Eine wirksame Entbindung von Bankgeheimnissen setze gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG eine ausdrückliche und vom Kunden unterschriebene Erklärung voraus. Eine Aufnahme in die nicht unterfertigten AGB genüge nicht. Außerdem müsse über das Widerrufsrecht aufgeklärt werden.

Die **Beklagte** bestreitet, dass auf die Widerrufsmöglichkeit hingewiesen werden müsse.

Das **Erstgericht** schloss sich der Auffassung des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** verwies auf die oberstgerichtliche Judikatur und erkannte die Klausel als unwirksam.

In der **Revision** bestreitet die Beklagte nur mehr das Vorliegen der Wiederholungsgefahr, die aber zu bejahen ist.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Der **Kläger** begehrt die Veröffentlichung des stattgebenden Urteilsspruchs in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Neuen Kronen-Zeitung“ in der im Bundesland Salzburg erscheinenden Ausgabe.

Die **Beklagte** wendet ein, dass sich die AGB nur an den jeweiligen Vertragspartner richteten und nicht mit

einer sich an einen großen unbegrenzten Personenkreis richtenden Werbung vergleichbar seien. Es bedürfe keiner weit gestreuten Information der beteiligten Verkehrskreise. Bei der „Neuen Kronen-Zeitung“ handle es sich um die auflagenstärkste Tageszeitung im Bundesland Salzburg mit einer Reichweite von 45,7 %. Angesichts der Einwohnerzahl des Bundeslandes Salzburg erreiche die „Neue Kronen-Zeitung“ sohin 242.544 Personen. Dem stünden derzeit lediglich 6.357 Verbraucher als Vertragspartner der Beklagten gegenüber.

Das **Erstgericht** gab dem Veröffentlichungsbegehren statt. Es liege im Interesse der potenziellen und der aktuellen Kunden der Beklagten zu erfahren, dass der Beklagten verboten worden sei, bestimmte Klauseln in ihren AGB zu verwenden und sich darauf zu berufen. Das Interesse daran sei als sehr hoch einzustufen. Das Veröffentlichungsbegehren sei angemessen.

Das **Berufungsgericht** verwies auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofs. Die Urteilsveröffentlichung solle gerade auch ein weiteres Umsichgreifen einer unrichtigen Meinung verhindern. Durch die Aufklärung solle die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und ihnen damit erleichtert werden, ihr Recht gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen.

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die

Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern, wie die Beklagte meint - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963).

Die begehrte Veröffentlichung ist angemessen (vgl 3 Ob 12/09z, 2 Ob 1/09z zum Finanzierungsleasing).

Die Vorinstanzen haben daher zutreffend dem Klagebegehren stattgegeben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 11. Mai 2011
Dr. H u b e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG