

Schriftenreihe Bank- und Kapitalmarktrecht
Herausgegeben von
Silvia Dullinger und Claudia Kaindl

Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell
Jahrbuch 2011/2012



JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ | JKU
Institut für Bankrecht

MANZ 

dern die Frage der Versorgungssicherheit. Und im Bereich des Finanzmarktrechts geht es um nichts Geringeres als um die Frage, wie die in der modernen Volkswirtschaft so wichtige Sparfunktion und Kreditfunktion sichergestellt werden kann. Eine staatliche Regulierung, die von der Vorstellung geleitet wäre, dass Finanzinstitute nur „mündelsicher“ veranlagen dürfen, würde dazu führen – die letzten Jahre haben das ganz deutlich werden lassen –, dass der Wirtschaft nicht in ausreichendem Maße Kredite zur Verfügung stehen, was die nächste Krise – die „Investitionskrise“ – zur Folge hätte.

Die Wissenschaft vom öffentlichen Wirtschaftsrecht steht zugleich unabweislich im europäischen Kontext: Der nationalen Regulierung sind heute enge Grenzen gesetzt. Würde der österreichische Gesetzgeber im Alleingang bestimmte Finanzprodukte vorsorglich verbieten, so würden diese Produkte vom heute mobilen Publikum jenseits der Staatsgrenzen nachgefragt. Österreichische Institute hätten Geschäftseinbußen und regulatorisch wäre nichts gewonnen.

Damit schließt sich allerdings der Kreis. Am Beginn der Überlegungen stand die Skepsis, inwieweit ein Ausbau von Behördenstrukturen auf der europäischen Ebene überhaupt einen Beitrag zur Vermeidung und Bewältigung von Krisen bringen kann. In letzter Konsequenz wird freilich deutlich, dass die Schwerpunktverlagerung der Aufsichtszuständigkeiten einen Schritt, und zwar einen notwendigen ersten Schritt, zu einer krisenvermeidenden harmonisierten Regulierungspolitik bildet.

Teil 3

Aktuelle Judikatur in Leitsätzen

I. Geschäftsverbindung im Allgemeinen

A. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Martina Eliskases / Jakob Keplinger

OGH 6 Ob 134/10 i¹: *Schutzbereich des § 879 Abs 3 ABGB*

Gegenstand des Verfahrens war die von einem Inkassobüro in AGB verwendete Klausel:

Die Kosten der außergerichtlichen [...] und gerichtlichen Beteiligungen werden im Namen des Auftraggebers gegen den Schuldner geltend gemacht.

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB schützt dabei nur die **Vertragspartner des AGB-Verwenders**, aber keine vertragsfremden Dritten. Dies ergibt sich schon durch eine grammatikalische Auslegung des § 879 ABGB, spricht doch dessen Abs 1 ausdrücklich vom „Vertrag“; auch der Begriff „beiderseitig“ in § 879 Abs 3 ABGB weist auf die Bedachtnahme der Leistungen und Verpflichtungen der Vertragspartner, nicht auf jene Dritter hin.

OGH 5 Ob 42/11 d²: *Generelle Haftungsfreizeichnung für Fahrlässigkeit gesetzwidrig*

Der OGH hatte folgende Klausel zu beurteilen:

Haftungsbeschränkungen: Die Haftung der Bank ist zudem bei leichter Fahrlässigkeit in folgenden Fällen ausgeschlossen: Verzögerungen, Nicht- oder Fehldurchführung von Aufträgen, insb infolge Zweifels an der Identität des Auftraggebers sowie nicht eindeutig formulierten, unvollständigen oder fehlerhaft erteilten Aufträgen; Störungen der und unberechtigte Eingriffe in die zur Auftragsentgegennahme und Weiterleitung verwendeten Kommunikationsmittel/-wege (bei Störungen ist der Kunde verpflichtet, sämtliche andere mögliche Kommunikationsmittel/-wege auszuschöpfen); Systemstörungen und unberechtigte Eingriffe bei der Bank oder bei den zur Durch-

¹) ÖBA 2011/1701, 203 = RdW 2011/74, 81 = Zak 2010/631, 363.

²) JusGuide 2011/30/9020.

führung des Auftrages von der Bank benutzten Unternehmen; erfolgte Sperren und Zugriffsbeschränkungen; verspätet, fehlerhaft oder nicht zur Verfügung gestellte Informationen, Kurse, Stück/Kennzahlen; Stammdaten oder Research-Daten; verspätete, fehlerhaft oder nicht erteilte Informationen über Auftragsdurchführungen und -stornierungen; fehlerhaft, verspätet oder nicht durchgeführte Zwangsverwertungen. Auch für andere Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, insb für entgangenen Gewinn, ist die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen.

Die inkriminierte Klausel enthält in ihrem ersten Satz die Aufzählung einer Vielzahl von Tatbeständen, für die die **Haftung bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen** sein soll, und erweitert diesen Haftungsausschluss in ihrem zweiten Satz auch auf andere Schäden, „welcher Art und Ursache auch immer“. Die Aufzählung der einzelnen Tatbestände im ersten Satz erweckt dabei den Eindruck, eine abschließende Auflistung zu sein. Anders als nach dieser Formulierung zu erwarten wäre, schließt an die Aufzählung einzelner Pflichtverletzungen im zweiten Satz die generalklauselartige Erweiterung des Haftungsausschlusses zur umfassenden – und damit jedenfalls **unzulässigen**³⁾ – Freizeichnung für leicht fahrlässige Schädigung. Die Aneinanderreihung der Einzelatbestände dient damit der Verschleierung des verpönten Zwecks der Klausel, nämlich dem in Wahrheit angestrebten **generellen Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit**.

Damit wird durch den ersten Satz der Klausel ein unzutreffendes und unklares Bild vermittelt, sodass er mit dem **Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG** nicht in Einklang gebracht werden kann. Da der Prozess als **Verbandsprozess** geführt wurde und in solchen eine **geltungserhaltende Reduktion** von an sich unzulässigen Bestimmungen nicht in Betracht kommt, ließ der OGH die Frage, ob in der Aufzählung der speziellen Haftungsausschlüsse materiell eigenständige, zulässige Regelungsbereiche enthalten sind, offen. Im Ergebnis wurde daher die gesamte Klausel als unzulässig qualifiziert.

HG Wien 30 Cg 197/10 p: *Nachträgliche Sicherheitenbestellung; Konvertierung eines Fremdwährungskredites*

Das HG Wien hatte im Verbandsprozess folgende Klauseln zu beurteilen:

Z 47: Das Kreditinstitut kann vom Kunden für alle Ansprüche aus der mit ihm bestehenden Geschäftsverbindung die Bestellung angemessener Sicherheiten innerhalb angemessener Frist verlangen, und zwar auch dann, wenn die Ansprüche bedingt, befristet oder noch nicht fällig sind.

Aus dem Wortlaut der Klausel ist weder eine Einschränkung auf die Bestellung von Sicherheiten im Zusammenhang mit der Anspruchsentstehung zu ersehen noch wird irgendein Parameter aufgestellt, der zur Beurteilung der Angemessenheit der Sicherheit und der Frist herangezogen werden könnte. Da keine genauen Umstände festgelegt sind, die eine **Sicherheitenbestellung** de-

³⁾ So bereits 4 Ob 179/02f – SZ 2002/153 = ÖBA 2003/1090, 141; 4 Ob 221/06p – ÖBA 2007/1450, 981 mit Anm Rummel; 10 Ob 70/07b – ÖBA 2009/1588, 922.

terminieren, hat damit das Kreditinstitut die Möglichkeit, jederzeit die Bestellung von Sicherheiten zu verlangen. Die Klausel ist daher **intransparent** iSd § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Z 48 Abs 1: Wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen, ist das Kreditinstitut berechtigt, die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Dies ist insb dann der Fall, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachteilig verändert haben oder zu verändern drohen oder die vorhandenen Sicherheiten sich wertmäßig verschlechtern haben oder zu verschlechtern drohen.

Abs 2: Dies gilt auch, wenn bei Entstehung der Ansprüche die Bestellung von Sicherheiten nicht verlangt wurde.

Diese Klausel ist ebenfalls **intransparent** iSd § 6 Abs 3 KSchG, da hier die nachträgliche Änderung des Risikos nach der rein subjektiven Einschätzung der Bank als auslösend für die nachträgliche Forderung von Sicherheiten dient. Es sind keinerlei Umstände angeführt, die auch nur bspw darlegen, wie es zu einer erhöhten Risikobewertung kommen könnte. Die Klausel ist darüber hinaus auch im Hinblick auf das Erfordernis der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden unbestimmt. Es wird hier weder dargelegt, in welchem Ausmaß sich diese nachteilig zu verändern haben, um eine **Nachbesicherung** zu rechtfertigen, noch woraus sich ergibt bzw wie zu beurteilen ist, dass sich diese Verhältnisse zu verändern drohen. Gleiches gilt für die Werthaltigkeit von bereits vorhandenen Sicherheiten.

Z 75: Das Kreditinstitut ist auch berechtigt, einen in Form der Währung aushaftenden Schuldsaldo unter Anzeige an den Kunden in inländische Währung umzuwandeln, wenn sich durch die Kursentwicklung der fremden Währung das Kreditrisiko erhöht und das Kreditinstitut innerhalb angemessener Frist keine ausreichende Sicherstellung erlangt. [...]

Die gewählte Formulierung ist derart unbestimmt, dass für den Verbraucher nicht erkennbar ist, bei welchem Ausmaß der Erhöhung des Kreditrisikos die Bank mangels Bestellung von Sicherheiten eine **Konvertierung des Fremdwährungskredites** vornehmen kann; insb ist nicht festgelegt, welche Änderungen des Wechselkurses für eine mögliche Konvertierung auslösend sein sollen. Unbestimmt ist auch, was eine ausreichende Sicherstellung sein soll, sodass die Klausel iSd § 6 Abs 3 KSchG als **intransparent** zu qualifizieren ist.

OGH 3 Ob 107/11 y⁴⁾: *Preisgleitklauseln in Kontoverträgen nach dem ZaDiG unzulässig*

Der OGH hatte folgende Klausel zu beurteilen:

Bei Rechtsgeschäften mit Verbrauchern wird das Kreditinstitut Entgelte für Dauerleistungen (ausgenommen Zinsen) einmal jährlich am 1. Juli, erstmals an jenem

⁴⁾ ÖBA 2012/1768, 53 = EvBl 2012/5 = Zak 2011/549, 296 = VRInfo H 8, 2 = JusGuide 2011/33/9087.

1. Juli, der dem Abschluss des Vertrages folgt, in dem prozentuellen Ausmaß senken oder erhöhen, das der Veränderung des von der Statistik Austria veröffentlichten Verbraucherpreisindex 2000 (VPI) oder des an seine Stelle tretenden Index entspricht. Diese Veränderung wird gemessen am Durchschnitt der Indexzahlen für das vorletzte Kalenderjahr gegenüber dem Durchschnitt der Indexzahlen für das letzte Kalenderjahr.

Nach § 29 Abs 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in einer bestimmten Weise vorzuschlagen, wobei Schweigen unter gewissen Voraussetzungen als Zustimmung gilt. In § 29 Abs 2 S 1 ZaDiG ist vorgesehen, dass „Änderungen der Zinssätze oder der Wechselkurse [...] unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden“ können, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die Änderungen auf den vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhen. § 29 ZaDiG weist eine gewisse Widersprüchlichkeit auf, als die Überschrift auf „**Änderungen des Rahmenvertrags**“ Bezug nimmt; in Abs 2 werden dagegen zwei Fälle angeführt, die keine Änderung des Rahmenvertrags bewirken, sondern die Umsetzung einer vorweg vereinbarten **Anpassung der Zinssätze oder der Wechselkurse** betreffen.

Der Umstand, dass in § 29 Abs 2 S 1 ZaDiG ausdrücklich zwei Fälle angeführt sind, in denen eine Änderung von im Rahmenvertrag grundgelegten Bedingungen ohne Einhaltung des in Abs 1 vorgesehenen Verfahrens möglich ist, spricht dafür, dass die Überschrift „Änderungen des Rahmenvertrags“ im Vergleich zum Wortlaut der Bestimmung selbst zu eng gefasst wurde, werden doch **auch Vorweg-Änderungsermächtigungen** grundsätzlich diesen „Änderungen“ subsumiert, aber in zwei Fällen ohne das Verfahren nach Abs 1 zugelassen. Hinweise darauf, dass es sich nur um eine demonstrative Aufzählung handelt, gibt es im Gesetzeswortlaut selbst nicht, ebenso wenig solche auf eine planwidrige Unvollständigkeit, geht doch auch die Richtlinie⁵⁾ genau von denselben Prämissen aus. Daraus ist zu schließen, dass – neben unmittelbaren Änderungen des Rahmenvertrags – auch vorweg vereinbarte Ermächtigungen zu einseitigen Anpassungen oder Änderungen der vertraglichen Bedingungen dem Regime des § 29 Abs 1 ZaDiG unterliegen, sofern nicht einer der beiden ausdrücklich angeführten Ausnahmefälle vorliegt.

Daher ist in **allen** nicht in § 29 Abs 2 S 1 ZaDiG angeführten **Fällen einer Änderung der Entgelte** nach dem Abschluss des Rahmenvertrags **die in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise einzuhalten**, also insb die

⁵⁾ Gemeint ist hier Art 44 der ZahlungsdiensteRL 2007/64/EG, welchen § 29 ZaDiG in innerstaatliches Recht umsetzt. Ausführlich zu Art 44 ZahlungsdiensteRL: B. Koch, Wichtige Aspekte der Zahlungsdienste-Richtlinie, in Dullinger/Kaindl (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 – Das Jahrbuch (2009) 267.

(ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers einzuholen. Die Klausel widerspricht daher dem Gesetzeswortlaut des § 29 ZaDiG.

- Anm Langer, VRInfo H 8, 2.
- Anm Koch, ÖBA 2012, 55.
- Anm Fichtinger, EvBl 2012/5.

OLG Wien 2 R 207/10 s⁶⁾: Klauseln der ABB verstoßen gegen das ZaDiG

Das OLG Wien hatte im Verbandsprozess folgende Klauseln zu beurteilen:

Z 2 Abs 1 S 1: Änderungen der AGB oder des Girokontovertrages erlangen nach Ablauf von zwei Monaten ab der Verständigung des Kunden Rechtsgültigkeit für alle gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsbeziehungen des Kunden zum Kreditinstitut, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt.

Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG und gegen § 29 Abs 1 iVm § 26 Abs 2 ZaDiG. § 29 Abs 1 ZaDiG ist so auszulegen, dass für den konkreten **Rahmenvertrag Änderungen** vorangekündigt werden müssen. Aus der höchstgerichtlichen Judikatur zum Transparenzgebot ergibt sich, dass sich diese nicht mit formeller Textverständlichkeit begnügt, sondern vielmehr verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind. Es kann einem Verbraucher jedoch nicht zugemutet werden, selbständig und aktiv die dem jeweiligen Rahmenvertrag zugrunde gelegten Vertragsbedingungen zu eruieren. Einem Kunden mit dem mehrere Geschäftsbeziehungen bestehen, muss daher nicht völlig klar sein, welche Verträge von der Änderung betroffen sind. In Ermangelung einer Auflistung, für welche Verträge die Klausel Gültigkeit erhalten soll, ist diese intransparent.

Z 2 Abs 1: Hat der Kunde dem Kreditinstitut keine Anschrift bekannt gegeben und wurde auch keine Vereinbarung über die Zustellung getroffen, so ist der Aushang der geänderten AGB im Schalteraum des Kreditinstitutes maßgebend; der erste Satz dieses Absatzes gilt entsprechend.

Die Klausel ist als unzulässiger Vertragsbestandteil iSd § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu beurteilen. Aus der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur⁷⁾ ergibt sich, dass eine Klausel, wonach der Bankkunde innerhalb einer Frist Widerspruch gegen eine Änderung von AGB erheben muss, von denen er nur durch **Schalteraushang** verständigt wird, sittenwidrig ist.

⁶⁾ Das zweitinstanzliche Urteil ist nicht rechtskräftig.

⁷⁾ So zB 6 Ob 128/09f (dort Klausel XIV/3) – Dullinger/Kaindl (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell – Jahrbuch 2009/2010 (2010) 195.

Z 15: Werden vom Kunden mittels Telekommunikation Aufträge erteilt oder sonstige Erklärungen abgegeben, so hat er geeignete Vorkehrungen gegenüber Übermittlungsfehler und Missbräuche zu treffen.

Gem § 44 ZaDiG haftet grundsätzlich der Zahlungsdienstleister für **nicht autorisierte Zahlungsaufträge**, es sei denn, den Kunden trifft daran ein Verschulden. Der Kunde haftet für vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflichten gem § 36 ZaDiG oder die Verletzung vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments. § 44 ZaDiG regelt die Haftung des Verbrauchers **zwingend und abschließend**. Eine darüber hinausgehende Vereinbarung, welche auch die inkriminierte Klausel darstellt, verstößt daher gegen diese Regelung.

Z 16 Abs 1: Der Kunde hat Erklärungen des Kreditinstituts, wie zB Bestätigungen von ihm erteilten Aufträgen, Anzeigen über deren Ausführung, Kontoauszüge, Depotaufstellungen, Rechnungsabschlüsse und sonstige Abrechnungen aller Art, sowie Sendungen und Zahlungen des Kreditinstituts auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben.

§ 36 ZaDiG beinhaltet einen abschließenden und zwingenden Pflichtenkatalog der Zahlungsdienstnutzer. Die Pflicht des Kunden bzgl nicht autorisierter oder fehlerhaft ausgeführter Zahlungen beschränkt sich gem § 36 Abs 3 ZaDiG auf eine **Rügeobliegenheit**. Weitere Pflichten, wie sie die gegenständliche Klausel, insb in Form einer **Prüfpflicht**, vorsieht, sind nicht in der Disposition der Parteien. Darüber hinaus ist eine Haftung des Kunden nur in den engen Schranken des § 44 Abs 2 ZaDiG vorgesehen. Der Zahlungsdienstleister darf daher keine diese überschreitende Haftung des Kunden – wie es jedoch in der Klausel der Fall ist – zum Vertragsinhalt machen.

Z 16 Abs 2: Gehen dem Kreditinstitut innerhalb von zwei Monaten keine schriftlichen Einwendungen zu, so gelten die angeführten Erklärungen und Leistungen des Kreditinstituts als genehmigt; das Kreditinstitut wird den Kunden jeweils bei Beginn der Frist auf diese Bedeutung seines Verhaltens hinweisen.

Bei kundenfeindlichster Auslegung sind auch **nicht autorisierte Zahlungsvorgänge** von dieser Bestimmung umfasst. In diesem Kontext ist schon allein das Schriftlichkeitserfordernis der Einwendungserhebung, insb jedoch die **Genehmigungsfiktion** eine unzulässige Verschärfung gegenüber dem zwingenden § 36 ZaDiG.

Z 16 Abs 3: Im Falle einer aufgrund eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges erfolgten Belastung kann der Kunde nur dann eine Berichtigung durch das Kreditinstitut erwirken, wenn er das Kreditinstitut unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges, jedoch spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung, hiervon unterrichtet hat, es sei denn, das Kreditinstitut hat dem Kunden die in Z 39 Abs 8 dieser Bedingungen vorgesehenen Informationen zu dem betreffenden Zahlungsvorgang nicht in der mit ihm vereinbarten Form mitgeteilt oder zugänglich gemacht.

§ 44 Abs 1 ZaDiG besagt, dass der Zahlungsdienstleister des Zahlers diesem im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorganges den entsprechen-

den Betrag unverzüglich zu erstatten hat. Die Verletzung der **Obliegenheit** des § 36 Abs 3 ZaDiG schließt diesen Anspruch nur dann aus, wenn sie für die Erfüllung von kausaler Bedeutung ist. Schon aus der **Berichtigungspflicht gem § 44 Abs 1 ZaDiG** ist abzuleiten, dass, wenn die Bank auf anderem Wege als durch die Rüge des Betreffenden von einer fehlenden Autorisierung erfährt, ein Berichtigungsanspruch nicht von vornherein ausgeschlossen werden darf.

Z 17: Der Kunde hat das Kreditinstitut unverzüglich zu benachrichtigen, falls ihm regelmäßige Mitteilungen des Kreditinstituts (wie zB Rechnungsabschlüsse oder Depotaufstellungen) oder sonstige Mitteilungen oder Sendungen des Kreditinstituts, mit denen der Kunde nach Lage des Falles rechnen musste, nicht innerhalb der Frist, die üblicherweise für die vereinbarte Übermittlung zu veranschlagen ist, zugehen.

Die gegenständliche Klausel firmiert unter dem Kapitel „*Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden*“. Die in der Klausel aufgelisteten Pflichten des Kunden stehen somit pauschal unter Androhung einer Haftung bei Verstößen gegen das Regelwerk. In § 44 Abs 2 ZaDiG findet sich ein *abschließender und zwingender Haftungskatalog*, der in Verbindung mit § 36 Abs 1 ZaDiG regelt, dass der Kunde **nach** Erhalt des Zahlungsinstrumentes alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen hat, um unbefugten Zugriff zu vermeiden. Eine Haftung für Sorgfaltswidrigkeiten **vor** Erhalt des Zahlungsinstrumentes ist somit ausgeschlossen, weshalb die Klausel klar dem ZaDiG widerspricht.

Z 22 Abs 1: Soweit keine Vereinbarung auf bestimmte Dauer vorliegt, können das Kreditinstitut und der Kunde die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Teile davon jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen.

Z 22 Abs 2: Abweichend davon kann bei einem Verbrauchergirokonto der Kunde einen auf unbestimmte Dauer oder einen auf mehr als 12 Monate befristeten Girokontovertrag jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen.

Aus der Klausel geht eine unzulässige Differenzierung der **Kündigungsrechte** zwischen unter und über zwölf Monate befristeten Verträgen hervor. Die inkriminierte Klausel **widerspricht** daher § 30 Abs 1 ZaDiG, der normiert, dass der Kunde den Rahmenvertrag jederzeit kündigen kann, sofern die Parteien nicht eine Kündigungsfrist vereinbart haben.

Z 39 Abs 1: Überweisungsaufträge müssen den Zahlungsdienstleister des Empfängers (BLZ bzw BIC) und die Kontonummer bzw die International Bank Account Number (IBAN) enthalten. Diese Angaben stellen den „Kundenidentifikator“ dar.

Z 39 Abs 5: Macht der Kunde weitergehende Angaben als in Abs 1 festgelegt, so wird der Überweisungsauftrag ausschließlich auf Grundlage des vom Kunden angegebenen Kundenidentifikators (Abs 1) durchgeführt.

§ 35 ZaDiG normiert die *Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters*. Dieser hat gem § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG – soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich – zu überprüfen, ob der **Kundenidentifikator kohä-**

rent ist. Wenn der Kundenidentifikator nicht kohärent ist, hat der Zahlungsdienstleister den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten (§ 35 Abs 4 Z 3 ZaDiG). Es ist kein vernünftiger Grund erkennbar, warum die Prüfung der Übereinstimmung von Name und Kontonummer nicht elektronisch, ohne nennenswerten Zeit- und Kostenaufwand möglich sein sollte. Es ergibt sich daher aus der Formulierung der Klausel, wonach ein Überweisungsauftrag *ausschließlich* auf Grundlage des Kundenidentifikators durchzuführen ist und weitergehende Angaben unbeachtlich seien, bei kundenfeindlicher Auslegung ein Nachteil gegenüber der Bestimmung des § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG, da die Bestimmung der Bank eine Sorgfaltspflicht auferlegt, die eine Überprüfung des Empfängernamens gegebenenfalls beinhaltet.

Z 39 Abs 6: Beim Kreditinstitut eingelangte Überweisungsaufträge können vom Kunden nicht einseitig widerrufen werden.

§ 40 Abs 1 Z 1 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstnutzer einen Zahlungsauftrag nicht mehr widerrufen kann, wenn der Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers **eingegangen** ist⁸⁾. In der inkriminierten Klausel legt die Bekl jedoch fest, dass die Aufträge von Kunden nicht mehr widerrufen werden können, wenn sie beim Kreditinstitut **eingelangt** sind. Dass jedoch nach den in § 38 Abs 2 und 3 ZaDiG geregelten Fällen zwischen dem Einlangenszeitpunkt und dem **Eingangszeitpunkt** mehrere Stunden liegen können, erschließt sich dem Kunden aus der Klausel nicht. Die Klausel ist somit **intransparent** und verstößt gegen § 38 ZaDiG.

Z 39 Abs 7: Sofern das Kreditinstitut die Durchführung eines Überweisungsauftrages ablehnt, wird es den Kunden in der mit dem Kunden vereinbarten Form über die Ablehnung und darüber informieren, wie der Überweisungsauftrag berichtet werden kann, um die Durchführung künftig zu ermöglichen.

§ 39 Abs 2 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstleister, wenn er die **Ausführung des Zahlungsauftrages** ablehnt, dem Zahlungsdienstnutzer dies *so rasch wie möglich*, jedenfalls aber innerhalb der Frist des § 42 ZaDiG mitzuteilen oder zugänglich zu machen hat. Die Klausel verschweigt somit einen für den Kunden maßgeblichen und vom Gesetzgeber eindeutig geregelten Faktor, und zwar, dass die Bank verpflichtet ist, diese Mitteilung *so rasch wie möglich* zu vollziehen. Da sich in der Klausel noch nicht einmal ein Hinweis auf die einschlägige Gesetzesstelle findet, verstößt die Klausel gegen § 39 Abs 2 ZaDiG.

Z 39a Abs 1: Zahlungsaufträge, die nach den für die jeweilige Zahlungsart festgelegten Zeitpunkten oder an einem Tag, der kein Geschäftstag ist, bei dem Kreditinstitut einlangen, werden so behandelt, als seien sie am folgenden Geschäftstag eingegangen.

⁸⁾ Der „Eingangszeitpunkt von Zahlungsaufträgen“ ist in § 38 ZaDiG geregelt.

§ 38 Abs 3 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstleister abweichend von § 38 Abs 1 ZaDiG (also vom regulären **Zahlungseingangszeitpunkt**) gem § 28 ZaDiG festlegen kann, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende eines Geschäftstages eingehen, so behandelt werden, als seien sie am darauffolgenden Geschäftstag eingegangen. Bereits aus dieser Bestimmung ergibt sich die Gesetzwidrigkeit der bekämpften Klausel, da diese den Zeitpunkt, ab dem der Auftrag erst als am folgenden Geschäftstag eingegangen gilt – anders als in § 38 Abs 3 ZaDiG zwingend vorgesehen – nicht als „nahe dem Ende des Geschäftstages“ definiert.

Z 42a Abs 1: Der Kunde stimmt der Belastung seines Kontos mit Beträgen, die von ihm ermächtigte Dritte zu Lasten seines Kontos beim Kreditinstitut einziehen, zu. Diese Zustimmung kann vom Kunden jederzeit schriftlich widerrufen werden. Ein derartiger Widerruf wirkt ab dem seinem Eingang beim Kreditinstitut folgenden Geschäftstag.

Bei verbraucherfeindlicher Auslegung erfasst diese Bestimmung nicht nur formelle Zahlungsaufträge, sondern auch materielle Ermächtigungen zum Einzug, die nicht den Formalvoraussetzungen entsprechen, womit sie aus dem Anwendungsbereich des § 40 ZaDiG fallen. Somit ist der **Widerruf der Einzugsermächtigung** nach ABGB zu beurteilen, wonach der Widerruf gegenüber dem Zahlungsempfänger zu erfolgen hat, um wirksam zu sein. Die Rechtsposition des Zahlers wird im Hinblick auf die Bestimmung des § 1026 ABGB nicht wirksam beschränkt, da die Formulierung zu schwammig und zu ausufernd ist.

Selbst wenn die inkriminierte Klausel nur die Fälle erfasst, in denen eine schriftliche Ermächtigung erteilt wurde und die Ermächtigung auch Kontozahlungen der Bank umfasst, so kann dennoch die Mitteilung über den Widerruf formfrei erfolgen, weshalb das **Schriftlichkeitserfordernis** dieser Klausel **überraschend** iSd § 864a ABGB ist.

Z 43 Abs 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt, für seine Leistungen vom Kunden Entgelte, insb Zinsen, Gebühren und Provisionen zu verlangen.

Z 43 Abs 3: Abs 1 gilt nicht für die jeweilige einmalige Bereitstellung von Informationen an Verbraucher über das Kreditinstitut, über die Nutzung des Zahlungsdienstes, über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse, über die Kommunikation, über Schutz- und Abhilfemaßnahmen, über Änderungen und Kündigung des Kontovertrages und über Rechtsbehelfe, sofern die Bereitstellung in einer mit dem Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung vereinbarten Form erfolgt; [...].

Gem § 27 Abs 1 ZaDiG hat die Bereitstellung von **Informationen** gem § 26 Abs 1, 3, 4 iVm §§ 28–30, 31 Abs 1–4, §§ 32 und 33 ZaDiG durch den Zahlungsdienstleister an den Zahlungsdienstnutzer **unentgeltlich** zu erfolgen. § 26 Abs 4 ZaDiG besagt, dass der Zahlungsdienstnutzer jederzeit während der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrages die Vorlage der Informationen und Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger verlangen kann. Eine Formulierung, die Information werde

einmalig kostenlos zur Verfügung gestellt, ist somit hinsichtlich der Tatsache, dass ggf die Information ja bereits iSd § 27 Abs 1 ZaDiG vor Vertragsschluss ausgehändigt wurde, **intransparent**. Für einen durchschnittlichen Kunden ist aus Abs 3 der angefochtenen Klausel jedenfalls nicht eindeutig zu erkennen, dass er zusätzlich zur vorvertraglichen Information eine weitere kostenlose Bereitstellung der Information begehren kann.

Z 44: Entgelte für Leistungen, die im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrages oder eines Verbrauchergirokontovertrages erbracht werden, fallen nur dann an, wenn sie mit den Kunden vereinbart wurden. Es dürfen dem Zahlungsdienstnutzer nur jene Entgelte verrechnet werden, die ihm vorvertraglich in aufgeschlüsselter Form mitgeteilt wurden.

Die Klausel erwähnt mit keinem Wort, dass **Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten** oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag bereits vor Vertragsschluss zu vereinbaren sind. Hinsichtlich dieser zeitlichen Komponente schweigt die Klausel und widerspricht somit § 27 Abs 2 ZaDiG, weshalb sie unangewendet zu bleiben hat.

Z 45 Abs 2: Mangels anderer Vereinbarung werden die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut erbrachten Dauerleistungen (ausgenommen Zinsen), jährlich mit Wirkung ab dem 1. 4. jeden Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2000 (VPI) angepasst (erhöht oder gesenkt). Die Anpassung wird in jenem Verhältnis vorgenommen, in dem sich der Jahresdurchschnitt des VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahresdurchschnitt des VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat. Erfolgt im Falle der Erhöhung des Verbraucherpreisindex eine Anhebung der Entgelte, aus welchen Gründen immer, nicht, so ist dadurch das Recht auf Anhebung in den Folgejahren nicht verloren gegangen.

§ 29 Abs 1 ZaDiG sieht vor, dass der Zahlungsdienstleister dem Kunden die geplante Änderung des Rahmenvertrages mindestens zwei Monate vor Änderung vorzuschlagen hat. Nach § 29 Abs 2 S 1 ZaDiG können nur mehr Änderungen der Wechselkurse und der Zinssätze aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechenden Entgeltänderungsklausel einseitig vorgenommen werden. In allen anderen Fällen einer **Änderung der Entgelte** muss die im § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise eingehalten werden, also insb die ausdrückliche oder stillschweigende **Zustimmung des Zahlungsdienstleisters** eingeholt werden. Im Ergebnis ordnet die Klausel daher einen von § 29 Abs 1 ZaDiG abweichenden Änderungsmoment an, weshalb sie gem § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam ist⁹⁾.

Z 46 Abs 1: Der Kunde trägt alle aufgrund der Geschäftsverbindung mit ihm entstehenden, notwendigen und nützlichen Aufwendungen, Auslagen, Spesen und Kosten, insb Stempel- und Rechtsgebühren, Steuern, Porti, Kosten für Versicherung, Rechtsvertretung, Betreuung und Einbringung, betriebswirtschaftliche Beratung, Telekommunikation sowie Bestellung, Verwaltung und Verwertung oder Freigabe von Si-

⁹⁾ Vgl 3 Ob 107/11 y, Seite 99.

cherheiten. Kann das Kreditinstitut eine Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchführen oder muss es aufgrund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werden, ist es zur Einhebung eines angemessenen pauschalen Aufwändersatzes gemäß Aushang berechtigt.

In § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG wird abschließend geregelt, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten (§ 27 Abs 2) einen Kostenersatzanspruch geltend machen kann, wenn er dem Kunden Informationen zur Verfügung stellt oder **Nebenleistungen** erbringt, die er vertraglich oder nach dem Gesetz schuldet. Obwohl dabei der Begriff „Entgelt“ verwendet wird, ergibt sich aus dem Inhalt und dem Zweck der Abs 1 und 3, dass in ihnen – anders als in § 27 Abs 2 ZaDiG – der **Aufwändersatzanspruch** des Zahlungsdienstleisters abschließend geregelt werden soll. Kundenfeindlich ausgelegt sieht die Klausel auch bei in § 27 Abs 3 ZaDiG nicht erwähnten Fällen einen Ersatzanspruch der Bank vor, weshalb die Klausel der in § 27 Abs 3 ZaDiG taxativ geregelten Aufzählung widerspricht.

OGH 8 Ob 124/10 h¹⁰⁾: Wiederholungsgefahr iSd § 28 KSchG

Es entspricht der nunmehr stRsp des OGH, dass dann, wenn der Verwender von rechtswidrigen Klauseln in AGB, nach Abmahnung durch einen klageberechtigten Verband, seinen Unterlassungserklärungen Einschränkungen durch neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkten beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung als nicht „sinngleich“ ausgenommen, keine vollständige Unterwerfung iSd § 28 Abs 2 KSchG vorliegt und daher die Wiederholungsgefahr iSd Bestimmung nicht beseitigt wird.

Gesetzlich zulässige Klauseln werden von einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung nach § 28 KSchG nicht als der ausdrücklich untersagten „sinngleich“ erfasst.

B. Allgemeine Geschäftsbedingungen von Leasingunternehmen

Martina Eliskases / Jakob Kepplinger

OGH 10 Ob 25/09 p¹¹⁾: Klauseln in Kfz-Finanzierungsleasingverträgen

Eine Unterlassungserklärung mit Konventionalstrafenvereinbarung beseitigt die **Wiederholungsgefahr** iSd § 28 KSchG, wenn sie nicht nur die beanstandeten, sondern ausdrücklich auch „sinngleiche Klauseln“ erfasst. Bereits zu 2 Ob 153/08 a¹²⁾ hat der OGH den Wegfall der Wiederholungsgefahr

¹⁰⁾ ÖBA 2011/1754, 826 = RdW 2011/680, 657.

¹¹⁾ ÖBA 2011/1720, 412 = ecolex 2011/240, 619.

¹²⁾ Dullinger/Kaindl (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell – Jahrbuch 2010/2011 (2011) 87.

iSd § 28 Abs 2 KSchG in einem Fall verneint, in dem der AGB-Verwender seiner Unterlassungserklärung neu formulierte „Ersatzklauseln“ mit dem Bemerkten beifügte, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Das ist hier aber nicht der Fall, weil der Bekl in der Unterlassungserklärung ausdrücklich nur **voraussichtliche Neuformulierungen** („Formulierungsvorschläge für zukünftige Klauseln“) ankündigt und zum anderen die Verpflichtung, sich auf die inkriminierten Klauseln – soweit diese mit Verbrauchern bereits geschlossenen Verträgen zugrunde gelegt wurden – nicht mehr zu berufen, in keiner Weise eingeschränkt wird. Somit fehlt es im vorliegenden Fall an „Ersatzklauseln“ mit der – die Unterlassungserklärung einschränken – Ankündigung, die beanstandeten Klauseln zum Teil doch „weiter zu verwenden“. Daher kann die Unterlassungserklärung des Bekl als taugliche Grundlage für den Wegfall der Wiederholungsgefahr angesehen werden.

Inhaltlich hatte der OGH daher bloß jene Klauseln zu beurteilen, bzgl denen keine derartige Unterlassungserklärung abgegeben wurde:

Klausel 54¹³⁾: Die Klausel 54 legt fest, dass der LG berechtigt sei, „sämtliche ihm gegen den LN zustehenden Rechte ganz oder teilweise abzutreten“. Demgegenüber fehlt der hier inkriminierten Klausel jedoch eine Bestimmung, die dem Unternehmer das Recht einräumt, seine „Pflichten“ oder den gesamten Vertrag mit „schuldbefreiender Wirkung“ einem Dritten zu überbinden. Daher verstößt die Klausel nicht gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Klausel 48: Bereits zu 4 Ob 59/09 v¹⁴⁾ und 2 Ob 1/09 z¹⁵⁾ war vom OGH jeweils eine Klausel zu beurteilen, wonach sich der LN dazu verpflichtete, „eine eventuelle Differenz zwischen dem nach ordnungsgemäßer Vertragsbeendigung erzielten Verwertungserlös und diesem kalkulierten Restwert zur Abdeckung der erhöhten Wertminderung nach Aufforderung prompt [in voller Höhe] nachzuzahlen“, wobei gleichzeitig festgelegt wurde: „von etwaigen Mehrerlösen erhält der LN 75%“. Die hier zu beurteilende Klausel 48 sieht allerdings nur Folgendes vor: „Von einem nach Abdeckung aller Ansprüche des LG verbleibenden restlichen Erlös aus dem Verkauf des Leasingobjekts erhält der LN 75%“. Der Text der inkriminierten Klausel enthält also keine Bestimmung, in der sich der LN dazu verpflichten würde, eine eventuelle Differenz zwischen dem nach ordnungsgemäßer Vertragsbeendigung erzielten Verwertungserlös und dem kalkulierten Restwert zur Abdeckung der erhöhten Wertminderung nachzuzahlen. Mangels unzulässiger Ungleichbehandlung von Mehr- und Mindererlös ist die Klausel zulässig.

Klausel 42 und Klausel 44: Klauseln, die dem LG ohne die erforderliche Gefährdung der Einbringlichkeit seiner Forderung eine **vorzeitige Vertragsauflösung** ermöglichen, sind unzulässig¹⁶⁾.

¹³⁾ Die einzelnen inkriminierten Klauseln sind in dieser E nicht veröffentlicht.

¹⁴⁾ Dort Pkt 8 Abs 4. Jahrbuch 2010/2011, 92.

¹⁵⁾ Dort Pkt 7 Abs 4. Jahrbuch 2010/2011, 108.

¹⁶⁾ So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 7) – Jahrbuch 2009/2010, 124.

Klausel 58: Die Klausel 58 macht den LN nicht bloß zum Zustellungsbevollmächtigten. Er gilt vielmehr gegenüber dem LG als von sämtlichen LN „zur **Abgabe und Entgegennahme** aller gemäß diesem Leasingvertrag vorzunehmenden Erklärungen ermächtigt“. Nach der Rsp¹⁷⁾ ist für diese Eingriffsmöglichkeit in die Anspruchsverfolgung durch die übrigen LN ein **deutlicher Hinweis** zu fordern als die Überschrift: „Allgemeine Bestimmungen“. Deshalb ist diese Klausel unzulässig.

OGH 7 Ob 173/10 g¹⁸⁾: Unzulässige Klauseln in Kfz-Finanzierungsleasingverträgen¹⁹⁾

Der OGH hatte im Verbandsprozess insb folgende Klauseln zu beurteilen:

Pkt 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.

Diese Klausel stellt einen **Verstoß gegen** das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und gegen das **Verbot eines Gewährleistungsausschlusses** dar (§ 9 KSchG). Letzteres darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibung umgangen werden. Wird durch eine Klausel – wie hier – verhindert, dass konkrete Eigenschaften des Leasingobjekts zugesichert werden, bewirkt dies ein **unzulässiges Abbedingen von Gewährleistungsrechten**.

Pkt 3.2: Der LN hat alle rechtlichen Voraussetzungen für die Übernahme und den Betrieb des Leasingfahrzeuges zu schaffen und dem LG vor der Übernahme nachzuweisen.

Diese Klausel verstößt jedenfalls gegen § 6 Abs 3 KSchG; eine weitere Prüfung kann daher unterbleiben.

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

Eine Klausel eines mittelbaren Finanzierungsleasings ist sittenwidrig, wenn sie eine Freizeichnung von der **erstmaligen Verschaffungspflicht** enthält. Die erstmalige Verschaffungspflicht kann weder durch Gefahrtragungs-

¹⁷⁾ So zB 3 Ob 12/09 z (Klausel 19) – Jahrbuch 2009/2010, 129.

¹⁸⁾ ÖBA 2011/1748, 751 = JusGuide 2011/24/8864 – 8867.

¹⁹⁾ Ausführlich zu den Grundlagen des Finanzierungsleasings: Jahrbuch 2010/2011, 88.

noch durch sonstige Freizeichnungsklauseln umgangen werden. Die vorliegende Klausel unterläuft die *Hauptleistungspflicht des LG* zur erstmaligen Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des Leasingobjekts; sie bedeutet, dass der LG für bei Übergabe bestehende, jedoch vom Übernehmer – aus welchen Gründen immer – „übersehene Mängel“ nicht haftet.

Pkt 4: Der LG haftet für Mängel nur im Umfange der gegenüber dem Lieferanten aufgrund dessen Liefer- und Garantiebedingungen durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche. Der LG tritt alle gegenüber dem Lieferanten bestehende Gewährleistungs- und Garantieansprüche an den LN ab. Der LN hat solche Ansprüche im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber dem ausliefernden Händler geltend zu machen und den LG schad- und klaglos zu halten. Der LG steht dafür ein, dass zwingende Rechte des LN als Verbraucher nicht geschmälert werden.

Auch diese Klausel zielt (wie 3.3) darauf ab, dass der LG nicht primär für die erstmalige Übergabe des Fahrzeugs haften muss. Die **erstmalige Verschaffungspflicht** wird dadurch abbedungen, dass Ansprüche des LN gegenüber dem LG darauf eingeschränkt sind, dass sie bloß gegen den Verkäufer durchsetzbar sind. Obwohl die Klausel den LG verpflichtet, Ansprüche aus dem Kaufvertrag an den LN abzutreten, ist sie **gröblich benachteiligend**, da der LN nicht Partner des Kaufvertrags zwischen LG und Verkäufer ist.

Pkt 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.

Zumindest bei der hier gebotenen **kundenfeindlichsten Auslegung** regelt diese Klausel auch die Zahlung des Entgelts, wenn die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs unterblieben ist. Es erfolgt in ihr keine Differenzierung. Hat der LG die **erstmalige Verschaffungspflicht** nicht erfüllt, kann er auch keine Gegenleistung in Form von Leasingentgelt fordern (§ 1052 ABGB). Da diese Klausel den LN dennoch dazu verpflichtet, ist sie **gröblich benachteiligend**.

Pkt 6.3: Das monatliche Leasingentgelt darf vom LG 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 Verstoß dieser Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG liegt auf der Hand. Darüber hinaus indiziert die Klausel – in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung – nur eine Ermächtigung des LG zur Entgelterhöhung; eine Verpflichtung zur Entgeltsenkung ist ihr hingegen nicht zu entnehmen. Das widerspricht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Pkt 7.2: Ein vereinbartes Depot ist dem LG oder dessen Beauftragten bei Vertragsbeginn in bar zu übergeben. Es wird nicht verzinst und dient der Sicherstellung

aller Forderungen des LG aus dem Bestand und der Auflösung (Beendigung) des Leasingvertrages.

Diese Klausel verstößt gegen § 3 Abs 3 Z 4 VerbrKrVO, weil die einfache Anführung des Umstands, dass Zahlungen, die die Schuld des Verbrauchers nicht oder nicht sofort mindern, nicht verzinst werden, in den AGB nicht genügt; die Klausel ist daher unzulässig²⁰).

Pkt 7.3: Der LN 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 LG und erst zuletzt mit rückständigen Entgelten zu verrechnen.

Pkt 8.3: Der LG ist berechtigt, eingehende Zahlungen ungeachtet entgegenstehender Widmungen nach seinem Ermessen für fällige Verpflichtungen aller Art des LN zu verwenden und, falls mehrere Leasingverträge oder auch Bankverträge bestehen, Überträge von Konto zu Konto vorzunehmen.

Wird es dem LG durch Klauseln – wie den vorliegenden – freigestellt, nach seinem Ermessen Zahlungen entgegen § 1416 ABGB auf die am wenigsten drückenden Forderungen anzurechnen, ohne jede Rücksichtnahme auf berechnete Interessen des Kunden nehmen zu müssen, liegt darin eine **gröbliche Benachteiligung**²¹).

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

Diese Klausel ist schon deshalb intransparent, da sie eine **salvatorische Klausel** enthält; sie verstößt auch gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG. Im Übrigen verstößt diese Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 7 KSchG, da ein dem Verbraucher nach dem Gesetz zustehendes **Zurückbehaltungsrecht** ausgeschlossen oder eingeschränkt wird.

Pkt 9.1: Der LN trägt die Gefahr für Untergang, Verlust und Beschädigung des Fahrzeuges. Solche Ereignisse sind dem LG unverzüglich bekannt zu geben. Sie entbinden den LN nicht von seinen vertraglichen Pflichten, insb nicht von der Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Entgelte. Der LG 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 An-

²⁰) In der E 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 5 Abs 2) – Jahrbuch 2009/2010, 123 trat der OGH zu dieser Problematik folgende Ansicht: Ob ein Hinweis nach Platzierung und Gestaltung „auffällig“ genug ist, um den Vorgaben des § 3 Abs 3 Z 4 VerbrKrVO zu entsprechen, sei nicht im Verbands-, sondern im Individualprozess zu klären.

²¹) So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 4 Abs 2) – Jahrbuch 2009/2010, 123.

wendung. Mit Zahlung des sich hieraus ergebenden Betrages gilt der Leasingvertrag als aufgelöst.

§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG ist teleologisch dahin auszudehnen, dass darunter auch die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund zu verstehen ist. Die Klausel verstößt gegen diese Norm, weil nicht präzisiert ist, was unter einem „nicht ausbesserungsfähigen Schaden“ zu verstehen ist. Darunter fallen bei kundenfeindlichster Auslegung auch ganz **geringfügige Schäden**, die keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Vertragsauflösung bilden können.

Pkt 9.6: Im Schadensfall hat der LN unverzüglich dem LG 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 LN zu veranlassen. Reparaturaufträge werden ausschließlich durch den LG erteilt. Der LG entscheidet im Einzelfall, ob er die Schadensgutmachung gegenüber Dritten und der Kaskoversicherungsanstalt selbst durchsetzt oder dem LN überlässt. Für den ersten Fall hat der LN eine gegebenenfalls erforderliche Vollmacht auszustellen. Persönliche Ansprüche des LN, die nicht mit dem Fahrzeug im Zusammenhang stehen, hat der LN im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfolgen. Ersatzansprüche aus der Wertminderung des Fahrzeuges stehen ausschließlich dem LG zu. Dieser entscheidet über deren Ausmaß und Geltendmachung nach eigenem Ermessen. Der LG ist berechtigt, dem LN pro Schadensfall einen pauschalen Unkostenbeitrag in der Höhe von 51 Euro zzgl USt in Rechnung zu stellen.

Schon die Forderung, dass jegliche Reparaturarbeiten am Leasingfahrzeug ausschließlich in einer autorisierten **Markenwerkstätte** durchzuführen sind, ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB²²). Gleiches gilt für die Besichtigung jeglichen Schadens – auch des geringfügigsten – durch einen **Sachverständigen** auf Kosten des LN und für den Vorbehalt des LG, ausschließlich selbst Reparaturaufträge zu erteilen. Überdies ist es von der Klausel gedeckt, den LN von der Inanspruchnahme einer bestehenden **Kascodeckung** abzuhalten und ihn durch Abtretung in die gerichtliche Verfolgung von Ansprüchen gegen Dritte zu drängen. Auch dies stellt eine gröbliche Benachteiligung dar²³).

Pkt 10.4: Der LG ist berechtigt, die Einhaltung der vorstehenden Pflichten jederzeit selbst zu überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen zu lassen. Der LN hat solche Überprüfungen in jeder Weise, insb auch durch Vorführung des Fahrzeuges an den vom LG bestimmten Ort, auf eigene Kosten zu ermöglichen. [. .]

Die Vereinbarung einer **jederzeitigen Überprüfung** der Einhaltung von den hier genannten Pflichten auf Kosten des LN benachteiligt ihn gröblich, wenn es keine wie immer gearteten Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung gibt. Die Bestimmung, dass der LN verpflichtet sei, jederzeit an jeden Ort, al-

²²) So bereits 7 Ob 230/08 m (dort Pkt 5.3) – Jahrbuch 2009/2010, 114.

²³) So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 12.4.c) – Jahrbuch 2009/2010, 130.

so auch an einen für ihn entlegenen Ort, das Fahrzeug zur Kontrolle (ebenefalls auf seine Kosten) „vorzuführen“, ist auch gröblich benachteiligend²⁴).

Pkt 13: Der LG kann den Leasingvertrag durch schriftliche Erklärung fristlos auflösen, wenn

13.2: der LN den vorliegenden Vertrag in sonstiger Weise verletzt;

13.3: sich die wirtschaftliche Lage des LN, nach dem Zeitpunkt der Antragstellung, wesentlich verschlechtert oder über ihn ein Insolvenzverfahren eröffnet bzw mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird;

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

13.8: Sind mehrere LN vorhanden oder gibt es neben einem oder mehreren LN noch Sicherstellung leistende Dritte, kann der LG den Leasingvertrag gegenüber allen LN vorzeitig auflösen, wenn einer der oben erwähnten Gründe nur bezüglich eines von mehreren LN oder nur bezüglich eines Sicherstellung leistenden Dritten gegeben ist.

Die Vereinbarung eines **Rücktrittsrechts, ohne dass es auf eine Gefährdung des Kreditgebers ankommt**, verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB und gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Dies gilt auch bei wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des LN, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen, Abweisung eines Insolvenzeröffnungsantrags mangels kostendeckenden Vermögens, Tod oder Handlungsunfähigkeit des LN²⁵).

Pkt 14.2: Erfolgt die Rückgabe außerhalb des Sitzes [des ausliefernden Händlers], trägt der LN die Kosten der Überstellung zum Sitz des ausliefernden Händlers. Wird das Fahrzeug verspätet zurückgestellt, hat der LN 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.

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 LN daran auch ein **Verschulden** trifft.

Pkt 15.1: Entspricht das Fahrzeug nicht diesem Zustand, sind Minderwert und Reparaturkosten zwischen LN und LG 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 LG ein Gutachten durch einen Kfz-Sachverständigen seiner Wahl. Die Kosten des Gutachtens gehen zu Lasten des LN. 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

²⁴) So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 9) – Jahrbuch 2009/2010, 127.

²⁵) So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 7) – Jahrbuch 2009/2010, 124.

10% der vereinbarten Gesamtkilometerleistung abzüglich der 2.500 km begrenzt. Ein allfälliger Minderwert und Reparaturkosten werden dem LN auf Grundlage des einvernehmlich erstellten Protokolls oder Gutachtens des Sachverständigen nachbelastet.

Bei Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn ergibt sich, dass dem LN Kosten für einen Sachverständigen auferlegt werden können, auch wenn der LG völlig zu Unrecht oder sogar mutwillig seine Bestellung veranlasst. Eine **Kostenersatzpflicht** des LN unter diesen Bedingungen benachteiligt ihn gröblich.

Zu 7 Ob 230/08^{m26)} 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. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ist ein LN, der aufgrund besonderer Umstände nur einige wenige Kilometer mit dem Leasingobjekt zurücklegt (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.

Auch der letzte Satz der Klausel ist gröblich benachteiligend, da bei kundenfeindlichster Auslegung davon auszugehen ist, dass das Ergebnis des auf Kosten des LN eingeholten Gutachtens bindend sein soll und von ihm bei der Abrechnung zu akzeptieren ist.

Pkt 15.2: Der LG 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 LN 75%; ein Mindererlös ist vom LN zu erstatten.

Der OGH hat zu 3 Ob 12/09 z²⁷⁾, 4 Ob 59/09 v²⁸⁾ und 2 Ob 1/09 z²⁹⁾ bereits über vergleichbare Klauseln entschieden und sie als **gröblich benachteiligend** nach § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert. 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.

Pkt 17.1: Wird der Leasingvertrag gemäß Vertragspunkt „Untergang, Versicherung und Schadensabwicklung“ oder vom LN gemäß Vertragspunkt „Leasingbeginn und -dauer“ oder vom LG gemäß Vertragspunkt „vorzeitige Vertragsauflösung“ vorzeitig aufgelöst, hat der LG neben den Ansprüchen auf Benützungsentzug und Rückstellung sowie sonstigen Ansprüchen aus diesem Vertrag noch einen sofort fälligen Schadenersatzanspruch aus Restwert [...] inkl Umsatzsteuer zuzüglich die Leasingent-

²⁶⁾ Dort Pkt 5.2. Jahrbuch 2009/2010, 114.

²⁷⁾ Dort Klausel 10. Jahrbuch 2009/2010, 128.

²⁸⁾ Dort Pkt 8 Abs 4. Jahrbuch 2010/2011, 92.

²⁹⁾ Dort Pkt 7.4. Jahrbuch 2010/2011, 108.

gelte für die Zeit zwischen Vertragsauflösung und ursprünglich vereinbartem Vertragsende [...]. 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.

Bei der Pauschalierung des zu leistenden Schadenersatzes für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung handelt es sich um eine **Konventionalstrafe**. Daher 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. Nach der Klausel ist der LN auch zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, wenn ihn an der vorzeitigen Vertragsauflösung kein Verschulden trifft oder sogar dann, wenn dem LG selbst ein Verschulden anzulasten ist. Das führt zu einer **gröblichen Benachteiligung** nach § 879 Abs 3 ABGB³⁰⁾.

Pkt 17.2: Der LG ist berechtigt, alle Verwertungskosten – mindestens aber 509 Euro zzgl USt – dem LN zu belasten.

Die Festsetzung eines Minimums von **Verwertungskosten**, ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Verwertungsaufwand anfällt, ist für den zahlungspflichtigen LN gröblich benachteiligend.

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

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 LG zuletzt bekannt gewordene Anschrift des LN 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.

³⁰⁾ Vgl 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 8) – Jahrbuch 2009/2010, 126.

Die Bestimmung, dass bei mehreren LN und/oder Sicherstellung leistenden Dritten der auf der ersten Seite des Vertrags an erster Stelle bezeichnete LN von den anderen zum **Zustellungsbevollmächtigten** bestellt wird, ist ungewöhnlich, überraschend und benachteiligend nach § 864 a ABGB.

Pkt 21: Informationen für Ehegatten gem § 25 a Konsumentenschutzgesetz

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 EheG), was binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung beantragt werden müsste.

Die Klausel ist mit „Informationen für Ehegatten gem § 25 a KSchG“ überschrieben. Damit wird beim LN der Eindruck erweckt, er habe bereits eine korrekte **Belehrung nach § 25 a KSchG** erhalten. Durch die Klausel wird die Rechtsposition des LN unvollständig dargestellt, weil 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 LN über seine Rechtsposition, nämlich ob er ordnungsgemäß belehrt wurde, in die Irre geführt.

Pkt 22.1: Der LG ist berechtigt, Daten des LN insb zu Zwecken des Gläubigerschutzes und zur Geschäftsabwicklung auch an mithaftende, konzernverbundene Unternehmen (wie zB [...]) zu übermitteln sowie selbst bankübliche Auskünfte über den LN einzuholen.

Die Zustimmungserklärung entspricht nicht § 4 Z 14 DSGVO. Dem Verbraucher wird die Tragweite der Bestimmung verschleiert, weil sowohl unklar bleibt, an wen der LG Daten tatsächlich weitergeben darf, als auch, welche Daten weitergegeben werden. Es fehlt auch an einer Aufklärung über das dem LN gesetzlich zustehende **Widerrufsrecht**.

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

Eine wirksame Entbindung vom **Bankgeheimnis** setzt gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG eine ausdrückliche und vom Kunden unterschriebene Erklärung voraus. Eine Aufnahme in die nicht unterfertigten AGB genügt nicht. Außerdem muss über das Widerrufsrecht aufgeklärt werden.

OGH 2 Ob 198/10 x: Unzulässige Klauseln in Kfz-Leasingverträgen

Der OGH hatte im Verbandsprozess folgende Klauseln zu beurteilen, welche sowohl **Finanzierungsleasingverträgen** als auch **Operating-Leasingverträgen** zugrunde gelegt wurden:

Klausel 1: Stornierung: Vor Vertragsbeginn durch jeden Antragsteller gegen Schadenersatz mindestens aber 15% vom Basispreis möglich.

Die Klausel verschleiert die Tatsache, dass im Bereich des KSchG bei Reugeldvereinbarungen gem § 7 KSchG ein **unabdingbares richterliches Mäßigungsrecht** besteht. Sie erweckt den Eindruck, es müsse jedenfalls ein Schadenersatz von mindestens 15% vom Basispreis bezahlt werden und ist daher intransparent.

Klausel 3: Objektverantwortung: Der Kunde sorgt für den einwandfreien, funktions- und verkehrssicheren Zustand und trägt alle mit dem Besitz und Betrieb verbundenen Gefahren, Abgaben und Kosten.

Nach der Judikatur zum Finanzierungsleasing wird eine Verschiebung des Gefahrenrisikos nach ordnungsgemäßer Übergabe des Leasingguts als Wesensmerkmal des Leasingvertrags angesehen, sofern dem LN wenigstens jene Rechte zukommen, die ein Käufer hat. Ebendiese Unterscheidung trifft die hier zu beurteilende Klausel aber nicht, sondern bürdet dem Kunden die gesamte Objektverantwortung auf, **ohne Gewährleistungsrechte**, die im Rahmen des Anspruchs auf eine ordnungsgemäße Übergabe des Leasingobjekts zustehen, **auszunehmen**, wie es der Rechtsstellung eines Käufers entspricht. Die Klausel ist daher jedenfalls unzulässig.

Klausel 4: Reparaturen dürfen nur durch Markenwerkstätten durchgeführt werden.

Dass derartige Klauseln die Wahlmöglichkeit des LN in sittenwidriger Weise einschränken, wurde bereits in 1 Ob 131/09k³¹⁾ ausgesprochen.

Klausel 5: Gewährleistung: Der Kunde ist verpflichtet, die Behebung von Gewährleistungsmängeln und Garantiesprüchen beim Lieferanten geltend zu machen. Erfolgt die Behebung nicht bzw verlangt der Kunde Preisminderung, wird der Kunde derartige Ansprüche innerhalb der Gewährleistungsfrist des Lieferanten dem LG schriftlich mitteilen und das Leasingobjekt in eine vom LG genannte Werkstatt bringen. Stellt ein vom LG beauftragter Sachverständiger fest, dass die Kundenansprüche nicht gerechtfertigt sind, kann der LG die Ansprüche ablehnen, wobei es dem Kunden freisteht, die Abtretung der Gewährleistungsansprüche vom LG gegen den Lieferanten zu verlangen. Hält der Sachverständige hingegen die Ansprüche für gerechtfertigt, sorgt der LG für die Behebung der Mängel bzw im Fall der Preisminderung für eine angemessene Reduktion des Entgelts.

Abgesehen davon, dass die Klausel den LN verpflichtet, **Gewährleistungs- und Garantiesprüche** immer geltend zu machen und ihm die Disposition darüber nimmt, wird er in seinen Gewährleistungsrechten insofern eingeschränkt, als er sich teilweise in einer Art „**Zwischenverfahren**“ an den LG und dessen Werkstätten wenden muss. Auch sieht die Klausel weiter die Abtretung der Gewährleistungsansprüche des LG gegen den Lieferanten vor, obwohl sie im Eingangssatz statuiert, dass der Kunde verpflichtet ist, Gewährleistungsmängel beim Lieferanten geltend zu machen, was eine bereits

³¹⁾ Dort Klausel 49. Jahrbuch 2010/2011, 96.

erfolgte Abtretung dieser Ansprüche aber voraussetzt. Den Vorinstanzen ist daher auch darin beizupflichten, dass die Bestimmung intransparent und für den Verbraucher unübersichtlich ist.

Klausel 9: Unfall: Der Kunde bringt das Fahrzeug umgehend zur nächsten Markenwerkstatt und erstattet dem LG eine schriftliche Schadensmeldung unter genauer Angabe des Unfallhergangs und der Beteiligten bzw erteilt dem LG auf Wunsch weitere Auskünfte. Der LG behält sich als Eigentümer die Reparaturauftragsvergabe vor, wenn diese voraussichtlich über 3.000 Euro inkl USt betragen wird. Der Kunde wird bei der Werkstatt mit dem Reparaturrechnungsbetrag in Vorlage treten. Tritt der Kunde in Vorlage, dann gilt dies gleichzeitig als Verlangen auf Abtretung von Schadenersatzforderungen betreffend das Leasingobjekt nach § 1422 ABGB bis in Höhe der Vorlage. Dies gilt sinngemäß auch für Kosten der Unfallabwicklung, mindestens 75 Euro inkl USt und weitere Kosten, wie Abschleppungs- und Bergungskosten.

Das Interesse des LG, dass die Reparaturkosten in angemessener Weise sichergestellt werden, kann es *nicht rechtfertigen*, dass dem LN in jedem Fall – also auch bei **Kleinstschäden** – die Reparatur in einer **Markenwerkstätte** aufgebürdet wird (vgl Klausel 4). Auch die Reparaturauftragsvergabe durch den LG ist gröblich benachteiligend.

Klausel 10: Totalschaden/Diebstahl: Mit der Schadensmeldung gilt der Vertrag als aufgelöst (bei Diebstahl nur, wenn das Fahrzeug nicht binnen vier Wochen aufgefunden wird). In diesem Fall hat der LG die Wahl auf Entschädigung in Höhe des Fahrzeugwerts oder des kalkulatorischen Restwerts laut Pkt 4.6.2 (bei Operating-Leasing wird anstelle des fehlenden Restwerts der voraussichtliche Marktwert [Eurotax gelb] bei Erreichung der Kalkulationsbasisdauer geschätzt), je nachdem, welcher Wert höher ist.

Die Klausel ist schon deshalb unzulässig, weil sie auch beim **Operating-Leasing** entgegen § 1096 ABGB dem LN das Risiko für den zufälligen Untergang auferlegt. Im Übrigen ist – im Hinblick auf die weitreichenden und nachteiligen wirtschaftlichen Folgen einer vorzeitigen Vertragsauflösung für den LN – darauf hinzuweisen, dass bei den **Auflösungsgründen** des Verlustes oder Totalschadens das Interesse des LN an der Aufrechterhaltung des Vertrags höher zu bewerten ist als jenes des LG an der Auflösung³²⁾.

Klausel 11: Haftung: Soweit dem LG Schäden nicht von dritter Seite ersetzt werden, haftet der Kunde für Schäden, gleichgültig, ob diese durch persönliches Verschulden, Verschulden durch Dritte oder höhere Gewalt bewirkt werden.

Die Klausel widerspricht § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und ist auch eine gröblich benachteiligende Abweichung von den – wenn auch dispositiven – Bestimmungen des ABGB. Rechtlich ist das **Operating-Leasing** Miete, sodass erhebliche Abweichungen vom dispositiven Mietvertragsrecht hinsichtlich der **Gefahrentragung** nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam sind.

Klausel 13: Wurde die Kondition „Fix-Leasing ohne Wertsicherung“ bzw „Zinsen fix“ abgeschlossen, dann erfolgt keine Zins- bzw Entgeltanpassung, ausgenommen für

³²⁾ So bereits 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 7) – Jahrbuch 2009/2010, 124.

den Fall, dass zwischen Antragsdatum und Vertragsbeginn mehr als 30 Tage verstrichen sind und der EURIBOR laut Pkt 3.1.1 sich um mehr als 0,25%-Punkte geändert hat.

Der erkennende Senat ist der Ansicht, dass ein durchschnittlicher Verbraucher, der einen Vertrag ausdrücklich **fix ohne Wertsicherung** bzw mit fixen Zinsen vereinbart, den Punkt „Wertsicherung“ in AGB gerade nicht auf sich beziehen und auch nicht damit rechnen wird, dass dort trotz der Fixvereinbarung Entgeltanpassungsbestimmungen auch für seinen Fall enthalten sein könnten. Da diese Bestimmung daher bereits nach der der Inhaltskontrolle vorausgehenden **Geltungskontrolle** unzulässig ist, braucht auf weitere Argumente nicht eingegangen zu werden.

Klausel 14: Depot: Wird in vereinbarter Höhe während der Vertragsdauer als unverzinsten Sicherheitsleistung hinterlegt.

Dass die **Depotzahlung** in die Leasingkalkulation Einfluss gefunden hat, ist hier ebenso wie in 8 Ob 110/08³³⁾ für den Konsumenten weder nachvollziehbar noch überprüfbar.

Klausel 15: Vertragsauflösung: Kann vom LG mit sofortiger Wirkung gegenüber allen erklärt werden, wenn auch nur einer der Vertragspartner mit seinen Zahlungen mehr als 30 Tage im Verzug ist, das Leasingobjekt grob vernachlässigt, seinen Wohnsitz ohne Verständigung des LG ändert oder ins Ausland verlegt, Gefahr für das Eigentum besteht, der Kunde oder auch nur einer der Mitantragsteller stirbt oder über diesen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Vermögens abgewiesen wird oder Exekution geführt wird oder einer vertraglichen Verpflichtung trotz Mahnung nicht nachgekommen wird. Im Fall der Vertragsauflösung steht dem LG eine sofort fällige Konventionalstrafe in Höhe des kalkulatorischen Restwerts laut Pkt 4.6.2 zu (bei Operating-Leasing wird anstelle des fehlenden Restwerts der voraussichtliche Marktwert [Eurotax gelb] bei Erreichung der Kalkulationsbasisdauer geschätzt). Der LG hat jedenfalls Anspruch auf den ihr durch die vorzeitige Vertragsauflösung entstandenen Schaden. Ein Verwertungserlös laut Pkt 4.5 wird gutgeschrieben.

Dass die in der Klausel enthaltenen **Kündigungsgründe** jedenfalls Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach sich zögen, kann nicht gesagt werden³⁴⁾. Im zweiten Regelungsteil, den Rechten der Bekl im Fall der Vertragsauflösung, wird auf Klausel 20 (AGB Pkt 4.5) verwiesen, die ihrerseits unzulässig ist. Die Klausel ist daher sowohl hinsichtlich der Aufzählung der Auflösungsgründe als auch der Ansprüche der Bekl bei Vertragsauflösung unzulässig.

Klausel 16: Der Kunde ersetzt dem LG die Kosten der Exszindierung, mindestens aber 200 Euro, wobei der LG ein zusätzliches Depot bis in Höhe von drei Monatsraten verlangen kann.

In der Klausel kommt nicht zum Ausdruck, dass der LG nur die zur **zweckentsprechenden Verfolgung** notwendigen Kosten ersetzt erhält. Sie ist daher sowohl gröblich benachteiligend als auch intransparent.

³³⁾ Dort Klausel 42. Jahrbuch 2009/2010, 111.

³⁴⁾ Vgl die ähnliche Klausel 7 in 3 Ob 12/09 z – Jahrbuch 2009/2010, 124.

Klausel 18: Objektrückstellung erfolgt bei Vertragsende bei dem vom LG genannten Händler, andernfalls die Sicherstellung vorgenommen wird. Sofern der Kunde ihm gehörendes Zubehör und Gegenstände, die sich im Objekt befinden nicht entfernt, gehen diese entschädigungslos in das Eigentum des LG über. Der LG kann die Wiederherstellung auf Kosten des Kunden vornehmen, wenn dies eine bessere Verwertung erwarten lässt (zB Firmenbeschriftung). Der Kunde hat das Fahrzeug auf eigene Kosten abzumelden und das Leasingobjekt in einem einwandfreien, betriebs- und verkehrssicheren Zustand versehen mit Serviceheft, Schlüssel samt Reserveschlüssel und Schlüsselcode zurückzustellen, andernfalls hat der Kunde für den Schaden Geldersatz zu leisten. Weist das Fahrzeug keine Sommerreifen (inkl Reserverad) mit einer Mindestprofiltiefe von 3 mm auf, dann hat der Kunde 50% der Kosten einer Neubereifung zu tragen. Ist ein Service oder eine § 57a-Überprüfung innerhalb der nächsten 30 Tage bzw 3.000 Kilometer fällig, dann trägt der Kunde die Kosten.

Bei kundenfeindlichster Auslegung könne die Bekl die **Rückstellung** auch an einen Ort verlangen, der für den LN unzumutbar schwer zu erreichen ist. Die Tatsache, dass die Aufbewahrung von in zurückgeholten Fahrzeugen befindlichen Gegenständen für die LG lästig und mit (Aufbewahrungs-)Kosten verbunden ist, rechtfertigt nicht, dass auch wertvolle **Fahrnisse** entschädigungslos in ihr Eigentum übergehen. Die Klausel verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB. Schließlich ist es für den LN nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB, dass er die Kosten für einen **Ersatz der Reifen** bzw ein **Service** oder eine Begutachtung zu tragen habe, obwohl die Reifen noch das gesetzliche Mindestmaß aufweisen bzw ein Service oder die Überprüfung nach dem KFG erst durch den nächsten Besitzer vorzunehmen ist³⁵).

Klausel 19: Vertrag ohne Restwertvereinbarung (Operating-Leasing): Ist kein Restwert vereinbart, dann hat der Kunde pro Mehrkilometer 30% jenes Centsatzes zu bezahlen, der sich aus der Division des Monatsentgelts mit der vereinbarten aliquoten Jahreskilometerleistung ergibt. Die vereinbarte Gesamtkilometerleistung ergibt sich aus der Jahreskilometerleistung dividiert durch 12 mal Anzahl der tatsächlichen Vertragsmonate. Bei Minderkilometer werden 50% des Mehrkilometercentsatzes pro Minderkilometer gutgeschrieben.

Die Klausel ist unzulässig, da bei der **Endabrechnung** „Minderkilometer“ nur mit 50% des Werts von „Mehrkilometern“ berücksichtigt würden, was den LN einseitig benachteiligt³⁶).

Klausel 20: Restwertleasing: Erklärt der Kunde sich bei Fahrzeugrückstellung mit dem Händlerkaufanbot einverstanden, dann erfolgt die Vertragsabrechnung grundsätzlich auf Basis dieses Kaufanbots. Liegt das Kaufanbot unter dem kalkulatorischen Restwert (Auflösungswert) zum Zeitpunkt des Vertragsendes oder liegt bei Vertragsende kein Kaufanbot vor, dann steht es dem LG frei, entweder auf Basis eines Sachverständigengutachtens abzurechnen oder Kaufanbote einzuholen. Liegt ein besseres Kaufanbot gegenüber dem Erstanbot vor, wird der LG auf Basis dieses Kaufanbots abzüglich 365 Euro Verkaufskosten, maximal aber bis zur Differenz zum besseren Kauf-

³⁵) Vgl 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 9) – Jahrbuch 2009/2010, 127.

³⁶) Vgl 7 Ob 230/08 m (dort Pkt 5 der AGB) – Jahrbuch 2009/2010, 114.

anbot, abrechnen. Stimmt der LG einem Verkauf gegen sofortige Barzahlung an einen Dritten zu, dann hält der Kunde den LG schad- und klaglos, wenn der Dritte den LG in Anspruch nimmt (zB Gewährleistung). Kommt der Dritte seiner Zahlungsverpflichtung nicht nach, kann der LG den Verkauf stornieren. Bei Totalschaden gilt der Wert laut Sachverständigengutachten als Basis für die Abrechnung.

Die Klausel ist intransparent. Sie ist auch insofern gröblich benachteiligend, als sie dem LN *kein Mitspracherecht* in Bezug auf die Person und die **Bedingungen des Verkaufs** durch den LG an einen Dritten einräumt und Verkaufskosten pauschaliert – unabhängig von den tatsächlich aufgelaufenen Kosten – überbürdet.

Klausel 21: a) Differenz aus dem kalkulatorischen Restwert zum vorliegenden Kaufanbot gem Pkt 4.5 wird dem Kunden verrechnet, wobei ein eventueller Mehrerlös zu 75% gutgeschrieben wird.

b) Die Differenz zwischen dem kalkulatorischen Restwert zum Abrechnungss- tag und dem nach Pkt 4.5 ermittelten Betrag wird mit dem Kunden verrechnet, wobei ein eventueller Mehrerlös zu 75% gutgeschrieben wird.

Der OGH hat bereits mehrfach zu den **steuerrechtlichen Aspekten** derartiger Klauseln Stellung genommen und diese jeweils als nicht ausreichend erachtet, die gröbliche Benachteiligung des LN zu rechtfertigen³⁷).

Klausel 22: Abzinsung: Die Abzinsung erfolgt mit dem Drei-Monats-EURIBOR zum Ersten des dem Antrag vorangehenden Monats bzw im Falle einer Entgeltanpassung auf Basis des der Anpassung vorausgehenden Monatsersten.

Die Klausel ist nach dem Wortlaut auch bei *aus Verschulden des LG* aufgelösten Verträgen anzuwenden und deshalb gröblich benachteiligend, weil in diesem Fall die Gewinnmarge des LG nicht in gleicher Weise bedient werden darf.

Klausel 25: Datenschutz/Bankgeheimnis: Der Kunde erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass sämtliche den Kunden betreffende Daten, insb aus Anträgen und Selbstauskünften, die dem LG im Rahmen der Geschäftsbeziehungen mit den Kunden bekannt geworden und für nachstehend angeführte Ziele zweckmäßig sind, an Versicherungen, soweit dies zur Versicherung oder Schadensabwicklung notwendig ist; Risiko- und Haftungspartner (zB Mitantragsteller, Garanten) zur Risikobeurteilung und Erfüllung von Informationspflichten; Refinanzierungsgeber des LG soweit notwendig; Auskunfteien, soweit dies für die Erlangung von Auskünften notwendig ist; Kreditschutzverband von 1870 bzw an die von den Banken eingerichtete Kleinkreditevidenz und Warnliste zur Wahrung von Gläubigerschutzinteressen; Vermittler, Lieferanten und das Objekt zurücknehmende Händler, soweit dies zur Abwicklung zweckmäßig ist; die Muttergesellschaft und Tochterfirmen des LG im Rahmen der Berichts-, Controlling- und Revisionswesen weitergegeben werden. Der Kunde hat Widerrufsrecht laut Datenschutzgesetz.

Der LN kann der Klausel im Wesentlichen nur entnehmen, dass **Daten** an Dritte **weitergegeben** werden, nicht aber, welchen konkreten Dritten welche konkreten Daten weitergegeben werden dürfen. Die Tatsache, dass eine

³⁷) So zB in 3 Ob 12/09 z (dort Klausel 10) – Jahrbuch 2009/2010, 128.

konkrete Abgrenzung durchaus schwierig sein mag, rechtfertigt es nicht, den LN seiner diesbezüglichen Informationsrechte zu berauben. Die Klausel ist daher **intransparent**³⁸⁾.

Klausel 26: Sicherstellung: Der LG hat Anspruch auf Ersatz der Kosten, die dem LG bei der Verfolgung seiner Ansprüche durch vertragswidriges Verhalten des Kunden auflaufen. Dazu zählen auch außergerichtliche Kosten des Anwalts, Adressausforschungs- und Exszindierungskosten. Für die mit dem Inkasso oder Objekteinzug beauftragten Personen steht dem LG der tatsächlich entstandene Aufwand, mindestens ein Pauschale von 265 Euro zu.

Die Nennung eines Pauschalbetrags kann der Transparenz dienen. Dies ist aber dann nicht hilfreich, wenn die geschaffene Transparenz zu gröblicher Benachteiligung des LN führt. Die **Festsetzung eines Pauschalbetrags** unabhängig von den tatsächlichen Kosten ist gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB.

Klausel 28: Kommt der Kunde seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nach, kann der LG das Leasingobjekt sicherstellen und der Kunde verzichtet auf Besitzstörung.

Die Formulierung der Klausel differenziert nicht zwischen *leichten* und *qualifizierten Vertragsverletzungen*, sondern gewährt dem LG bei jeglichem Verstoß gegen vertragliche Pflichten durch den LN die **Berechtigung zur Sicherstellung** des Leasingobjekts. Die Klausel verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 29: Entgeltanpassung bzw Nachverrechnung erfolgt, wenn sich die der Kalkulation zu Grunde gelegten Steuern, Abgaben und Gebühren ändern oder neu eingeführt werden. Dies gilt auch, wenn sich der Verkaufspreis des Händlers vor Auslieferung erhöht.

Bei kundenfeindlichster Auslegung kann aufgrund der Klausel entgegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG schon innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsschluss eine **Entgeltänderung** eintreten. Daher ist die Klausel unzulässig.

C. Werbung

Martina Eliskases

OLG Wien 4 R 327/10 b³⁹⁾: Irreführende Werbung mit Bauspardarlehen

Das OLG hatte folgende Werbung eines Energiespardarlehens zu beurteilen:

Die Worte „Das Energiespardarlehen mit 1,5%“ sind blickfangartig hervorgehoben. Darunter steht „Für alles rund ums Bauen und Wohnen gibt's das Energiespar-

³⁸⁾ Vgl 2 Ob 1/09z (dort Pkt 10 der AGB) – Jahrbuch 2010/2011, 111.

³⁹⁾ VRInfo 2011 H 8, 6.

darlehen mit günstigen 1,5% Zinsen* – aber nur für kurze Zeit. Mehr Informationen in Ihrer Raiffeisen Bank oder unter www.bausparer.at. Das Sternchen verweist auf den kleingedruckten Hinweis: „*Zwischendarlehenszinssatz 1,5% pa in den ersten 1,5 Jahren, effektiver Jahreszinssatz ab 3,4%. Details unter www.bausparen.at“.

Nach § 2 Abs 4 UWG sind auch **Geschäftspraktiken** erfasst, die bloß einen durch **Irreführung** verursachten **Anlockeffekt** entfalten und bei denen der beim Verbraucher zunächst veranlasste Irrtum durch eine nachträgliche Ergänzung und/oder Richtigstellung der Produktinformation noch vor dem Zeitpunkt seiner endgültigen geschäftlichen Entscheidung aufgeklärt wird. Das Fehlen solcher wesentlichen Informationen in **blickfangartigen Ankündigungen** ist dann nicht durch für das verwendete Kommunikationsmedium typische Beschränkungen bedingt, wenn die gebotene Information von **Durchschnittsverbrauchern** über die für sie wesentlichen Punkte eines Angebots im Fall einer Werbung mit Zeitungsinseraten, Plakaten und Foldern ohne einen ins Gewicht fallenden erhöhten **Platzbedarf** möglich ist.

Die **Irreführungseignung** ist nach dem Gesamteindruck der strittigen Ankündigung zu beurteilen. Der **Gesamteindruck** ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt der Ankündigung, denn er kann schon durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden.

Die unrichtigen Angaben verlieren ihre Eignung zur Irreführung durch spätere Aufklärung nicht, weil ein Verstoß nach § 2 UWG schon dann vorliegt, wenn die Angabe geeignet war, den Kunden anzulocken, auch wenn dies letztlich ohne Erfolg geblieben ist.

Hier ist der den Sternchenhinweis auflösende Text verschwindend klein und damit kaum wahrnehmbar. Ihm kommt kein Auffälligkeitwert zu, es fehlt ihm damit jede Klarheit und Deutlichkeit. Eine durch eine derart kleine Schrift erfolgte Aufklärung nimmt trotz eines auf sie hinweisenden Sternes aufgrund ihrer grafischen Gestaltung nicht am Blickfang teil. Die Hinweise der Bekl auf die **zeitliche Beschränkung** sind daher nicht geeignet, den von ihr blickfangartig hervorgehobenen, zeitlich nicht limitierten günstigen Darlehenszinssatz von 1,5% zu relativieren. Die Bekl wäre nicht aus Platzgründen gehindert gewesen, eine größere Schrift für ihren Sternchentext zu wählen.

Die Kl moniert auch den fehlenden Hinweis darauf, dass der Zinssatz von 1,5% nicht nur für die Darlehensvorfinanzierung verrechnet werde, sondern auch für den bei Aufnahme eines Bauspardarlehens erforderlichen 50%igen **Eigenmittelanteil**. Entgegen der Ansicht der Bekl verteuert sich dadurch in Wahrheit der tatsächliche Finanzierungsaufwand für jene, welche über keine Eigenmittel verfügen, steht ihnen dieser Eigenmittelanteil doch nicht zur Verfügung, sondern bleibt – wie allgemein bekannt – zumindest bis zur Zuteilung des Bauspardarlehens gebunden. Die blickfangartige Werbung klärt darüber nicht auf. Auch diesbezüglich übersteigt ein entsprechender Hinweis nicht den Platzbedarf der inkriminierten Werbemittel. Eine nachträgliche, noch vor Vertragsabschluss erfolgende Aufklärung ist bedeutungslos.