

# TE OGH 2010/4/22 20b1/09z

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.04.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei O\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Metzler, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 15. Oktober 2008, GZ 2 R 89/08h-21, womit infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Landesgerichts Linz vom 17. März 2008, GZ 50 Cg 66/07t-10, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. April 2008, GZ 50 Cg 66/07t-13, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.
2. Hingegen wird der Revision der beklagten Partei teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das in seinem abweisenden Teil hinsichtlich der Klauseln 9 (Punkt 2.8 Satz 1 und 2 AGB) erster Satz und 19 (Punkt 5.2 AGB) erster und zweiter Satz unbekämpft in Rechtskraft erwachsen ist, wird in den Aussprüchen über die Klauseln 4 (Punkt 2.2 Sätze 1 bis 5 AGB), 7 (Punkt 2.6 AGB), 8 (Punkt 2.7 AGB), 9 (Punkt 2.8 Satz 1 und 2 AGB) zweiter Satz, 10 (Punkt 3.4 AGB), 11 (Punkt 3.5 AGB), 13 (Punkt 4.3 AGB), 17 (Punkt 4.11 AGB), 19 (Punkt 5.2 AGB) dritter Satz, 22 (Punkt 5.5 Satz 2 und 3 AGB) dritter Satz, 24 (Punkt 6.2 AGB), 25 (Punkt 6.3 AGB), 26 (Punkt 6.5 AGB), 28 (Punkt 7.2 Satz 1 AGB), 29 (Punkt 7.3 AGB), 30 (Punkt 7.4 Satz 1 AGB), 31 (Punkt 8.3 AGB), 34 (Punkt 8.6 AGB), 35 (Punkt 9.2 AGB), 38 (Punkt 10 AGB), 40 (Punkt 12.1 Satz 3 und 4 AGB) sowie im Ausspruch über die Urteilsveröffentlichung bestätigt.

Im Übrigen, also in den Aussprüchen über die Klauseln 5 (Punkt 2.3 AGB), 18 (Punkt 4.12 Satz 3 AGB), 22 (Punkt 5.5 Satz 2 und 3 AGB) zweiter Satz und 23 (Punkt 6.1 AGB) wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass die Entscheidung insoweit zu lauten hat:

„Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu Grunde legt, die Verwendung (auch) folgender oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie die Berufung (auch) auf die folgend angeführten Klauseln zu unterlassen, wird abgewiesen:

5. (Punkt 2.3 AGB) Allfällige Zahlungen aufgrund von Gewährleistungsansprüchen sind unmittelbar und ausschließlich an den Leasinggeber zu leisten und von diesem hinsichtlich der Leasingberechnungsbasis gemäß Punkt 5. zu berücksichtigen.

18. (Punkt 4.12 Satz 3 AGB) Der Leasingnehmer bestätigt, in ausreichendem Maß über die Funktion und den Gebrauch

des Leasinggegenstands, insbesondere über die einsatzgerechte Eignung des Leasingobjekts, als auch die möglichen Folgen des nicht sachgerechten und nicht bestimmungsgemäßen Gebrauchs informiert worden zu sein und ausreichend Informationsunterlagen das Leasingobjekt betreffend erhalten zu haben.

22. (Punkt 5.5 Satz 2 AGB) Derartige Zahlungen, welche die Schuld des Leasingnehmers nicht oder nicht sofort mindern (zB erhöhte erste Leasingrate, Kautions), sind bei der Kalkulation der Leistungen des Leasingnehmers bereits zinsenwirksam berücksichtigt worden und der Leasingnehmer wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihm für derartige Zahlungen daher keine Zinsen gutgeschrieben werden.

23. (Punkt 6.1 AGB) Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und kann von beiden Vertragsparteien jeweils zum Ende jedes Leasingmonats unter Einhaltung einer einmonatigen Frist schriftlich gekündigt werden. Der LN verzichtet jedoch ausdrücklich und unwiderruflich darauf, vor Ablauf des im Leasingvertrag festgelegten Zeitraumes von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.“

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 5.555,72 EUR (darin 827,86 EUR USt und 545,79 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist ein zur Unterlassungsklage nach§ 28 KSchG berechtigter Verein. Die beklagte Partei ist Unternehmerin und betreibt das Leasinggeschäft. Dabei tritt sie in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend auch mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Sie verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und die unter anderen die im Verfahren strittigen Klauseln enthalten.

Mit Schreiben vom 21. 3. 2007 beanstandete die klagende Partei 43 Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei als gesetz- bzw sittenwidrig und forderte die beklagte Partei auf, binnen bestimmar Frist eine vorformulierte „Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung“ abzugeben. Danach sollte sich die beklagte Partei verpflichten, eine Vertragsstrafe von 726 EUR pro Klausel und pro Zu widerhandlung an die klagende Partei zu bezahlen.

Die beklagte Partei antwortete mit Schreiben ihres rechtsfreundlichen Vertreters vom 15. 6. 2007, in welchem sie zu den Beanstandungen im Einzelnen Stellung bezog und dessen Punkt 8. lautete:

„Auf der Basis dieser Ausführungen hat meine Mandantschaft die beiliegende Unterlassungserklärung unterfertigt.

Rechtsgeschäftlicher Bestandteil dieser Unterlassungserklärung ist daneben folgende Erklärung:

Beanstandete Passagen befinden sich teilweise im Kontext allgemeiner Formulierungen. Die bloße Entfernung der Textteile, von deren Verwendung meine Mandantschaft Abstand nimmt, würde teilweise unzusammenhängende Restfragmente zurücklassen, weshalb die Unterlassungserklärung formell den gesamten Textteil betrifft. Damit sind in der Unterlassungserklärung auch Textpassagen enthalten, die konsumentenschutzrechtlich unbedenklich sind oder auch von Ihnen nicht beanstandet wurden.

Dies wird auch besonders bei jenen Passagen deutlich, bei denen Ihrerseits eine deutlichere konsumentenschutzrechtliche Hervorhebung gefordert wird. Wenn daher die bestehende Formulierung nicht mehr verwendet wird, heißt dies natürlich nicht, dass die gesamte Bestimmung zu unterlassen ist, sondern nur, dass sie bei einer Neufassung zu verbessern ist, wobei es sich von selbst versteht, dass sich in der verbesserten Formulierung dann auch Teile jener Bestimmungen wieder finden, die im Gesamttext der derzeitigen Bestimmungen schon jetzt enthalten sind, aber aus Gründen des Gesamtzusammenhangs ebenfalls in der Unterlassungserklärung aufscheinen.“

Die diesem Schreiben beigelegte Unterlassungserklärung, die sich auf insgesamt 21 Klauseln bezog, enthielt in Punkt II folgende weitere Erklärung der beklagten Partei:

„Die [...] verpflichtet sich, für jeden Fall der Zu widerhandlung gegen Punkt I eine Vertragsstrafe in Höhe von 726 EUR (iW: ...) pro Klausel und pro Zu widerhandlung an den Verein für Konsumenteninformation zu bezahlen.

Bei der jeweils erstmaligen Geltendmachung der Konventionalstrafe für eine Klausel sind die bis zu diesem Zeitpunkt vergangenen Verstöße wegen dieser Klausel nur mit einer Vertragsstrafe zu ahnden.“

Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 2. 7. 2007 beim Erstgericht eingebrachten Klage, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der in der Folge - soweit für das Revisionsverfahren relevant - näher dargestellten Klauseln (der Nummerierung im Klagebegehren folgend) 1 bis 43 oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ferner zu unterlassen, sich auf diese zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien. Sie begehrte weiters, sie zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteils auf Kosten der beklagten Partei in einer bundesweit erscheinenden Samstag-Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ zu ermächtigen.

Die klagende Partei begründete hinsichtlich jeder einzelnen Klausel, weshalb diese ihrer Auffassung nach gesetz- bzw sittenwidrig sei. Zur Wiederholungsgefahr brachte sie vor, die von der beklagten Partei abgegebene Unterlassungserklärung sei im Hinblick auf die Einschränkung im Schreiben vom 15. 6. 2007 jedenfalls unzureichend. Die beklagte Partei behalte sich damit vor, im Einzelfall zu entscheiden, welcher Teil der betroffenen Klauseln von dieser Unterlassungserklärung erfasst sein solle und welcher nicht. Auch mit ihrer weiteren, die Konventionalstrafe betreffenden Einschränkung bringe sie zum Ausdruck, dass es ihr um die Unterlassung nicht ernst sei. Außerdem liege keine angemessene Besicherung der Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG vor. Eine derart eingeschränkte Unterlassungserklärung beseitige nicht die Wiederholungsgefahr.

Die beklagte Partei beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Sie bestritt die Wiederholungsgefahr bei jenen Klauseln, hinsichtlich derer sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe und vertrat die Ansicht, die Einschränkung der Konventionalstrafenregelung sei angemessen und solle verhindern, dass der Konventionalstrafengläubiger Anlassfälle bewusst „zusammensamme“, um bei der erstmaligen Geltendmachung eine möglichst hohe Konventionalstrafe zu erzielen. Es solle nur einem allfälligen Missbrauch durch „Sammeln von Verstößen zwecks gezielter Erhöhung des Strafausmaßes bis zur Geltendmachung“ vorgebeugt werden. Im Übrigen erhob die beklagte Partei Einwendungen gegen die Beanstandungen der klagenden Partei, wobei sie auch das Veröffentlichungsbegehren als sachlich nicht gerechtfertigt bestritt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 2, 6, 7, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 39, 40, 41, 42 und 43 statt und wies es hinsichtlich der Klauseln 1, 3, 4, 5, 8, 11, 13, 18, 19, 28, 35, 36, 37 und 38 ab.

Dabei traf es über den eingangs wiedergegebenen, unstrittigen Sachverhalt hinaus noch folgende weitere Feststellungen:

Die klagende Partei untersuchte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei im Auftrag des Sozialministeriums, Sektion Konsumentenschutz. In vier Sitzungen wurde daraufhin mit einigen Vertretern der Leasingbranche verhandelt. Im Rahmen dieser Sitzungen wurden die Vertreter der Leasingbranche darauf hingewiesen, dass unbedingte Unterlassungserklärungen und auch Unterlassungserklärungen ohne Zusätze abgegeben werden müssen. Für diesen Fall wurde eine Aufbrauchsfrist bis zum 31. 8. 2007 in Aussicht gestellt.

Die beklagte Partei schließt mit Verbrauchern nur Finanzierungsleasingverträge über Kraftfahrzeuge oder ähnliche Dinge, wie Wohnwägen, ab. Die beklagte Partei hat keine Wirtschaftsgüter auf Vorrat. Die Verträge zwischen Lieferanten und Kunden werden so übernommen, wie sie von ihnen abgeschlossen wurden, die beklagte Partei hat darauf keinen Einfluss. Erst nach Unterfertigung eines Übernahmeprotokolls wird der Kaufpreis an den Lieferanten bezahlt. Ohne Übernahmeprotokoll kommt kein Leasingvertrag zustande.

Die beklagte Partei arbeitet nicht mit bestimmten Lieferanten zusammen, sie wird erst tätig, wenn sie von einem Kunden mit einem Finanzierungswunsch aufgesucht wird. Dem Kunden wird die Möglichkeit eines Kredits ebenso wie die Leasingoption vorgestellt.

Diese Entscheidung erwuchs in ihrem stattgebenden Teil hinsichtlich der Klauseln 2, 6, 12, 14, 15, 16, 20, 21, 27, 32, 33, 39, 41, 42 und 43 und ihrem abweisenden Teil hinsichtlich der Klauseln 3, 36 und 37 unbekämpft in Rechtskraft.

Das im Übrigen von beiden Parteien angerufene Berufungsgericht gab beiden Berufungen teilweise Folge und änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass es letztlich nur mit Ausnahme der Klauseln 1, 9 (Satz 1) und 19 (Satz 1 und 2) - in diesem Umfang wurde das Klagebegehren abgewiesen - im klagsstattgebenden Sinne entschied. Es sprach ferner

aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision zulässig sei.

Seinen Rechtsausführungen stellte das Berufungsgericht allgemeine Grundsätze des Verbandsprozesses und des Finanzierungsleasing voran. Zur strittigen Frage der Wiederholungsgefahr vertrat es die Ansicht, dass diese durch die eingeschränkte Unterlassungserklärung der beklagten Partei nicht beseitigt worden sei. Der Zusatz zur Konventionalstrafenregelung laufe darauf hinaus, dass die weitere Verwendung der von der Unterlassungserklärung erfassten Klauseln bis zur erstmaligen Geltendmachung eines Verstoßes straflos bliebe. Damit werde nur ein geringer Erfüllungsdruck ausgeübt. Mangels Bereitschaft der beklagten Partei, die Unterlassungserklärung durch eine angemessene Konventionalstrafe zu sichern, bestehe daher weiterhin die Wiederholungsgefahr. Die Bedeutung der als „rechtsgeschäftlicher Bestandteil“ der Unterlassungserklärung bezeichneten weiteren Hinzufügung könne unter diesen Umständen auf sich beruhen.

Die zu den einzelnen Klauseln geäußerte Rechtsansicht des Berufungsgerichts wird bei deren Behandlung (ebenso wie die gegensätzlichen Standpunkte der Parteien) näher dargestellt werden.

Zur Begründung seines Zulassungsausspruchs führte das Berufungsgericht aus, die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien, begründe eine erhebliche Rechtsfrage, sofern solche Klauseln vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilt worden seien.

Gegen dieses Berufungsurteil richten sich die Revisionen beider Parteien. Während die klagende Partei eine stattgebende Entscheidung auch hinsichtlich der Klausel 1 anstrebt, begeht die beklagte Partei die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens auch hinsichtlich der Klauseln 4, 5, 7, 8, 9 (Satz 2), 10, 11, 13, 17, 18, 19 (Satz 3), 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 38 und 40.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision der klagenden Partei nicht Folge zu geben. Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision der beklagten Partei als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Beide Revisionen sind aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Die Revision der klagenden Partei ist jedoch nicht berechtigt, jene der beklagten Partei ist teilweise berechtigt.

I. Zur Revision der klagenden Partei:

Klausel 1 (Punkt 1.1 AGB):

Der Leasingvertrag kommt mit schriftlicher Annahme des Leasingantrages durch den Leasinggeber (kurz LG) zustande.

Nach Auffassung der klagenden Partei verstößt diese Bestimmung gegen § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne. Entgegenstehende Vertragsbestimmungen seien rechtsunwirksam. Die beklagte Partei hielt dem entgegen, die Bestimmung regle nicht das Zustandekommen des Vertrags, sondern die Wirksamkeit mündlicher zusätzlicher Erklärungen. Es diene überdies dem Schutz des Verbrauchers, wenn das Zustandekommen des Leasingvertrags an die Schriftform gebunden sei.

Die Vorinstanzen schlossen sich der Ansicht der beklagten Partei an. Das Berufungsgericht führte aus, Rechtsprechung und Lehre hätten § 10 Abs 3 KSchG stets nur auf die Frage der Verbindlichkeit mündlicher Zusatzerklärungen des Unternehmers bezogen, nicht aber auf das Zustandekommen des Vertrags selbst. Die Klausel diene auch der Rechtssicherheit des Verbrauchers, weil die Annahme seines Vertragsanbots in schriftlicher Form dokumentiert sei, während allfällige mündliche Nebenabreden ohnehin gültig seien. Schließlich schreibe auch § 3 Abs 1 VerbrKrVO für Finanzierungsleasingverträge die Schriftform vor.

Die klagende Partei macht in ihrer Revision geltend, § 10 Abs 3 KSchG stelle generell auf formlose Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter ab und enthalte keine Einschränkung auf Zusatzerklärungen. Es sei nicht einzusehen, wieso die Rechtssicherheit des Leasingnehmers gewahrt sein solle, wenn dieser zunächst aufgrund der mündlichen Erklärung des Leasinggebers oder seines Vertreters auf das Zustandekommen des Vertrags vertraue, der Vertrag jedoch im Hinblick auf die Klausel letztlich doch nicht wirksam zustandegekommen sei.

Hiezu wurde erwogen:

Es trifft zu, dass § 10 Abs 3 KSchG ganz generell den vertraglichen Ausschluss der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seines Vertreters zum Nachteil des Verbrauchers verbietet (3 Ob 12/09z [Klausel 27]; vgl auch 4 Ob 59/09v [Klausel 1]). Die Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954). Der Anwendungsbereich des § 10 Abs 3 KSchG ist insoweit eingeschränkt, als ein vertraglicher Vorbehalt vorliegen muss. Es muss also bereits in einem bindenden Vertrag festgelegt sein, dass entweder dem Vertragsschluss vorangehende oder diesem nachfolgende formlose Zusagen ohne schriftliche Bestätigung nicht gelten sollen (Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 10 KSchG Rz 14 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). § 10 Abs 3 KSchG schließt aber nicht aus, dass die Parteien Schriftform vereinbaren, also die Gültigkeit des Vertrags selbst von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig machen (§ 884 ABGB; Apathy in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> V§ 10 KSchG Rz 11). Der Schriftformvorbehalt müsste freilich im Offert oder in der (insoweit als neues Offert zu verstehenden) Annahmeerklärung enthalten gewesen sein (Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 884 Rz 1).

Eine erst nach der bindenden Einigung in der Sache getroffene Formvereinbarung ist in der Regel (nur) deklatorisch gemeint (Apathy aaO § 884 Rz 1 und 4; Rummel aaO § 884 Rz 2). Entspricht der schriftliche Vertrag in einem solchen Fall nicht der mündlichen Vereinbarung, so bleibt diese unverändert wirksam (Apathy aaO § 884 Rz 4).

Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich gegen die gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern (Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 28 KSchG Rz 3). Allgemeine Geschäftsbedingungen bedürfen nach ständiger Rechtsprechung, soweit keine besondere Regelung durch Gesetz oder Verordnung besteht, zu ihrer Geltung der Einbeziehung in den Vertrag und sind anzuwenden, wenn sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragstext oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht werden (2 Ob 159/08h mwN; vgl RIS-Justiz RS0014506 [T9]; Bollenberger in KBB<sup>2</sup> § 864a Rz 2). Sie gestalten das Vertragsverhältnis, setzen somit dessen gültiges Entstehen voraus.

Aus dieser Rechtslage folgt, dass auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen der beklagten Partei erst Bedeutung erlangen, wenn sie Vertragsinhalt geworden sind, zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer also ein wirksamer Leasingvertrag zustandegekommen ist. Eine Klausel, deren Regelungsinhalt sich - wie hier Punkt 1.1 AGB - auf das Zustandekommen jenes Vertrags beschränkt, in den die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen werden sollen, bleibt somit ohne direkte rechtliche Konsequenz; ihr käme allenfalls deklatorischer Charakter zu. Würde der Leasinggeber in einem Individualprozess das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags in Abrede stellen, so könnte er sich insoweit auf Punkt 1.1 AGB gar nicht berufen, weil ohne gültigen Vertrag auch die Klausel als Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam vereinbart worden wäre.

Die Klausel kann sich somit nicht zum Nachteil des Leasingnehmers auswirken und verstößt daher auch nicht gegen § 10 Abs 3 KSchG. Einen allfälligen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG hat die klagende Partei in diesem Zusammenhang nicht geltend gemacht.

Ein anderes Ergebnis ist auch aus der Entscheidung 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 nicht zu gewinnen, auf die sich die klagende Partei zur Untermauerung ihrer Rechtsansicht stützt. Die in der dort geprüften Klausel Z 3 Abs 3 Satz 2 vorgesehene Schriftform betraf Kundenaufträge „im Rahmen einer Geschäftsverbindung“ zwischen Bank und Kunden (Z 3 Abs 1 Satz 1), also eines bereits wirksam begründeten Vertragsverhältnisses, in welches die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen worden waren.

Aus den dargelegten Erwägungen erweist sich die Revision der klagenden Partei als nicht berechtigt.

## II. Zur Revision der beklagten Partei:

### 1. Zur Wiederholungsgefahr:

Die beklagte Partei steht weiterhin auf dem Standpunkt, ihre Unterlassungserklärung habe die Wiederholungsgefahr beseitigt. Die der Vertragsstrafenregelung beigelegte Einschränkung sei plausibel und nicht zu beanstanden. Wenn es sich die klagende Partei zur Aufgabe gestellt habe, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggesellschaften zu überprüfen, treffe sie auch die Obliegenheit, im Falle eines vermeintlichen Verstoßes ohne unnötigen Verzug aktiv zu werden. Der Zweck der Konventionalstrafe bestehe nicht darin, eine Vielzahl von Anwendungsfällen zusammen zu

sammeln, sondern den Verpflichteten zur Einhaltung der Unterlassungsverpflichtung zu zwingen. Dass mit der Geltendmachung eines vermeintlichen Verstoßes „erstmalig“ eine Konventionalstrafenforderung entstehe, sei angemessen, weil der Verpflichtete bis zur erstmaligen Forderung von der Gesetzmäßigkeit der von ihm verwendeten Klauseln ausgehen werde und keine Möglichkeit habe, sein Verhalten zu kontrollieren und gegebenenfalls abzustellen. Diese Erwägungen entsprächen auch den Grundsätzen der gerichtlichen Unterlassungsexekution nach den §§ 355 ff EO, die insoweit analog anzuwenden seien.

Hiezu wurde erwogen:

1.1 Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstige Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR XX. GP 32). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (2 Ob 153/08a = ÖBA 2010, 123 [Apathy] mwN).

1.2 Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; 2 Ob 153/08a; 6 Ob 81/09v; RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln erfassen (2 Ob 153/08a; 6 Ob 81/09v; RIS-Justiz RS0111638, RS0111640) und es dürfen weder Einschränkungen noch Bedingungen angeführt sein (vgl 5 Ob 227/98p; 8 Ob 17/00h; 2 Ob 153/08a; 5 Ob 138/09v; 6 Ob 81/09v). Da der Verband nur den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG geltend macht und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachtet, ist die Unterlassungserklärung im Regelfall nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen. Gesetzlich zulässige Klauseln werden von einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung nach § 28 KSchG daher nicht erfasst (vgl Apathy in ÖBA 2010, 126).

1.3 Zwar sieht die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen könne. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt daher nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht (vgl 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x; 2 Ob 153/08a; 6 Ob 81/09v).

1.4 Vor diesem rechtlichen Hintergrund hat der erkennende Senat jüngst in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung 2 Ob 153/08a den Wegfall der Wiederholungsgefahr iSd § 28 Abs 2 KSchG in Fällen verneint, in denen der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner (mit angemessener Konventionalstrafe besicherten) Unterlassungserklärung neu formulierte „Ersatzklauseln“ mit dem Bemerkung beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Es liege keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ seien, komme es nicht an. Dieser Auffassung sind mittlerweile (zumindest „im Ergebnis“ bzw. „grundsätzlich“) weitere Senate des Obersten Gerichtshofs gefolgt (1 Ob 81/09g; 1 Ob 131/09k; 5 Ob 138/09v).

1.5 Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Partei (noch) keine Ersatzklauseln formuliert, weshalb es auch keiner Auseinandersetzung mit der Kritik von Riss (Verbandsklage: Einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, RdW 2009, 695) an der Entscheidung 2 Ob 153/08a bedarf. Die beklagte Partei hat vielmehr die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung mit der Ankündigung verknüpft, die „konsumentenschutzrechtlich unbedenklichen“ Teile der beanstandeten Klauseln in deren künftigen Neufassung weiter zu verwenden. Der mit der Abmahnung vorprozessual geltend gemachte Unterlassungsanspruch betraf aber die davon umfassten Klauseln in ihrem gesamten Wortlaut und nicht bloß in einzelnen Worten oder Textteilen. Infolge der beigefügten Einschränkung liegt daher keine umfassende Unterlassungserklärung vor. Der Vorbehalt der Weiterverwendung einzelner Textpassagen lässt überdies völlig offen, ob sich die Unterlassungserklärung tatsächlich auch auf „sinngleiche“ Klauseln bezieht. Schon aus diesem Grund liegt eine zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeignete Unterlassungserklärung nicht vor.

1.6 Dazu kommt, dass die beklagte Partei durch den auf die „Vertragsstrafevereinbarung“ bezogenen Zusatz eine weitere Einschränkung ihrer Unterlassungserklärung vorgenommen hat. Danach sollen Verstöße gegen die eingegangene Unterlassungsverpflichtung ungeahndet bleiben, bis die klagende Partei erstmals einen solchen Verstoß geltend gemacht hat. Die Wiederholungsgefahr wird aber nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Unternehmer die Verpflichtung übernommen hat, solche Handlungen zu unterlassen. Wer zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun ist, kann sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen (vgl RIS-Justiz RS0080007). Es kommt darauf an, ob dem Verhalten des Unternehmers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Verstößen Abstand zu nehmen (vgl 7 Ob 78/06f mwN).

Der in Rede stehende Zusatz bringt deutlich zum Ausdruck, dass es der beklagten Partei am ernstlichen Willen, von künftigen Verstößen gegen eine Unterlassungsverpflichtung Abstand zu nehmen, fehlt. Ist doch damit nicht gewährleistet, dass jedes Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungsverpflichtung durch eine Vertragsstrafe besichert ist. Wie der erkennende Senat zuletzt in der Entscheidung 2 Ob 153/08a betonte, ist es ausschließlich die Sache des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für deren gesetzmäßigen Inhalt zu sorgen (vgl auch Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/4 §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15 aE). Die beklagte Partei kann sich demnach nicht mit Erfolg darauf berufen, ihr Verhalten ohne Einschreiten des klagenden Verbands nicht selbst kontrollieren zu können. Auf exekutionsrechtliche Erwägungen ist in diesem Zusammenhang nicht einzugehen.

1.7 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die auf die Abmahnung folgenden Erklärungen der beklagten Partei dem Erfordernis einer unbedingten, uneingeschränkten und strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht entsprechen und zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht geeignet sind.

## 2. Allgemeines zum Finanzierungsleasing:

Die beklagte Partei skizziert an mehreren Stellen ihres Rechtsmittels - zumeist unter Berufung auf ein Rechtsgutachten von Völkilch (Beil .9) - die Hauptleistungspflichten des Leasinggebers dahin, dass diese (nur) im Eintritt in den zwischen dem Lieferanten und dem Leasingnehmer abgeschlossenen Kaufvertrag, der Bezahlung des Kaufpreises nach Übergabe des Leasingobjekts an den Leasingnehmer und der Abtretung der Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer und der Zulassung der Benützung durch den Leasingnehmer bestünden. Der Leasinggeber sei hingegen nicht verpflichtet, dem Leasingnehmer den ordnungsgemäßen Gebrauch des Leasingobjekts zu verschaffen. Es gehöre nicht zum Pflichtenprogramm des Leasinggebers, für Sachmängel einzustehen.

2.1 Diese Ausführungen widersprechen in wesentlichen Punkten den in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs anerkannten Grundsätzen zum Finanzierungsleasing, die zuletzt in den Entscheidungen 3 Ob 12/09z = ÖBA 2009, 744 (Apathy) und 4 Ob 59/09v (vgl auch 5 Ob 159/09g) - soweit hier wesentlich - wie folgt zusammengefasst dargestellt wurden:

Das Finanzierungsleasing ist eine Form der Investitionsfinanzierung, bei dem an die Stelle des Eigentumserwerbs an den Anlagegütern die bloße Gebrauchsüberlassung tritt (6 Ob 241/07w; 6 Ob 507/95 = ecolex 1996, 254 [Fischer-Czermak]; Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1090 Rz 27). Der Leasinggeber erwirbt eine den Wünschen des Leasingnehmers, der das Leasinggut seinerseits bei einem Dritten (Lieferanten, Hersteller, Händler) ausgesucht hat, entsprechende Sache, um sie diesem für bestimmte Zeit zum Gebrauch zu überlassen (6 Ob 241/07w; 6 Ob 507/95; Apathy in KBB<sup>2</sup> §

1063 Rz 24). Im Übrigen übernimmt der Leasinggeber nur die Finanzierungsaufgabe und trägt das Kreditrisiko, also das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers. Er ist durch sein Eigentum an der Sache gesichert (RIS-Justiz RS0019456).

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gehört beim Finanzierungsleasing jedenfalls die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des Leasingobjekts zur unabdingbaren (Haupt-)Verpflichtung des Leasinggebers, den auch die Sachgefahr vor Lieferung trifft (RIS-Justiz RS0020735; Krejci in Egger/Krejci, Das Leasinggeschäft [1987] 107; Würth aaO § 1090 Rz 32; W. Jud in Krejci, HbzKSchG [1981] 526; Fischer-Czermak, Mobilienleasing [1995] 58 f). Der Leasinggeber hat dafür einzustehen, dass sich die Sache zu Beginn des Leasingverhältnisses in brauchbarem Zustand befindet (1 Ob 579/94 = SZ 68/42).

An dieser Auffassung ist festzuhalten: 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 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 abdingen, selbst wenn die Käuferrechte dem Leasingnehmer abgetreten werden, als Verstoß gegen § 879 ABGB zu beurteilen (6 Ob 507/95 mwN). Auch die Auswahl des Lieferanten durch den Leasingnehmer ändert nichts an der Pflicht des Leasinggebers, dem Leasingnehmer die Gebrauchsmöglichkeit zu verschaffen (Fischer-Czermak zu 6 Ob 507/95 = ecolex 1996, 254).

Der Leasinggeber hat somit dafür einzustehen, dass sich die Sache bei Beginn in brauchbarem 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 (RIS-Justiz RS0016641; 1 Ob 586/79 = JBI 1980, 259 [Wilhelm]) - nicht an sich sittenwidrig (RIS-Justiz RS0016625). 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 (RIS-Justiz RS0018487, RS0019481).

2.2 Das Bild, das sich aus den Allgemeinen Vertragsbedingungen der beklagten Partei ergibt, ist das einer beim mittelbaren Finanzierungsleasing typischen Vertragsgestaltung. Soweit das Erstgericht in seinen Feststellungen davon abweichende Aussagen (vorwiegend rechtlicher Natur) über den Abschluss von Verträgen zwischen Lieferanten und Kunden, dem Eintritt des Leasinggebers in diese Verträge und das Zustandekommen der Leasingverträge trifft, wurden sie vom Berufungsgericht zu Recht als für die Beurteilung der strittigen Klauseln unbedeutlich qualifiziert. Denn der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist dem Unternehmer im Verbandsprozess verwehrt (4 Ob 221/06p; 3 Ob 12/09z). Auf die tatsächliche Geschäftsabwicklung kommt es daher nicht an, wenn nach dem Konzept der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine andere Vertragsgestaltung möglich ist.

### 3. Zur Auslegung im Verbandsprozess:

Die beklagte Partei meint, es sei unzutreffend, dass es sich beim Verbandsprozess um ein abstraktes Kontrollverfahren handle und auf individuelle Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern keine Rücksicht zu nehmen sei. Das Berufungsgericht habe auch den Grundsatz, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen auf die kundenfeindlichste Art auszulegen seien, „überstrapaziert“. Es habe nicht berücksichtigt, dass vom Verständnis eines durchschnittlichen Leasingkunden auszugehen sei. Maßgeblich sei daher nicht, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen theoretisch von jemandem ausgelegt werden könnten, dem jegliches Verständnis für das Finanzierungsleasing fehle, sondern, welche „kundenfeindlichste“ Auslegung ein durchschnittlicher Leasingkunde vornehmen könnte.

Entgegen dieser Argumentation entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass im abstrakten Kontrollverfahren einer Verbandsklage die Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln nur generalisierend erfolgen kann; für eine individualvertragskonforme Auslegung ist - wie dies bereits in II.2 angeklungen ist - in diesem

Verfahren kein Raum (2 Ob 523/94; 6 Ob 551/94; vgl auch 5 Ob 227/98p; 8 Ob 17/00h; 7 Ob 230/08m). Da die Verbandsklage der Durchsetzung des allgemeinen Interesses dient, gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen aus dem geschäftlichen Verkehr zu ziehen und die gesetzlichen Bestimmungen in der Geschäftspraxis effektiv durchzusetzen, ist nach herrschender Rechtsprechung Maßstab für die Beurteilung einer Vertragsbestimmung regelmäßig die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung, mag auch eine kundenfreundlichere Interpretation denkbar sein (1 Ob 188/08s; Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 28 KSchG Rz 5). Die Auslegung der Klausel hat demnach im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich ist (RIS-Justiz RS0016590, RS0038205). Es gelten somit andere Grundsätze als für die Auslegung - derselben oder anderer Vertragsinhalte - bei der Beurteilung im Rahmen eines „Individualprozesses“. Dass dabei auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen ist, ergibt sich schon aus der auch im Verbandsprozess beachtlichen diesbezüglichen Rechtsprechung zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG (vgl 3 Ob 12/09z mwN; auch 6 Ob 128/09f).

#### 4. Zu den strittigen Klauseln:

Vorauszuschicken ist, dass für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ iSd§ 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgebend ist. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (3 Ob 12/09z; 4 Ob 59/09v; RIS-Justiz RS0121187).

##### 4.1 Klausel 4 (Punkt 2.2 Sätze 1 bis 5 AGB):

Der mit dem Lieferanten vereinbarte Liefertermin ist freibleibend (Satz 1). Der LG haftet nicht für die Einhaltung von Lieferbedingungen und Vertragsbestimmungen von Lieferanten (Satz 2). Der LN erkennt die von ihm zur Kenntnis genommenen Liefer- und Gewährleistungsbedingungen des Lieferanten als auch für ihn verbindlich an (Satz 3). Der LG übernimmt keinerlei wie immer geartete Gewährleistungspflicht, sondern beauftragt, bevollmächtigt und verpflichtet den LN, alle dem LG zustehenden Rechte aus Gewährleistungsansprüchen, Garantien, Wartungsverpflichtungen, Vertragsverletzungen, Verzug, Beschädigung und dergleichen gegenüber dritten Personen, insbesondere gegenüber den Lieferanten des Leasingobjektes fristgerecht auf eigene Kosten, im eigenen Namen bzw im Namen des LG geltend zu machen, zu welchem Zweck der LG dem LN diese Ansprüche abtritt (Satz 4). Der LG ist jedoch auch berechtigt, vom LN eine Rückabtretung zu verlangen, um diese Ansprüche auch selbst im Interesse und auf Kosten des LN zu betreiben (Satz 5). [...]

Diese Klausel enthält mehrere materiell eigenständige Regelungsbereiche, die einer gesonderten Prüfung zugänglich sind:

4.1.1 Die klagende Partei erachtet den ersten Satz dieser Bestimmung als intransparent. Sollte mit dessen Formulierung gemeint sein, dass der vereinbarte Termin nicht verbindlich sein solle, liege auch eine gröbliche Benachteiligung des Leasingnehmers vor. Die beklagte Partei verteidigt die Klausel mit der Begründung, dass sie nur die Geschäftsabwicklung wiedergebe.

Das Erstgericht hielt die Klausel für zulässig. Das Berufungsgericht folgte hingegen den Argumenten der klagenden Partei und beurteilte die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KschG.

In ihrer Revision widerspricht die beklagte Partei (ohne nähere Begründung) dieser Rechtsansicht.

Die Beurteilung der Klausel als intransparent ist schon deshalb nicht zu beanstanden, weil die Klausel „freibleibend“ (im Sinne von „unverbindlich“) der im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern typischen Rechtssprache entnommen ist (vgl Kramer in Straube, HGB I<sup>3</sup> § 346 Rz 34). Diese wird einem Verbraucher im Regelfall nicht geläufig sein, sodass er über die Bedeutung der Klausel im Unklaren bleibt. Die Klausel verstößt damit gegen § 6 Abs 3 KschG.

4.1.2 Zum zweiten Satz vertritt die klagende Partei die Ansicht, diese Bestimmung sei für den Leasingnehmer gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Leistungsstörungen des Lieferverhältnisses dürften nicht zu Lasten des Leasingnehmers gehen, weil der Leasinggeber zur Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit verpflichtet sei. Dem hält die beklagte Partei entgegen, dass nur der Leasingnehmer mit dem Lieferanten in Verbindung stehe und der Leasinggeber auf den Inhalt des Kaufvertrags keinen Einfluss habe.

Das Erstgericht hielt die Klausel für zulässig. Das Berufungsgericht teilte hingegen die Auffassung der klagenden Partei. Eine Klausel, die eine Freizeichnung von der erstmaligen Verschaffungspflicht enthalte, sei sittenwidrig. Leistungsstörungen des Lieferverhältnisses dürften nicht zu Lasten des Leasingnehmers gehen. Die Überwälzung des Lieferrisikos auf den Leasingnehmer sei auch dann als gröblich benachteiligend anzusehen, wenn der Leasinggeber seine Käuferrechte auf Lieferung dem Leasingnehmer abtrete, weil die Hauptpflicht des Leasinggebers auf Verschaffung der ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit nicht durch Gefahrtragungs- und sonstige Freizeichnungsklauseln ausgehöhlt werden dürfe.

Dagegen führte die beklagte Partei in der Revision zunächst ihre Auffassung von den sie treffenden Hauptleistungspflichten ins Treffen, die in II.2 bereits abgelehnt worden ist. Mit ihrem weiteren Argument, von einer gröblichen Benachteiligung des Leasingnehmers könne schon deshalb keine Rede sein, weil dieser ohnehin vor der erstmaligen Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit keine Leasingraten zu bezahlen habe, bezieht sie sich erkennbar auf die - von der klagenden Partei nicht beanstandeten - Regelungen in Punkt 1.2 AGB, wonach die Leasingzahlungen mit dem Tag der Lieferung beginnen, und in Punkt 2.5 Satz 1 AGB, wonach der Leasingnehmer zur Abnahme des vom Lieferanten vertragsgemäß gelieferten Leasinggegenstands und zur Unterfertigung eines entsprechenden Übergabe-/Übernahmeprotokolls verpflichtet ist.

Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Erfüllungsanspruch des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber und nicht gegen den Lieferanten (Händler) richtet. Der Oberste Gerichtshof hat auch bereits entschieden, dass selbst die Unterfertigung einer wahrheitswidrigen Übernahmebestätigung durch den Leasingnehmer, welche hier (ua) die Pflicht zur Zahlung der Leasingraten auslösen würde, das Recht des Leasingnehmers auf die Hauptleistung aus dem Leasingvertrag nicht abzuschneiden vermag (6 Ob 607/95 mwN = ecolex 1996, 254 [zust Fischer-Czermak]). Da die erstmalige Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs des Leasingobjekts zur unabdingbaren Verpflichtung des Leasinggebers gehört (RIS-Justiz RS0020735, RS0020739), stellt die Überwälzung des Lieferrisikos auf den Leasingnehmer jedenfalls eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB dar (6 Ob 607/95 mwN; 3 Ob 12/09z).

4.1.3 Satz 3 der Bestimmung beinhaltet nach Meinung der klagenden Partei eine gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige „Tatsachenbestätigung“, mit der eine Beweislastverschiebung zum Nachteil des Leasingnehmers verbunden sei. Die beklagte Partei widersprach dieser Ansicht.

Das Erstgericht hielt die Klausel für zulässig. Das Berufungsgericht beurteilte sie hingegen als intransparent. Punkt 2.2 folge auf Punkt 2.1 AGB, wonach dem Leasingnehmer bekannt sei, dass der Leasinggeber den Leasinggegenstand erst erwerben müsse. Im Rahmen der im Verbandsprozess anzustellenden kundenfeindlichsten Auslegung dürfe daher von einer Kenntnis des Leasingnehmers vom vollständigen Inhalt des Vertrags zwischen Leasinggeber und Lieferanten nicht ausgegangen werden.

Die beklagte Partei geht in ihrer Revision auf diese Begründung inhaltlich nicht ein. Sie sieht in ihr vielmehr eine von der erstinstanzlichen Tatsachengrundlage abweichende Feststellung, die ohne Beweiswiederholung getroffen worden sei. Die in diesem Zusammenhang gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt jedoch nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO).

4.1.4 In den Sätzen 4 und 5 der Bestimmung erblickt die klagende Partei einen Verstoß gegen § 9 KSchG (Ausschluss oder Einschränkung von Gewährleistungsrechten). Nach dem Wortlaut der Klausel stünden dem Leasingne

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>