

## Antikorruption, die Zweite –!

Abgeordnete  
Unternehmen  
Korruptionsverdacht  
Kultursponsoring

Kundenschutz im  
Zahlungsdienstegesetz

Aktienrechts-  
Änderungsgesetz

Das Leck im  
Schutzlandprinzip

Altersteilzeit Neu  
Kontinuierliche/geblockte Arbeitszeit

Hausverlosung und  
Rechtsverkehrs-Steuern

EU-  
Unterhalts-Verordnung

# §§ 26 ff und § 27 – Stiefkinder des KSchG

*§§ 26 ff und § 27 KSchG sind in der Lehre bisher stiefmütterlich behandelt worden. Obwohl deren praktische Bedeutung begrenzt ist, lohnt eine kritische Behandlung, weil die Regelungen schwer verständlich und die spärliche Lit und Jud zumeist oberflächlich ist. Zudem werden hier auch Reformvorschläge präsentiert.*

CLEMENS LIMBERG

## A. Einleitung

Die Regelungen der §§ 26 ff und des § 27 KSchG befinden sich beide im 1. Hauptstück des KSchG und gelten damit nur für Verbrauchergeschäfte, sind zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend und lassen andere gesetzliche Bestimmungen grundsätzlich unberührt.<sup>1)</sup> Die Bestimmungen haben zwar inhaltlich nicht viel gemein, ähneln einander jedoch, was deren lieblose Behandlung in der Literatur betrifft. Von – vorsichtig formuliert – zumeist auffällig ähnlich gestalteten KSchG-Kommentaren (iwS) abgesehen, findet sich zu beiden Regelungskomplexen *keine einzige eigenständige Stellungnahme* in der Literatur. Nicht verwunderlich also, dass diese Gesetzesstellen selbst unter erfahrenen Zivilrechtlern mitunter unbekannt sind. Beides soll vorliegender Beitrag ändern.

## B. Handel mit Druckwerken (§§ 26 ff KSchG)

### 1. Entstehung und Regelungszweck

Über der Genesis der §§ 26–26b KSchG schwebt ein mysteriöses Dunkel. Die mit der KSchG-Novelle 1984<sup>2)</sup> eingefügten Bestimmungen ersetzen § 26 in der Urfassung, der noch für Haustürgeschäfte im „Buch-, Kunst-, Zeitschriften- und Musikalienhandel“ galt und nur mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert war.<sup>3)</sup> Die seither – von der Euro-Umstellung abgesehen – unverändert geltenden §§ 26 ff beschränken sich hingegen auf Haustürgeschäfte im Handel mit Druckwerken. Dort sei nämlich das „Bedürfnis nach verbessertem Konsumentenschutz am dringlichsten“.<sup>4)</sup> Worauf sich dieses „dringende Schutzbedürfnis“ der Verbraucher stützt und warum es bei Haustürgeschäften mit Musikalien oder Kunstwerken nicht (mehr) bestehen sollte, lassen die Mat aber völlig ungeklärt. Überhaupt erscheinen diese unstimmtig, wenn sie durchgehend von „Zeitschriftenhandel“ sprechen, während der Gesetzestext den (weiteren) Begriff „Druckwerke“ verwendet.<sup>5)</sup>

### 2. Anwendungsbereiche und Regelungsinhalt

§ 26 KSchG ist auf Verträge im Handel mit Druckwerken anzuwenden, wenn diese den Verkäufer zu wiederholten Lieferungen und den Käufer zu wiederholten Geldzahlungen verpflichten und „unter Umständen geschlossen werden, die den Verbraucher nach § 3 zum Rücktritt berechtigen.“<sup>6)</sup> Erforderlich sind also drei Elemente: Handel mit Druckwerken;<sup>7)</sup> wiederholte Leistungen auf beiden Seiten; Haustürge-

schäft mit Rücktrittsmöglichkeit. In diesen Fällen ist der Vertrag schriftlich zu errichten und eine die wichtigsten Details<sup>8)</sup> zusammenfassende Urkunde dem Verbraucher auszufolgen. Gemäß § 26 Abs 4 KSchG (e contrario) führt bei *periodischen* Druckwerken ein Verstoß dagegen sogar zur Nichtigkeit.<sup>9)</sup>

Für solche *periodischen* Druckwerke enthält § 26a KSchG noch weitere Regelungen: Der Unternehmer hat bei Verträgen darüber dem Verbraucher *zusätzlich* eine Urkunde nach § 26 KSchG mit der Post<sup>10)</sup> zu übersenden; erst diese löst die Rücktrittsfrist aus und bewirkt außerdem, dass der Verbraucher den Rücktritt auch gegenüber dem Absender erklären kann, selbst wenn dieser nur Vermittler, und nicht Vertragspartner, sein sollte. Für Tageszeitungen, also zumindest sechsmal wöchentlich erscheinende Druckschriften, gilt § 26a KSchG aber nicht (§ 26a Abs 2 KSchG).

Gemäß § 26b KSchG sind von § 26f KSchG schließlich auch Verträge ausgenommen, bei denen der jährliche oder gesamte Kaufpreis mehr als € 25.000,- beträgt. In einer E des LGZ Wien<sup>11)</sup> werden § 26 ff KSchG zutreffender Weise auch auf Lesezirkelverträge (analog) angewendet.

MMag. Dr. Clemens Limberg, LL.M., war Assistent am Institut für Zivilrecht und ist derzeit RAA in Wien.

- 1) Vgl § 1 Abs 1 KSchG; § 2 Abs 2 KSchG; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 17.
- 2) BGBl 1984/456.
- 3) Siehe § 32 Z 1 lit a KSchG idF BGBl 1979/140; und aktuell § 32 Z 1 lit b KSchG.
- 4) LA 87/A II-1233 BlgNR 16. GP 4.
- 5) Zur Terminologie: Der Begriff „Druckwerk“ ist im KSchG nicht definiert. Gem § 1 Abs 1 Z 4 MedienG (BGBl 2005/49) ist dieses „ein Medienwerk, durch das Mitteilungen oder Darbietungen ausschließlich in Schrift oder in Standbildern verbreitet werden.“ Der Terminus „Zeitschrift“ entspricht hingegen wohl dem des „periodischen Druckwerks“ iSd § 26a KSchG, der eine Spezialnorm darstellt.
- 6) So § 26 Abs 1 Z 2 KSchG.
- 7) Dazu FN 5.
- 8) Siehe Aufzählung § 26 Abs 2 Z 1 bis Z 5 (insb Namen, Gegenstand, Kaufpreishöhe, Rücktrittsrecht).
- 9) So auch *Mayrhofer* in *Klang*<sup>3</sup> § 26 KSchG Rz 10; *Krejci* in *Rummel*<sup>4</sup> § 26 KSchG Rz 2; aA *Apathy* in *Schwimmert*<sup>5</sup> § 26 KSchG Rz 5; *Feil*, *KschG*<sup>3</sup> § 27 Rz 1; undifferenziert *Deixler-Hübner*, *KSchG*<sup>2</sup> (1997) 102. Der Gesetzgeber wollte offenbar zwischen periodischen und nichtperiodischen Druckwerken unterscheiden, was sich bereits aus Einführung des § 26a KSchG ableiten lässt.
- 10) ME wird auch die Versendung per elektronischer Post, also E-Mail, ausreichend sein, weil es § 26a KSchG ja nur darum geht, den Verbraucher nochmals *schriftlich* an das Rechtsgeschäft zu „erinnern“.
- 11) 45 R 38/88. KRES 1 b/18.

### 3. Zusammenfassende Kritik und Vorschlag de lege ferenda

Die §§ 26–26b KSchG sind insgesamt nicht nur unnötig kasuistisch und kompliziert, sondern va auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs willkürlich, oder zumindest unzureichend rechtspolitisch begründet, sowie legistisch mangelhaft ausgeführt. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Ein Abonnementvertrag mit zweijähriger Laufzeit, der als Haustürgeschäft abgeschlossen wird, unterliegt bei *Einmalzahlung* des Verbrauchers nur § 3; wenn es sich aber um zwei jährliche Zahlungen (also „wiederholte Leistungen“) handelt, ist auch § 26 KSchG einschlägig; sollte der Gegenstand des Kaufvertrages gar ein *periodisches* Druckwerk sein, so gilt auch die Sanktion der Rechtsunwirksamkeit gem § 26 Abs 4 KSchG und – ausgenommen es handelt sich um Tageszeitungen – auch § 26a KSchG. Dem Verhalten und der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers an der Haustüre werden diese verwirrenden Differenzierungen mE aber nicht gerecht. Legistisch wäre es außerdem sinnvoller gewesen, den Inhalt des § 26b KSchG direkt in § 26 KSchG aufzunehmen, weil § 26a KSchG ohnehin auf diesen verweist und die Vorschrift bereits dadurch für beide §§ gelten würde.

Die §§ 26ff KSchG sind also der Gesetz gewordene Alptraum jedes Rechtsanwenders: Ohne nachvollziehbaren Zweck wurden einzelne, unbedeutende Sachverhalte in stark (aber mE grundlos) differenzierter Weise höchst kompliziert geregelt. De lege ferenda kann daher nur zur Notschlachtung geraten werden: Die Bestimmungen sollten mangels besonderer Schutzbedürftigkeit der Verbraucher beim Handel mit Druckwerken und mangels praktischer Bedeutung im Sinne der Einheitlichkeit, Rechtsvereinigung und -klarheit *ersatzlos* gestrichen werden.

## C. Vorauszahlungskauf (§ 27 KSchG)

### 1. Überblick und Regelungszweck

§ 27 KSchG gewährt dem Verbraucher bei einem Vorauszahlungskauf über bewegliche, körperliche Sachen unter bestimmten Umständen ein Rücktrittsrecht. Ein Vorauszahlungskauf (auch „Ansparvertrag“ genannt)<sup>12)</sup> ist eine Vereinbarung, wonach der Verbraucher verpflichtet wird, den Kaufpreis in Teilbeträgen voranzuzahlen. Damit handelt es sich praktisch um das Gegenstück zu den heute weit verbreiteten Abzahlungsgeschäften (§ 16ff KSchG), bei denen der Unternehmer, und nicht wie hier der Verbraucher, kreditiert.<sup>13)</sup> Die Popularität dieser letztgenannten Konstruktionen und ein seit den 1970er Jahren grundlegend geändertes Gesellschafts- und Konsumverhalten dürfte auch Hauptgrund für die geringe praktische Bedeutung des § 27 KSchG sein. Die Mat geben beredtes Beispiel dafür wenn es dort heißt: „Diese Ansparverträge werden wiederholt von jungen Mädchen, besonders als Wäsche- oder Möbelansparausstattungsverträge, geschlossen; sie meinen auf diese Weise sinnvoll für ihre Heiratsausstattung vorzuzorgen“.<sup>14)</sup>

Der Gesetzgeber will diese „jungen Mädchen“ offenbar in jenen Fällen schützen, in denen die Ware

oder der Preis beim Vertragsabschluss noch nicht endgültig konkretisiert ist, also eine erhöhte *Gefahr der Übervorteilung* besteht: Denn erst wenn der Käufer den gesamten Betrag vorausgezahlt hat, darf er spezifizieren und ist dann auf die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Produkte und Preise des Verkäufers angewiesen.<sup>15)</sup> § 27 KSchG räumt dem Verbraucher daher ein Rücktrittsrecht ein „sofern die Ware bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar oder der Preis nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt und solange der Vertrag nicht beiderseits vollständig erfüllt ist.“ Bei der Ausgestaltung der Rückabwicklung verweist § 27 KSchG auf § 4 KSchG (Rücktrittsrecht bei Haustürgeschäft).

### 2. Anwendungsbereich

Vorraussetzung für den Rücktritt nach § 27 KSchG sind also drei Elemente: Kaufvertrag über *bewegliche, körperliche Sachen*; Zahlung des Verbrauchers *im Voraus und in Teilbeträgen*; nur durch Erklärung bestimmbare *Ware* oder ein nicht nach den Preisverhältnissen zum Vertragsabschluss bestimmter *Preis*.

Außerdem kann das Rücktrittsrecht nur solange ausgeübt werden, als der „Vertrag nicht beiderseits vollständig erfüllt ist“. Die Mat schweigen über den Hintergrund dazu, doch ist leicht ersichtlich, dass die Gefahr eines zu kleinen Sortiments oder überhöhter Preise augenscheinlich nicht schlagend wurde, wenn der Verbraucher nach Zahlung des Gesamtbetrags die Ware bereits gewählt und übernommen hat.<sup>16)</sup> Der Gesetzgeber hielt es in einem solchen Fall wohl zutreffend für unangebracht, dem Verbraucher ein zusätzliches, *nachträgliches* Kündigungsrecht einzuräumen.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist Voraussetzung für das Rücktrittsrecht, dass die Ware bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar ist (1. Fall) oder der Preis nicht nach den Preisverhältnissen zum Vertragsabschluss vereinbart wurde (2. Fall). Diese eigenwilligen Formulierungen sollen Käufe erfassen, bei denen über Ware oder Preis (für den Verbraucher) noch Unsicherheit besteht.<sup>17)</sup> An diesem Schutzzweck der Norm gemessen, sind allerdings beide Formulierungen missverständlich: Hinsichtlich des 1. Falles kann eingewendet werden, dass eine Wahlschuld mit exakt bestimmten Alternativen keine Unsicherheit und damit auch keine Gefahr für den Verbraucher birgt, weshalb insoweit teleologisch zu reduzieren ist.<sup>18)</sup> Auch im 2. Fall (Preis) stellt der Gesetzestext mE nicht auf die Unsicherheit der Preisverhältnisse ab.<sup>19)</sup> Vielmehr fordert der Wortlaut

12) Dazu ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 35f, 41.

13) Vgl dazu ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 36; *Mayrhofer in Krejci*, Handbuch zum KSchG (1981) 499ff.

14) So ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 36.

15) ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 36 mit Verweis auf OGH 18. 10. 1967, 7 Ob 178/67 = EvBl 1968/156 (für die Rechtslage vor KSchG).

16) Vgl *Mayrhofer in Klang* § 27 KSchG Rz 7.

17) Selbst die Mat (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 35) geben aber zu: „Der Begriff des ‚Ansparvertrages‘ ist (...) schwer zu umschreiben.“

18) In diesem Sinn auch *Mayrhofer in Klang* § 27 KSchG Rz 5.

19) AA weil offenbar auf den Zeitpunkt der Preisfestsetzung abstellend OGH 27. 9. 2000, 7 Ob 23/00h = ecolex 2001/127 = RdW 2001,

des § 27 KSchG darüber hinaus, dass der Preis nicht „nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertrags-schließung festgelegt“ ist und orientiert sich damit – wörtlich genommen – nicht am Zeitpunkt der Preisfestlegung, sondern am Preisniveau. Eine Preisklausel, die den Preis zwar explizit festlegt, aber anders ansetzt als zu den Preis(verhältniss)en bei Vertragsabschluss (also höher oder niedriger, beispielsweise indexiert oder diskontiert), würde daher nach dem Gesetzeswortlaut zum Rücktritt berechtigen. Ob man nun die Regelung dieses 2. Falles durch teleologische Reduktion und Analogie so umdeuten darf, dass auf den Preisfestsetzungszeitpunkt und nicht auf dessen Niveau abgestellt wird, wie dies die hL<sup>20)</sup> – anscheinend unbewusst – macht, erscheint mE fraglich; denn die Mat sind diesbezüglich dünn und das gewünschte Ergebnis doch recht weit vom Wortlaut entfernt.

Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, gilt § 27 KSchG wohl auch für Kaufverträge, die Abzahlungs- und Vorauszahlungsgeschäft kombinieren, wenn also bei einem Geschäft der Kaufpreis nur teilweise vorausgezahlt wird, und der übrige Kaufpreisteil aber nach Übernahme der Ware abbezahlt wird. Die hA<sup>21)</sup> unterwirft eine solche Konstellation sowohl den Bestimmungen über das Abzahlungsgeschäft (§§ 16 ff KSchG), als auch § 27 KSchG, wobei wohl nach den jeweiligen Teilen der Vereinbarung im Einzelfall zu differenzieren ist.<sup>22)</sup>

### 3. Zusammenfassende Kritik und Vorschlag de lege ferenda

Auch die Regelung des § 27 KSchG ist – gemessen an deren Zweck – in der Textierung misslungen. Eine

treffendere Formulierung des 1. Satzes, welche die oben genannten Unsicherheiten ausräumt, könnte lauten: „Von einem Vertrag über die Lieferung einer beweglichen körperlichen Sache, mit dem sich der Verbraucher verpflichtet, den Kaufpreis in Teilbeträgen vor auszuzahlen, kann er zurücktreten, sofern zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Preis oder Ware nicht bestimmbar sind, auch nicht in Form von Wahlmöglichkeiten, und solange der Vertrag nicht beiderseits vollständig erfüllt ist.“

212 und die hL, s etwa Apathy in *Schwinmann V*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 2, 4; *Krejci* in *Rummel* III/4<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 3, vgl aber Rz 5; *Feil*, KSchG<sup>3</sup> § 27 Rz 3, wohl auch *Kalis/Langer*, JBl 1998, 163; unklar *Mayrhofer* in *Klang*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 6.

20) Siehe soeben FN 19.

21) OGH 27. 9. 2000, 7 Ob 23/00h = eclex 2001/127 = RdW 2001, 212; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 2; *Mayrhofer* in *Klang*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 9 ff.

22) So bereits *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 2; vgl dazu auch *Mayrhofer* in *Klang*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 11.

#### SCHLUSSTRICH

§§ 26 ff und § 27 KSchG sind in der Praxis von geringer Bedeutung. §§ 26 ff KSchG (Handel mit Druckwerken) sind zudem unübersichtlich, kasuistisch und teleologisch kaum nachvollziehbar. Dieser gesamte Regelungskomplex sollte daher mE ersatzlos gestrichen werden. Auch § 27 KSchG (Vorauszahlungskauf) könnte bei dieser Gelegenheit novelliert werden, weil der geltende Gesetzestext teilweise am (vermuteten) Regelungszweck vorbeigeht.

#### RECHTSPRECHUNG

### Entzug von Licht durch bereits vorhandenen Wald ortsüblich

1. Der Entzug von Licht und Luft durch Bäume am Nachbargrundstück kann nur dann untersagt werden, wenn der Entzug des Lichts sowohl ortsunüblich als auch unzumutbar ist. Unzumutbarkeit wird umso weniger anzunehmen sein, je näher eine – als solche ortsunübliche – Beeinträchtigung an der Grenze zur Ortsüblichkeit liegt. Ist allerdings die Beeinträchtigung ohnedies ortsüblich, ist eine gesonderte Prüfung der Zumutbarkeit gar nicht mehr erforderlich.

2. Siedelt sich ein Nachbar in ländlicher Umgebung unmittelbar am Waldrand an, ist die durch den waldbedingten Lichtentzug verursachte Beeinträchtigung hinzunehmen. Die Beeinträchtigung ist bei der Errichtung eines Gebäudes aufgrund der damals noch nicht voll ausgewachsenen Bäume bei (ortsüblicher) Bewirtschaftung des Waldes (zumindest) vorherzusehen.

### Zur Anfechtung eines gegenseitigen Veräußerungs- und Belastungsverbots

1. Ein verbüchertes Veräußerungsverbot nach § 364 c ABGB hindert die Verwertung des belasteten Liegenschaftsanteils auch im Konkurs.

2. Wenn Ehegatten einander jeweils unentgeltlich Belastungs- und Veräußerungsverbote für gleich große ideelle Liegenschaftsanteile an derselben Liegenschaft einräumen, ist davon auszugehen, dass die Rechteinräumung gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner durch die gleichartige Rechteinräumung des anderen bedingt und mit dieser synallagmatisch verknüpft war. Es liegt daher kein unentgeltliches Geschäft vor, das nach § 29 Z 1 KO angefochten werden könnte.

3. Für eine Anfechtung nach § 28 Z 3 KO hat der kl Masseverwalter nur die Vornahme der Rechts-handlung des Gemeinschuldners innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkurseröffnung, die Benachteiligung, die Eigenschaft des Anfechtungsgegners als anderer Teil und als naher Angehöriger sowie die Befriedigungstauglichkeit zu beweisen. Der Anfechtungsgegner hat zu beweisen, dass der Gemeinschuldner keine Benachteiligungsabsicht hatte oder ihm ein solche weder bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Dabei kommt es auf die bloße Kenntnismöglichkeit an.

BEARBEITET VON  
G. WILHELM  
H. FRIEDL

§ 364 Abs 3 ABGB

OGH 24. 3. 2009,  
4 Ob 13/09d

2009/289

§ 364 c ABGB;  
§ 28 Z 3,  
§ 29 Z 1 KO

OGH 19. 5. 2009,  
3 Ob 2/09d

2009/290

**Aus der Begründung (nur zu 3.):**

Nach § 28 Z 3 KO anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und die dieser in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung gegenüber seinem Ehegatten – vor oder während der Ehe – oder gegenüber anderen nahen Angehörigen oder zu Gunsten der genannten Personen vorgenommen hat, es sei denn, dass dem anderen Teile zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners weder bekannt war, noch bekannt sein musste. In dieser Variante des § 28 KO hat der kl Masseverwalter nur die Vornahme der Rechtshandlung des Gemeinschuldners innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung, die Benachteiligung, die Eigenschaft des Anfechtungsgegners als anderer Teil und als naher Angehöriger sowie die Befriedigungstauglichkeit zu beweisen (König, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 7/49 mwN). Alle diese Umstände sind im vorliegenden Fall unproblematisch und stehen zum Teil außer Streit. Die Benachteiligung der Konkursgläubiger bejahte bereits das Erstgericht, ohne dass sich die Bekl im Rechtsmittelverfahren in irgendeiner Weise dagegen gewandt hätte.

Wie nun schon das BerG richtig darlegte, hätte die Bekl behaupten und beweisen müssen, dass der Gemeinschuldner im maßgeblichen Zeitpunkt gar keine Benachteiligungsabsicht gehabt hätte oder ihr selbst eine solche weder bekannt gewesen sei, noch hätte bekannt sein müssen (König, aaO Rz 7/50 mwN). Die Bekl hätte daher als nahe Angehörige Tatsachen beweisen müssen, aus denen verlässlich darauf geschlossen werden könnte, der Gemeinschuldner habe sich bei der angefochtenen Rechtshandlung nicht einmal damit abgefunden, dass seine Gläubiger nicht rechtzeitig befriedigt würden bzw dass die Unkenntnis wenigstens dieses Vorsatzes des Schuldners nicht einmal auf einer leichten Fahrlässigkeit beruht habe; dabei geht jede Unklarheit zu Lasten des Anfechtungsgegners (RIS-

Justiz RS0050737). Behauptungen in diese Richtung hat sie auch aufgestellt. Allerdings steht sogar positiv fest, dass es Absicht ihres Mannes bei der Einräumung des Belastungs- und Veräußerungsverbots war, dass keiner der Eheleute Schulden mache und somit den Familienbesitz gefährde. Damit kann aber nicht gesagt werden, aus diesen Umständen könne verlässlich darauf geschlossen werden, der Gemeinschuldner habe sich nicht einmal damit abgefunden, dass seine Gläubiger infolge der durch die Verbote bewirkten Unterschutzstellung seiner Liegenschaftshälfte nicht rechtzeitig befriedigt werden könnten.

(...)

Ob dem Anfechtungsgegner die Benachteiligungsabsicht des Schuldners auffallen hätte müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (RIS-Justiz RS0101976), ebenso der Umfang der Nachforschungspflicht (RIS-Justiz RS0101976 [T 2]). Die Feststellung, dass zum Zeitpunkt des teilweise fremdfinanzierten Hauskaufs im September 2005 „keine finanziellen Schwierigkeiten“ erkennbar waren, steht im gewissen Widerspruch dazu, dass die Bekl „erstmalig im Juni 2006 von den finanziellen Schwierigkeiten ihres Ehegatten“ erfuhr. Für die Anfechtung nach § 28 Z 3 KO ist die Kenntnismöglichkeit der Bekl wesentlich. Es bedarf also weiterer Feststellungen darüber, wie der Schuldner die bestehenden und neu eingegangenen Schulden abzudecken beabsichtigte, ob die Bekl darüber Bescheid wusste und verneinendenfalls, worauf ihre Unkenntnis zurückzuführen war. Eine Fahrlässigkeit der Bekl kann allenfalls dann verneint werden, wenn sie auf Anfrage von ihrem Gatten glaubwürdige Antworten über die finanzielle Machbarkeit des Hauskaufs und der damit verbundenen weiteren Kosten erhalten hätte oder aber besondere Gründe konkret vorlagen, an dieser Machbarkeit nicht zweifeln zu müssen. Jedenfalls darf die Unkenntnis von der Benachteiligungsabsicht nicht einmal auf leichter Fahrlässigkeit beruhen (RIS-Justiz RS0050737).

**Unzulässige Klauseln in Kfz-Leasingvertrag I**

Die nachfolgenden in Kfz-Leasingverträgen mit Verbrauchern enthaltenen Klauseln sind gesetzwidrig. Nur teilweise (erfolgreich) angefochtene Klauselteile sind unterstrichen:

**1. Mietzeit**

1.1. Die Mietzeit beginnt am Tag der Fahrzeugübernahme oder am Tag der Kfz-Zulassung auf den Mieter, je nachdem, welcher Umstand zuerst eintritt. Der Tag des Vertragsbeginns zählt in der Folge als Stichtag, mit dem ein neuer Mietmonat beginnt.

Für jeden begonnenen Monat ist die volle Miete zu entrichten. (Klausel 1: gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB)

1.2. Das Mietverhältnis wird entweder auf eine bestimmte Anzahl von Monaten oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Bei unbestimmter Vertragszeit kann das Mietverhältnis vom Vermieter jederzeit, von den Mietern hingegen erst nach Ablauf der Dauer des Kündigungsverzichts aufgekündigt werden. Die Kündigung hat schriftlich zum Ende eines Mietmonats zu erfolgen und ist eine einmonatige

Kündigungsfrist einzuhalten. Maßgebend ist das Datum der Postaufgabe. Wird das Mietverhältnis auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, kann es von keiner Seite aufgekündigt werden, sondern endet es mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit. (Klausel 2: gröblich benachteiligend wegen der Kündigungsmöglichkeit des Leasinggebers)

(...)

**2. Auslieferung, Fahrzeughaltung**

(...)

2.2. Unterbleibt die Ausfolgung des Fahrzeugs, weil der Mieter vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen ist, kann der Vermieter nach Gewährung einer zweiwöchigen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und den Ersatz seines Schadens verlangen, ohne weiteren Schadensnachweis zumindest 15% des Neuwerts inklusive Zubehör. (Klausel 3)

**3. Miete und Kosten**

3.1. Die erste Miete ist bei Mietbeginn an die Lieferfirma zu zahlen, ebenso die vereinbarte Mietvorauszahlung und/oder Kautions. Die weiteren Mieten

§ 879 Abs 3  
ABGB;  
§ 6 Abs 3,  
§ 28 KSchG;  
§ 5 VerbrKrVO

OGH 13. 5. 2009,  
7 Ob 230/08 m

2009/291

müssen jeweils am 15. der Folgemonate beim Vermieter eingelangt sein.

Eine Verzinsung von Kautions- und Mietvorauszahlung findet nicht statt. (Klausel 4: gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB)

(...)

#### 4. Gewährleistung

4.1. Für das Fahrzeug gelten die Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen des Herstellers. Der Vermieter tritt bereits jetzt seine Ansprüche auf Garantie oder Gewährleistung gegenüber dem Hersteller oder der Lieferfirma an den Mieter ab. Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet, die Gewährleistungs- und Garantieansprüche bei den Vertragswerkstätten des Herstellers zu erheben.

4.2. Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Mieters gegen den Vermieter werden hievon nicht berührt. (Klausel 6: intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher der Inhalt des Kaufvertrags unbekannt ist; „gesetzliche“ Gewährleistungsansprüche irreführend und intransparent, weil es solche beim Leasing nicht gibt)

#### 5. Fahrzeugbenutzung

5.1. Die Kilometerleistung während der Vertragslaufzeit ist auf das umseits angeführte Ausmaß begrenzt. Mehrkilometer müssen bei Vertragsende mit dem ebenfalls angeführten Satz abgegolten werden. Eine zehnprozentige Km-Toleranz gilt als vereinbart. Im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung gilt nur die der konsumierten Laufzeit entsprechende, anteilige Kilometerleistung als vereinbart.

5.2. Eine geringere als die vereinbarte Kilometerleistung wird dem Mieter nicht vergütet. (Klausel 7: gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG)

5.3. Der Mieter hat das Fahrzeug schonend und pfleglich zu behandeln, es in ordentlichem, beschädigungsfreiem Zustand zu erhalten, alle vom Hersteller vorgesehenen Wartungsarbeiten pünktlich durchführen zu lassen und allfällige Reparaturen bei einer Hersteller-Vertragswerkstatt zu veranlassen. Alle damit verbundenen Kosten trägt der Mieter. (Klausel 8: gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB)

(...)

5.6. (...) Der Mieter hat für die umgehende Pfandfreilassung zu sorgen und trägt alle damit verbundenen Kosten, auch Kosten von Interventionsprozessen des Vermieters. (Klausel 9)

#### 6. Haftung des Mieters

(...)

6.3. Im Fall des Diebstahls, Untergangs oder Verlusts des Fahrzeugs verpflichtet sich der Mieter zur Bezahlung des der allgemeinen Eurotax-Bewertung entsprechenden Wiederbeschaffungswerts (Händlerverkaufswert, derzeit Eurotax Gelb). Hierauf wird der unverbrauchte Teil der Mietvorauszahlung und die Kautionsangerechnet. Eine allfällige Versicherungsleistung oder Ersatzleistung des Schädigers wird dem Mieter nach Einlangen refundiert. (Klausel 12: intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG)

#### 7. Versicherungen

(...)

7.3. Der Vermieter und der in Betracht kommende Versicherer sind berechtigt, die zur Aufklärung eines Versicherungsfalls erforderlichen Erkundigungen bei Ämtern, Gerichten und medizinischen Einrichtungen einzuholen. Behandelnde bzw. untersuchende Ärzte werden hiermit vom Mieter, auch über den Tod hinaus, von der Schweigepflicht entbunden. (Klausel 14)

#### 8. Vorzeitige Vertragsauflösung

8.1. Der Vermieter ist berechtigt, das Vertragsverhältnis fristlos vorzeitig zu beenden, wenn der Mieter trotz Mahnung und Androhung der Vertragsauflösung gegen sonstige Bestimmungen des Vertrages verstößt oder bereits eingetretene Folgen von Vertragsverletzungen nicht unverzüglich beseitigt. (Klausel 15)

(...)

8.4. Unbeobachtete Fahrzeugbeschädigungen oder übermäßige Fahrkilometer sind hiedurch nicht abgegolten, sondern vom Mieter gesondert zu ersetzen. (Klausel 17: gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB)

(...)

#### 9. Rückgabe des Mietfahrzeugs

9.1. Bei Beendigung des Vertrags ist das Fahrzeug unverzüglich an die Lieferfirma zurückzustellen. Kommt der Mieter dieser Verpflichtung nicht binnen fünf Tagen nach, kann der Vermieter die Rückführung des Fahrzeugs auf Gefahr und Kosten des Mieters veranlassen. Der Vermieter ist berechtigt, sich ohne Ankündigung den unmittelbaren Besitz am Fahrzeug auch ohne Mitwirkung des Mieters und nötigenfalls gegen dessen Willen zu verschaffen. (Klausel 18)

9.2. Bis zum Rückklängen des Fahrzeugs bestehen alle Pflichten des Mieters, insb die Verpflichtung zur Weiterzahlung der Versicherungsprämien, fort. An Stelle des Mietzinses wird dem Mieter für jeden Tag des Rückgabeverzugs eine Tagesgebühr von 1/15 des vereinbarten Mietzinses (vor Mietvorauszahlung, zuzüglich Mehrwertsteuer) in Rechnung gestellt. (Klausel 19)

9.3. Der Zustand des Fahrzeugs wird bei Rückklängen geprüft und protokollarisch festgehalten. Der Mieter ist berechtigt, eine Gleichschrift des Protokolls zu verlangen.

Bei Meinungsverschiedenheiten über den Fahrzeugzustand wird das Gutachten eines gerichtlich beideten Sachverständigen auf Kosten des Mieters eingeholt. Besteht am Kilometerzähler des Fahrzeugs ein Schaden, wird auch die Festlegung des Kilometerstands im Wege der Schätzung durch den Sachverständigen vorgenommen. (Klausel 20)

(...)

9.5. Ein Zurückbehaltungsrecht am Mietfahrzeug und allfälligen Einbauten steht dem Mieter nicht zu. (Klausel 21)

#### 10. Ankauf des Mietfahrzeugs

(...)

10.2. Der Mieter ist weiters zur vorzeitigen, gänzlichen Erfüllung seiner vertraglichen Zahlungspflichten gegen eine angemessene Ermäßigung der Gesamtbelastung berechtigt. (Klausel 22: intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG wegen nicht vollständiger Angabe des Inhalts von § 5 Abs 2 VerbrKrVO)

## 11. Datenschutz

Der Mieter und seine Mitverpflichteten erklären ihr ausdrückliches Einverständnis, dass die im Vertrag und der Selbstauskunft enthaltenen personenbezogenen Daten zum Zweck der Kundenevidenz an die R\*\*\*\*-Vertriebsorganisation und zum Zweck des Kreditschutzes an die österreichischen Gläubigerschutzverbände übermittelt werden. Eine allfällige Übermittlung von Daten an Adressverlage und Direktwerbeunternehmen kann vom Mieter nach den

Bestimmungen der Gewerbeordnung jederzeit untersagt werden. (Klausel 23)

## 12. Belehrung gem Konsumentenschutzgesetz (KSchG)

(...)

§ 3 (1) (...) Das Rücktrittsrecht erlischt spätestens einen Monat nach der vollständigen Erfüllung des Vertrags durch beide Vertragspartner, bei Versicherungsverträgen spätestens einen Monat nach dem Zustandekommen des Vertrags. (Klausel 24)

## Unzulässige Klauseln in Kfz-Leasingvertrag II

Folgende Klauseln in den Kfz-Leasingverträgen der HypoSüd Leasing mit Verbrauchern sind gesetzwidrig:

1. Die Übernahme des Leasingobjekts hat binnen längstens acht Tagen nach Bereitstellung zu erfolgen. Gerät der LN mit der Übernahme in Verzug, so kann die HSL nach Setzung einer zweiwöchigen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

2. Kann eine Übergabe/Übernahme aus anderen Gründen als infolge des Annahmeverzugs des LN nicht innerhalb einer üblichen Frist erfolgen, ist die HSL berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Der LN hat in diesem Fall der HSL alle Aufwendungen samt Zinsen und Spesen zu ersetzen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Abwicklung des Vertrags, insb aus Leistungen an Dritte, entstanden sind oder noch entstehen.

3. Die Verkaufs- und Lieferbedingungen sind vom LN ausgehandelt, geprüft und angenommen.

4. Die HSL haftet weder für bestimmte Eigenschaften oder Eignung des LO, noch für Schäden aus dessen Gebrauch. Mit der Übernahme gilt das LO als vom LN in jeder Hinsicht genehmigt. Der LN tritt in alle Rechte und Pflichten hinsichtlich Mängelprüfung, Erfüllung, Gewährleistung und Verzugsfolgen aus der Lieferung anstelle der HSL gegenüber der Lieferfirma ein und hält die HSL in allen diesen Punkten schad- und klaglos. Im Fall der erfolgten Abtretung solcher Ansprüche darf der LN das Recht auf Rücktritt und auf Wandlung von Verträgen mit Dritten erst nach schriftlicher Zustimmung der HSL ausüben. Soweit dem Leasingnehmer als Konsument – insb durch § 8 und § 9 KSchG – unabdingbare Rechte eingeräumt werden, bleiben diese unberührt.

5. Stehzeiten, Erschwerung oder Verhinderung des Gebrauchs des LO – aus welchem Grunde immer – entbinden den LN nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen des Leasingvertrags, insb zur Zahlung des vollen Leasingentgelts.

6. Das Leasingentgelt wird nach kfm Grundsätzen als Kostenmiete kalkuliert. Zu Änderungen des Leasingentgelts, auch zu Gunsten des LN, ist die HSL insb dann berechtigt, wenn

a) die Kalkulationsunterlagen, insb die Anschaffungskosten des LO (inkl aller Nebenkosten), die kalkulatorische Vertragslaufzeit, der kalkulatorische Restwert, die Mietvorauszahlung oder die Depotzahlung sich ändern.

b) die der Berechnung zugrunde gelegten Steuern, Steuervorschriften, Abgaben und Gebühren eine Än-

derung erfahren bzw neu eingeführt werden; das gleiche gilt auch für Änderungen von Investitionsbegünstigungen, welche bei Abschluss des LV eine Kalkulationsgrundlage darstellten.

c) die „EURO Interbank Offered Rate“ für drei Monate (in der Folge kurz EURIBOR) sich ändert. Als Ausgangsbasis wird der auf der ersten Seite angeführte EURIBOR-Satz vereinbart. Die Anpassung erfolgt erstmals bei Mietbeginn, dann jeweils zum 1. 2., 1. 5., 1. 8., und 1. 11. Der aufgrund der erforderlichen Anpassung des EURIBOR neu ermittelte Finanzierungzinssatz wird auf 1/8% aufgerundet. Eine Anpassung erfolgt dann, wenn die Änderung der letztverrechneten Leasingzahlung mindestens € 1,50 beträgt. Sollte die OeNB die EURIBOR Veröffentlichung nicht mehr vornehmen, wird die Anpassung mit jenem Index vorgenommen, der dem EURIBOR am nächsten kommt.

d) der Vertrag in CHF oder in einer anderen Währung abgeschlossen wurde und die auf der entsprechenden Reuters-Seite veröffentlichte „London Interbank Offered Rate“ für die jeweilige Währung (in der Folge kurz LIBOR) sich ändert. Als Ausgangsbasis wird der auf der ersten Seite angeführte LIBOR-Satz vereinbart. Die Anpassung erfolgt jeweils zum 1. 2. und 1. 8. Der aufgrund der erforderlichen Anpassung des LIBOR neu ermittelte Finanzierungzinssatz wird auf 1/8% aufgerundet. Eine Anpassung erfolgt dann, wenn die Änderung gegenüber der letztverrechneten Leasingzahlung mindestens € 1,50 beträgt. Wird der LIBOR nicht mehr veröffentlicht, so ist jener Geldmarkt-Zinssatz heranzuziehen, der dem LIBOR am nächsten kommt.

e) das Rating des Kunden (LN-Rating) sich ändert, insb aber dann, wenn der LN mit einer Leasingzahlung mehr als einen Monat in Verzug ist. Die HSL ist damit berechtigt, auch bei allen übrigen mit dem LN bestehenden Leasingverträgen die Anpassung vorzunehmen.

7. Der LN ist verpflichtet, der HSL alle jene Kosten zu ersetzen, die zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung der Forderung erforderlich sind. Dies sind insb Inkasso-, Interventions-, Exszindierungskosten, Kosten für Sachverständigengutachten etc. Für jede Mahnung werden pauschal Mahnspesen verrechnet. Für die erste Mahnung € 7,-, für die zweite € 12,- und für jede weitere € 25,-.

8. Die HSL ist berechtigt, jede bei ihr eingehende Zahlung ungeachtet anderslautender Erklärungen zur Abdeckung von rückständigen Kosten und Zinsen

§ 879 Abs 3  
ABGB;  
§ 6 Abs 3,  
§ 28 KSchG

OGH 19. 5. 2009,  
3 Ob 12/09z

2009/292

oder der ältesten ausständigen Leasingentgelte oder der zuletzt fälligen Leasingentgelte zu verwenden. Bestehen für den LN mehrere Verträge – sei es allein oder in Gemeinschaft mit anderen Personen – ist jenes Konto, auf das die Zahlung anzurechnen ist, von der HSL zu bestimmen.

9. Eine Mietvorauszahlung ist ein einmaliges Leasingentgelt, das im laufenden Leasingentgelt über die Laufzeit des Leasingvertrags berücksichtigt wird. Im Falle einer vorzeitigen Vertragsauflösung kann der LN daraus keine Ansprüche geltend machen.

10. Werden die Einbauten vor Rückgabe des LO nicht entfernt, gehen diese entschädigungslos in das Eigentum der HSL über.

11. Die HSL ist berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insb dann vor, wenn:

e) eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage eintritt, wenn zB gegen einen LN Exekution geführt wird, über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eingeleitet oder abgewiesen wird;

f) ein LN stirbt;

g) das LO gestohlen wird oder Totalschaden oder Verlust vorliegt. Löst die HSL einen mit dem LN abgeschlossenen Leasingvertrag gem 7. vorzeitig auf, ist sie berechtigt, auch alle übrigen, mit dem LN bestehenden Leasingverträge zu den im jeweiligen Vertrag für den Fall der vorzeitigen Auflösung angeführten Rechtswirkungen vorzeitig aufzulösen.

12. Wird das Vertragsverhältnis vorzeitig aufgelöst oder im Zuge eines Insolvenzverfahrens vorzeitig beendet, hat der LN folgende Leistungen zu erbringen:

b) einen Schadenersatz in Höhe der auf die restliche Vertragsdauer bzw bis zum Ende des Kündigungsverzichts des LN noch ausstehenden Leasingentgelts zuzüglich des kalkulatorischen Restwerts, abgezinst mit dem im Zeitpunkt der Auflösung gültigen Basiszinssatz, enthalten im statistischen Monatsheft der OeNB, Sondervereinbarungen vorbehalten. Für Fremdwährungsverträge erfolgt die Abzinsung mit dem LIBOR-Satz, der dem Vertrag zugrunde liegt.

c) Sämtliche der HSL im Zusammenhang mit der Rückholung und Verwertung entstehenden Kosten, zB Schätzungskosten, Vertretungskosten usw, mindestens einen Pauschalbetrag von € 300,-. Von dem gem Pkt a) bis c) ermittelten Betrag wird der von einem, auf Kosten des LN, von der HSL beauftragten gerichtlich beeideten Sachverständigen ermittelte Verkehrswert dann abgezogen, wenn sich das LO in der alleinigen Verfügungsmacht der HSL befindet. Der Abzug des Verkehrswerts erfolgt insoweit bedingt, als sich der Schadenersatz erhöht, sollte bei der Verwertung der ermittelte Verkehrswert nicht erzielt werden. Erfolgt die Verwertung nicht durch Verkauf, sondern durch Leasing, wird der im Gutachten ausgewiesene Verkehrswert berücksichtigt.

13. Bei Beendigung des Leasingvertrags – aus welchem Grunde immer – oder Entzug des Benützungsrchts hat der LN das LO auf seine Kosten und Gefahr in einwandfreiem, betriebs- und verkehrssicheren Zustand (bei Fahrzeugen einschließlich Schlüssel, Zulassungspapiere, Servicebuch, Prüfbefunde etc) mit allem Zubehör an die von der HSL dem LN bekannt gegebene Übernahmestelle unverzüglich, spätestens innert

acht Tagen, zurückzustellen. Erfolgt die Rückstellung nicht unverzüglich, ist die HSL berechtigt, ohne Ankündigung sich den unmittelbaren Besitz am LO auch ohne Wissen, Willen und Mitwirkung des LN auf dessen Kosten zu verschaffen. Der LN verzichtet ausdrücklich auf das Rechtsmittel der Besitzstörungsklage und auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Anstelle eines Kostennachweises für die Sicherstellung kann die HSL einen Pauschalbetrag von € 300,- zuzügl MWSt in Rechnung stellen. Gegenstände, die sich im LO befinden, gehen entschädigungslos in das Eigentum der HSL über, sofern der LN diese Gegenstände nicht binnen acht Tagen entfernt. Bis zur Rückstellung hat der LN – vorbehaltlich weiterer Ansprüche – der HSL für jeden angefangenen Monat ein Benützungsentgelt in Höhe des zuletzt gültigen Leasingentgelts zu bezahlen.

14. Der LN erhält 75% von einem nach Abdeckung sämtlicher Forderungen der HSL verbleibenden Mehrerlös aus der Verwertung des LO (Nettoverkaufserlös abzüglich der bei der Verwertung entstehenden Kosten). Diese Berechnung erfolgt auch für Abrechnungen nach Ablauf des Leasingvertrags. Die HSL ist berechtigt, diesen Anspruch des LN gegen allfällige Forderungen aus anderen mit dem LN abgeschlossenen Verträgen aufzurechnen. Wird bei der Verwertung der im Leasingvertrag angeführte kalkulatorische Restwert nicht erreicht, ist der LN verpflichtet, einen allfälligen Mindererlös zuzüglich allfälliger Rückstände und Kosten binnen zehn Tagen an die HSL zu bezahlen. Der Leasingnehmer wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich am Ende der Laufzeit zusätzliche Kosten ergeben, sofern der kalkulatorische Restwert den Wert (Verkaufserlös, Schätzwert) des LO übersteigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn auf Wunsch des LN der Restwert über dem von der HSL geschätzten Marktwert angesetzt wird.

15. Bei einer Mehrheit von LN können Rechte und Ansprüche aus diesem Leasingvertrag nur durch den an erster Stelle genannten LN der HSL gegenüber geltend gemacht werden. Er ist als Zustellungsbevollmächtigter anzusehen und gilt als Leistungsempfänger iSd § 11 (1) Z 2 UStG. An ihn wird mit Wirkung für alle LN zugestellt.

16. Der LN darf Reparaturaufträge nur mit vorhergehender schriftlicher Zustimmung der HSL erteilen. Er haftet für die vollen Kosten (inkl USt) aller Reparaturen, die er ohne Genehmigung der HSL beauftragt hat.

17. HSL ist berechtigt, die Ansprüche aus einem Schadensfall gegenüber Dritten entweder selbst durchzusetzen oder dem LN die Abtretung dieser Ansprüche zum Inkasso anzubieten. Der LN erklärt bereits jetzt die Annahme einer derartigen Abtretung und verpflichtet sich, so abgetretene Ansprüche unverzüglich zu betreiben und an ihn geleistete Schadenersatzzahlungen unverzüglich an HSL weiterzuleiten. Risiko und zweckentsprechende tarifmäßige bzw branchenübliche Kosten der Schadensabwicklung und der gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche trägt in jedem Fall der LN, auch wenn HSL die Ansprüche betreibt. Ersatzansprüche aus der Wertminderung des Leasingobjekts stehen ausschließlich der HSL zu. Im Fall des

Fremdverschuldens bestimmt HSL, ob der Schaden über die Kaskoversicherung reguliert wird oder der Unfallgegner in Anspruch zu nehmen ist.

18. Der LN erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass Daten aus diesem Vertragsverhältnis automationsunterstützt verarbeitet werden und dass sämtliche ihn treffende Daten, die der HSL im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit dem LN bekannt geworden sind, von der HSL an

- Auskunftsstellen, wie zB Kreditschutzverband von 1870 einschließlich der Kleinkreditevidenz zur Wahrung von Gläubigerschutzinteressen,
- die Muttergesellschaft im Rahmen des Berichts-, Controlling- und Revisionswesens,
- Versicherungen im Rahmen von Schadensabwicklungen,
- Mitleasingnehmer zur Erfüllung der Informationsverpflichtungen,
- Lieferanten, Vermittler, soweit dies für die Abwicklung erforderlich ist,

## Sonderrechtsfähigkeit unterirdischer Räume neu

1. Die Sonderrechtsfähigkeit von unterirdischen Räumen richtet sich seit dem 1. 9. 2009 nach § 300 ABGB (idF GB-Novelle 2008 [BGBl I 2008/100]), wonach an Räumen und Bauwerken, die sich unter der Erdoberfläche der Liegenschaft eines anderen befinden und nicht der Fundamentierung von über der Erdoberfläche errichteten Bauwerken dienen, wie Kellern, Tiefgaragen und industriellen oder wirtschaftlichen Zwecken gewidmeten Stollen, mit Einwilligung des Liegenschaftseigentümers gesondert Eigentum begründet wird.

2. Eine selbständige Verbücherung ist nur möglich, wenn der Keller – von bloßen Hilfsein-

weitergeleitet werden können. Der LN ermächtigt die HSL ausdrücklich, in das Namensverzeichnis des Grundbuchs Einsicht zu nehmen.

19. Der Bestand dieses Vertrags wird durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen desselben nicht berührt. Eine unwirksame Bestimmung ist durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung weitestmöglich entspricht.

20. Alle Vereinbarungen zwischen LN und HSL, insb über Änderung oder Beendigung des LV, bedürfen der Schriftform.

21. Die unabdingbaren Rechte der Verbraucher (insb gem KSchG) bleiben einem LN, der Verbraucher iSd KSchG ist, jedenfalls unbenommen. In Konsumentenschutzverträgen gelten allenfalls, vom § 2 Abs 2 KSchG betroffene, einzelne Vertragsbestimmungen als an das gesetzl Zulässige angepasst.

richtungen abgesehen – nicht über die Oberfläche des Grundstücks hinausragt, zumal der Grundeigentümer sonst die Oberfläche seines Grundstücks nicht ohne Rücksicht auf den Keller nutzen könnte.

3. Ein Tunnelgang (Poterne), dessen Gewölbe teilweise mit den Mauern eines darüberliegenden Gebäudes verbunden ist und mit ihm (insofern) eine bauliche Einheit bildet, ist nicht sonderrechtsfähig, ohne dass es darauf ankäme, in welchem Umfang das Kellergewölbe noch der Fundamentierung des Gebäudes dient.

§ 300 ABGB

OGH 9. 6. 2009,  
5 Ob 99/09k

2009/293

## Überwälzung von Instandhaltungspflichten im Teilanwendungsbereich des MRG

1. Eine im Teilanwendungsbereich des MRG geschlossene, nicht dem KSchG unterliegende Vereinbarung, womit dem Mieter in Abänderung der dispositiven Regelung des § 1096 ABGB Instandhaltungspflichten für die Zeit ab Übergabe des Bestandobjekts auferlegt werden, ist als Teil der Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, die jedenfalls bei freier Mietzinsbildung zulässig ist. Eine solche Vereinbarung könnte allenfalls nur wegen Verletzung besonderer Bestimmungen (§§ 879, 934 ABGB) als unwirksam angefochten werden.

2. § 1096 ABGB stellt zwar nach hA eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art dar, jedoch ist die Frage, welche Gewährleistungsrechte dem Mieter zustehen, primär davon abhängig, welche Beschaffenheit der Bestandsache der Bestandgeber überhaupt schuldet. Mit einer Vereinbarung, nach welcher der Vermieter zwar die Übergabe in einem bestimmten Zustand schuldet, aber für die Zeit nach Übergabe der Mieter diesen Zustand selbst zu erhalten hat, schließt der Vermieter nicht Gewährleistungsrechte aus. Vielmehr wird dem Mieter eine geldwerte, im Synallagma stehende positive Vertragspflicht aufer-

legt. Der Bestandzins muss nämlich nicht in Geld bestehen, sondern kann auch andere geldwerte Leistungen, wie die Übernahme der Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung des Mietgegenstands, umfassen.

3. Die Verletzung einer solchen Instandhaltungspflicht durch den Mieter kann als erheblich nachteiliger Gebrauch des Bestandgegenstands iSd § 30 Abs 2 Z 3 MRG qualifiziert werden. Das ist nach der Rsp etwa dann der Fall, wenn durch eine wiederholte, länger währende vertragswidrige Benützung eines Bestandobjekts oder durch eine längere Reihe von Unterlassungen notwendiger Vorkehrungen wichtige Interessen des Vermieters verletzt werden oder eine erhebliche Verletzung der Substanz des Mietgegenstands erfolgte oder auch nur droht. Sorgloser Umgang mit Wasser, wenn dadurch Wasserschäden drohen, stellt nachteiligen Gebrauch dar.

*Gegenstand des Kündigungstreits ist ein Einfamilienhaus, der Mietvertrag wurde jedoch vor der MRN 2001 abgeschlossen, sodass das Bestandverhältnis in den Teil-*

§ 1096 ABGB;  
§ 30 Abs 2 Z 3  
MRG

OGH 19. 5. 2009,  
3 Ob 20/09a

2009/294

*anwendungsbereich des MRG fällt. Pkt IV dieses Vertrags lautet: „Der Mieter verpflichtet sich, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, und es auf eigene Kosten in ordentlichem und gutem Zustand zu erhalten... Der Mieter haftet der Vermieterin für alle Schäden, die aus einer unsachgemäßen oder vertragswidrigen Benützung des Bestandobjekts oder dessen mangelnder Wartung durch den Mieter oder durch sonst von ihm in das Objekt aufgenommene Personen entstehen.“*

### **Aus der Begründung (nur zu 1–2.):**

Nach der bisherigen ständigen, von der herrschenden Lehre gebilligten Rsp des OGH enthält § 1096 ABGB nachgiebiges Recht (RIS-Justiz RS0021525), weshalb außerhalb zwingender Normen der Mietrechtsgesetzgebung die Pflicht des Bestandgebers zur laufenden Instandhaltung abdingbar und auf den Bestandnehmer überwälzbar ist (RIS-Justiz RS0021233; 3 Ob 633/85; 7 Ob 218/00k immolex 2002/23; 6 Ob 42/02y; zuletzt 8 Ob 153/06t wobl 2007/77 [zust Würth]; Würth in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1096 Rz 5; *Binder* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> V § 1096 Rz 81; zum Vollenwendungsbereich des MRG *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 8 MRG Rz 15).

(...)

Außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG bzw WGG (also im auch hier zu beurteilenden Teilanwendungsbereich bzw bei bloß dem ABGB unterliegenden Bestandverhältnissen) wurde ganz generell die Überwälzung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter für zulässig erachtet (6 Ob 42/02y; 10 Ob 1608/95 MietSlg 48.118 [jeweils Teilanwendungsbereich]; 1 Ob 647/80 SZ 53/116 [Pacht] ua).

Bei Instandhaltungsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten des MRG geschlossen wurden, differenzierte die Rsp: Unterlag das Mietverhältnis dem MG überhaupt nicht oder waren bloß die Kündigungsbeschränkungen anwendbar, bestand also die Möglichkeit einer freien Zinsvereinbarung, wurde die Überwälzung von Instandhaltungspflichten als wirksam beurteilt (5 Ob 146/92 MietSlg 45.526; 6 Ob 546/91; 3 Ob 633/85 MietSlg 38.182 ua). Die Rsp argumentierte dahin, dass die Übernahme der Instandhaltung durch den Mieter als teilweise Gegenleistung für die Benützung des Objekts zu werten ist, also die vertragliche Übernahme einer Instandhaltungspflicht während der Mietvertragsdauer eine Mietzinsvereinbarung darstellt, deren Zulässigkeit nach dem Abschlusszeitpunkt zu beurteilen ist. Bestanden keine gesetzlichen Zinsobergrenzen, war die Übernahme der Instandhaltungsverpflichtung wegen der Nachgiebigkeit der Vorschrift des § 1096 ABGB zulässig (5 Ob 146/92; 6 Ob 546/91; 3 Ob 633/85 je mwN) und auch seit dem Inkrafttreten des MRG weiter wirksam (5 Ob 99/87 JBl 1988, 525 mwN). Nur ein – im vorliegenden Fall gar nicht behaupteter – Verstoß gegen andere als mietrechtliche Normen (etwa gegen § 879 ABGB – vgl 6 Ob 546/91; 3 Ob 267/51 SZ 24/163 oder gegen § 934 ABGB) könnte in diesen Fällen die Unwirksamkeit der Vereinbarung begründen.

In der ebenfalls den Teilanwendungsbereich des MRG betreffenden, in einem Verbandsprozess erlangenen „Klauselentscheidung“ 7 Ob 78/06f erachtete der siebente Senat eine Mietvertragsklausel, die den Mieter generell zur Wartung, Instandhaltung oder Neuerung aller für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte verpflichtete und damit die Pflicht zur Erhaltung des Mieters generell auf den Mieter überwälzte, als unwirksam, weil durch positive Festlegung der generellen Erhaltungspflicht des Mieters implizit dessen Gewährleistungsrechte ausgeschlossen würden. Da gegenüber einem Verbraucher Gewährleistungsrechte (beim Bestandvertrag die Zinsminderung) im Voraus nicht ausgeschlossen werden könnten, widerspreche die Klausel § 9 Abs 1 KSchG und sei deshalb unwirksam.

Das KSchG ist nun auf den hier vorliegenden Mietvertragsabschluss zwischen Privaten nicht anzuwenden. Allerdings wurde in mehreren literarischen Stellungnahmen zur E 7 Ob 78/06f (*Vonkilch*, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 [193]; *Rosifka*, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, *ecolex* 2007, 161 [162 FN 11]; *Böhm*, Topaktuell: Die zweite „Klauselentscheidung“ des Obersten Gerichtshofs liegt vor, *immolex* 2007, 198, [201]; *Würth*, Anm zu 1 Ob 241/06g in wobl 2007, 210) bereits zutreffend darauf verwiesen, dass § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB die Mietzinsminderung bei der Miete unbeweglicher Sachen für unverzichtbar erklärt. Das könnte die Beurteilung nach sich ziehen, dass bei allen Bestandverträgen über unbewegliche Sachen Instandhaltungspflichten deshalb nicht auf den Bestandnehmer überbunden werden könnten, weil er sich dann (iZm einer durch die Unterlassung der Instandhaltung verbundenen Gebrauchsbeeinträchtigung) nicht auf die Unbrauchbarkeit des Mietgegenstands berufen könnte. Diese Unbrauchbarkeit ist aber wiederum Voraussetzung für den durch § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB zwingend gestellten Zinsminderungsanspruch, der nach hA eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art darstellt (RIS-Justiz RS0021326; RS0021286; *Würth*, aaO § 1096 Rz 10; *Binder*, aaO § 1096 Rz 97).

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Ob die den Vermieter außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG nach § 1096 Abs 1 ABGB treffende umfassende Verpflichtung, dem Bestandnehmer nach Übergabe den bedungenen Gebrauch zu verschaffen, als primäre Leistungspflicht zu qualifizieren ist, wie *Riss* (Die Erhaltungspflicht des Vermieters [2005] 82ff mwN; ebenso *Vonkilch*, wobl 2007, 193f) mit beachtlichen Argumenten meint, oder ob es sich dabei um eine Gewährleistungsbestimmung handelt (*Faber*, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, *immolex* 2001, 246 [251 FN 41]; weitere Nachweise auf den Meinungsstand bei *Riss*, aaO 83ff), ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der in IV des Mietvertrags vereinbarten Instandhaltungspflicht des Bekl nicht entscheidend: Die Frage, welche Gewährleistungsrechte dem Mieter zustehen, hängt davon ab, welche Beschaffenheit der Bestand-

sache der Bestandgeber überhaupt schuldet. Im Zweifel, also mangels besonderer Abrede, ist von einer „mittleren Brauchbarkeit“ auszugehen (*Wüsth, aaO § 1096 Rz 4 mwN*). Auch ein „unbrauchbares“ Objekt kann jedoch vermietet werden. Wird in diesem Fall der Mieter vertraglich verpflichtet, das Objekt instand zu setzen, kann diese Verpflichtung nicht als Gewährleistungsausschluss verstanden werden: Schuldet der Vermieter vereinbarungsgemäß schon bei Übergabe keinen brauchbaren Zustand, besteht also seine Hauptleistungspflicht nach der vertraglichen Vereinbarung nur in der Übergabe der Sache in jenem Zustand, in dem sie sich befindet, ist er auch nach Übergabe – jedenfalls außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG bzw WGG – nicht verpflichtet, die Sache instand zu setzen. Er hat vielmehr den Bestandgegenstand in der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit geliefert. Die mit dem Mieter geschlossene Instandsetzungsvereinbarung ist in diesem Fall (...) als Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, also als vom Mieter übernommene (weitere) Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Mietobjekts. Eine entsprechende Vereinbarung ist jedenfalls dann, wenn – wie hier – gesetzliche Mietzinsbeschränkungen nicht bestehen, wirksam (*Binder, aaO § 1096 Rz 81; Wüsth, aaO § 1096 Rz 5 je mwN*).

Nicht anders ist eine Vereinbarung zu behandeln, nach welcher der Vermieter zwar die Übergabe in einem bestimmten Zustand schuldet, aber für die Zeit nach Übergabe die Vereinbarung trifft, dass der Mieter diesen Zustand selbst zu erhalten (gegebenenfalls auch zu verbessern – 3 Ob 633/85) hat: Dadurch wird die „Sollbeschaffenheit“ des Bestandobjekts für die Zeit nach Übergabe vertraglich dahin determiniert, dass der Vermieter ab Übergabe nur

noch – plakativ gesprochen – den ursprünglich bedingenen Gebrauch minus Ergreifen von Instandhaltungsarbeiten schuldet (*Vonkilch, wobl 2007, 193*). Der Vermieter schließt nicht Gewährleistungsansprüche aus; vielmehr wird dem Mieter eine geldwerte, im Synallagma stehende positive Vertragspflicht auferlegt (*Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 [70]*). Der Bestandzins muss nicht in Geld bestehen, sondern kann auch andere geldwerte Leistungen umfassen, wie etwa die Übernahme der Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung des Mietgegenstands (*RIS-Justiz RS0016799; Wüsth, aaO §§ 1092–1094 Rz 17*). Gerade wenn – wie hier – das Recht, eine freie Mietzinsvereinbarung zu schließen, besteht, stehen der Zulässigkeit der Instandhaltungsvereinbarung auch gesetzliche Mietzinsbeschränkungen nicht entgegen.

Daraus folgt zusammengefasst:

Eine im Teilanwendungsbereich des MRG geschlossene, nicht dem KSchG unterliegende Vereinbarung, womit dem Mieter in Abänderung der dispositiven Regelung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB Instandhaltungspflichten für die Zeit ab Übergabe des Bestandobjekts auferlegt werden, ist als Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, die jedenfalls bei freier Zinsbildung zulässig ist. Eine solche Vereinbarung könnte nur allenfalls wegen Verletzung besonderer gesetzlicher Bestimmungen (§§ 879, 934 ABGB) als unwirksam angefochten werden.

Wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn eine entsprechende Vereinbarung im Vollenwendungsbereich des MRG bzw im Anwendungsbereich des KSchG getroffen wird, bedarf hier keiner Prüfung.

## Im öffentlichen Recht begründete Verkehrssicherungspflichten der Republik

1. Eine im öffentlichen Recht begründete Verkehrssicherungspflicht eines Rechtsträgers erstreckt sich grundsätzlich auch auf den unmittelbaren Eingangsbereich zu einem vom Rechtsträger angemieteten öffentlichen Gebäude (hier: Vorladung zu einer Polizeiinspektion in einem Verwaltungsstrafverfahren).

2. Die im öffentlichen Recht begründete Verkehrssicherungspflicht ist einer (vor)vertraglichen gleichzuhalten, weswegen die Schutzpflichten auch

nicht dadurch obsolet werden, dass andere Personen zur (Schnee-)Räumung und Streuung verpflichtet sind. Die vertragliche Verkehrssicherungspflicht des Vermieters, dem Mieter und anderen durch den Mietvertrag geschützten Personen einen sicheren Zugang zum Bestandobjekt zu gewährleisten, beseitigt nicht die Verkehrssicherungspflicht des Rechtsträgers (hier Republik) zu seinen „Kunden“.

3. Die Wahrnehmung von Verkehrssicherungspflichten gehört zur Privatwirtschaftsverwaltung.

§§ 1319, 1319a  
ABGB

OGH 31. 3. 2009,  
1 Ob 55/09b

2009/295

## Lohnfortzahlung an Verkehrsunfallopfer: Kein Rückersatz vom Fachverband der Versicherungsunternehmen

Hat ein bei einem Verkehrsunfall Geschädigter, der an sich nach § 3 VerkehrsofopferG bzw § 3 Verkehrsofopfer-Entschädigungsgesetz (VOEG [BGBl I 2007/37]) anspruchsberechtigt wäre, deshalb keinen Schaden, weil sein Dienstgeber nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (hier § 8 AngG) Lohnfortzahlung leistet, so kann der Dienstgeber die Lohnfort-

zahlung nicht vom Fachverband der Versicherungsunternehmen (vgl § 2 VOEG) ersetzt erhalten.

Durch § 3 VOEG ist keine relevante Rechtsänderung eingetreten und auch aus den Materialien zum VOEG geht die eindeutige Absicht des Gesetzgebers hervor, am (engen) Kreis der Anspruchsberechtigten nichts zu ändern.

§ 1358 ABGB;  
§ 3 VOEG

OGH 10. 6. 2009,  
2 Ob 6/09k

2009/296

## Globalzession zahlungshalber zur Sicherung der eingeräumten Kreditlinie

§§ 1392, 1397  
ABGB

OGH 29. 4. 2009,  
7 Ob 13/09 a

2009/297

1. Wenn der (Global-)Zessionar eine kreditgewährende Bank ist, ist der Zweck der Zession zahlungshalber auch die Sicherung der eingeräumten Kreditlinie und es liegt eine Mischfigur vor, nämlich eine Sicherungszession, die zugleich auch die Funktion einer Zession zahlungshalber erfüllt.

2. Bei der Zession zahlungshalber ist der Rückgriff auf die ursprüngliche Forderung zulässig, wenn der Gläubiger vergeblich versucht hat, die ihm übertragene Forderung einzuziehen. Dasselbe gilt, wenn der Eintreibungsversuch aussichtslos wäre. Der Gläubiger muss sich mit der nötigen Sorgfalt, also ernstlich, bemühen, die Forderung einzutreiben, jedoch hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob der Zessionar auch zur Klagsführung verpflichtet ist.

### Aus der Begründung:

Nach stRsp ist ganz allgemein die Abtretung künftiger Forderungen zulässig (RIS-Justiz RS0032906, RS0032798). Sie darf auch in der Form der Globalzession aller aus Leistungen im Rahmen eines bestimmten Geschäftsbetriebs entstehenden Forderungen erfolgen (RIS-Justiz RS0032519). Der OGH hat bereits mehrfach den Doppelzweck der Abtretung von Forderungen zur Sicherung des Kredits und zur Befriedigung aus dem Realisat betont (RIS-Justiz RS0032647). Zumindest dann, wenn der Zessionar eine kreditgewährende Bank ist, ist der Zweck der Zession zahlungshalber auch die Sicherung der eingeräumten Kreditlinie (RIS-Justiz RS0111152). Es liegt daher eine Mischfigur vor, nämlich eine Sicherungszession, die zugleich auch die Funktion einer Zession zahlungshalber erfüllt (1 Ob 406/97 f). Bei einer Zession zahlungshalber ist der Rückgriff auf die ursprüngliche Forderung zulässig, wenn der Gläubiger vergeblich versucht hat, die ihm übertragene Forderung einzuziehen. Dasselbe gilt, wenn der Eintreibungsversuch aussichtslos wäre (RIS-Justiz RS0032742). Der Gläubiger muss sich mit der nötigen Sorgfalt, also ernstlich, bemühen, die Forderung einzutreiben (8 Ob 70/08 i; 6 Ob 296/05 f; RIS-Justiz RS0032766, RS0032742).

(...) Ob der Zessionar im Rahmen seiner ernstlichen Bemühungen zur Einziehung der abgetretenen Forderungen auch zur Klagsführung verpflichtet ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (RIS-Justiz RS0032760). Es kann nur im Einzelfall geprüft werden, welche Betreibungshandlungen als ernstliches Bemühen gelten können.

Auf die divergierende Judikatur zur Beweislast für das „ernstliche Bemühen“ (3 Ob 88/51 SZ 24/71 und

6 Ob 15/75 JBl 1975, 603 = EvBl 1976/34, 72 gehen davon aus, dass für das ernstliche Bemühen bei Einziehung der abgetretenen Forderung der Zessionar bei Klagsführung gegen den Zedenten Tatsachenbehauptungen aufzustellen habe; in 2 Ob 1267/30 SZ 13/32 und 2 Ob 141/53 SZ 26/142 [undifferenziert dazu RIS-Justiz RS0032766] wird die Ansicht vertreten, dass nach allgemeinen Beweisgrundsätzen der Forderungsüberträger darzutun habe, dass und inwieweit der Forderungsübernehmer nur infolge einer Säumnis aus der übertragenen Forderung nicht habe Befriedigung finden können, behaupte doch er, dass seine Schuldverpflichtung durch das in Rede stehende Verhalten des Gläubigers erloschen sei) ist hier nicht weiter einzugehen, weil kein Fall des non liquet vorliegt. Das ErstG konnte Feststellungen treffen, die für die Beurteilung des Rechtsfalls ausreichen, sodass sich Fragen der Beweislast gar nicht stellen.

Demnach verständigte die Kl die Bekl (nach Verständigung der Schuldner der Erstbekl von der Globalzession) von ihren Eintreibungsritten (Mahnungen) und gab auch bekannt, welche Schuldner in welcher Form auf ihre Forderungseintreibung reagieren haben. Den Bekl war der Stand der Betreibung bekannt. Es waren fast unmittelbar nach der Verständigung der Schuldner zwischen den Parteien Vergleichsgespräche im Gange, nach denen von vornherein klar war, dass der Erstbekl in Zukunft die Betreibung der Forderungen wieder selbst zustehen sollte. Nach den Feststellungen konnte die Kl nach ihrem Wissensstand mit dem alsbaldigen Abschluss der geplanten Vereinbarung rechnen. Unter diesen Umständen hält es sich im Rahmen der Judikatur, von der Kl bis zur Unterschriftsleistung der Bekl unter den bereits ausgehandelten Vertragstext keine weiteren Eintreibungsversuche zu fordern. Die Erstbekl hatte dann vereinbarungsgemäß rund drei Monate das Recht und die Möglichkeit (sie veräußerte auch zumindest zwei Forderungen), die Betreibung der abgetretenen Forderungen selbständig durchzuführen. Weil die Bekl sich nicht an die Vereinbarungen gehalten hatten, „widerrief“ sie die Kl. Sie erhielt aber von den Bekl trotz Bemühungen keine Aufklärung darüber, welche Forderungen noch offen waren und in welchem Betreibungsstadium sie sich befanden. Wenn das BerG nun (unabhängig davon, wie der „Widerruf“ rechtlich zu beurteilen ist) davon ausgeht, dass der Kl ohne weitere Informationen durch die Bekl faktisch keine weitere Betreibung der zedierten Forderungen möglich war, ist dies im Einzelfall nicht zu beanstanden.

## Condictio causa data, causa non secuta unter Lebensgefährten für Lebenshaltungskosten

§ 1435 ABGB

OGH 9. 6. 2009,  
4 Ob 84/09 w

2009/298

1. Laufende Aufwendungen eines Lebensgefährten während der Lebensgemeinschaft für die gemeinsame Wohnung oder für sonstige Leistungen iZm der Anschaffung von Sachen, die zum sofortigen Verbrauch bestimmt sind, sind idR unentgeltlich und können daher nicht zurückgefordert werden.

Solche Leistungen weisen regelmäßig keinen weitergehenden (dh in die fernere Zukunft reichenden) Zweck auf, sondern sind nach ihrer Natur für den entsprechenden Zeitraum der bestehenden Lebensgemeinschaft bestimmt und haben daher auch bei einer späteren Aufhebung der Lebensgemeinschaft ih-

ren Zweck nicht verfehlt. Anderes gilt bei außergewöhnlichen Zuwendungen, etwa iZm dem Erwerb einer Wohnung, die erkennbar in der Erwartung des Fortbestands der Lebensgemeinschaft gemacht werden und daher bei Zweckverfehlung einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch begründen.

2. Trägt aber ein Lebensgefährte während der Ausbildungszeit des anderen die Lebenshaltungskosten

allein, so ist der andere Lebensgefährte bei Beendigung der Lebensgemeinschaft jedenfalls dann zur anteiligen Herausgabe der dadurch eingetretenen Bereicherung (hier Lebensmittel und Wohnkosten) verpflichtet, wenn der leistende Lebensgefährte für seine eigene Leistung eine, wenngleich unbestimmte, zukünftige Gegenleistung erwartete (hier selbst eine „Auszeit“ zu nehmen) und dies dem anderen Lebensgefährten zumindest bekannt war.

## Antrag auf Überprüfung der Verwalterkündigung nicht fristgebunden

1. Die ordentliche Verwalterkündigung ist eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung iSd § 28 WEG und der Verwalter kann die Rechtsunwirksamkeit eines solchen Beschlusses nicht unmittelbar geltend machen, jedoch kann er solche Mängel im Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 8 WEG als Vorfrage für die Unwirksamkeit der gegen ihn ausgesprochenen Kündigung relevieren.

2. Liegt im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an den Verwalter kein wirksamer Mehrheitsbeschluss, also keine wirksame rechtsgeschäftliche Erklärung der Gemeinschaft vor und ist die Rechtsunwirksamkeit

auch nicht durch unterlassene Anfechtung (eines Wohnungseigentümers) iSd § 24 Abs 6 WEG saniert, ist der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung gerichtete Antrag berechtigt.

3. Der Antrag nach § 52 Abs 1 Z 8 WEG ist der Feststellungsklage vergleichbar, mit der die Unwirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, in concreto der Kündigung, festgestellt werden soll. Auch für eine solche Klage besteht – rechtliches Interesse vorausgesetzt – keine Befristung. Eine Gesetzeslücke, die durch Analogie zu § 24 Abs 6 WEG zu schließen wäre, besteht nicht.

§ 24 Abs 6,  
§ 52 Abs 1 Z 8  
WEG

OGH 12. 5. 2009,  
5 Ob 76/09a

2009/299

## Vorlage an den EuGH zur Frage des „Ausrichtens“ einer Tätigkeit durch Website

1. Dem EuGH wird gem Art 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

2. Reicht für das „Ausrichten“ der Tätigkeit im Sinne von Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO (VO 44/2001 – „Brüssel I“) aus, dass eine Website des Vertragspartners des Verbrauchers im Internet abrufbar ist?

*Die Kl betreibt ein Hotel in Österreich. Sie hat dafür im Internet eine Homepage unter der Adresse „http://www.a\*\*\*\*.net“ eingerichtet, die auch in Deutschland abrufbar ist. Dort werden Informationen über das Angebot der Kl zur Verfügung gestellt, zu denen auch eine Beschreibung der verschiedenen Zimmerkategorien samt Preisen gehört. Der Bekl, ein in Deutschland lebender Verbraucher, nahm im Hotel eine Zimmerreservierung für mehrere Personen für die Zeit vom 29. 12. 2007 bis 5. 1. 2008 vor. Die Zimmeranfrage*

*durch den Bekl, das Anbot durch die Kl und dessen Annahme durch den Bekl durch Retournierung der unterfertigten Reservierungsbestätigung erfolgten per E-Mail, wobei zwischen den Parteien nicht strittig ist, dass auf der Homepage der Kl auch die E-Mail-Adresse angegeben war. Die Kl begehrt die Bezahlung von € 5.248,30 für in Anspruch genommene Hotelleistungen. Der Bekl habe diese bemängelt und sei trotz eines angebotenen Nachlasses abgereist; eine Anzahlung von € 900,- sei berücksichtigt worden. Die Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichts St. Johann im Pongau, Österreich, begründet die Kl mit Art 5 Nr 1 EuGVVO. Der Bekl erhob die Einrede der mangelnden internationalen und örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts; er sei Verbraucher, weshalb er gem Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO nur in Deutschland geklagt werden könne.*

Art 234 EG;  
Art 5 Nr 1,  
Art 15 Abs 1 lit c  
EuGVVO

OGH 26. 3. 2009,  
6 Ob 24/09m

2009/300

## Website in tschechischer Sprache keine Tätigkeit iSd Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO

Weil die meisten Einwohner Österreichs die tschechische Sprache nicht beherrschen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Inhaber einer ausschließlich in tschechischer Sprache verfassten Homepage (Diskothek) seine Tätigkeit nicht auf Österreich ausrichtet. Wird nicht einmal vorgebracht, vor dem schadensbegründenden Vorfall in der (durch die Website beworbenen) Diskothek mit dem Betreiber derselben über dessen Internetseite in Kontakt gekommen zu sein, ja überhaupt von der Existenz der Internetseite gewusst zu haben, kann von einem Fernabsatz über Internet keine Rede sein. Die Gefahren, die der elektronische Geschäftsverkehr mit sich bringt und vor denen Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO die Verbraucher

schützen will, haben sich in einem solchen Fall nicht verwirklicht.

*Der Kl, ein Verbraucher, der auf einem Trainingslager in der Tschechischen Republik war, hat die Diskothek des Bekl besucht und dort den Eintrittspreis bezahlt. Im Laufe des Abends ist er mit einem Bierglas in der Hand auf die Tanzfläche der Diskothek gegangen und wurde von einem Mitarbeiter des dortigen Sicherheitsdiensts in tschechischer Sprache angesprochen und offenbar zum Verlassen der Tanzfläche aufgefordert. Da der Kl aufgrund der Sprachbarriere nicht aufforderungsge-mäß reagierte und die Tanzfläche nicht verlassen hat,*

Art 15 Abs 1 lit c  
EuGVVO

OGH 20. 5. 2009,  
2 Ob 256/08y

2009/301

habe der Mitarbeiter des Sicherheitsdiensts den Kl zu Boden gerungen und sei ihm dort mit dem Fuß ins Gesicht getreten, wodurch der Kl verletzt worden sei. Der Kl begehrte Schadenersatz und die Feststellung der Haftung des Bekl für alle künftigen Schäden. Für die Zuständigkeit berief er sich auf Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO. Der

Bekl unterhalte eine weltweit abrufbare Website, mit der er seine Diskothek bewerbe und in der allgemeine Informationen über diese, das aktuelle Veranstaltungsprogramm und ein Lageplan der Diskothek enthalten seien. Dadurch richte der Bekl seine gewerbliche Tätigkeit auch auf Österreich aus.

## Voraussetzung für (erzwingbare) Verlegung einer Tabakverkaufsstelle an einen anderen Standort

§ 23 Abs 4,  
§ 34 Abs 1 Z 4,  
§ 35 Abs 1 Z 4,  
§ 40 TabMG  
OGH 21. 4. 2009,  
4 Ob 25/09v

2009/302

1. Die Bestellung eines Bewerbers zum Tabaktrafikanten erfolgt durch zivilrechtlichen Bestellungsvertrag mit der Monopolverwaltung GmbH und der Bestellungsvertrag hat ua zwingend jenes Gewerbe anzuführen, in Verbindung mit dem die Verkaufsstelle zu führen ist. Der Bestellungsvertrag erlischt (nach Art einer auflösenden Bedingung) mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung oder der Einstellung der anderen Erwerbstätigkeit, in Verbindung mit der eine Tabakverkaufsstelle geführt wurde (hier Tankstelle).

2. Mit der Aufgabe des Tankstellengewerbes erlischt der Bestellungsvertrag und der Trafikant begibt sich damit der Möglichkeit, die ihm bewilligte Tabakverkaufsstelle mit Zustimmung der Monopolverwaltung GmbH – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs 2 TabMG – an einen anderen Standort zu verlegen, weil schon begrifflich die Verlegung der Verkaufsstelle das Recht zum Betrieb einer solchen voraussetzt. Die Monopolverwaltung GmbH kann unter diesen Voraussetzungen nicht zur Zustimmung gezwungen werden.

3. Ein „Mitnehmen“ der Tabakverkaufsstelle an einen neuen Standort setzt jedenfalls voraus, dass dort in ununterbrochener Kette dasselbe Gewerbe weiterhin ausgeübt wird, welches als Voraussetzung der Verkaufsbewilligung für Tabakartikel im Bestellungsvertrag genannt ist.

Dem Kl wurde mit Bestellungsvertrag das Recht eingeräumt, eine Tabakverkaufsstelle in Verbindung mit dem Tankstellengewerbe zu betreiben. Er beantragte bei der Bekl die Bewilligung der Verlegung der Tabakverkaufsstelle an einen neuen Standort, wobei er die bewilligte Tabakverkaufsstelle zum Zeitpunkt des Antrags bereits eingestellt und die Ausübung des Tankstellengewerbes aufgegeben hatte. Diesem Antrag hat die Bekl nach Konsultation des Landesgremiums der Tabaktrafikanten, das eine ablehnende Stellungnahme abgegeben hatte, nicht stattgegeben. Der Kl übte am neuen Standort noch kein Unternehmen aus, beabsichtigte aber, dort einen Einzelhandelsverkauf von Lebensmitteln zu betreiben, in dessen Rahmen kleine Speisen direkt konsumiert werden können („Bistro“).

## Verhandlungsgehilfe und Irrtumsanfechtung

§ 875 ABGB  
OGH 2. 7. 2009,  
6 Ob 109/09m

2009/303

§ 875 ABGB gilt nicht für Personen, deren sich ein Teil im Rahmen der Verhandlungen als Gehilfen bedient; diese sind nicht Dritte im Sinne dieser Bestimmung. Dabei ist nicht Voraussetzung, dass der Mittelsmann Stellvertreter des Gegners ist; vielmehr ist jeder, der im Auftrag des Gegners handelt und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat, im Rahmen der Irrtumsanfechtung als Gehilfe des Gegners anzusehen (2 Ob 112/00k ÖBA 2002, 322 [Iro]), sofern die Erklärung des Gehilfen zu dessen Aufgabenbereich gehört (1 Ob 551/94 SZ 67/136; 1 Ob 64/04z). Der Geschäftsherr hat in diesen Fällen die Anfechtung hinzunehmen, auch wenn er von der Irreführung nichts wusste (5 Ob 41/03w ÖBA 2004, 149). In diesem Sinne wurde etwa ein Vermögensberater, der sowohl die Anlage als auch den Bankkredit vermittelt, der Bank zugerechnet (4 Ob 586/95 JBl 1996, 385). Gleiches gilt für den gemeinsamen Anwalt beider Parteien wegen Veranlassung eines Irrtums eines Teils bei einem Scheidungsvergleich (3 Ob 7/95 JBl 1996, 578) oder den Makler bzw Architekten beim Grundstücks- und Wohnungskauf (6 Ob 600/90 SZ 64/32; 1 Ob 32/98g RdW 1999, 16; 1 Ob 183/00v SZ 73/160).

Dass ein Verhandlungsgehilfe in vertraglichen Beziehungen zu beiden Vertragsteilen steht, schließt die Zurechnung seines Verhaltens an einen Vertragsteil nicht aus. In diesem Sinne hat der OGH das Verhalten eines vom dortigen Bekl beigezogenen Vermögensberaters, der den Bekl Kreditunterlagen unterschreiben ließ und diese an die Bank weiterleitete, zu der der Bekl keinen direkten Kontakt hatte, als Verhandlungsgehilfen der Bank qualifiziert (4 Ob 586/95 ÖBA 1996/546). Ebenso hat der OGH in 6 Ob 600/90 ausgesprochen, der Umstand, dass ein Makler für beide Parteien tätig werde, ändere nichts daran, dass dieser, soweit er namens seines Auftraggebers mit dem Interessenten Verhandlungen führe und diesem Informationen erteile, als Vertreter seines Auftraggebers tätig werde und dass in diesem Umfang seine Tätigkeit dem Geschäftsherrn zuzurechnen sei. Die nachträgliche Unterfertigung eines Vermittlungsvertrags vermag an diesen Grundsätzen nichts zu ändern, kann doch dadurch nicht nachträglich eine Änderung der Zurechnung bereits abgegebener Erklärungen bewirkt werden.