

Verträge und AGB beim Autokauf

Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli^α
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2006, Freiburg 2006, S. 1 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Inhaltsverzeichnis^β

I. Einleitung.....	1
II. Verträge beim Autokauf	4
1. Die Veräußerungsverträge	4
a) Fahrniskaufverträge (Art. 184 ff. OR).....	4
b) Der Steigerungskauf im Internet.....	10
c) Grenzüberschreitende Autokaufverträge.....	15
2. Die Finanzierungsverträge	17
a) Die Kreditverträge	17
b) Die Auto-Leasingverträge	18
3. Die Versicherungsverträge.....	21
III. Allgemeine Geschäftsbedingungen beim Autokauf.....	24
1. Regeln für den Umgang mit AGB.....	24
2. Die Mängelhaftung in den AGB	29
a) Nach Allgemeinen Verkaufsbedingungen.....	29
b) Nach Allgemeinen Leasingbedingungen.....	31
3. Der Schuldnerverzug in den AGB	32
a) Nach Allgemeinen Verkaufsbedingungen.....	32
b) Nach Allgemeinen Leasingbedingungen.....	33
IV. Schluss	34

I. Einleitung

1. [1] Mein jüngster Autokauf liegt kaum ein Jahr zurück. Er verlief problemlos – dies auch deshalb, weil ich mir die Mühe schenkte, die Vertragsdokumente zu lesen, um allem vertrauensvoll und unterschriftlich zuzustimmen. Dann drehte ich den Schlüssel und fuhr los. Vielen der (in der Schweiz) jährlich rund 260'000 (im

^α Professor an der Universität Freiburg, Rechtsanwalt, MCL. Lic. iur. Martin HOFER hat für diesen Beitrag vielfältige Recherchierarbeit geleistet. Lic. iur. Markus BRÜLHART hat die Schlusskorrekturen übernommen. Meine Fakultätskollegin Professorin Eva Maria BELSER hat einen Entwurf kritisch gelesen. Und der Autogewerbe-Verband der Schweiz AGVS hat mir verschiedene Unterlagen zum Autokauf überlassen. All diese Hilfestellungen seien hier herzlich verdankt.

^β Die abgekürzt zitierte Literatur findet sich am Ende dieses Beitrages vollständig zitiert.

Jahre 2005)¹ Käuferinnen und Käufer [2] neuer Personenwagen mag es ähnlich ergehen. Gut möglich, dass bei den jährlich 750'000 Umschreibungen von Gebrauchtwagen (im Jahre 2004)² ein wenig mehr Argwohn im Spiele ist. Wachsam oder nicht – jedenfalls ist der Autokauf kein belangloses Alltagsgeschäft: Abgesehen vom emotionalen Aufwand, den man auf sich nimmt, spricht auch seine finanzielle Tragweite³ dagegen, ihn ins Banale herabzuziehen.

a. Dazu kommt das rechtliche Umfeld, in das der Autokauf eingebettet ist und das zumal dann mehrere Schichten aufweist, wenn der Erwerb – wie überaus häufig – durch eine Leasinggesellschaft (fremd-)finanziert wird. Hier wird zwar noch immer ein Kaufvertrag abgeschlossen. Doch ist es die Leasinggeberin, die gegenüber dem Lieferanten als Käuferin des vom Leasingnehmer ausgewählten Wagens auftritt, um dem Leasingnehmer nicht das Eigentum am gekauften Wagen⁴, sondern bloss den entgeltlichen Gebrauch daran zu überlassen.

b. Zum rechtlichen Umfeld gehört aber nicht nur dessen relative Komplexität, die sich aus der Fremdfinanzierung ergibt. Zu seinen hauptsächlichsten Merkmalen gehört auch der Umstand, dass die diversen Vertragsbeziehungen ganz überwiegend von vorformulierten, allem Anschein nach branchenweit standardisierten Geschäftsbedingungen geprägt sind. Ihnen ist man als Endverbraucher-Gegenpartei auch deshalb zumeist wehrlos ausgesetzt, weil die Schweiz es sich unverändert leistet, den Gerichten den inhaltlichen Zugriff auf AGB weitgehend zu versagen. Mit obrigkeitlichen Durchhalteparolen vom „Grundsatz der Vertragsfreiheit“ und gegen die ungebundene „Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber“⁵ will man uns neuerdings auch noch dazu bewegen, in

¹ NZZ vom 4./5. Februar 2006, S. 25, wo im Übrigen vermeldet wird, dass in der Schweiz gegenwärtig 1,1 Mio. Autos zugelassen sind, die älter als zehn Jahre sind, was „im Vergleich zum Jahr 1995 eine Zunahme von 450'000 Wagen“ bedeute. *auto-schweiz*, die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure, bezweifelt die Richtigkeit dieser Zahl und geht selber von einem höheren Absatzvolumen aus (Pressemitteilung Motorfahrzeug-Markt Schweiz 2005: Weniger Neuwagen – mehr alte Fahrzeuge). In *Auto&Wirtschaft* ist die Rede von der „wohl niedrigste[n] Gesamtzahl an Neuwagen-Immatrikulationen seit knapp drei Jahrzehnten – konkret seit 1977“ (Heft 1-2/2006, konsultiert auf auto-wirtschaft.ch).

² NZZ vom 3. Februar 2005, S. 21.

³ So geben Schweizer Autokäufer im Durchschnitt CHF 30'000 bis 35'000 für einen Neuwagen aus (TCS-Broschüre „Autokauf und -verkauf“, S. 5).

⁴ Vorab aus „Sicherungsgründen“ (WOLF, S. 335) bleibt der Leasinggeber Eigentümer.

⁵ So die Pressemitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 9. November 2005, mit der bekannt gegeben wurde, dass der Bundesrat einen „Ausbau des Konsumentenschutzes nicht als notwendig“ erachte und deshalb auf „ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr und die damit verbundene Revision des Obligationenrechts“ verzichte.

diesem bedauerlichen Rechtszustand einen Triumph der Selbstbestimmung zu erblicken – während es doch in der [3] Sache bloss darum geht, die längst fälligen, legislatorischen Vorkehren ein weiteres Mal hinauszuschieben.

c. Gelegentlich aber wird sich der Gesetzgeber aufrufen und der systematischen Beseitigung des dispositiven (Kauf-)Vertragsrechts wehren müssen⁶ – sei es nun dadurch, dass er dieser Tendenz zwingendes Recht entgegengesetzt; oder sei es, dass er eine griffige AGB-Kontrolle einführt. Die Gerichte wären schon heute aufgerufen, das vorhandene Instrumentarium zu nutzen, wobei dies aber selbstverständlich voraussetzt, dass sich Kläger-Parteien finden, die einen entsprechenden Vorstoss wagen. Eine judizielle Intervention könnte etwa auch darin bestehen, zwingende Bestimmung (z.B. im Mietrecht) im Wege der Analogie aus ihrem angestammten Anwendungsbereich zu lösen und auf Innominatkontrakte anzuwenden, wo sich solches angesichts identischer „Schutzbedürftigkeitslage“⁷ aufdrängt.

2. Alledem ist Rechnung zu tragen, wenn man sich dem Autokauf von rechtlicher Seite her nähert. Im Folgenden gehe ich zuerst auf die hauptsächlichen Verträge ein, die beim Erwerb von Autos ihre Rolle spielen (II), um dann den Standardbedingungen nachzugehen, die hier das Feld fast gänzlich beherrschen (III).

⁶ Das dispositive Gesetzesrecht hat einen hohen Stellenwert, wenn man mit dem Bundesgericht annimmt, es wahre „in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen“ (BGE 119 II 372 E. 4b; 115 II 268 E. 5a; 113 II 51 E. b; dazu LARENZ/WOLF, S. 69; weiter BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: FS Deschenaux, Freiburg 1977, S. 260 ff.; KLETT, S. 466 f.; KRAMER, S. 38). Dass dem dispositiven Recht aber nicht nur eine freiheitliche, sondern auch eine gegenläufige, restriktive Tendenz innewohnt, belegt Art. 8 UWG in aller Deutlichkeit. Nach dieser lauterkeitsrechtlichen Bestimmung ist die Verwendung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen unlauter und widerrechtlich, wenn diese Bedingungen in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei "von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen" (lit. a). Nun umfasst die gesetzliche Ordnung, die hier gemeint ist, nicht nur die zwingenden Normen und die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten und anerkannten Grundsätze, sondern eben auch die Normen des dispositiven Rechts (BGE 117 II 333 E. 5a). Damit wird die Abweichung vom dispositiven Recht – das doch an sich von dieser Abweichung lebte – unter bestimmten Voraussetzungen sanktioniert und darob die freie Verfügbarkeit dieser Normen limitiert.

⁷ SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 79 Einl. vor Art. 184 ff. OR.

II. Verträge beim Autokauf

Fragt man nach den Verträgen, die hier abgeschlossen werden, so sind es zur Hauptsache Fahrniskaufverträge (1) und Leasingverträge (2). Letztere werden [4] weitherum zu den Innominatkontrakten gezählt⁸, für Teilaspekte aber praktisch oft vom Konsumkreditgesetz (SR 221.214.1) beherrscht (siehe Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG). Dazu kommen Versicherungsverträge (3), die gerade im Leasingkontext eine wichtige Rolle spielen.

1. Die Veräusserungsverträge

a) Fahrniskaufverträge (Art. 184 ff. OR)

1. Kaufverträge, die ein Auto zum Gegenstand haben, sind meist Fahrniskaufverträge (Art. 187 Abs. 1 OR). Soweit die konkrete Vereinbarung lückenhaft ist, kommen demnach die Art. 184 ff. OR zum Zuge, nach deren Massgabe die Vereinbarung zu ergänzen ist. Beim Neuwagenkauf wird der Vertrag häufig zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem das gewünschte Fahrzeug gar nicht existiert, sondern erst noch nach den vereinbarten Spezifikationen hergestellt werden muss. In den allermeisten Fällen ändert dies allerdings nichts am Qualifikations-Befund, da sich der Verkäufer nicht zur Herstellung, sondern lediglich zur Lieferung des Wagens verpflichtet. So ist auch der Kauf einer künftigen Sache noch immer Kauf⁹ – und nicht Werk(lieferungs)vertrag (Art. 363 OR; BGE 72 II 349)¹⁰.

a. Wer einen Neuwagen kauft, hat Anspruch darauf, dass der Wagen auch tatsächlich neu ist – und zwar „**fabrikneu**“. Was aber ist darunter zu verstehen? Angesprochen ist ein Teilaspekt der Beschaffenheit, die der Wagen neben anderen Merkmalen aufweisen muss, um als vertragskonform zu gelten. Ist der Wagen nicht „fabrikneu“, hat der Verkäufer nach Massgabe des Gewährleistungsrechts für diesen Mangel einzustehen. Die Frage hat durchaus ihre praktische Bedeutung, da zumindest „in einzelnen Fällen ... versucht [wird], ‘gutgelagerte’ Autos als fabrikneu zu verkaufen“¹¹. Wann nun ist ein Wagen „fabrikneu“, und wann büsst er diese Eigenschaft ein? Für seinen Teil erachtet der TCS „eine Zeitspanne von 6 bis 12 Monaten, von der Verzollung bis zur ersten Inver-

⁸ Siehe nur SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 81 ff. Einl. vor Art. 184 ff. OR; anders aber etwa HIGI, Zürcher Kommentar, N 187 Vorbem. zu Art. 253-274g OR, der hier zu Zurückhaltung rät.

⁹ SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 57 f. zu Art. 184 OR; TERCIER, Rz 448.

¹⁰ Zur Abgrenzung GAUCH, Rz 126 ff.; KELLER/SIEHR, S. 12 f.

¹¹ TCS „Kauftipps, Neufahrzeuge“ (www.tcs.ch).

kehrsetzung gerechnet, als oberste Grenze für den Begriff ‚fabrikneu‘, aber nur dann, wenn in dieser Zeitspanne keine Modelländerungen (andere Blinker, Radkappen, Kühlergrill usw.) vorgenommen wurden. Das Fahrzeug altert nämlich und verliert an Wert, auch wenn es nicht gefahren wird“, was dann in folgenden Ratschlag mündet: „Kaufen Sie ... [5] ‚Ladenhüter‘ nur mit einem entsprechenden Preisnachlass.“¹² Dass Fahrzeuge allein schon durch Zeitablauf entwertet werden, entspricht der Lebenserfahrung und wurde zudem durch das Bundesgericht bestätigt, das „bei Massenfahrzeugen auch ohne Benutzung“ von einer „jährlich zunehmenden Wertverminderung“ ausgeht (BGE 116 II 435 E. b). In der Sache entschied das Gericht dort, dass nach Massgabe des Vertrauensprinzips jedenfalls ein dreijähriges Fahrzeug nicht mehr als „fabrikneu“ gelten könne. Gleichgelagerte Auslegungsfragen können sich bei Zusicherungen des Verkäufers stellen, mit denen er ein Fahrzeug als „neuwertig“ oder als „ungebraucht“ bezeichnet:

- Wird ein Fahrzeug als „neuwertig“ ausgegeben, darf der Käufer nach Treu und Glauben sicher von dessen Unfallfreiheit und zudem davon ausgehen, dass das Fahrzeug zwar in Gebrauch war, dem Zustand seiner sämtlichen Einzelteile nach aber mit einem Neuwagen zu vergleichen ist. Seine Annahme, das Fahrzeug sei in jedem Fall in den letzten zehn bis zwölf Monaten vor dem Kauf hergestellt worden, wäre hingegen nicht zu schützen.
- Wird ein Wagen schlicht als „ungebraucht“ und nicht gleichzeitig als neuwertig bezeichnet, ist damit nicht eine Aussage über sein Alter, sondern vielmehr darüber verbunden, dass das Auto bislang nicht zu Verkehrszwecken verwendet, also den entsprechenden Belastungen nicht ausgesetzt worden ist. Ein Käufer hat hier je nach Alter des Fahrzeuges namentlich mit Standschäden zu rechnen, soweit nicht eine andere Abrede getroffen wurde.

b. Häufig wird beim Neuwagenkauf das alte Fahrzeug des Käufers **„eingetauscht“**, der Wert des Altwagens also an den Preis des Neuwagens angerechnet. Dieser Vorgang ist so gebräuchlich, dass der Muster-„Kaufvertrag für Neuwagen“ des AGVS¹³ eine entsprechende Rubrik aufweist, wo das Eintauschfahrzeug genau zu bezeichnen, das Datum des Bewertungsprotokolls aufzuführen und schliesslich der Preis einzufügen ist. Für die rechtliche Einordnung solcher Verträge stehen zwei Ansatzpunkte im Vordergrund¹⁴: Entweder man geht von einer Abrede aus, nach der dem Neuwagenkäufer die Befugnis eingeräumt wird, einen Teil des Kaufpreises

¹² TCS „Kauftipps, Neufahrzeuge“ (www.tcs.ch).

¹³ Der AGVS ist der Autogewerbe-Verband der Schweiz.

¹⁴ Vgl. HONSELL, S. 18.

durch Hingabe seines Gebrauchtwagens zu tilgen, ihn also an Erfüllung statt zu leisten. Oder man nimmt einen gemischten Vertrag an, der sich aus kauf- und tauschvertraglichen Elementen zusammensetzt.

- [6] Was die *Gewährleistungspflicht* angeht, ist die Unterscheidung zumal dann praktisch bedeutungslos, wenn man annimmt, dass für den Eintauschwagen selbst dann Sachgewähr zu leisten ist, wenn der Käufer ihn an Erfüllung statt leistet.¹⁵ Dazu kommt, dass für den Regelfall davon auszugehen ist, dass die Gewährleistungspflicht des Käufers jedenfalls „für die – bei Gebrauchtwagen typischen – auf der bisherigen Abnutzung und dem Gebrauch beruhenden sogenannten Verschleissmängel“ (BGHZ 83, S. 340) als ausgeschlossen zu gelten hat – Arglist des Käufers immerhin vorbehalten (Art. 210 Abs. 3 OR)¹⁶. Ohnehin aber dürfte sich daran kaum je Streit entzünden. Dies hat nicht nur mit der besonderen Sachkunde des (professionellen) Verkäufers, sondern vor allem damit zu tun, dass Eintauschwagen regelmässig vorgängig inspiziert werden. Obschon diese eingehende Prüfung in erster Linie der Bewertung dient, vermittelt sie dem Verkäufer doch auch genaue Kenntnisse darüber, wie der Wagen tatsächlich beschaffen ist.
- Die Unterscheidung wird immerhin dann spürbar, wenn der Eintauschwagen vor der Übergabe an den Verkäufer *untergeht*. Und zwar stellt sich jetzt die Frage, ob der Käufer selbst dann den vollen Kaufpreis (in Geld) schulde, wenn er den Untergang nicht zu verantworten hat. Geht man von einer Leistung an Erfüllung statt aus, bliebe er dazu verpflichtet. Dies wird befürwortet, wer das Interesse des Verkäufers in den Vordergrund schiebt, das im Regelfall – und für den Käufer erkennbar – „auf Veräusserung gegen Geld ... und nicht auf den Erwerb eines gebrauchten Wagens“ ge-

¹⁵ So ausdrücklich § 365 BGB zur Gewährleistung bei Hingabe an Erfüllung statt: „Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllung statt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten“; für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung im schweizerischen Recht etwa SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 102 Vorbem. zu Art. 68-96 OR; siehe auch GAUCH/SCHLUEP/REY, Rz 2307.

¹⁶ Dieser Vorbehalt greift etwa dann, wenn der Käufer dem Verkäufer verschweigt, dass es sich beim Eintauschwagen um ein Unfallfahrzeug handelt. Legt er dies aber offen, ist Gewährleistung auch hinsichtlich der unfallbedingten Defekte ausgeschlossen.

richtet ist (BGHZ 46, S. 340; 89, S. 128)¹⁷. Dem steht indes das – dem Verkäufer bekannte – Interesse des Käufers entgegen, in jedem Fall nur für den Restkaufpreis des Neuwagens aufkommen zu müssen, um sich seiner Leistungspflicht im Übrigen dadurch [7] entledigen zu können, dass er dem Verkäufer den Eintauschwagen übereignet.¹⁸ Ich selber halte diese zweite Lösung, bei der die Übereignung des Eintauschwagens zur Leistungspflicht des Käufers gerechnet wird, für richtig, wobei sie aber dahingehend zu ergänzen wäre, dass der Käufer zwar verpflichtet ist, dem Verkäufer den Eintauschwagen zu leisten, sich im Sinne einer – allenfalls stillschweigend vereinbarten – Alternativermächtigung aber auch darauf verlegen kann, nicht den Eintauschwagen, sondern den vollen Kaufpreis in Geld zu leisten. Immerhin ist hier zu berücksichtigen, dass der Verkäufer bei der Bewertung des Eintauschwagens immer auch schon einsetzt, was er durch einen allfälligen Weiterverkauf wird lösen können. So ist es dieser (Netto-)Veräusserungspreis und nicht der für den Eintauschwagen vereinbarte Preis, der für die Berechnung des nunmehr in Geld zu leistenden, vollen Kaufpreises heranzuziehen ist.

- Wollte man anders entscheiden und von einer Leistung an Erfüllung statt ausgehen, wäre folgerichtig eine stillschweigende Abrede¹⁹ des Inhalts anzunehmen, dass die *Kaufpreisgefahr*²⁰ nicht mit Vertragsabschluss (Art. 185 Abs. 1 OR)²¹, sondern erst mit der Ablieferung des Eintauschwagens auf den Verkäufer übergehen soll. Andernfalls würde die Anwendung des Art. 119 OR ergeben, dass der Käufer beim Untergang des Eintauschwagens zwar den Neuwagen

¹⁷ Die deutsche Rechtsprechung nimmt sogar „trotz zweier getrennter Vertragsurkunden über den Neuwagenkauf und den Verkauf des gebrauchten Altfahrzeugs aufgrund der Gesamtumstände und des Parteiwillens“ einen einheitlichen Kaufvertrag an (siehe BGHZ 128, S. 115); dazu auch LARENZ, Schuldrecht II/1, S. 92. Für die Schweiz siehe den ähnlich gelagerten Fall bei BGE 107 II 144 („La Punt“).

¹⁸ Vgl. auch etwa LARENZ, Schuldrecht II/1, S. 92; DERS., Schuldrecht I, S. 160.

¹⁹ In Ziff. 7 des AGVS-Mustervertrag findet sich eine ausdrückliche Regelung dazu.

²⁰ Zur Abgrenzung von der Sach- und Sachleistungsgefahr vgl. SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 16 ff. zu Art. 185 OR.

²¹ Zu den Relativierungen des „mehr und mehr als unbefriedigend“ empfundenen Grundsatzes des „periculum est emptoris“ siehe z.B. KELLER/SIEHR, S. 26 f.; TERCIER, Rz 914; und schon BGE 84 II 161 E. b, wonach „il faut appliquer restrictivement le principe selon lequel les profits et les risques passent à l'acheteur dès que le contrat est conclu et on doit admettre très largement les ‚exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières‘, qui sont réservées par l'art. 185 al. 1 CO“.

beanspruchen könnte, dafür aber bloss noch den Restkaufpreis zu leisten hätte, was kaum sachgerecht wäre.

c. Beim Verkauf von **Gebrauchtwagen** wird die Gewährleistung bei sogenannten „Billigstoccasionen“ weitestgehend wegbedungen.²² Ob es sich [8] beim Kaufgegenstand um eine Billigstoccasion handelt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Der einschlägige AGVS-Mustervertrag weist eine entsprechende Rubrik auf, die darüber ausdrücklich Auskunft gibt. Wo die Parteien dort nichts vermerken (also weder „Ja“ noch „Nein“ ankreuzen), ist nach der für den Käufer günstigeren Auslegung darauf zu erkennen, dass es sich beim Gebrauchtwagen nicht um eine Billigstoccasion handelt und der Verkäufer somit – wenn auch begrenzt – Gewähr zu leisten hat. Selbst wo die Haftungsbeschränkung im konkreten Fall greift, befreit sie den Verkäufer nicht davon, den Käufer über einen früheren Unfall aufklären zu müssen, denn: „Ein früherer Unfall stellt bei einem Occasionsfahrzeug ... einen Fehler dar, der auch dann angegeben werden muss, wenn der Schaden beseitigt worden ist, ausser es handle sich um gewöhnliche Blechschäden“ (LGVE 2003 I, S. 28).²³ In der Branche wird zum Teil zwischen „nicht unfallfrei“ und „Unfallwagen“ unterschieden. Als „Unfallwagen“ gilt ein Fahrzeug erst dann, „wenn eine erhebliche Schadeneinwirkung auf die primärtragenden Fahrzeugstruktur erfolgte“ (www.vsci.ch). Der Laienkäufer braucht sich diese branchenübliche Unterscheidung indes nicht entgegenhalten zu lassen. Vielmehr darf er einer Zusage, nach der sein Fahrzeug kein „Unfallwagen“ sei, entnehmen, dass das Fahrzeug „bisher keinen Unfall erlitten hat“, nicht einmal einen leichten.

2. Um bei den Gebrauchtwagen zu verweilen: Verschiedentlich hatte das Bundesgericht Fälle zu beurteilen, in denen es um das Mass der gebotenen **Vorsicht im Occasionsmarkt** ging. Anlass dazu gaben ihm jeweils *Besitzesrechtsklagen* (auch: Fahrnisklagen)²⁴, die gegen den Erwerber eines Gebrauchtwagens angestrengt wurden. Zum Thema wurden die Marktsitten, weil stets zu beurteilen war, ob der Erwerber die nach den konkreten Umständen gebotene

²² So nach Ziff. 4 AGVS-Musterkaufvertrag für Occasionswagen. Auf den ersten Blick ist dies nachvollziehbar. Doch ist zu bedenken, dass eine (gesetzliche) Mindesthaftung durchaus geeignet ist, den Markt zum Vorteil auch der Verkäuferseite zu stimulieren. Indem sie das Risiko dem Verkäufer zuordnet, kompensiert sie das Informationsgefälle zwischen den Parteien, von denen nur der Verkäufer weiss, wie es um den Zustand des Gebrauchtwagens wirklich steht. Siehe beispielsweise die durch § 475 BGB zwingend ausgestaltete Haftung für Sachmängel im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs.

²³ Sanktionen finden sich in Art. 28 OR (einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages) und in Art. 199 OR (Ungültigkeit der Haftungsbeschränkung).

²⁴ Zum Begriff vgl. etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 284.

Aufmerksamkeit walten liess und so berechtigt war, sich auf seinen guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

a. *Misstrauisch müsse man sein*, so der Tenor, zumal im Markt für Luxusautos:

- Für dieses Marktsegment ging das Bundesgericht gar von besonders hohen Anforderungen an die gebotene Aufmerksamkeit aus und schlug dem Händler, der sich dabei auf Art. 934 Abs. 2 ZGB stützte, die Berufung auf seinen guten Glauben ab, da er es beim Kauf eines gestohlenen Ferraris unterlassen hatte, „sowohl den Wagen als auch [9] die dazugehörigen Papiere einer genauen Prüfung zu unterziehen“ (BGE 113 II 401)²⁵.
- In diesem Urteil findet sich nun aber eine Erwägung, die nicht auf dieses spezielle Marktsegment beschränkt, sondern durchaus verallgemeinerungsfähig ist. So führte das Gericht aus: „Auch wenn grundsätzlich die Regel zutrifft, dass Art. 3 Abs. 2 ZGB keine allgemeine Erkundigungspflicht statuiert und dass sich nur erkundigen muss, wer Grund zum Verdacht hat ..., gilt dies ... nur beschränkt für jene Geschäftszweige, die dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sind, wie es beim Handel mit Gebrauchtwagen aller Art der Fall ist“ (BGE 113 III 400).²⁶
- Gleichwohl befand das Gericht einige Jahre später, dass sich die Erwerber eines gebrauchten VW Golf GTI auf ihren guten Glauben berufen durften, obschon das Fahrzeug ohne Originalfahrzeugausweis und ohne Nummernschilder übergeben worden war (BGE 121 III 345).²⁷ Dieser Entscheidung nimmt auf die im Ferrari-Urteil angestellte, allgemeine Überlegung keinerlei Bezug, während man sich hätte vorstellen können, dass sie hier zum gegenteiligen Resultat hätte führen können. In diese Richtung deutet auch die Feststellung des Bundesgerichts, dass ein „seriöser Occasionshändler kein Auto, das ihm ohne Vorlegung der Papiere angebo-

²⁵ Zu diesem Urteil REY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987 (Sachenrecht), in: ZBJV 1989, S. 165 ff.

²⁶ Siehe dazu auch BGE 107 II 43, wo das Bundesgericht davon ausgeht, dass es einem seriösen Kaufmann, der mit Gebrauchtwagen handelt, ohne weiteres zuzumuten sei, „sich beim Betreibungsamt am Wohnort des Verkäufers über das Bestehen eines Eintrages im Eigentumsvorbehaltsregister zu erkundigen oder vom Verkäufer eine entsprechende Bescheinigung zu verlangen“ (gegenteilig noch BGE 56 II 186 E. 2). Entscheidwesentlich war dies allerdings nicht, da der Händler schon angesichts des tiefen Preises Verdacht hätte schöpfen müssen.

²⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz 292; auch BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 3 ZGB.

ten werde“, kaufe, ohne nicht zunächst beim Strassenverkehrsamt den Halter in Erfahrung zu bringen (BGE 79 II 64).

b. Anzufügen bleibt, dass die erwähnte, erhöhte Sorgfaltspflicht keineswegs auf den kaufmännischen Verkehr beschränkt ist (BGE 122 III 3, zum Antiquitätenhandel)²⁸ und so auch nicht-gewerbliche, private Erwerber von Gebrauchtwagen gut daran tun, konkreten Verdachtsmomenten (dazu BGE 5C.179/2002 E. 1.4) nachzugehen.

c. [10] Allerdings versagt beim *Kauf von einem Privaten* die Berufung auf den guten Glauben, falls der Wagen dem Eigentümer „wider seinen Willen abhanden“ gekommen ist (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Immerhin wäre zu überlegen, ob nicht der Vorbehalt des Marktkaufes, wie Art. 934 Abs. 2 ZGB ihn für solche Fälle aufstellt, zum Zuge kommen müsste, wenn ein Gebrauchtwagen durch die Vermittlung einer Internet-Plattform gekauft wird. Dies hätte eine Stärkung der Transaktionsfestigkeit dieser Foren zur Folge, wobei es aber umgekehrt nicht zu übersehen ist, dass diese Verstärkung zu Lasten des Eigentümers ginge.

b) Der Steigerungskauf im Internet

1. Wer einen Autokauf plant, wird sich heutzutage oft im Internet ein Bild über die vorhandenen Angebote machen. Doch längst wird das Internet nicht mehr bloss zu Informationszwecken, sondern auch für die **Anbahnung und den Abschluss von Verträgen** genutzt. Das gilt vor allem auch für den Handel mit Gebrauchtwagen, der etwa bei der von der Schweiz aus betriebenen Plattform ricardo.ch²⁹ zu einem der wichtigsten Segmente zählt³⁰.

a. Der *elektronische Abschluss* von Autokaufverträgen bietet keine besondere Schwierigkeiten, was auch damit zu tun hat, dass derartige Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form bedürfen (Art. 11 OR).³¹ Alsdann können die auf den Abschluss eines

²⁸ BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 51 zu Art. 3 ZGB.

²⁹ Weitere Plattformen sind AutoScout24.ch, Car4you.ch und ebay.ch.

³⁰ Schriftliche Auskunft der Pressestelle der ricardo.ch, die im Weiteren ausführt, dass sich „der monatliche Umsatz von Fahrzeugen, Motorrädern und deren Zubehör ... im hohen einstelligen Millionenbetrag“ bewege; siehe auch NZZ vom 26. September 2005, S. 36, wo berichtet wird, dass 20% des Monatsumsatzes von CHF 40 Mio. bei ricardo.ch auf die Autosparte entfällt.

³¹ Anders verhält es sich bei Leasingverträgen, soweit sie unter das KKG fallen. Nach Art. 11 KKG sind Leasingverträge schriftlich abzuschliessen, und dies in qualifizierter Weise, als der (formbedürftige) Vertrag zumindest jene Punkte zu enthalten hat, die in Abs. 2 der Bestimmung aufgelistet werden. Wo diese Voraussetzung aber erfüllt ist, stellt sich die Frage, ob ein online-Abschluss zumindest dann angehe, wenn mit einer unter dem neuen Art. 14

Kaufvertrages gerichteten Willenserklärungen auch elektronisch – online – gültig abgegeben werden. Diese Willenserklärungen gehen zwar dem Plattform-Betreiber zu, der den Parteien aber wechselseitig als „Empfangsvertreter“ dient³², weshalb die Erklärungen „unmittelbar für und gegen den Vertretenen“ (so § 164 Abs. 3 [11] BGB, siehe auch Art. 229 Abs. 3 OR) wirken. Dass sich der ins Internet gestellte Antrag nicht an einen bestimmten, sondern an einen offenen Personenkreis richtet, hindert seine Verbindlichkeit nicht. Vielmehr gibt der Antragsteller – bei einer online-Auktion – verbindlich kund, den Vertrag mit jenem Auktionsteilnehmer abzuschliessen zu wollen, „der innerhalb des festgelegten Auktionszeitraumes das Höchstgebot abgab“ (BGH, Urteil VIII ZR 13/01 vom 7. November 2001). Im Unterschied zum *gesetzlich geregelten Steigerungskauf*, bei dem der Kaufvertrag dadurch abgeschlossen wird, „dass der Veräusserer den Zuschlag erklärt“ (Art. 229 Abs. 2 OR), geht hier das Angebot vom Veräusserer aus und kommt der Kaufvertrag zum Auktionsende mit dem Höchstbietenden zustande.³³ Theoretisch ist es zwar denkbar, dass er seinem Angebot eine „die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt“ (Art. 7 Abs. 1 OR), wobei aber diese Möglichkeit durch die AGB der Plattform-Betreiber stets ausgeschlossen wird.

b. Immerhin wird zum Teil gefordert³⁴, dass aus Gründen des Konsumentenschutzes auch hier ein zwingendes, also unabdingbares *Widerrufsrecht* zu schaffen sei.³⁵ Eine entsprechende Vorkehr

Abs. 2^{bis} OR der eigenschriftlichen Unterschrift gleichgestellten anerkannten elektronischen Signatur operiert wird. Mit Blick auf den Formzweck, der hier auch im Übereilungsschutz liegt, ist Zurückhaltung angezeigt. Vgl. STAUDER, 151 f.; WEBER, S. 324 f.; anders aber offenbar SIMMEN, in: Hess/Simmen, S. 46; siehe auch SCHÖBI, Der Online-Vertrieb von Versicherungen und der Schutz der Konsumenten, in: HAVE 2003, S. 209 f.

³² Dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1311.

³³ Daran liegt es, dass bei einer allfälligen autonomen Übernahme der Fernabsatz-Richtlinie der EU die Ausnahmeregel, nach der die Richtlinie „Verträge, ... die bei einer Versteigerung geschlossen werden“, nicht erfasst (Art. 3), auf den Steigerungskauf im Internet nicht anwendbar wäre – oder umgekehrt: ein Widerrufsrecht auch hier gegeben wäre; gleich etwa PALANDT/HEINRICHS, N 13 zu § 312d BGB; siehe weiter REINKING/EGGERT, Rz 1202; BGH, Urteil VIII ZR 375/03 vom 3. November 2004, zu einem gewerblichen Verkauf von „Gold- und Silberschmuckstücken“ auf der eBay-Plattform: „Der bei der Internet-Auktion geschlossene Kaufvertrag der Parteien kam nicht nach § 156 BGB durch den Zuschlag eines Auktionators zustande, sondern durch Willenserklärungen – Angebot und Annahme – der Parteien ... Der blosse Zeitablauf, mit dem die Internet-Auktion endet, ist keine Willenserklärung und vermag eine solche auch nicht zu ersetzen.“ Der Widerruf war damit zu schützen.

³⁴ Besonders prominent von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates in einem Bericht vom 9. November 2004 (BBJ 2005, S. 4979).

³⁵ Aufschlussreich aber die Reaktion der Autobranche, die sich im Vernehmlassungsverfahren zu einem BG über den elektronischen Geschäftsverkehr zwar nicht grundsätzlich gegen ein Widerrufsrecht wandte, aber doch

hat der schweizerische Gesetzgeber bekanntlich für Haustürgeschäfte (Art. 40a ff. OR) getroffen.³⁶ Und in der Europäischen Union ist ein Widerrufsrecht zu Gunsten der [12] Konsumenten in der Fernabsatz-Richtlinie festgeschrieben.³⁷ Der schweizerische Bundesrat lehnte es jüngst entschieden ab, in diesem Bereich der EU zu folgen, und dies mit der – empirisch ungeprüften – Begründung, ein Widerrufsrecht sei „kontraproduktiv: Es verleitet zum sorglosen Vertragsabschluss und verteuert die Vermarktung.“³⁸ Im gewöhnlichen Versandhandel scheint es allerdings gang und gäbe zu sein, dass bestellte Güter auch dann retourniert werden können, wenn sie mängelfrei sind, etwa der (Kleider-)Grösse nach aber nicht passen. Überdies wäre zu prüfen, ob nicht ein ausgebauter Konsumentenschutz die Effizienz dieses Absatzkanals zu steigern vermöchte, da er Unsicherheiten eliminiert, die potentielle Nutzer von diesem Medium fernhält. Ohnehin aber dürfte damit kaum das letzte Wort gesprochen sein, denn am 15. Dezember 2005 wurde eine parlamentarische Initiative eingereicht, die unter anderem darauf angelegt ist, die Schaffung eines Widerrufsrechts durchzusetzen. Dieser Behelf soll das „Fehlen eines physischen Kontakts der Vertragsparteien und der Möglichkeit, die Ware in Augenschein zu nehmen, kompensieren und damit die Überrumpelungsgefahr minimieren“³⁹.

c. Auch was die *Abwicklung* elektronisch abgeschlossener Autokaufverträge angeht, sind keine Besonderheiten auszumachen.⁴⁰ Am Anfang dieser Vertragsphase steht eine Mitteilung des Plattform-Betreibers, mit der er die Identitäten der beteiligten Parteien offenlegt. Alsdann sind die Parteien „verpflichtet, sich gegenseitig zu kontaktieren. In der Regel erfolgt die Kontaktaufnahme durch den Verkäufer“ (so Ziff. 5.4 AGB ricardo.ch). Alles Weitere spielt sich nicht mehr in der „Virtualität des Internets“⁴¹, sondern als physische Vorgänge ab.

anregte, dass dieses Recht verzichtbar sei – und dies sogar in allgemeinen Geschäftsbedingungen! Kaum moderierend wirkt da die Formvorschrift, die vorgeschlagen wurde: „In vorgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers ist der Verzicht nur gültig, wenn dieser speziell hervorgehoben ist“ (Stellungnahme des FRS Schweizerischer Strassenverkehrsverband vom 31. Mai 2001, S. 2).

³⁶ Gegen eine analoge Anwendung dieser Vorschriften einhellig SCHÖBI, S. 51; WEBER, S. 335; auch STAUDER, S. 146, der allerdings de lege ferenda für die Schaffung eines Widerrufsrechts eintritt.

³⁷ Gemeint ist die Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz und dort der Erwägungsgrund 14 sowie Art. 6.

³⁸ Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr, Stellungnahme des Bundesrates vom 21. Dezember 2005, in: BBl 2006, S. 689.

³⁹ Parlamentarische Initiative SOMMARUGA (05.458); zu den Realien auch ROSENTHAL, S. 240.

⁴⁰ Siehe auch WEBER, S. 341.

⁴¹ ROSENTHAL, S. 240.

2. Immerhin sei die **Gewährleistungspflicht des Verkäufers** hervorgehoben. So lassen sich Parteien, die bei *ricardo.ch* kontrahieren wollen und zu diesem Zweck den AGB dieses Betreibers zustimmen müssen, auf die folgende Regelung ein:

„Sollte ein Produkt nicht funktionieren oder sonst mit einem Mangel behaftet sein, so muss der Käufer dem Verkäufer innerhalb von 14 Werktagen nach Lieferung des Produktes davon in Kenntnis setzen. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass ein in der Auktion beschriebener Mangel nicht als Mangel im Sinne dieser Bestimmung gilt und somit nicht zur Anwendung dieser Bestimmung führt. Der Käufer kann vom Verkäufer eine [13] Nachbesserung verlangen. Der Käufer muss dafür besorgt sein, das Produkt an die entsprechende Servicestelle des Verkäufers zu bringen oder auf Kosten des Käufers zu senden. Sollte nach einer zweimaligen Nachbesserung der gewünschte Erfolg nicht eintreten und sollte keine andere Regelung zwischen Verkäufer und Käufer (z.B. Kaufpreisminderung) getroffen worden sein, so tritt eine Kaufvertragswandlung (Produkt-rücknahme und Kaufpreiserstattung durch den Verkäufer) in Kraft“ (Ziff. 6.7 AGB *ricardo.ch*).

Diese Abrede ist für die Parteien verbindlich, weil sie – wenn auch unabhängig voneinander – dem Plattform-Betreiber gegenüber erklären, bei einem allfälligen Abschluss des Kaufvertrages die Gewährleistung des Verkäufers im Sinn der AGB-Klausel regeln zu wollen. Während die Klausel den Käufer in vielen Fällen von den Beschwernissen der strengen gesetzlichen Rügefrist befreien mag (Art. 201 OR), ist es doch nicht sicher, dass die 14tätige Rügefrist in jedem Fall ausreicht. Zudem kompensiert sie ihn lediglich für den Umstand, dass Autokaufverträge häufig ohne vorgängige Besichtigung und Probefahrt zustande kommen.⁴² In jedem Fall greift die 14tägige Verwirkungsfrist aber nur hinsichtlich offener Mängel, während bei versteckten Mängeln die gesetzliche Regel zum Zuge kommt (Art. 201 Abs. 3 OR).

a. Weitere Punkte, die ich für **kritikwürdig** halte, sind:

- Zwar wird dem Käufer ein Nachbesserungsrecht eingeräumt, was man als käuferfreundlich ansehen mag.⁴³ Allerdings ist dieser Anspruch, den das gesetzliche Kaufvertragsrecht so

⁴² So der in der NZZ vom 26. September 2005, S. 36, zitierte Geschäftsführer von *ricardo.ch*, der schätzt, dass die „Hälfte der Bieter die Occasionen kaufen, ohne diese live gesehen, geschweige denn gefahren zu haben“.

⁴³ Diesen Trend zum Nachbesserungsrecht auch im Kaufvertragsrecht, der auch bei den Standardverträgen des AGVS hervortritt, will der Bundesrat jedenfalls nicht Gesetz werden lassen, und dies mit erstaunlicher Begründung: „Widerrufsrecht und Gewährleistungsansprüche ... stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar“ (Bundesamt für Justiz, Medienmitteilung vom 9. November 2005).

nicht kennt⁴⁴, vorrangig und geht vorderhand auf Kosten der weiteren, in diesem Sinne nachrangigen Mängelrechte. Dazu kommt, dass der Verkäufer berechtigt ist, sich gerade zwei Mal in Nachbesserung zu versuchen, und dem Käufer die Hände solange gebunden sind.

- Stossend ist, dass allfällige Transportkosten dem Käufer zugewiesen werden, wo sie ihre Ursache doch darin haben, dass die Leistung des Verkäufers nicht vertragskonform ist, und jede Nachbesserung den Käufer so stellen soll, als hätte der Verkäufer von Anfang an [14] mängelfrei geliefert.⁴⁵ Zudem kann darin faktisch der Ausschluss der Gewährleistung liegen, wenn man bedenkt, dass der Internethandel auch Parteien zusammenbringt, die durch weite Distanzen voneinander getrennt sind.
- Misslich ist weiter, dass nach zweifach fehlgeschlagener Nachbesserung die Vertragsauflösung fingiert wird. Damit hat der Käufer gar keine Möglichkeit, die Kaufsache zu behalten. Zwar werden abweichende Vereinbarungen vorbehalten, was aber voraussetzt, dass der Verkäufer mitwirkt. Verweigert er sich, kommt es zur Rückabwicklung, die der Käufer nicht abzuwenden vermag – bloss Rechtsmissbrauch noch vorbehalten (Art. 2 Abs. 2 ZGB).
- Was jene „andere Regelung“ anbelangt, welche die Auflösungsfiktion verhindern könnte, nennt die Klausel im Sinne eines Beispiels ausdrücklich die „Kaufpreisminderung“. Damit ist eine weitere Schwächung der Käuferposition verbunden, insoweit das (dispositive) Gesetzesrecht die Minderungsbefugnis als einseitiges Gestaltungsrecht konzipiert (Art. 205 Abs. 1 OR)⁴⁶, das für seine Begründung in keiner Weise auf die Zustimmung des Verkäufers angewiesen ist.
- Über den Anspruch auf Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens schweigt sich die Klausel aus. Nach Treu und Glauben ausgelegt, ist dieses Schweigen allerdings nicht als

⁴⁴ Siehe HONSELL, S. 96, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁵ Dazu REINKING/EGGERT, Rz 336. Im Werkvertragsrecht sind diese sogenannten „Begleitkosten“ denn auch ohne weiteres (also auch ohne Pflichtverletzung) vom nachbesserungspflichtigen Unternehmer zu tragen; siehe GAUCH, Rz 1718.

⁴⁶ Allerdings ist diese Frage noch immer umstritten und wird zum Teil auch vertreten, die Minderungsbefugnis sei ein Gestaltungsklagerrecht (siehe KELLER/SIEHR, S. 88 und 92). Während diese Auffassung den Wortlaut der Bestimmung (Art. 205 Abs. 1 OR: „Minderungsklage“) für sich in Anspruch nehmen kann, widerspricht sie doch moderner Konzeption, die privater Rechtsgestaltung den Vorrang verschaffen will. Vgl. dazu auch GIGER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 205 OR.

qualifiziert, sondern vielmehr so zu verstehen, dass es einem entsprechenden Ersatzanspruch nicht entgegensteht.

b. Wer angesichts dieser Kritikpunkte nach einem probaten Gegenmittel sucht, wird bald auf die *Ungewöhnlichkeitsregel* stossen (z.B. BGE 119 II 446). Dieser Regel zufolge erlangen ungewöhnliche, das heisst überraschende AGB keine Geltung, obschon sie in den Einzelvertrag (global) übernommen wurden.⁴⁷ Namentlich die Abrede, dass die Transportkosten, die im Zusammenhang mit einem Nachbesserungsversuch anfallen, vom Käufer zu tragen sind, ist ungewöhnlich und dürfte keine Geltung erlangen. Gleiches [15] wird für die Wandelungsfiktion und die Regel gelten, nach der die Minderung von der Zustimmung des Verkäufers abhängt. In unserem Zusammenhang werden die AGB nun aber vom Plattform-Betreiber aufgestellt, der die Vertragsparteien überhaupt nur unter der Voraussetzung auf seine Plattform lässt, dass sie seinen AGB (meist wohl in Unkenntnis ihres Inhalt und damit global) zustimmen⁴⁸ – sie sind also weder vom Verkäufer noch vom Käufer verfasst. Daran darf man indes vorbeigehen, da die Ungewöhnlichkeitsregel nicht bedingt, dass die AGB, gegen die sie sich richtet, gerade vom Verwender aufgestellt wurden.⁴⁹

c) Grenzüberschreitende Autokaufverträge

1. Sie wären ein Thema für sich. Der TCS führt eine eigene Publikation dazu, die im Internet verfügbar ist. Dort steht unter anderem nachzulesen, dass es sich erst bei einer Preisdifferenz von mindestens CHF 3'000.— lohnen könne, „das Risiko schleppender Bearbeitung von Garantiefällen in Kauf zu nehmen“⁵⁰. Letztlich ist es aber Geschmackssache, was man für die erzielten Kosteneinsparungen an Verzögerungen akzeptieren will.

2. Hinweisen möchte ich hier nur auf zwei Punkte: einen wettbewerbsrechtlichen und einen kollisionsrechtlichen.

a. Aufgrund einer Intervention der Wettbewerbskommission wurde der **Parallelimport** vor wenigen Jahren wesentlich verein-

⁴⁷ Siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1141b.

⁴⁸ Immerhin ist denkbar, dass im Rahmen der Produktebeschreibung abweichende Bestimmungen aufgestellt werden oder dass in der Rubrik, die dem Anbieter und seinen prospektiven Vertragspartnern für „Fragen und Antworten“ offen steht, abweichende Vertragsbedingungen ausgehandelt werden. Wie weit der Plattform-Betreiber es zuliesse, dass von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird, haben wir allerdings nicht ausgetestet.

⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1119.

⁵⁰ TCS-Broschüre „Direktimport Personenwagen“ (www.tcs.ch), S. 2.

facht. Nunmehr sind die zugelassenen Werkstätten⁵¹ ungeachtet „des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeuges im Europäischen Wirtschaftsraum oder in der Schweiz“ verpflichtet, „alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler, durch einen bevollmächtigten [16] Vermittler oder bei einem unabhängigen Wiederverkäufer gekauft wurde.“⁵² Ziel auch dieser Bekanntmachung ist unter anderem, dass „Kraftfahrzeughändler ... an Endverbraucher überall im Gemeinsamen Markt verkaufen können“⁵³.

b. Wer den Autokaufvertrag mit einem ausländischen Verkäufer abschliesst, sieht sich im Gewährleistungsfall kollisionsrechtlichen Fragen ausgesetzt. Die *Zuständigkeitsfrage* löst sich nach Massgabe des Lugano-Übereinkommens, soweit dessen Geltungsbereich reicht. Für Konsumentensachen richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 13 LugÜ, wenn einer der dort aufgeführten Fälle vorliegt, ansonsten nach den allgemeinen Regeln des Übereinkommens. Für die Frage des **anwendbaren Rechts** sind die Kriterien heranzuziehen, die Art. 120 IPRG für „Verträge mit Konsumenten“ aufstellt. Diese Bestimmung des schweizerischen Kollisionsrechts soll dem Konsumenten den Schutz des schweizerischen Konsumentenrechts sichern, wobei aber zu beachten ist, dass dieser Schutz im umliegenden, europäischen Ausland wesentlich besser ausgebaut ist als in der Schweiz. Vor diesem Hintergrund dürfte es sich empfehlen, die ganze Anbahnung des Autokaufvertrages aktiv so zu gestalten, dass nach den Kriterien des Art. 120 IPRG schweizerisches Recht gerade *nicht* anwendbar ist⁵⁴, wobei ich nicht verkennen will, dass praktisch ein Autokauf kaum je nach kollisionsrechtlichen Kriterien geplant wird.

⁵¹ Dazu Art. 1 Ziff. 1 lit. 1 der Verordnung (EG) 1400/2002 der EU-Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor: „Zugelassene Werkstatt“ ist ein Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der dem von einem Kraftfahrzeuglieferanten eingerichteten Vertriebssystem angehört.“

⁵² Erläuterungen der Weko zu Ziff. 5 lit. c zur einschlägigen Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002 (www.weko.admin.ch); zur angestrebten „Entkoppelung von Verkauf und Kundendienst“ DALLAFIOR, Neue Regeln für die freie Fahrt im Automobilvertrieb, in: sic! 2002, S. 783 f.

⁵³ Erwägungsgrund 17 zur Verordnung (EG) 1400/2002 der EU-Kommission vom 31. Juli 2002.

⁵⁴ Vgl. auch STAUDER, S. 157 f.

2. Die Finanzierungsverträge

In der Schweiz ist es überaus gebräuchlich, den Erwerb von Privatfahrzeugen fremd zu finanzieren. Diesem Zweck dienen Finanzierungsverträge, wobei zwischen reinen Kreditverträgen und Auto-Leasingverträgen zu unterscheiden ist. Was deren praktische Bedeutung anbelangt, vermeldet die NZZ, dass rund 40 Prozent „aller in Verkehr gesetzten Neuwagen ... heute in der Schweiz geleast“ werden.⁵⁵

a) Die Kreditverträge

1. [17] Reine Kreditverträge, die der Kreditnehmer abschliesst, um mit den kreditierten Mitteln ein Fahrzeug erwerben zu können, weisen im Grunde genommen kaum Besonderheiten auf. Eine entsprechende Vereinbarung vorbehalten, besteht namentlich keine Beziehung zwischen Kredit- und Kaufvertrag etwa in dem Sinne, dass der Kreditvertrag rechtlich von einer Schlechterfüllung des Erwerbsvertrages tangiert würde.

2. Dieses Bild verändert sich markant, soweit derartige Kreditverträge unter das **Konsumkreditgesetz** fallen, dessen Bestimmungen relativ (Art. 37 KKG) zwingend sind.

a. Denn alsdann sind Kreditverträge formbedürftig und müssen jenen Mindestinhalt aufweisen, den die Art. 9 und 10 KKG umreisen. Zudem darf der vereinbarte Zinssatz die vom Bundesrat festgelegte Höchstgrenze von 15% (Art. 1 VKKG; siehe auch BGE 119 Ia 59) nicht überschreiten, ansonsten der Konsumkreditvertrag der durch Art. 15 KKG überaus konsumentenfreundlich angelegten Nichtigkeit anheimfällt. Vor allem aber kommt unter den in Art. 21 Abs. 1 KKG aufgeführten, restriktiven⁵⁶ Voraussetzungen eine Verbindung zwischen Kredit- und Erwerbsvertrag zustande, die darin besteht, dass der Konsument auch gegenüber der „Kreditgeberin alle Rechte geltend machen [kann], die ihm gegenüber dem Lieferanten zustehen“, somit gesetzlich (und unverzichtbar) zum Durchgriff befugt ist.

⁵⁵ NZZ vom 20. Juni 2004, S. 45.

⁵⁶ Vor allem das Erfordernis einer Exklusivitäts-Abrede, das Art. 21 Abs. 1 lit. a KKG aufstellt, dürfte die praktische Tragweite dieser Bestimmung erheblich relativieren. Immerhin ist zu beachten, dass hier alles von einer entsprechenden „Abmachung“ (Art. 21 KKG) abhängt und nicht überdies davon, dass die vereinbarte Ausschliesslichkeit auch tatsächlich gelebt wird. Gerade umgekehrt offenbar HESS, in: Hess/ Simmen, S. 79, der dort ausführt, zum Durchgriff komme es überhaupt nur „bei einem ausschliesslichen Zusammenwirken“ und nicht allein bei „einer diesbezüglichen Abmachung“.

b. Die vertragsübergreifende Ordnung, die Art. 21 KKG schafft, wirkt nicht gerade soweit, dass als Folge eines wirksamen Widerrufs des Konsumkreditvertrages⁵⁷ durch den Konsumenten (siehe Art. 16 KKG) auch der sachkonnexe Erwerbsvertrag dahinfiele.⁵⁸ Somit muss der Konsument diese Beziehung vertraglich herstellen und gegebenenfalls darauf bestehen, dass dem Erwerbsvertrag eine entsprechende Bedingung beigelegt wird. Unter den [18] engen Voraussetzungen, die Art. 21 KKG für Fälle „mangelhafte[r] Erfüllung des Erwerbsvertrages“ aufstellt, wäre eine solche Wirkung aber zumindest de lege ferenda vertieft zu prüfen.

b) *Die Auto-Leasingverträge*

1. Die Ausgangslage ist bekannt – so oder ähnlich wird geworben: „Sie wollen ein Auto leasen und sind nun auf der Suche nach einem günstigen Anbieter für Leasing? Jetzt können Sie schnell und unkompliziert mit GE Money Bank eine Offerte einholen.“⁵⁹ Leasingverträge haben mannigfaltige Vorzüge⁶⁰, was wohl erklärt, weshalb sie so häufig abgeschlossen werden. Indes sind auch gewichtige Nachteile auszumachen, zu denen namentlich gehört, dass die Kosten hier regelmässig höher sind als bei einem Kauf⁶¹. Juristisch seit jeher umstritten ist die **Qualifikation des Leasingvertrages**. Anzusetzen hat man hierfür beim Vereinfachten, das beim Auto-Leasing im Wesentlichen darin besteht, dass die Leasinggeberin das vom Leasingnehmer ausgewählte Fahrzeug zu Eigentum erwirbt, um es in der Folge dem Leasingnehmer zum Gebrauch zu überlassen. Dabei bleibt die Leasinggeberin Eigentümerin des geleasten Fahrzeuges, und dies über das Vertragsende hinaus (siehe BGE 118 II 156 E. 6c)⁶². Somit trägt *dieser* Leasingvertrag die typspezifischen *Merkmale eines Mietvertrages*, wie sie durch Art. 253 OR gesetzlich umschrieben werden.⁶³ Während Miete überwiegt, wird dieses Qualifikationsergebnis den tatsächlichen Verhältnissen doch

⁵⁷ Hier ohne den Leasingvertrag verstanden.

⁵⁸ So aber etwa § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.“

⁵⁹ www.auto-online.ch

⁶⁰ Und zwar auch für die Händler, die sie vermitteln – zum Teil wird gesagt, manch ein Händler verdiene daran mehr als an der Verkaufsmarge für Neuwagen (so NZZ vom 20. Juni 2004, S. 45).

⁶¹ Je nach Fahrzeugtyp und Listenpreis betrage der Unterschied zur Leasingvariante bis zu 43%, gelesen in der NZZ vom 20. Juni 2004, S. 45.

⁶² Dazu ROTH, S. 970 f.

⁶³ Siehe HIGI, Zürcher Kommentar, N 188 ff. Vorbem. zu Art. 253-274g OR; RINDERKNECHT, Leasing von Mobilien, Diss. Zürich 1984, S. 115.

kaum in allen Teilen gerecht⁶⁴, da es namentlich vernachlässigt, dass der Leasingvertrag wesentlich auch eine Finanzierungsfunktion hat.⁶⁵

a. Für unseren Zusammenhang braucht die Qualifikationsfrage – also die Frage nach den auf den konkreten Vertrag anwendbaren Regeln – nicht [19] entschieden zu werden. Nur auf einen Teilaspekt ist hinzuweisen: Die geläufigen, branchenüblichen Leasingbedingungen sehen vor, dass der Leasingnehmer selber für den *Unterhalt des geleasteten Autos* zu sorgen hat und insoweit die Leasinggeberin keinerlei Verpflichtung trifft. Damit wird die Unterhaltspflicht, die üblicherweise beim Vermieter liegt, auf den Leasingnehmer übertragen, der in der Folge der Leasinggeberin für mangelhaften Unterhalt haftet. Doch steht selbst diese Abrede der Meinung, beim Leasingvertrag handle es sich schlicht um einen Mietvertrag, nicht entgegen, zumal Art. 253 OR einen Mietvertrag schon dann annimmt, wenn sich der Vermieter nur gerade dazu verpflichtet, dem Mieter „eine Sache zum Gebrauch zu überlassen“.

b. Immerhin wäre bei diesem Qualifikationsergebnis zu beachten, dass eine Vertragsabrede über die Verlagerung der Unterhaltspflicht auf den Leasingnehmer nach **Art. 256 OR** insoweit (*form-*)*nichtig* ist, als sie – wie meist – in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist. Ich sehe keinen Grund, dass dies nicht auch für jene Leasingbedingungen gelten soll, die sich in der Autoleasing-Branche durchgesetzt haben. Würde die zwingende Formvorschrift, nach der eine derartige Verlagerung der Unterhaltspflicht auf den Mieter individuell zu vereinbaren ist, eingehalten, müsste dem Leasingnehmer viel eher bewusst werden, mit welchen (Unterhalts-)Kosten er über die reinen Leasingkosten hinaus zu rechnen hat. Diese Transparenz mag dem Interesse der Branche entgegenlaufen, ist aber schon deshalb geboten, weil die Unterhaltskosten zu einer Vollkostenrechnung gehören.⁶⁶ Nun ist diese Vorschrift, die

⁶⁴ Diese Qualifikation ist denn auch so umstritten, dass sie kaum als herrschende Lehre gelten darf – was jedoch auch für die Gegenmeinungen gilt, unter denen jene hervorsticht, die von einem Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* ausgeht (z.B. SCHLUEP/AMSTUTZ, Balser Kommentar, N 90 ff.). Für einen Überblick siehe TERCIER, Rz 6885; aufschlussreich auch die bundesrätliche Botschaft zur Revision des KKG, in: BBl 1999, S. 3173, wo in aller Selbstverständlichkeit auch die Qualifikation als Mietvertrag in Betracht gezogen wird.

⁶⁵ Siehe TERCIER, Rz 6895.

⁶⁶ Das Konsumkreditgesetz verlangt nicht, dass die Unterhaltskosten im Leasingvertrag ausgewiesen werden (siehe Art. 11 KKG). Damit blendet das Gesetz einen wesentlichen Teil der finanziellen Belastung, die auf den Konsumenten zukommt, gänzlich aus, was seinem Buchstaben, nicht aber der Idee des Überschuldungsschutzes entspricht. Wie stark diese Belastung ins Gewicht fällt, zeigt der Hinweis in einer TCS-Broschüre: „Bei der Finanzierung eines Autos sind nicht nur die Leasingraten, sondern die zusätzlich anfallenden Betriebskosten für Treibstoff, Reifen, Unterhalt,

ihrer systematischen Stellung nach auf den Mietvertrag im Sinne des Art. 253 OR zugeschnitten ist, selbst dann anzuwenden, wenn man von einer anderen Qualifikation des Leasingvertrags ausgeht. Denn auch zwingende Regeln können im Wege der Analogie auf sachnahe Felder übertragen werden, wo sich dies rechtfertigt. Dies ist hier der Fall, weil der Leasingnehmer hinsichtlich der Unterhaltungspflicht in gleicher Lage ist wie ein Mieter und in jedem Fall den Schutz verdient, den die Formvorschrift des Art. 256 OR jenem bietet.⁶⁷

2. [20] Auch Leasingverträge unterstehen bei gegebenen Voraussetzungen dem KKG (Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG). Soweit dies der Fall ist, darf auch hier der Höchstzinssatz nicht überschritten werden, obschon sich der einschlägige Art. 14 KKG seinem Wortlaut nach nur gerade auf Barkreditverträge (Art. 9 KKG) bezieht und Leasingverträge nicht ausdrücklich erfasst. Weiter verfügt der Leasingnehmer über ein unverzichtbares **Widerrufsrecht**. Macht der Leasingnehmer von diesem Recht Gebrauch, fällt der Leasingvertrag dahin, während das rechtliche Schicksal des Erwerbsvertrages davon offensichtlich nur dann berührt wird, wenn die Leasinggeberin in ihrem Vertrag mit dem Verkäufer Entsprechendes vorgekehrt hat. Der Leasingnehmer darf den Vertrag selbst dann widerrufen, wenn er den Wagen schon gebraucht hat, wobei er der Leasinggeberin jetzt aber einen „angemessenen Mietzins“ schuldet (Art. 16 Abs. 3 KKG i.V.m. Art. 40f Abs. 2 OR), nicht aber eine Entschädigung für allfällige Rückführungskosten (siehe Art. 40f Abs. 4 OR; auch § 357 Abs. 2 BGB). Zudem ist zu beachten: Gerade beim Neuwagen-Leasing vermag selbst ein marktüblicher Automietzins die rasche Entwertung des Fahrzeuges nicht aufzuwiegen⁶⁸, weshalb eine umsichtige Praxis dem Leasingnehmer das geleaste Fahrzeug überhaupt erst mit Ablauf der Widerrufsfrist⁶⁹ zum Gebrauch überlassen wird.⁷⁰

Haftpflichtversicherung, Vollkaskoversicherung, Fahrzeugsteuern zu berücksichtigen, die etwa das Doppelte der Leasingraten betragen“ („Auto-Leasing“, S. 2).

⁶⁷ Vgl. auch den Hinweis von ROTH, S. 971. Anders für das Finanzierungsleasing OGr. AG, in: AGVE 1992, S. 67; siehe auch SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 103 Einl. Vor Art. 184 ff. OR; TERCIER, Rz 6918. Wie mir scheint, wird häufig übersehen, dass Art. 256 Abs. 2 lit. a OR eine schlichte Formvorschrift ist, die einer individuellen Vereinbarung des Inhalts, dass der Vermieter von der gesetzlich vorgesehenen, aber dispositiven Unterhaltungspflicht befreit wird, nichts entgegengesetzt.

⁶⁸ Die Wertverminderung darf nur insoweit in Rechnung gestellt werden, als sie sich in den „angemessenen Mietzins“ einrechnen lässt; so auch GONZENBACH, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 40f OR.

⁶⁹ Diese Frist beträgt sieben Tage (Art. 16 Abs. 1 KKG), wobei die Frist als gewahrt gilt, wenn die entsprechende, in Schriftform zu verfassende Erklärung „am siebenten Tag der Post übergeben wird“ (Art. 16 Abs. 2

3. Zudem soll nach Art. 8 KKG auch bei Leasingverträgen der **Einwendungsdurchgriff** möglich sein, wie Art. 21 KKG ihn für gewöhnliche Konsumkreditverträge und die damit verbundenen Erwerbsverträge vorsieht. Immerhin ist zu beachten, dass die Ausgangslage beim Leasing ersichtlich eine andere ist, indem der Vertragspartner des Autoverkäufers nicht der Leasingnehmer, sondern die Leasinggeberin ist, die den Wagen von ihm kauft.⁷¹ Damit stellt sich die Frage, welcher Sinn dem Durchgriff hier zukommt. Wie mir scheint, kann es sich nur darum handeln, den Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber etwa davor zu schützen, die Leasingraten [21] auch dann leisten zu müssen, wenn ihm der geleaste Wagen nicht geliefert wird, oder ihm im Verhältnis zum Leasinggeber eine Herabsetzungsbefugnis einzuräumen, wenn die Tauglichkeit des Leasingobjekts „zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert“ (Art. 259d OR) wird. Gerade diese Rechte werden in den Branchenbedingungen zwar wegbedungen, wobei ich aber meine, dass die einschlägigen Abreden dem zwingenden Art. 21 KKG zuwiderlaufen.

3. Die Versicherungsverträge

1. Ein Autokauf bedingt stets, dass eine **Halterhaftpflichtversicherung** abgeschlossen wird, damit das Fahrzeug überhaupt „in den öffentlichen Verkehr gebracht werden“ darf (Art. 63 Abs. 1 SVG). Dies ist jedoch nicht die einzige Versicherung, die hier zu nennen ist.

2. Weiter ist an den **Rechtsschutzversicherungsvertrag** zu denken, durch den sich das „Versicherungsunternehmen gegen Bezahlung einer Prämie [verpflichtet], durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten zu vergüten oder in solchen Angelegenheiten Dienste zu erbringen“ (Art. 161 AVO). Mit diesem Versicherungszweig befasst sich im vorliegenden Band Stephan FUHRER. Hier sei immerhin vermerkt, dass eine Rechtsschutzversicherung auch bei Autokäufen zum Tragen kommen kann. Nun wird aber das Fahrzeugvertragsrecht in der allgemeinen Rechtsschutzversicherung zwecks Prämiensteigerung regelmässig ausgeschlossen und nur dann erfasst, wenn eine spezielle Verkehrs-Rechtsschutzversi-

KKG). Die für die Leasinggeberin praktisch relevante Frist setzt sich somit aus den sieben Tagen und der tatsächlichen Übermittlungszeit zusammen.

⁷⁰ Auch SCHÖBI, in: Hess/Simmen, S. 21 f. Siehe weiter Ziff. 2 der Allgemeinen Leasingbedingungen Privat der cashgate AG, wobei die Fahrzeugübergabe nach dieser Bestimmung erst erfolgt, wenn „die 1. Leasingrate sowie eine allfällige Kautionszahlung bezahlt wurden“.

⁷¹ Auch HESS, in: Hess/Simmen, S. 77 ff.

cherung abgeschlossen wird.⁷² Was die versicherten Risiken anbelangt, unterscheiden sich die von mir geprüften Versicherungen ACS/Zürich und assista/TCS insoweit, als der Katalog von ACS/Zürich offen ist, während jener von assista/TCS abschliessend formuliert ist und dadurch namentlich Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Fahrzeugmiete ausklammert⁷³. Wenige Einzelpunkte mögen belegen, dass man sich auch bei der Wahl des Rechtsschutzversicherers dem Kleingedruckten hinzugeben hat – „Augen [weit] auf“ somit auch hier:

a. [22] Praktisch wichtig sind zunächst die *Karenzfristen*, die von Anbieter zu Anbieter unterschiedlich ausgestaltet sind. So erfassen ACS/Zürich nur solche Vertragsstreitigkeiten, die „nach Ablauf einer Wartefrist von drei Monaten nach Versicherungsbeginn eingetreten“ sind (Ziff. 215 AVB), ohne dass eine Rolle spielte, wann der strittige Vertrag abgeschlossen wurde. Anders hält es die assista/TCS, wo eine dreimonatige Wartefrist für Streitigkeiten aus Verträgen gilt, „die vor Inkrafttreten der Versicherung abgeschlossen wurden“ (Ziff. 10.2/a AVB), während es im übrigen belanglos ist, wann sich das versicherte Risiko realisiert.

b. Bedeutsam sind auch die Modalitäten, die bei der *Vertragskündigung* einzuhalten sind. So beharrt ACS/Zürich auf einer Kündigungsfrist von 30 Tagen, während der Versicherungsnehmer bei assista/TCS „bis am Tag der jährlichen Fälligkeit“ kündigen kann.

c. Beidenorts aber wird *Deckung über die Vertragsdauer* hinaus gewährt, wobei auch hier Unterschiede auszumachen sind. So gilt die Versicherung von ACS/Zürich „für alle Ereignisse/Rechtsfälle, die während der Vertragsdauer eintreten“ (Ziff. 201.2 AVB).⁷⁴ Kundenfreundlicher stellt assista/TCS schlicht darauf ab, dass der Rechtsfall auf ein Ereignis zurückgeht, das „während der Gültigkeitsdauer des Vertrages eingetreten ist“

⁷² Die Einzelheiten finden sich in den AVB. Zu diesen Einzelheiten gehört auch, dass in der Allgemeinen Rechtsschutzversicherung assista/TCS „Schadenfälle, die der Versicherte in der Eigenschaft als Erwerber, Eigentümer, Entlehner, Mieter, Halter oder Lenker von Motorfahrzeugen erleidet“, von der Deckung ausgenommen sind (Ziff. 10.2/b AVB), was zum Umkehrschluss einlädt, dass Schadenfälle aus hier nicht speziell aufgeführten *Leasingverträgen* von dieser Versicherung erfasst werden.

⁷³ „Entlehnung, Leihe“ werden dann wieder aufgeführt, wobei nicht klar ist, was damit gemeint ist. Sicher ist nur, dass die Miete – also die entgeltliche Gebrauchsüberlassung – von diesem Wortlaut nicht erfasst wird. Anders die Werbeangaben, die sich dazu auf tcs.ch finden: Versichert sind namentlich „Kauf, Verkauf, *Miete*, Leasing“ (Hervorhebung hs).

⁷⁴ Als eingetreten gilt ein Rechtsfall nach Ziff. 214 AVB ACS/Zürich im „Zeitpunkt der tatsächlichen oder angeblichen Verletzung von Rechtsvorschriften oder vertraglichen Pflichten, in jedem Fall aber, wenn für die versicherte Person erkennbar wird, dass ein Rechtsstreit entstehen könnte“.

(Ziff. 6 AVB), wobei als massgebendes Datum „das Datum der angeblichen oder tatsächlichen Verletzung einer vertraglichen Pflicht“ (Ziff.6/c AVB) gilt. Damit ist es hier – und anders als bei ACS/Zürich – augenscheinlich nicht erforderlich, dass sich die Vertragsverletzung noch während der Vertragsdauer zu einem regelrechten Rechtshandel auswächst.

3. Im **Leasingkontext** schliesslich ist es üblich, dass der Leasingnehmer Versicherungen abschliesst, die zwar vom Leasingvertrag zu unterscheiden, aber klarerweise darauf angelegt sind, den angestrebten Vertragszweck zu fördern:

a. So hat der Leasingnehmer nach sämtlichen AGB, die ich konsultiert habe, eine *Vollkaskoversicherung* abzuschliessen (siehe nur BGE 5C.85/2004), was ganz im Interesse des Leasinggebers liegt, der Eigentümer des geleasten Autos bleibt. Mittelbar schützt diese Versicherung aber auch den Leasingnehmer vor den Folgen, die sich für ihn daraus ergeben können, dass er zwar nicht Eigentümer des Fahrzeuges ist, aber – als Folge einer entsprechenden Abrede – gleichwohl die „Gefahr für dessen Beschädigung, Verlust und Abhandenkommen“⁷⁵ trägt. Bei dieser Versicherung, die der [23] Leasingnehmer für einen fremden Gegenstand abschliesst, handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung (vgl. Art. 16 f. VVG), bei welcher der Leasinggeber als versicherter Dritter gilt. Da aber die Zustimmung des versicherten Leasinggebers vorliegt⁷⁶, ist der Leasingnehmer als Versicherungsnehmer an sich nach Art. 17 Abs. 2 VVG befugt, einen allfälligen „Ersatzanspruch gegen den Versicherer geltend zu machen“ – aus Sicht des Leasinggebers unerwünschterweise, was ihn dazu bringt, sich regelmässig schon mit Abschluss des Leasingvertrages sämtliche „gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche“⁷⁷ aus der vom Leasingnehmer abgeschlossenen Vollkaskoversicherung zedieren zu lassen.⁷⁸ Soweit die zedierten Versicherungsansprüche den Schaden, für den der Leasingnehmer nach Massgabe der Vereinbarung einzustehen hat, nicht decken, kann sich der Leasinggeber für die Differenz an den Leasingnehmer halten; in diesem Sinne ist die erwähnte Zession eine Abtretung zahlungshalber (Art. 172 OR).

⁷⁵ Siehe Ziff. 7.1 ALB KKG der Credit Suisse.

⁷⁶ Tatsächlich ist es weit mehr als eine blosser Zustimmung, da sich der Leasinggeber über seine AGB gerade einen entsprechenden vertraglichen Anspruch verschafft.

⁷⁷ So z.B. Ziff. 7.4 ALB KKG der Credit Suisse.

⁷⁸ Schadensversicherungen fallen nicht unter Art. 73 VVG, der Formvorschriften für die Zession von Ansprüchen „aus einem Personenversicherungsvertrage“ aufstellt. Vgl. KUHN, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 73 VVG.

b. An dieser Stelle sei an *BGE 5C.85/2004* erinnert⁷⁹, wo das Bundesgericht entschieden hat, dass ein Versicherungsnachweis selbst dann nicht gleichzeitig auf den Abschluss einer Vollkaskoversicherung hinausläuft, wenn um diesen zusätzlichen Versicherungsschutz nachgesucht und der Antrag vom Versicherer nicht ausdrücklich abgelehnt wurde. Vielmehr soll zuhanden der Behörden lediglich der Nachweis erbracht werden, dass der Halter des fraglichen Autos über den nach Art. 63 SVG zwingenden Versicherungsschutz verfügt, damit der Wagen eingelöst werden kann. Ist eine Versicherung aber nicht willens, einem Leasingnehmer, der darum nachsucht, Vollkaskoschutz zu gewähren, hat sie ihn über diesen Umstand zu unterrichten, bevor sie einen Versicherungsnachweis ausstellt. Andernfalls haftet sie aus culpa in contrahendo, wenn ein Leasingnehmer – wie in casu als Folge eines Diebstahls – Totalschaden erleidet, für den er nun keinen Versicherungsschutz hat.

c. Gelegentlich wird dem Leasingnehmer von seiner Leasinggesellschaft nicht nur ein Leasingvertrag, sondern auch eine *Ratenversicherung* angeboten⁸⁰, die bei Eintritt des versicherten Risikos für die geschuldete [24] Leasingrate aufkommt. Auch wenn sich ein Leasingzins nicht wirklich als Ratenzahlung verstehen lässt, ist klar, was damit erreicht wird: Indem die Leasinggeberin für eine Versicherung gegen das Insolvenzrisiko des Leasingnehmers sorgt, sorgt sie zunächst einmal für sich selber.

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen beim Autokauf

1. Regeln für den Umgang mit AGB

1. Das Umfeld des Fahrzeugserwerbs wird in sehr hohem Masse von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** geprägt, was schon Professor Peter GAUCH dazu veranlasste, sich anlässlich der Strassenverkehrsrechts-Tagung 1992 kritisch mit den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Automobilbranche“ auseinanderzusetzen.

a. AGB sind zunächst eine Antwort auf die abstrakte Anlage des Gesetzes, deren Folgen sie mildern. Gerade das gesetzliche Kaufvertragsrecht nimmt kaum Rücksicht auf die enorme Varietät

⁷⁹ Siehe auch die Besprechung von FUHRER, in: HAVE 2005, S. 237.

⁸⁰ Geworben wird mit durchaus realistischen, wenn auch wenig erbaulichen Szenarien, wie folgender Werbetext belegt: „Im Leben kann vieles passieren: Eine Firma baut z.B. Arbeitsplätze ab oder gerät in Schwierigkeiten, und der Arbeitnehmer verliert seine Stelle. Wie soll er/sie in diesem Fall für seine monatlichen Leasing- oder Kreditraten aufkommen?“ (www.creditnet.ch/tipps.html).

möglicher Kaufgegenstände⁸¹, weshalb es nicht überrascht, dass sich in den einzelnen Verkehrskreisen spezifische Regeln herausbilden – gerade für den Autokauf ist indes zu vermerken, dass das gesetzliche Kaufvertragsrecht kaum wesentliche Fragen offen liesse. Weiter reagieren AGB zuweilen auf den Umstand, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Vertragstyp, der sich im Verkehr entwickelte, (bislang) gesetzlich nicht erfasst hat – was gerade für den Leasingvertrag häufig konstatiert wird. Zudem rationalisieren sie den Umgang mit Massenverträgen, was sich ohne AGB gar nicht bewältigen liesse. Vor diesem Hintergrund gibt es kaum grundsätzliche Einwände gegen AGB und deren Einsatz, zumal sie – selbst die einseitig-nachteiligen – die Markttransparenz tendenziell erhöhen, da die Bedingungen zumal dort vergleichbar sind, wo sie aufeinander abgestimmt wurden.

b. Umgekehrt sind Allgemeine Geschäftsbedingungen auch ein Mittel in der Hand des Verwenders, *Verträge einseitig*, zum eigenen Vorteil auszugestalten, was vor allem dann delikater ist, wenn der Gegenseite keine vernünftige Alternative offen steht.

2. Juristisch wird den AGB hierzulande noch immer verhältnismässig wenig entgegengesetzt. Lebensnah-handgreiflicher gibt sich da etwa der TCS, [25] wenn er zu folgendem Ratschlag ausholt: „Es sind Kaufverträge ohne Kleingedrucktes zu verlangen oder das Kleingedruckte ist zu streichen.“⁸²

a. Wer sich in der Schweiz gegen AGB wenden will, dem stehen vor allem die folgenden **Behelfe** zu Gebote:⁸³

- Die selbstverständliche Regel, dass auch AGB nicht gegen zwingendes Recht verstossen dürfen; weiter
- die Regel, nach der AGB nur gelten, wenn sie in den Einzelvertrag übernommen wurden;
- die Regel, nach der individuellen Abreden stets Vorrang gebührt;
- die Regel, nach der AGB nicht gelten, wenn die global zustimmende Partei keine Möglichkeit hatte, den Inhalt der AGB in zumutbarer Weise in Erfahrung zu bringen;
- die Regel, nach der ungewöhnliche Regeln einer global zustimmenden Partei nicht entgegengehalten werden können –

⁸¹ Eine Ausnahme gilt hinsichtlich des Viehhandels (siehe Art. 202 OR), was hier aber nicht weiterhilft.

⁸² TCS-Broschüre „Autokauf und –verkauf“, S. 9.

⁸³ Eingehend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1127 ff.; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 463 ff. zu Art. 18 OR; KRÄMER, Berner Kommentar, N 173 ff. zu Art. 1 OR.

wobei die Ungewöhnlichkeit einer Regel nicht mit deren Unbilligkeit verwechselt werden darf;

- die Regel, dass auch AGB individuell auszulegen sind; und schliesslich
- die Regel, nach der AGB im Zweifel zuungunsten jener Partei auszulegen ist, die sie eingebracht hat.

Richtig verstanden, sind diese Regeln keineswegs zahnlos. So könnte etwa der Grundsatz, demzufolge AGB dann nicht gelten, wenn deren Kenntnisnahme nicht zumutbar ist, den Allgemeinen Leasingbedingungen der Credit Suisse entgegengehalten werden, die im praktisch unleserlichen Kleinstdruck ins Internet gestellt wurden.

b. Zudem ist zu überlegen, ob nicht die **Ungewöhnlichkeitsregel** es verdiente, breiter angewandt zu werden. Diese Regel, die einen Minimalschutz vor ungewöhnlichen Bedingungen gewährt⁸⁴, ist ein Konstrukt von Rechtsprechung (BGE 119 II 446) und Lehre, während sie an gesetzlicher [26] Verankerung nur gerade – oder immerhin – den ausgeprägt konkretisierungsbedürftigen Art. 2 ZGB für sich in Anspruch nehmen kann. Diese Regel schützt, wo eine Partei die AGB global übernommen hat – sie also entweder gar nicht gelesen oder zwar gelesen, aber nicht verstanden hat. Diesen Schutz würde ich nicht preisgeben wollen, wobei ich mich aber frage, weshalb der Schutz bei Globalübernahmen besser ausgebaut ist als in jenen Fällen, in denen eine Partei die Bedingungen liest und erst noch versteht, in welchem Masse die AGB zu ihren Lasten gehen. Gewiss lässt sich dieser Partei nicht unterstellen, sie hätte die konsensuell übernommenen Nachteile tatsächlich gewollt, was es rechtfertigt, sie auch in dieser Hinsicht zur Vertragstreue anzuhalten. Noch verdient die AGB-Verwenderin Vertrauensschutz in ihrem Glauben, ihr Vertragspartner sei mit der Geltung der ungewöhnlich-nachteiligen Bedingungen einverstanden. Schliesslich ist auch nicht davon auszugehen, dass bewusste Kenntnisnahme darauf hinausläuft, dass die betreffenden Geschäftsbedingungen als individuell ausgehandelt gelten dürften, was ihnen den Charakter des Allgemeinen nehmen würde.⁸⁵

⁸⁴ Die Ungewöhnlichkeit, vor der die Regel schützen soll, ist nicht durch Referenz an eine Branchenüblichkeit zu ermitteln, sondern im Lichte von Treu und Glauben und damit mit einem (objektiven) Gerechtigkeitsmassstab. So ist der Verweis auf eine bestehende Usanz kein schlüssiges Indiz dafür, dass die zu prüfende Regel durchaus nicht ungewöhnlich sei.

⁸⁵ Siehe dazu § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB: „Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“

c. Dazu tritt **Art. 8 UWG**, der allerdings verbreitet auf Skepsis stösst und bis anhin kaum praktische Bedeutung zu erlangen vermochte.⁸⁶

- Als Hauptschwäche wird der Bestimmung das Erfordernis der „Irreführung“ angelastet, das einer Kontrolle auch markant einseitiger AGB entgegenstehe, die „verständlich, klar und deutlich formuliert“⁸⁷ sind. Doch ist zu bedenken, dass selbst nach diesem Kriterium vieles davon abhängt, welches rechtliche Vorverständnis man der Gegenseite im konkreten Fall unterstellt. Der AGB-Verwender wird sich hier nicht in überhöhten Hoffnungen ergehen dürfen, sondern sich an den „Verständnismöglichkeiten der typischerweise angesprochenen Kunden“ (BGHZ 145, S. 238) orientieren müssen, denen regelmässig weder das dispositive (Kauf-)Vertragsrecht noch jene Regeln geläufig sind, die zu ihrem Schutz [27] mit zwingender Geltungskraft ausgestattet wurden.⁸⁸ Der Schritt hin zu einer objektivierten Prüfung ist dann kaum mehr weit.
- Ihr bahnt Art. 8 UWG in seiner französischen Fassung den Weg, die sich mit der *Eignung zur Irreführung* („de nature à provoquer une erreur“) begnügt (auch BGE 119 II 447).⁸⁹ Danach ist gar nicht darauf zu achten, ob sich die Gegenpartei des AGB-Verwenders tatsächlich geirrt hat. Vielmehr darf das urteilende Gericht eine objektive Perspektive einnehmen. Wird dabei auf die „Verständnismöglichkeit des rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden“⁹⁰ abgestellt, dürften viele AGB gefährdet sein. Dem durchschnittlichen Autokäufer etwa wird kaum klar sein, dass die Klausel, die ihm „anstelle der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche (insbesondere Wandelung, Minderung, Ersatzlieferung)“ einen vorrangigen Anspruch auf Nachbesserung

⁸⁶ Das gilt nicht minder für das Kartellgesetz, mit dessen Ungültigkeitsklage (Art. 13 lit. a KG) sich AGB angreifen liessen, wo die KG-spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind. Zu beachten ist, dass sich das Kartellgesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Übermacht wendet, während Vertrags- und Lauterkeitsrecht andere Ziele verfolgen. So wollen sie etwa die Transparenz fördern und vor Überrumpelung schützen; vgl. KRAMER, Berner Kommentar, N 276 zu Art. 19-20 OR.

⁸⁷ Statt vieler SCHWAB, Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge, Diss. Zürich 2001, S. 27.

⁸⁸ Natürlich ist eine Klausel, die zwingendem Recht entgegenläuft, nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, was aber nicht heisst, dass die AGB-Praxis nicht gleichwohl und auf gut Glück hin zuweilen einen entsprechenden Normierungsversuch unternimmt.

⁸⁹ Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1154.

⁹⁰ So die ständige Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs zur „Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, wie etwa BGHZ 108, S. 60, belegt.

verschafft (Ziff. 5.2 AGVS-Mustervertrag), auch den Anspruch auf Ersatz seines Nichterfüllungsschadens verdrängt. Deutlicher wird dies auch dann nicht, wenn in Ziff. 5.6 alle „weitergehenden Haftungsansprüche ... – unter Vorbehalt unabänderlicher gesetzlicher Vorschriften – ausgeschlossen“ werden, da es noch immer an einem Hinweis darauf fehlt, dass damit namentlich auch der kausal geschuldete Ersatz nach Art. 208 Abs. 2 OR nicht zum Tragen kommen soll.⁹¹

- Was Art. 8 UWG stärkt, ist der Umstand, dass hier ein Verbandsklagerecht besteht, von dem die zuständigen Verbände aber – soweit ich sehe – bislang keinen Gebrauch gemacht haben. Aus welchen Gründen diese Verbände bislang untätig blieben, ist mir allerdings nicht bekannt.

Wer Art. 8 UWG auslegt, hat sich auch zu fragen, ob die Bestimmung den rechtlichen Umgang mit AGB abschliessend regle. Für eine kumulative Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (Art. 2 UWG) dürfte sich kaum Platz finden. Doch bietet sich das Kartellgesetz an, das sich gegen Machtmissbrauch wendet und in diesem Rahmen auch gegen AGB geführt werden kann. Zudem wäre zu prüfen, ob sich eine Inhaltskontrolle auch auf Art. 19 OR abstützen liesse.⁹²

3. [28] Ungeachtet des Potentials, welches das bestehende AGB-Instrumentarium schon heute in sich trägt, ist doch zu fordern, dass der Gesetzgeber dem schon längst erhobenen Postulat einer wirksamen Inhaltskontrolle endlich Gehör schenkt.⁹³ Dass der Bundesrat ein entsprechendes Ansinnen – wie schon erwähnt – vor kurzem blockiert hat, ist bedauerlich, schliesst aber selbstredend nicht aus, dass entsprechende Bemühungen im Parlament dereinst Früchte tragen werden.

⁹¹ Zur umstrittenen Auslegung dieser Bestimmung siehe z.B. HONSELL, Basler Kommentar, N 8 ff. zu Art. 208 OR; KELLER/SIEHR, S. 90 f.; TERCIER, Rz 762 ff.

⁹² KRAMER, Berner Kommentar, N 290 ff. zu Art. 19-20 OR.

⁹³ Ansätze finden sich heute schon bei Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO, wonach ein versicherungsaufsichtsrechtlich relevanter Missbrauch namentlich in der „Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen“, liegen kann.

2. Die Mängelhaftung in den AGB

a) Nach Allgemeinen Verkaufsbedingungen

1. Die Mängelhaftung nimmt in den mir vorliegenden AGB breiten Raum ein. Hauptmerkmale sind die sogenannte Fabrikgarantie und der Nachbesserungsanspruch, der den übrigen Mängelrechten vorgeht.

a. Beim Neuwagenkauf wird der Umfang der Haftung regelmässig dadurch umschrieben, dass der Verkäufer dem Käufer „im Rahmen und Umfang der **Fabrikgarantie**“ (Ziff. 5.1 AGVS) haftet, was – im Umkehrschluss – eine Limitierung der Haftung mit sich führt. Zweifellos wird die Fabrikgarantie, die von einem Dritten (dem Hersteller bzw. dem Importeur) geleistet wird, durch eine entsprechende Abrede zum Vertragsbestandteil. Unterstrichen wird dies dadurch, dass der einschlägige Formularvertrag ausdrücklich auf die „Fabrikgarantie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“ verweist und so zumindest in zeitlicher Hinsicht präzisiert, welche Garantie gemeint ist. Wer sich für den *Umfang der Fabrikgarantie* interessiert, stellt fest, dass diese sich in Folgendem erschöpfen kann:

„Dem Käufer wird für den Kaufgegenstand eine dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Fehlerfreiheit in Werkstoff und Werkarbeit gewährleistet ... Die Garantie erstreckt sich nach den technischen Erfordernissen auf Ersatz oder Instandsetzung der fehlerhaften Teile ... Alle weitergehenden Ansprüche, insbesondere auf Ersatz eines unmittelbaren oder mittelbaren Schadens, sind ausgeschlossen“ (zit. aus dem VW-„Garantie-Paket“).

Der weitgehende Haftungsausschluss, den der Verkäufer an den Käufer weiterreicht, ist mithin schon in der Herstellergarantie angelegt. Was überdies auffällt, ist die Beschränkung der Garantiezusage auf den „jeweiligen **Stand [29] der Technik**“ und – damit korrespondierend – die Limitierung auf das *technisch* Erforderliche, womit rein ästhetische Mängel ausscheiden. Was den Bezugspunkt „Stand der Technik“ angeht, ist verdeutlichend anzumerken, dass es sich hier um ein objektives Kriterium handelt, das den „Entwicklungsstand der gesamten Automobilindustrie“⁹⁴ zum Massstab macht. Doch liegt die Hauptschwierigkeit anderswo, wie der deutsche Bundesgerichtshof im Zuge seiner AGB-Inhaltskontrolle von Neuwagen-Verkaufsbedingungen erkannte: „Dieser Beschaffenheitsmassstab mag sich ... zugunsten des Käufers auswirken, wenn die vertraglich vorausgesetzte (‘Soll-’) Beschaffenheit des gekauften Fahrzeuges vom Stand der Technik für vergleichbare Fahrzeuge des

⁹⁴ REINKING/EGGERT, Rz 241.

Typs des Kaufgegenstandes übertroffen wird. Er benachteiligt den Käufer jedoch, wenn der bezeichnete Stand der Technik hinter der – etwa durch die Werbung des Herstellers mit einer besonderen Ausstattung oder entsprechende Prospektangaben begründeten – Sollbeschaffenheit zurückbleibt“ (BGHZ 145, S. 233). Dem ist für das schweizerische Recht uneingeschränkt zu folgen, wobei aber doch in Rechnung zu stellen ist, dass individuelle Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Käufer den AGB selbstverständlich auch dann vorgehen, wenn sie die Beschaffenheit des Neuwagens betreffen. Ganz abgesehen davon ist zu beachten, dass Zusicherung und Freizeichnungsklausel sich nicht vertragen: „Das eine schliesst das andere aus“ (BGE 109 II 25 E. 4).

b. Der AGVS-Mustervertrag verschafft dem Käufer ein **Nachbesserungsrecht**, was in der Branche lange Tradition hat (siehe nur BGE 91 II 349). Dieses Recht ist vorrangig in dem Sinne, dass der Käufer zunächst nur über dieses Mängelrecht verfügt. Denn erst wenn ein „erheblicher Fehler trotz wiederholter Nachbesserung nicht behoben werden“ kann, stehen ihm wahlweise Minderung oder Wandelung zu (Ziff. 5.4 AGVS). Vorbehalten bleibt der verzugsrechtliche Aufhebungsbehelf (Art. 107/9 OR), auf den auch ein Autokäufer zugreifen kann, dessen Verkäufer mit der Reparatur in Schuldnerverzug gerät. Dieser Behelf ist von der Wandelung zu unterscheiden und wird von deren Nachrangigkeit nicht erfasst. Abgesehen davon, dass die Zahl der dem Verkäufer zustehenden Nachbesserungsversuche nach dieser Klausel offen ist⁹⁵, stellt sich weiter die Frage, was es hier mit der Erheblichkeit des Fehlers auf sich hat. Nach Art. 197 Abs. 1 OR hat der Verkäufer von vornherein nur für solche Mängel einzustehen, die den Wert der Sache oder ihre „Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch [30] aufheben oder erheblich mindern“. Auf diese Einschränkung kann sich der Verkäufer, der den AGVS-Mustervertrag verwendet, meines Erachtens aber nicht berufen, um den Nachbesserungsanspruch abzuwehren. So hat er auch „kleinere Lackschäden“, die im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung als unerheblich gelten dürften⁹⁶, zu beseitigen. Zudem greift die Einschränkung von vornherein dann nicht, wenn dem Autokäufer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert wurde; vielmehr hat der „Verkäufer für die Zusicherung schlechthin einzustehen“ (BGE 87 II 243 E. a).

⁹⁵ Zum Teil wird gesagt, dem Verkäufer stünden vier Versuche zu – was aus Käufersicht aber regelmässig zu grosszügig ist. Das Bundesgericht liess in einem Fall die Wandelung schon nach zwei Versuchen zu, zumal der „zweite Reparaturversuch mehrere Wochen in Anspruch nahm und sich an dem von der Beklagten für die Abnahme akzeptierten Termin als untauglich erwies“ (BGE 4C.57/2005 E. 3.6.2).

⁹⁶ HONSELL, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 197 OR.

2. Verschleiern ist der **Haftungsausschluss**, den der AGVS-Mustervertrag mit folgender Klausel zu bewerkstelligen sucht:

„Jede Gewährleistungspflicht entfällt, wenn das Fahrzeug unsachgemäß behandelt, gewartet, gepflegt, überbeansprucht, eigenmächtig verändert oder umgebaut, oder wenn die Betriebsanleitung nicht befolgt worden ist“ (Ziff. 5.2c AGVS).

Dieser Ausschluss greift – nach Treu und Glauben ausgelegt – einzig dann, wenn der Käufer (etwa durch eine unsachgemässe Behandlung des Fahrzeuges) die Ursache für den Fehler gesetzt hat. Erforderlich ist mithin ein Kausalzusammenhang, ansonsten der Ausschluss unwirksam ist. Dieses Erfordernis wird etwa in der VW-Fabrikgarantie ausdrücklich zugestanden und fliesst auf diesem Wege doch noch in den Einzelvertrag. Umso mehr überrascht es, dass der branchenweit verwendete Mustervertrag davon noch immer nichts wissen will. Das bedeutet auch, dass die Haftung des Verkäufers nicht vollständig, sondern nur insoweit entfällt, als das vom Käufer gesetzte Verhalten zum Fehler geführt oder einen bestehenden Fehler verschlimmert hat. Ein vollständiger Haftungsausschluss, der auf den Beitrag des Käufers keine Rücksicht nimmt, mag praktisch sein, ist in der Sache aber unbillig.

b) Nach Allgemeinen Leasingbedingungen

1. Nach den Allgemeinen Leasingbedingungen der CS haftet die Leasinggeberin dem Leasingnehmer „für Garantieansprüche nur unter den Voraussetzungen und im Umfang der Fabrikgarantie bzw. Händlergarantie“. Immerhin, möchte man sagen, auch wenn die nachfolgenden Klauseln das Bild wieder trüben. Denn weiter wird vereinbart, dass „Mängelrügen und die Ausführung von Garantiearbeiten ... den Leasingnehmer nicht von der Einhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen der CS gegenüber“ entbinden.⁹⁷ Der Leasingnehmer hat demnach auch während einer allfälligen [31] Nachbesserungsphase den **unverminderten Leasingzins** zu entrichten. Zwar werden, „im Falle einer Kaufpreisminderung die Leasingraten entsprechend herabgesetzt; bei Wandelung des Kaufvertrages fällt der Leasingvertrag dahin“. Indes gilt auch: „Solange der Wandlungs- bzw. der Minderungsanspruch vom Lieferanten nicht anerkannt bzw. durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, ist der Leasingnehmer ... zur Weiterzahlung der Leasingraten verpflichtet“. Damit wird der Leasingnehmer mit einem sehr erheblichen Risiko belastet, da es in vielen Fällen schwierig sein dürfte, den Liefe-

⁹⁷ Das deckt sich mit der Abrede, die sich in unverblümter Form auch bei cashgate AG findet: „Die Leasingrate ist auch dann geschuldet, wenn das Leasingfahrzeug aus irgendwelchen Gründen nicht benutzt werden kann“ (Ziff. 3); auch Ziff. 4.5 der Bedingungen der GEFS (Suisse) AG.

ranten zu einer Anerkennung zu bewegen. So bleibt dem Leasingnehmer nur noch der **Rechtsweg**, den er nicht als Vertragspartner des Lieferanten, sondern als Stellvertreter der Leasinggeberin wird beschreiten müssen. Für diesen Fall sehen die Leasingbedingungen vor, dass die CS verlangen könne, dass „der Leasingnehmer Garantieansprüche gegen den Lieferanten selbständig und *auf eigene Kosten* geltend macht“ (Hervorhebung hs). Nach dieser Ordnung⁹⁸ hat der Leasingnehmer somit nicht nur die Leasingraten für ein Fahrzeug zu entrichten, das unter Umständen unbrauchbar ist, sondern überdies auch die Rechtsverfolgungskosten zu tragen, die mit der klageweisen Durchsetzung der wandelungsbedingten Rückabwicklung verbunden sind. Nach meinem Dafürhalten ist dies eine unbillige Risikoverteilung, die schon heute, spätestens aber bei einer richterlichen Inhaltskontrolle fallen müsste.

2. Auffällig ist, dass die Kostentragungsregel, die ich soeben zitierte, nur in jenen Leasingbedingungen der CS zu finden ist, die auf KKG-Verträge anwendbar sind. In Ziff. 6.3 der Allgemeinen Leasingbedingungen für Fahrzeuge heisst es lediglich: „Die CSL [Credit Suisse Leasing] kann verlangen, dass der Leasingnehmer Garantieansprüche gegen den Lieferanten selbständig geltend macht“ – was belegt, dass es auch ohne die Kostentragungsregel geht.

3. Der Schuldnerverzug in den AGB

a) *Nach Allgemeinen Verkaufsbedingungen*

Gerät der **Autokäufer** in Schuldnerverzug, steht dem Verkäufer nach Massgabe des AGVS-Mustervertrages unter anderem das Recht zu, „auf die nachträgliche Leistung [zu] verzichten und 15% [sic] des Preises des gekauften Fahrzeuges als Schadenersatz zu fordern, wobei die [32] Geltendmachung eines weitergehenden Schadens nicht ausgeschlossen ist“ (Ziff. 6.2b). Man könnte in dieser Klausel zunächst eine Schadenspauschalierung erblicken, was zur Folge hätte, dass sie nur dann greifen würde, wenn der Verkäufer einen Schaden erlitten hat.⁹⁹ Angestrebt aber war wohl eine Konventionalstrafe, für die allgemein gilt, dass ihre Angemessenheit richterlich überprüft werden kann (Art. 163 Abs. 3 OR). Immerhin

⁹⁸ Sie ist nicht CS-spezifisch, sondern findet sich auch etwa in den Bedingungen der cashgate AG (Ziff. 12), dem „faire[n] Partner im Bereich Privatkredit und Leasing“, hinter dem vier Kantonalbanken und die Valiant Holding stehen.

⁹⁹ Siehe SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Stauder (Hg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 72 f.

kann die Strafe nur dann gefordert werden, wenn der Käufer trotz schriftlicher Mahnung „mit der Zahlung des Kaufpreises oder eines die Hälfte übersteigenden Teils in Verzug geraten ist und die Firma [also die Verkäuferin] ihm erfolglos eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt hat“ (Ziff. 6.2). Diese doppelte Zurückhaltung¹⁰⁰, der sich der Verkäufer hier zu befehligen hat, kommt dem säumigen Autokäufer entgegen, kompensiert ihn aber nicht wirklich für den Umstand, dass die AGB für den umgekehrten Fall keine Konventionalstrafe vorsehen. Vielmehr soll im Verzug des Verkäufers eine Haftungsbeschränkung greifen, die den Verkäufer von einer Hilfsersonhaftung (Art. 101 OR) befreien soll.

b) Nach Allgemeinen Leasingbedingungen

Wird der **Leasingnehmer** mit der Leistung seiner Raten säumig, gerät er regelmässig auch ohne Mahnung in Verzug. Alsdann schuldet er der Leasinggeberin „einen Verzugszins in der Höhe des effektiven Jahreszinses“. Diese verschuldensunabhängige Verzinsungspflicht tritt zur Pflicht, für die verfallenen Leasingraten aufkommen zu müssen, hinzu. Diese Regel bewegt sich noch immer im Rahmen des KKG, dessen Art. 18 Abs. 3 erstaunlicherweise bloss vorsieht, dass der „Verzugszins ... den für den ... Leasingvertrag vereinbarten Zinssatz ... nicht übersteigen“ dürfe. Sie ist mithin gesetzlich sanktioniert. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass im umgekehrten Fall die Leasinggeberin dem Leasingnehmer „für verspätete Lieferung oder Nichtlieferung“ nur bei Verschulden haften will. An eigenem Verschulden der Leasinggeberin aber wird es zumeist fehlen. Dass sich die Leasinggeberin dazu verpflichtet, „allfällige ihr gegen den Lieferanten zustehende Ansprüche an den Leasingnehmer abzutreten“ (Ziff. 4.5 der CS-Bedingungen), ist ein nur schwacher Trost, da ihr durch den Schuldnerverzug ihres Lieferanten regelmässig gar kein eigener Schaden entsteht. Noch gesteigert wird die hier grassierende Einseitigkeit durch die Abrede, wonach **[33]** der Leasingvertrag ohne weiteres dahinfällt, wenn „die Ablieferung des Leasingobjektes nicht“ erfolgt (Ziff. 1.4 GESF [Suisse] AG). Denn durch den Eintritt dieser Resolutivbedingung wird jegliche vertragliche Haftungsgrundlage beseitigt. Dem Leasingnehmer bleibt alsdann nur mehr die wenig vorteilhafte ausservertragliche Vertrauenshaftung, soweit er sich mit seinem Ersatzanspruch nicht überhaupt ins Deliktsrecht verwiesen sieht.

¹⁰⁰ Doppelt deshalb, weil der Verkäufer zunächst schriftlich zu mahnen hat und in der Folge dem Käufer noch einmal eine 30tägige Nachfrist einzuräumen hat. Angesichts dieser vereinbarten Formvorschriften dürfte es nicht angehen, die Nachfrist schon mit der erstmaligen Mahnung anzusetzen.

IV. Schluss

Der Autoerwerb und die Verträge, die er bedingt, erweisen sich als reichhaltiges Untersuchungsfeld. Unter anderem kommt hier das Internet als Vertriebskanal immer stärker zum Zug, was spezifischen Regelungsbedarf schafft. Weiter hat sich der Auto-Leasingvertrag als Verkehrstyp durchgesetzt, obschon seine rechtliche Einordnung noch immer umstritten ist. Schliesslich ist der Autokauf juristisch auch deshalb von Interesse, weil er in hohem Masse von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geprägt ist und damit exemplarisch belegt, in welchem Ausmass private Formularwerke das heutige Vertragsgeschehen beherrschen. Soweit ich solche Bedingungen konsultieren konnte, bestätigen sie mich in der Meinung, dass auch in der Schweiz nur eine offen deklarierte richterliche Inhaltskontrolle einen gerechteren Ausgleich der widerstreitenden Parteiinteressen sicherstellen kann. Ob ich schon bei meinem nächsten Autokauf daraus werde Nutzen ziehen können, steht allerdings in den Sternen.

Verwendete Literatur: Die Standardkommentare sind als Basler, Berner und Zürcher Kommentar eindeutig zitiert. Dazu kommen: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003; HESS/SIMMEN (Hg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995; KLETT, Vertragsrecht und dispositives Gesetzesrecht, in: FS Peter Gauch, Zürich 2004, S. 459 ff.; KRAMER, Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in: Kramer (Hg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern 1992, S. 23 ff.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl., München 1987; DERS., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl., München 1986; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004; PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2006; REINKING/EGGERT, Der Autokauf, 9. Aufl., Neuwied/München 2005; ROSENTHAL, Konsumentenschutz im Internet: Bedürfnisse und Erfahrungen, in: Weber et al. (Hg.), Geschäftsplattform [34] Internet, Zürich 2000, S. 219 ff.; ROTH, Leasing im Lichte des revidierten Konsumkreditgesetzes, in: AJP 2002, S. 968 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 2003; SCHÖBI, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?, in: Trüeb (Hg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001, S. 47 ff.; STAUDER, Der Schutz der Konsumenten im E-Commerce, in:

Trüb (Hg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001, S. 139 ff.; TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003; WEBER, E-Commerce und Recht, Zürich 2001; WOLF, Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings, in: JuS 2002, S. 335 f.