

Liber
amicorum
Bernd Stauder

Droit de la consommation
Konsumentenrecht
Consumer law

Sous la direction de
Luc Thévenoz et Norbert Reich



Nomos

Schulthess §

Indirektes Konsumgüterleasing: Die Rechtsstellung des Leasingnehmers gegenüber der Leasinggesellschaft bei verspäteter oder mangelhafter Lieferung des Leasinggegenstandes

MARLIS KOLLER-TUMLER / THOMAS KOLLER / RAOUL DIAS*

***Abstract** – A lessor dealing in the indirect leasing of consumer goods generally repudiates all liability in his Standard Contract Terms. This puts the consumer in the uncomfortable situation of having no recourse against either the lessor or (failing a contractual relationship) the supplier if the leased equipment is delayed or proves defective. A possible remedy might be to apply Swiss landlord and tenant law (Mietrecht/droit du bail) mutatis mutandis to the leasing of consumer goods; but there is disagreement in the literature on whether leases are subject to landlord and tenant law. The lessee might derive additional (though somewhat limited) protection from Art. 21 of the Consumer Credit Act, which allows the lessee to raise against the lessor any defence he may have against the supplier of the goods. Though Art. 21 does not specifically mention indirect consumer goods leasing, its underlying policy calls for its extension to it.*

Der Leasinggeber zeichnet sich beim indirekten Konsumgüterleasing in den AGB regelmässig von jeglicher Haftung frei. Dies stellt den Konsumenten vor die unbefriedigende Situation, bei verspäteter oder mangelhafter Leistung des Leasinggegenstandes weder gegen den Leasinggeber noch – mangels vertraglicher Beziehung – gegen den Lieferanten vorgehen zu können. Abhilfe schaffen könnte die analoge Anwendung von Mietrecht auf Konsumgüterleasingverträge. In der Literatur ist jedoch umstritten, ob Leasingverträge dem Mietrecht unterliegen. Einen zusätzlichen (wenn auch bloss beschränkten) Schutz des Leasingnehmers könnte Art. 21 KKG bieten.

* Dr. iur. Marlis Koller-Tumler, Fürsprecherin, Lehrbeauftragte für Konsumentenrecht an der Universität Bern, Kammerschreiberin am Obergericht des Kantons Bern; Prof. Dr. iur. Thomas Koller, Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern; lic. iur. Raoul Dias, Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Wir danken Herrn Thomas Coendet, BLaw, Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, für die Mithilfe bei der Recherche von Literatur und Judikatur.

Diese Bestimmung statuiert den sog. Einwendungs- bzw. Einredendurchgriff. Zwar passt Art. 21 KKG seinem Wortlaut nach nicht auf das indirekte Konsumgüterleasing; aufgrund seines Zwecks muss er indessen trotzdem auf das indirekte Konsumgüterleasing Anwendung finden.

I. Einleitung

A. Problemstellung

Das Leasing von Konsumgütern aller Art (Privatfahrzeuge, Geräte der Unterhaltungselektronik usw.) ist seit Jahren weit verbreitet. Vielfach tritt dabei nicht der Anbieter der Ware als Leasinggeber auf, sondern ein von diesem rechtlich verschiedenes – oft aber mit ihm wirtschaftlich eng verbundenes – Finanzierungsinstitut. Diesfalls spricht man vom indirekten Konsumgüterleasing.

Von grosser praktischer Bedeutung ist bei diesem indirekten Konsumgüterleasing die Frage, welche Rechte dem Leasingnehmer zustehen, wenn das Leasinggut nicht vertragskonform ist oder dem Leasingnehmer vom Anbieter nicht fristgerecht zur Verfügung gestellt wird. Hätte der Konsument die Ware vom Anbieter gekauft oder wäre der Anbieter gleichzeitig auch Leasinggeber (so genanntes direktes Konsumgüterleasing), so müsste sich der Verbraucher einfach an den Lieferanten wenden und es kämen die Sachmängelgewährleistungsregeln des Kaufrechts bzw. die Leistungsstörungenregeln des allgemeinen Teils des OR¹, gegebenenfalls auch (was allerdings im Einzelnen umstritten ist) die Leistungsstörungenregeln des Mietrechts² zur Anwendung. Weit schwieriger gestaltet sich die Sachlage demgegenüber beim indirekten Leasing. Denn zum einen sieht sich hier der Konsument zwei Beteiligten gegenüber, und zum andern wird im zwischen dem Verbraucher und dem Finanzierungsinstitut geschlossenen Leasingvertrag in der Praxis regelmässig jegliche Verantwortung des Leasinggebers für die vertragskonforme Lieferung des Leasinggegenstandes wegbedungen. Dies wirft die Frage auf, ob der Leasingnehmer trotz verspäteter oder mangelhafter Lieferung die Leasingraten zu bezahlen hat bzw. gegen wen ihm Rechte z.B. auf Umtausch, Reparatur, Minderung, Wandelung oder Schadenersatz zustehen.

Oftmals mögen im Leasingvertrag selbst – konkret in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die solchen Verträgen praktisch durchwegs zugrunde gelegt werden – bestimmte Lösungen enthalten sein. Das braucht

¹ Art. 197 ff. OR bzw. Art. 97 ff. OR; vgl. dazu hinten III. A. 2 und 3.

² Art. 256 OR und Art. 258 ff. OR; vgl. dazu hinten III. A. 1.

aber nicht immer zuzutreffen. Zudem stellt sich bei solchen vertraglichen Regeln stets die Frage, ob sie die Interessen des Leasingnehmers angemessen wahren. Da der Leasingvertrag im schweizerischen Schuldrecht nicht – jedenfalls nicht umfassend³ – gesetzlich geregelt ist, fehlt zur Beurteilung dieser Frage ein verlässlicher Massstab. Damit präsentiert sich die Rechtslage für den Leasingnehmer auf den ersten Blick als prekär, wenn die AGB einseitig zu Gunsten des Finanzierungsinstituts ausgestaltet sind.

Ziel dieses Beitrages ist es, die Rechtsstellung des Verbrauchers gegenüber dem Leasinggeber beim indirekten Konsumgüterleasing für den Fall aufzuzeigen, dass das Leasinggut überhaupt nicht, nicht fristgerecht oder in mangelhaftem Zustand übergeben wird. Wir hoffen damit bei Bernd STAUDER, der sich in seiner wissenschaftlichen Tätigkeit intensiv mit Konsumgüterleasingfragen befasst hat⁴, auf Interesse zu stossen.

B. These

Wie zu zeigen sein wird, können gewisse obligationenrechtliche Normen zur Lösung der skizzierten Probleme herangezogen werden. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist indessen höchst umstritten und daher mit einer verhältnismässig grossen Prognoseunsicherheit verbunden. Verstärkt wird diese Unsicherheit noch durch den Umstand, dass höchstrichterliche Entscheide zu diesem Fragenkreis – soweit ersichtlich – vollständig fehlen⁵.

Um diese Unsicherheit wenigstens für bestimmte Fälle zu beseitigen, wird hier eine *These* formuliert: Nach unserem Dafürhalten *gibt Art. 21 des neuen Konsumkreditgesetzes (KKG)⁶ dem Konsumenten das (unabdingbare) Recht, sich beim indirekten Konsumgüterleasing im Falle einer nicht vertragskonformen Lieferung des Leasinggutes auch dann an den Leasing-*

³ Vgl. dazu sogleich im Text.

⁴ Siehe z.B. Bernd STAUDER, Leasingverträge nach revidiertem KKG, in: Alexander Brunner / Manfred Rehbindler / Bernd Stauder, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 2002, Bern 2003, 79 ff.; DERS., Neues Leasingrecht und Art. 266k OR, plädoyer 2003, 30 ff.; DERS., Konsumkreditrecht, Das Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, AJP 1994, 675 ff.

⁵ Zum Leasing existieren nur wenige amtlich publizierte Bundesgerichtsurteile, so z.B. BGE 118 II 150 sowie 119 II 236, welche beide nicht Konsumgüterleasingfälle zum Gegenstand hatten und zudem nicht die hier interessierenden Probleme betrafen, sowie BGE 110 II 244 und 113 II 168, bei denen es zwar um Konsumgüterleasing ging, die aber die – heute nicht mehr interessierende – Frage der Anwendung abzahlskaufrechtlicher Normen auf solche Gebrauchsüberlassungsverträge (sowie weitere damit zusammenhängende Fragen) zu beantworten hatten.

Dagegen weist die Datenbank „Urteile ab 2000“ interessanterweise etliche Bundesgerichtsurteile auf, die sich mit versicherungsrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit Leasingverträgen befassen. Geleaste Autos scheinen besonders diebstahlsanfällig zu sein ...

⁶ Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23.3.2001, in Kraft seit 1.1.2003 (SR 221.214.1).

geber zu halten, wenn im Leasingvertrag eine Freizeichnungsklausel oder eine Gewährleistungsmodifikationsklausel enthalten ist. Problematisch an unserer These ist – wie sich zeigen wird – weniger dieses Ergebnis, sondern vielmehr der Umstand, dass der Anwendungsbereich von Art. 21 KKG im Gesetz relativ eng umschrieben ist und somit möglicherweise nur wenige praktische Fälle umfasst.

II. Indirektes Konsumgüterleasing im Allgemeinen

A. Begriffsdefinitionen

Beim indirekten Leasing handelt es sich um ein Dreiparteienverhältnis. Dies ist indessen nicht wörtlich, sondern bildlich zu verstehen. So „least“ der Leasingnehmer in der Regel von einem Leasinggeber, oft einem Finanzierungsinstitut, ein wirtschaftliches Gut, welches er vorher bei einem Händler – ohne dabei mit diesem in eine rechtliche Bindung zu treten⁷ – ausgewählt hat. Das faktische Verhältnis zwischen Lieferant und Leasingnehmer wird im Folgenden als *Lieferbeziehung* bezeichnet. Der Leasinggeber erwirbt daraufhin formell das vom Leasingnehmer ausgewählte Konsumgut (meist mittels Kaufvertrag, seltener mittels Werkvertrag) und überlässt es gestützt auf den Leasingvertrag dem Leasingnehmer (*Finanzierungsbeziehung*), wobei in der Praxis die Übergabe des Leasinggutes regelmässig direkt vom Händler bzw. Lieferanten an den Leasingnehmer erfolgt. Das indirekte Leasing zeichnet sich folglich dadurch aus, dass sowohl zwischen dem Leasingnehmer und der Leasinggesellschaft als auch zwischen der Leasinggesellschaft und dem Händler ein Vertrag besteht, nicht aber zwischen dem Leasingnehmer und dem Händler.

Charakteristisch für den Leasingvertrag ist, dass dem Leasingnehmer das zuvor beim Händler ausgewählte Leasingobjekt mit voller Erhaltungspflicht gegen Bezahlung einer (monatlichen) Leasingrate zum Gebrauch auf Zeit übertragen wird⁸. Die Höhe der Leasingrate ist in der Regel so festgelegt, dass am Ende der Laufzeit des Leasingvertrages die Herstellungs- oder Anschaffungskosten vollständig amortisiert und die Kapitalzinsen, die

⁷ Theoretisch ist es denkbar (und mag in der Praxis gelegentlich auch vorkommen), dass der Konsument zuerst einen Kaufvertrag mit dem Händler schliesst und erst anschliessend einen Leasingvertrag mit einem Kreditinstitut. Mit einem solchen Vorgehen sind indessen gewisse Schwierigkeiten verbunden (so muss unter anderem die Leasinggesellschaft verhindern, dass eine *sale-and-lease-back*-Situation eintritt [vgl. dazu etwa BGE 119 II 236 sowie Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 6912]). Im Folgenden wird auf diese Konstellation nicht eingegangen.

⁸ STAUDER, *Neues Leasingrecht* (Fn. 4), 30.

Gemeinkosten sowie der Gewinnanteil einkalkuliert sind⁹. Beim Leasingvertrag handelt es sich um einen entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsvertrag, der Ähnlichkeiten mit einem (Mobiliar-)Mietvertrag hat. Von einem typischen Mietvertrag unterscheidet sich der Leasingvertrag allerdings dadurch, dass der Leasingnehmer mit dem Leasinggut sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht deutlich intensiver verbunden ist als der Mieter mit der (beweglichen) Mietsache¹⁰. Von Bedeutung ist insbesondere, dass der wirtschaftliche Zweck des Leasing in der Finanzierung des Leasinggutes zu Gunsten des Leasingnehmers besteht¹¹ und nicht in der (temporären) Überlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch¹². Daher wird denn auch der Leasingvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* bezeichnet¹³.

Bis vor kurzem fanden sich im schweizerischen Schuldrecht keine ausdrücklichen Regeln über den Leasingvertrag¹⁴. Mit dem Inkrafttreten des neuen KKG am 1.1.2003 hat sich dies geändert. Denn unter bestimmten Voraussetzungen findet das KKG nunmehr explizit auch auf Leasingverträge

⁹ Walter R. SCHLUEP, Innominatverträge, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR) Band VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 763 ff., spez. 819; Walter R. SCHLUEP / Marc AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 81, m.w.Nw., in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (im Folgenden: BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ).

¹⁰ Ähnlich auch BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ (Fn. 9), Einl. vor Art. 184 ff. N 93. So unterscheidet sich vom faktischen Erscheinungsbild her etwa das Leasing eines Privatfahrzeuges über mehrere Jahre in verschiedener Hinsicht klar von der Miete eines Autos für zwei Wochen Ferien.

¹¹ Beim indirekten Konsumgüterleasing geht es – gerade in Fällen, in denen Händler und Leasinggeber eng und länger dauernd zusammenarbeiten, d.h. bei den von Art. 21 KKG fokussierten Fällen – allerdings genauso häufig um die Absatzförderung.

¹² Mit dem Leasing wird unter anderem auch eine „Vermeidung“ der Regeln des Fahrnispfandrechts (insbesondere eine Umgehung des Verbots des besitzlosen Pfandes i.S.v. Art. 884 Abs. 1 ZGB) angestrebt (siehe dazu auch Heinz HAUSHEER, Zum Leasing-Entscheid des Bundesgerichts vom 30. April 1992, ZBJV 1992, 480 ff., spez. 482 f.).

Siehe zur Finanzierungsfunktion des Leasing etwa BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ (Fn. 9), Einl. vor Art. 184 ff. N 83, m.Nw.

¹³ BGE 118 II 150 E. 6 S. 156, m.Nw.

¹⁴ Das hatte zur Folge, dass die Frage, welche Vorschriften überhaupt auf Leasingverträge Anwendung finden, in der Lehre stark umstritten waren (Nachweise bei Bernd STAUDER, Art. 226m N 21 ff., in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996). Hinsichtlich des Konsumgüterleasings wurde die Anwendung der Schutznormen des Abzahlungsrechts (insbesondere unter dem Blickwinkel des Umgehungsverbots, vgl. dazu STAUDER, Art. 226m OR N 40 ff.), des aKKG (dazu Marlis KOLLER-TUMLER, Art. 1 aKKG N 29 und Art. 6 aKKG N 6 ff., in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996 [im Folgenden: BSK OR I-KOLLER-TUMLER]) und des Konsumgütermietvertrages (Art. 266k Satz 2 OR, dazu Xavier FAVRE-BULLE, La résiliation anticipée d'un contrat de leasing – Le rôle du bail à loyer [art. 266k CO], in: Collezione Assista, Genf 1998, 116 ff.) diskutiert.

Anwendung¹⁵. Nach wie vor fehlt zwar eine umfassende gesetzliche Regelung dieses Vertragstyps, aber ein dem KKG unterstellter Leasingvertrag hat jetzt immerhin gewissen Formerfordernissen zu genügen¹⁶. Ein Konsumgüterleasingvertrag i.S. des KKG qualifiziert sich durch (a) den Verwendungszweck des wirtschaftlichen Guts, (b) die beteiligten Vertragsparteien sowie (c) eine „spezifische Auflösungsregelung“: Der Verwendungszweck muss laut Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG ein *privater* sein. Als Leasinggeber in Frage kommt jede natürliche oder juristische Person, welche *gewerblich* Leasingverträge anbietet (Art. 2 KKG); Leasingnehmer und gleichzeitig Konsument ist jede natürliche Person, die das „geleaste“ Objekt nicht gewerblich oder beruflich verwendet (Art. 3 KKG). Mit diesen Kriterien wird der Konsumgüterleasingvertrag von gewerblichen Finanzierungs- bzw. Investitionsgüterleasingverträgen abgegrenzt. Das KKG findet gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a allerdings nur dann Anwendung, wenn darüber hinaus eine vertragliche Vereinbarung besteht, wonach bei einer vorzeitigen Auflösung des Leasingvertrages die Leasingraten rückwirkend erhöht werden¹⁷.

B. Die Freizeichnungsklausel als Ausgangspunkt

Die allermeisten Konsumgüterleasingverträge weisen in ihren AGB eine Freizeichnungsklausel zugunsten des Leasinggebers auf. Im Gegenzug tritt dieser regelmässig die ihm gegen den Lieferanten zustehenden Gewährleistungsansprüche etc. an den Leasingnehmer ab, oft verbunden mit der Verpflichtung, diese Ansprüche gegen den Händler auch tatsächlich geltend zu machen¹⁸.

¹⁵ Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG; siehe dazu auch MELANIA LUPI THOMANN, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Zürich/Basel/Genf 2003, passim, spez. 119 ff.

¹⁶ Art. 11 KKG.

Da eine umfassende Regelung im Gesetz fehlt (insbesondere weil nach wie vor keine gesetzlichen Normen über die Folgen von Leistungsstörungen vorhanden sind), kann der Leasingvertrag immer noch als Innominatkontrakt bezeichnet werden. In der Literatur wird er in der Regel als gemischter Vertrag qualifiziert, der sich aus Elementen des Kaufs, der Miete, des Werkvertrags, des Auftrags, des Darlehens, des Pfandvertrages und der Sicherungsübereignung zusammensetzt (vgl. dazu statt aller etwa JÜRIG ROTH, Leasing im Lichte des revidierten Konsumkreditgesetzes, AJP 2002, 968 ff., 970).

¹⁷ STAUDER, Leasingverträge (Fn. 4), 89 f., kritisiert, dass mit dieser Klausel erstens nicht alle gängigen Konsumgüterleasingverträge unter das KKG fielen und zweitens die Gefahr einer Umgehung des KKG bestehe (etwa durch Ausarbeitung neuer Berechnungsschemata).

Problematisch ist weiter das Verhältnis der „Ratenerhöhungsklausel“ zu Art. 266k OR, welche eine Entschädigung gerade verbietet; vgl. hierzu XAVIER FAVRE-BULLE, art. 1 LCC n 38 ff., in: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), Code des Obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003 (im Folgenden: CR CO I-FAVRE-BULLE); STAUDER, Neues Leasingrecht (Fn. 4), 30 ff.

¹⁸ Da das Leasinggut dem Leasinggeber wirtschaftlich als Sicherungsmittel dient, hat auch er ein eigenes Interesse daran, dass gewisse Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Händler (z.B. auf Reparatur – sofern im Kaufvertrag vereinbart – oder auf Umtausch [Art. 206 OR]) geltend gemacht werden.

Die Freizeichnung der Leasinggesellschaft in Verbindung mit der erwähnten Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bedeutet für den Leasingnehmer – soweit diese Vereinbarungen rechtlich zulässig sein sollten – nichts anderes, als dass er einerseits selbst für die Durchsetzung allfälliger Haftungsansprüche gegenüber dem Lieferanten aus Gewährleistung oder Nicht- bzw. verspäteter Erfüllung verantwortlich ist und er andererseits dem Leasinggeber im Falle der Nicht- bzw. Schlechtlieferung die Leasingraten trotzdem zu entrichten hat. Allfällig dennoch bestehende Haftungsansprüche gegen die Leasinggesellschaft werden in den AGB zudem durchwegs auf diejenigen reduziert, die dem Leasinggeber selbst gegenüber dem Lieferanten zustehen¹⁹. Obwohl zwischen dem Leasingnehmer und dem Händler keine vertragliche, sondern bloss eine faktische Lieferbeziehung besteht, hat sich somit ersterer bei Nicht- oder Schlechtlieferung primär oder gar ausschliesslich an den letzteren zu wenden, während die Leasinggesellschaft unbehelligt bleibt.

Rechtsdogmatisch ist die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen schwer fassbar. In der Vergangenheit hat die Lehre verschiedene Lösungsansätze dazu entwickelt²⁰. In neuerer Zeit scheint sich diese Problematik in der Praxis entschärft zu haben, sind doch offenbar die Leasinggesellschaften zunehmend dazu übergegangen, dem Leasingnehmer nicht mehr Gewährleistungsansprüche abzutreten, sondern ihn zur Prozessführung gegen den Händler im Namen des Leasinggebers zu ermächtigen bzw. zu verpflichten²¹. Damit ist indessen noch nicht gesagt, dass eine Freizeichnung der Leasinggesellschaft rechtlich überhaupt zulässig ist. Es liegt auf der Hand, dass eine vertragliche Regelung, welche den Leasingnehmer ausschliesslich an den Händler verweist und ihm gegenüber dem Leasinggeber keine Rechte einräumt, den Interessen des Konsumenten diametral zuwiderlaufen kann. Bevor jedoch der Frage nachgegangen wird, ob eine vollumfängliche Freizeichnung des Leasinggebers wirksam ist, soll kurz skizziert werden, welche Möglichkeiten dem Leasingnehmer offen stehen, gegen den Lieferanten des Leasinggutes vorzugehen.

C. Durchsetzung der Ansprüche gegenüber dem Lieferanten

Zunächst ist auf die im Allgemeinen abgegebene Fabrikgarantie des Herstellers (z.B. von Automobilen, aber auch von Geräten der Unterhaltungselektronik usw.) zu verweisen, welche in der Regel nicht zugunsten des Käufers

¹⁹ Peter Kurt FATZER, Sachgewährleistung beim Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern, Diss. Zürich 1999, 9; Hans GIGER, Der Leasingvertrag, Bern 1977, 73.

²⁰ Siehe hinten II. C.

²¹ FATZER (Fn. 19), 10 und 44 ff.

lautet, sondern mit dem Vertragsgegenstand verbunden ist²². Der Leasingnehmer kann selbstverständlich aus einer solchen Fabrikgarantie resultierende Ansprüche je nach deren Ausgestaltung direkt gegen den Lieferanten oder den Hersteller geltend machen²³. Insoweit ist eine „Abtretung“ von Gewährleistungsansprüchen des Käufers des Leasinggutes, d.h. des Leasinggebers, nicht erforderlich.

Schwieriger wird die Rechtslage, wenn bzw. soweit sich der Leasingnehmer gegenüber dem Händler auf die im Leasingvertrag vereinbarten Regelungen stützen muss. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und wohl (noch) h.L. ist die Zession von Gestaltungsrechten ausgeschlossen, was zur Folge hat, dass das Recht zur Wandelung oder Minderung auf jeden Fall nicht abgetreten werden kann²⁴. In der Praxis scheint es sich daher langsam eingebürgert zu haben, dass dem Leasingnehmer nicht mehr Gewährleistungsansprüche zediert werden, sondern dass dieser zur Prozessführung gegen den Lieferanten im Namen und auf Rechnung des Leasinggebers, aber auf eigene Kosten ermächtigt (und oft auch verpflichtet) wird²⁵, womit der Leasingnehmer als direkter Stellvertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR zu handeln hat und daher nicht selbst Prozesspartei ist²⁶. Heranziehbar zur rechtsdogmatischen verfeinerten Einordnung solcher „Abtretungsregeln“ mögen je nach den Umständen auch die Rechtsfiguren der Drittschadensliquidation, des Vertrages zugunsten Dritter (Art. 112 OR), des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²⁷ oder gar die Annahme einer „fingierten“ vertraglichen Bindung zwischen Leasingnehmer und Händler i.S. eines so genannten

²² Was etwa von Bedeutung werden kann, wenn der gekaufte Gegenstand während der Dauer der Fabrikgarantie weiter veräussert wird.

²³ Markus HESS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit, in: Markus Hess / Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, 65 ff., spez. 79. Siehe auch Heinrich HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, 88, der darauf hinweist, dass eine „Garantie“ oftmals (aber nicht stets) im Vergleich zu den gesetzlichen Mängelansprüchen einen besseren Schutz gewährt.

²⁴ BGE 114 II 239 E. 5.c.bb S. 247; Eugen BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 539; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Heinz REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 8. Aufl., Zürich 2003, N 3626, m.w.Nw.; TERCIER (Fn. 7), N 6916; ROTH (Fn. 16), 971; a.M. FATZER (Fn. 19), 40, der allerdings auch auf die verschwindende Praxis der Bezeichnung als „Abtretung der Ansprüche“ in AGB hinweist, 44; HONSELL (Fn. 23), 98 f.; Ingeborg SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 90.21.

²⁵ FATZER (Fn. 19), 44; Bernd STAUDER, Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1992, 71 ff., spez. 103 und 106; Stefan KELLER, Die Anwendung von Art. 21 KKG auf indirekte Leasingverträge, Fragmentarische Bemerkungen zu einer verunglückten Gesetzgebung, AnwaltsRevue 3/2005, 103 ff., 109.

²⁶ FATZER (Fn. 19), 44 ff.

²⁷ Vgl. zu diesen drei Rechtsfiguren GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn. 24), N 2707 ff., N 4094 ff., N 4140 ff.

„Netzvertrages“²⁸ sein. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass man sich bei diesen Rechtsfiguren – jedenfalls soweit das schweizerische Recht betroffen ist – auf äusserst unsicherem Boden bewegt²⁹.

Selbst dogmatisch bzw. von der Gerichtspraxis (künftig vielleicht) anerkannte direkte Ansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten bilden indessen noch keinen Garant für deren faktische Durchsetzbarkeit, sind diese doch insbesondere im Falle des Konkurses des Lieferanten oder bei Einreden desselben aus dem Kaufvertrag, die er (auch) gegenüber dem Leasingnehmer geltend machen kann, massiv gefährdet. Problematisch wird die Sachlage für den Leasingnehmer aber auch im praktisch vielleicht wichtigsten Fall, dass der Händler seinen Verpflichtungen faktisch nicht bzw. nicht binnen vernünftiger Frist nachkommen kann, so etwa wenn im Kaufvertrag ein Nachbesserungsrecht des Käufers unter gleichzeitiger Wegbedingung aller gesetzlichen Gewährleistungsansprüche vereinbart ist und die Reparatur des Kaufgegenstandes nicht gelingt³⁰. Daher kann der Leasingnehmer ein legitimes Interesse daran haben, gegen den Leasinggeber selbst vorzugehen bzw. die Weiterzahlung der Leasingraten zu verweigern. Ob dies trotz einer allfälligen Freizeichnung des Leasinggebers im Leasingvertrag zulässig ist, ist nunmehr zu untersuchen.

III. Anspruchsgrundlagen des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber bei Leistungsstörungen

A. Ansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber unter Heranziehung obligationenrechtlicher Bestimmungen

1. Bestimmungen des Mietrechts

Der Leasingvertrag beinhaltet, wie erwähnt, wesentliche Elemente der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Dies wirft die Frage auf, ob auf den Leasingvertrag die Bestimmungen des Mietrechts³¹ analog angewandt werden

²⁸ Marc AMSTUTZ, Die Verfassung von Vertragsverbindungen, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004, 45 ff.; vgl. auch unten Fn. 79.

²⁹ So hat sich z.B. das Bundesgericht bis anhin (soweit ersichtlich) noch nicht zur Anerkennung eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durchringen können (vgl. dazu BGE 121 III 310 E. 4.a S. 315 und BGE 130 III 345 E. 1 S. 347).

³⁰ Vgl. als Beispiele für nicht bzw. nicht fristgerecht durchgeführte Reparaturen bei Kaufverträgen BGE 91 II 344 („Nockenwellen-Fall“) und 124 III 456 („EDV-Schrott-Fall“).

³¹ Art. 253 ff. OR.

können. Bedeutsam ist dabei insbesondere, ob eine Freizeichnung des Leasinggebers vor den einschlägigen Normen des Mietrechts Stand hält.

Zentral ist in diesem Zusammenhang (der zwingende) Art. 256 OR, der dem Vermieter vorschreibt, „...die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben ...“ und weiter festhält, dass in vorformulierten AGB keine abweichende und dem Mieter nachteilige Abmachung enthalten sein darf³². Die Tragweite dieser Norm ist gross, wäre doch Rechtsfolge einer analogen Anwendung auf den Leasingvertrag dessen Teilnichtigkeit (bezogen auf eine in AGB stehende Freizeichnungsklausel). In der Lehre gibt es etliche Stimmen, welche sich in diesem Sinne äussern³³. Begründet wird dies zum einen mit dem „Gebrauchsüberlassungs-Charakter“ des Leasingvertrags, zum andern aber auch mit der sonst bestehenden latenten Gefahr der Umgehung zwingenden Rechts, indem man dem „normalen“ Mietvertrag einfach andere Vertrags-elemente beimischen und so ohne weiteres die Anwendung zwingender mietrechtlicher Regeln vermeiden könne³⁴. Weiter ins Feld geführt werden kann der Umstand, dass sich der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts³⁵ klar bejahend zum Schutzzweck des Art. 256 Abs. 2 lit. a OR³⁶ bei der Miete von Konsumgütern geäussert hat. Diesen Gedanken folgend rechtfertigt sich wohl aber eine Beschränkung der Schutzwirkung auf den hier behandelten Konsumgüterleasingvertrag³⁷, an dem definitionsgemäss als Anbieter eine gewerbsmässig tätige und damit (vermutungsweise) geschäftserfahrene Partei auf der einen Seite sowie als Verbraucher eine im Privatbereich handelnde und i.d.R. geschäftsunerfahrene Partei beteiligt sind. Diese Konstellation legitimiert den besonderen gesetzlichen

³² Art. 256 Abs. 2 lit. a OR.

³³ HAUSHEER (Fn. 12), 483; Peter HIGI, Vorb. zu Art. 253-274g N 178, in: Peter Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Zürich 1994 (im Folgenden: ZK-HIGI); ROTH (Fn. 16), 971, hält die Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 OR grundsätzlich für möglich; Wolfgang WIEGAND, Orientierung, Das neue Mietrecht und die Dogmatik des OR, recht 1992, 110 ff., 111; a.M. BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ (Fn. 9), Einl. vor Art. 184 ff. N 103; TERCIER (Fn. 7), N 6914 und N 6918; GIGER (Fn. 19), 76 f.; OGer AG in AGVE (1992), 67; ebenso wohl auch Heinrich HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 411, sowie Pierre ENGEL, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, 809. Im deutschen Recht findet nach Auffassung des Bundesgerichtshofs und einem wohl überwie-genden Teil der Lehre „in erster Linie Mietrecht“ auf Leasingverträge Anwendung; vgl. dazu Mathias HABERSACK, Finanzierungsleasing N 23 ff., in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., München 2004 (im Folgenden: MünchKommBGB/HABERSACK).

³⁴ WIEGAND, Das neue Mietrecht (Fn. 33), 111.

³⁵ BBl 1985, 1424.

³⁶ Im Entwurf noch Art. 255 Abs. 2 lit. a OR.

³⁷ So wohl auch FATZER (Fn. 19), 26 f., der wegen des Schutzzweckes der Norm zwar eine Anwen-dung von Art. 256 Abs. 2 OR auf Investitionsgüterleasingverträge ablehnt, damit aber *e contrario* eine Anwendung auf Konsumgüterleasingverträge zuzulassen scheint.

Schutz, wie ihn der Bundesrat in seiner Botschaft zum neuen Mietrecht vor Augen hatte. Eine generelle Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Leasingverträge auch im gewerblichen Bereich wäre im Hinblick auf den Schutzgedanken dieser Norm dagegen eher problematisch.

Die Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Konsumgüterleasingverträge, wie sie hier befürwortet wird, hat zur Folge, dass zahlreiche in Leasing-AGB regelmässig enthaltene Regelungen mit mietrechtlichen Gewährleistungsnormen in Konflikt geraten und daher nicht rechtswirksam sind³⁸. Dies betrifft insbesondere AGB-Klauseln, mit denen sich der Leasinggeber vollumfänglich freizeichnet oder die dem Leasingnehmer gegen den Leasinggeber nur insoweit Ansprüche einräumen, als diesem Rechte gegen den Lieferanten aus dem Kaufvertrag zustehen. Eine solche Haftungseinschränkung stösst sich an Art. 258 OR und an Art. 259a ff. OR. Zudem scheint die Verpflichtung des Leasingnehmers zur vollen Bezahlung der Leasingraten bei (vorübergehender) Untauglichkeit des Konsumguts nicht mehr haltbar (Art. 256 Abs. 1 OR, Art. 259a OR). Eine (vorübergehende) Herabsetzung der Leasingrate drängt sich in solchen Fällen auf (Art. 259d OR). Art. 258 OR gilt es im Übrigen auch in Bezug auf eine verspätete oder gar nicht erfolgte Lieferung zu beachten³⁹.

Mit der analogen Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Konsumgüterleasingverträge würde sich die Tür für einen rigiden, aber wirksamen Verbraucherschutz öffnen. Die gängige Vertragspraxis schweizerischer Leasingunternehmen im Bereich des Konsumgüterleasings würde damit in weiten Teilen gegenstandslos. Fraglich ist allerdings, ob die Gerichtspraxis der hier postulierten Auffassung folgen wird, zumal sich in der Literatur etliche Stimmen finden, die sich gegen eine Ausdehnung des Schutzbereiches von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Leasingverträge aussprechen⁴⁰. Die besondere Nähe des Leasingnehmers zum Leasinggut (das er selber beim Händler ausgewählt hat) sowie der Vertragszweck – die kreditweise Finanzierung des Gutes für eine längere Gebrauchsdauer – unterscheiden den Leasingvertrag vom typischen Mietvertrag⁴¹. Beim Leasing handelt es sich – wie WIEGAND treffend ausgedrückt hat – letztlich nicht um eine schlichte Gebrauchsüberlassung, sondern um eine *funktionelle Eigentumsteilung*⁴², wirtschaftlich mithin um eine *Kreditgewährung an den Leasingnehmer*. Diese Aspekte würden an sich gegen eine Anwendung der Schutzbestimmungen des

³⁸ Peter GAUCH, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, ZBJV 1992, 189 ff., 200; ZK-HIGI (Fn. 33), Art. 258 N 4 und Art. 259 N 5.

³⁹ Vgl. zu alledem WIEGAND, Das neue Mietrecht (Fn. 33), 111.

⁴⁰ Siehe dazu oben Fn. 33 am Ende.

⁴¹ Vgl. dazu bereits vorn bei II. A.

⁴² WIEGAND, Das neue Mietrecht (Fn. 33), 110.

Mietrechts auf Leasingverträge sprechen. Für gewerbliche Leasingverträge (Finanzierungsleasing; Operating-Leasing) mag denn auch – was hier aber offen bleiben kann – die Abwälzung sämtlicher Risiken auf den Leasingnehmer sachgerecht und, sofern vertraglich vereinbart, rechtswirksam sein. Dasselbe wird man unseres Erachtens indessen im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers für den Konsumgüterleasingvertrag nicht sagen können⁴³.

2. *Bestimmungen des Kaufrechts*

In der Literatur wird von Gegnern der analogen Anwendung von Mietrecht auf Leasingverträge zum Teil postuliert, Freizeichnungsklauseln in Leasing-AGB seien nach den kaufrechtlichen Schranken zu beurteilen⁴⁴. Dies ist sachlich unhaltbar, wird doch bei dem hier relevanten Art. 199 OR für die Ungültigkeit der Freizeichnung Arglist vorausgesetzt. Eine solch hoch angesetzte Schranke der Freizeichnungsmöglichkeit, welche selbst einen Gewährleistungsausschluss bei grober Fahrlässigkeit zulässt, kann unseres Erachtens in Bezug auf den Konsumgüterleasingvertrag keine adäquate Lösung darstellen.

Für die – sehr „liberale“, der praktisch uneingeschränkten Privatautonomie den Vorrang einräumende – analoge Anwendung von Art. 199 OR auf Leasingverträge mag allerdings die neuere Tendenz in der schweizerischen Verbraucherpolitik sprechen. So hat der Bundesrat kürzlich den Verzicht⁴⁵ auf eine Teilrevision des Obligationenrechts (Einführung des Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr⁴⁶) bekannt gegeben, die z.B. in Art. 199 lit. b OR eine Wegbedingung der Gewährleistung bei Konsumentenkäufen ausgeschlossen hätte⁴⁷. Ebenso verzichtet wird auf eine Revi-

⁴³ Es ist denn auch eine der Schwächen derjenigen Stimmen in der Literatur, welche sich gegen eine Anwendung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR auf Leasingverträge aussprechen, dass sie nicht zwischen gewerblichen Leasingverträgen und Konsumgüterleasingverträgen unterscheiden (so z.B. BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ [Fn. 9], Einl. vor Art. 184 ff. N 103, TERCIER [Fn. 7], N 6914 und N 6918, und ENGEL [Fn. 33], 809).

⁴⁴ Vgl. etwa HONSELL (Fn. 33), 411, sowie TERCIER (Fn. 7), N 6918, m.Nw.

⁴⁵ Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 9.11.2005 (<www.ofj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/0/ref_2005-11-091.html>, besucht am 9.1.2005); vgl. auch JURIUS, Bundesrat gegen Ausbau des Konsumentenschutzes im E-Commerce, in: Jusletter 14. November 2005.

⁴⁶ Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, <www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz.Par.0015.File.tmp/vn-ve-d.pdf> (besucht am 9.1.2006).

⁴⁷ Diese Bestimmung wurde in der Vernehmlassung vornehmlich von der Privatwirtschaft vehement bekämpft (Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, Zusammenstellung der Vernehmlassungen, 195 ff., <www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz.Par.0011.File.tmp/ve-ber-bges.pdf> [besucht am 9.1.2006]).

sion des Konsumenteninformationsgesetzes (KIG)⁴⁸, welche u.a. in Art. 20a Abs. 2 E-OR⁴⁹ die Nichtigkeit von AGB-Bestimmungen statuiert hätte, die den Konsumenten entgegen Treu und Glauben benachteiligen. Der schweizerische Gesetzgeber scheint damit zurzeit – anders als z.B. noch beim Erlass des neuen Mietrechts am Ende der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts – vom Verbraucherschutz bzw. auf jeden Fall vom Ausbau des Verbraucherschutzes nicht mehr viel zu halten. Ob die Zivilgerichte diese Tendenz aufnehmen werden, was im Hinblick auf Art. 97 BV nicht unbedenklich wäre, wird die Zukunft weisen müssen. Leasingnehmer werden immerhin damit rechnen müssen, dass die Gerichte Haftungsbeschränkungsklauseln in Leasing-AGB nicht am hohen Schutzniveau des Mietrechts, sondern bloss an der anbieterfreundlicheren kaufrechtlichen Arglistschranke messen werden. Da dem Leasinggeber (hoffentlich) kaum je Arglist wird vorgeworfen werden können, würden aber so Freizeichnungen in Leasingverträgen praktisch durchwegs wirksam sein.

3. *Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts*

Selbstredend sind auf Konsumgüterleasingverträge – wie auf alle Verträge – stets auch die Regeln des Allgemeinen Teils des OR anwendbar. Vorliegend von Interesse ist dabei in erster Linie Art. 100 OR. Diese Norm setzt der Freizeichnung engere Grenzen als Art. 199 OR, schliesst sie doch eine Haftungsfreizeichnung nicht nur bei Arglist, sondern auch bei grobfahrlässigen

Unter diesen Umständen rechtfertigt sich vorliegend auch keine vergleichende Bezugnahme zum Recht der Europäischen Gemeinschaft, welches in Art. 7 der Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG 1999 L 171/12) das oben genannte Verbot der Aufhebung der Sachmängelgewährleistung statuiert. In Anbetracht des jahrelangen so genannten „autonomen Nachvollzugs“ europäischen (Privat-)Rechts durch die Schweiz mag die Abkehr von der bisherigen Politik zunächst erstaunen. Bei genauerer Betrachtung offenbart sich hier hingegen das Wesen einer in Zukunft wohl vermehrt aufkommenden Problematik: Die EG beschränkt sich nicht mehr auf eine Legiferierung in „Randbereichen“ des Privatrechts, sondern nähert sich je länger je mehr dessen Kernbereich. Die Schweiz, die sich bis anhin der „normativen Kraft des Faktischen“ ausgesetzt sah und eine gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsangleichung („Europakompatibilität“) vorantrieb (vgl. hierzu auch BGE 129 III 335 E. 6 S. 350, wo sich das Bundesgericht in einem *obiter dictum* über die Auslegung von nachvollzogenem Recht äussert), wird sich in diesem Bereich wohl zunehmend einer europarechtlichen Zerreissprobe ausgesetzt sehen (vgl. zu alledem THOMAS PROBST, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, 225 ff., insb. 229 ff.).

⁴⁸ SR 944.0. Die Revision wurde vom Bundesrat kürzlich verworfen; vgl. dazu www.konsum.admin.ch/news/pressemitteilung/00324/index.html?lang=de (besucht am 9.1.2006); JURIS, Keine Revision des Konsumenteninformationsgesetzes, in: Jusletter 9. Januar 2006.

⁴⁹ www.konsum.admin.ch/imperia/md/content/informationenschutzderkonsumenten/revisionkig/licconsultation05_d.pdf (besucht am 9.1.2006).

Verhalten des Schuldners aus⁵⁰. Ergibt sich die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes – wie das z.B. bei Banken der Fall ist⁵¹ –, so kann gar nach Ermessen des Richters eine Freizeichnung für leichtes Verschulden als nichtig betrachtet werden⁵². Auch Art. 101 OR, der die Hilfspersonenhaftung regelt, kennt – zumal für obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe – höhere Hürden für die Zulässigkeit der Freizeichnung als Art. 199 OR (liesse aber immerhin noch eine Freizeichnung für leichtes Verschulden zu⁵³). Im Einzelnen umstritten ist allerdings, wie sich diese Bestimmungen zum Kaufrecht verhalten⁵⁴. Weil indessen Art. 199 OR auf Leasingverträge – wenn überhaupt – nur analog angewendet werden kann, wäre es nicht sachgerecht, diese Bestimmung hier als *lex specialis* den (gläubigerfreundlicheren) Haftungsfreizeichnungsschranken des Allgemeinen Teils des OR vorgehen zu lassen.

Da es sich bei den Leasinggebern oft um Banken handeln wird, könnten sich Art. 100 und Art. 101 OR unter Umständen als interessante gesetzliche Schutznormen zugunsten von Leasingnehmern herausstellen. Inwieweit diese Normen allerdings effektiv wirksam sind, ist unsicher. Zum einen handeln Banken nicht im obrigkeitlich konzessionierten Bereich, wenn sie als Leasinggeber tätig sind, so dass fraglich ist, ob ihnen nicht doch eine weitgehende Freizeichnungsmöglichkeit zusteht, die bei der Hilfspersonenhaftung bis zur vollständigen Freizeichnung gehen kann⁵⁵. Zum andern bleibt der Leasingnehmer nach diesen Bestimmungen ohne jeden Schutz, wenn die Leistungsstörung von der Leasinggesellschaft nicht verschuldet wird⁵⁶. Letzteres dürfte in der Praxis meistens zutreffen, da die Leistungsstörung ja in aller Regel vom Lieferanten ausgehen wird⁵⁷. Das Schutzniveau der mietrecht-

⁵⁰ BUCHER (Fn. 24), 348; GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn. 24), N 2825; SCHWENZER (Fn. 24), N 24.04.

⁵¹ BGE 112 II 450 E. 3.a S. 454; Rolf H. WEBER, Art. 100 N 120 ff., m.w.Nw., in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung (im Folgenden: BK-WEBER).

⁵² Art. 100 Abs. 2 OR.

⁵³ Art. 101 Abs. 3 OR.

⁵⁴ BGE 107 II 161 E. 7.b S. 166 („Fall Kilintra“); GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn. 24), N 2826; SCHWENZER (Fn. 24), N 24.11; Wolfgang WIEGAND, Art. 100 N 3, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (im Folgenden: BSK OR I-WIEGAND).

⁵⁵ FATZER (Fn. 19), 32; Vgl. auch Mario GIOVANOLI, Leasing, Schweizerische Juristische Kartothek (SJK) 1984, Karte 365, 30 f.

Zudem ist in der Lehre bereits umstritten, ob Berufe, die eine Polizeierlaubnis (wie z. B. Ärzte oder Anwälte) benötigen, unter Art. 100 Abs. 2 OR fallen, weshalb eine Unterstellung von Leasinggebern – die keiner Polizeierlaubnis unterliegen – erst recht problematisch sein dürfte. Vgl. zu alledem BK-WEBER (Fn. 51), Art. 100 N 116 ff.

⁵⁶ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 54), Art. 100 N 6.

⁵⁷ Beim Kettenverkauf gilt der Lieferant nach herrschender Lehre zu Recht nicht als Erfüllungsgelhilfe; dazu m.w.Nw. BK-WEBER (Fn. 51), Art. 101 N 50; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 54), Art. 101 N 7 ff. Im

lichen Gewährleistungsregeln jedenfalls erreichen Art. 100 und Art. 101 OR bei weitem nicht.

4. *Fazit*

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Rechtsstellung des Leasingnehmers gegenüber der Leasinggesellschaft bei Nicht- oder Schlechtlieferung des Leasinggutes durch den Händler prekär ist, wenn sich der Leasinggeber im Leasingvertrag – wie dies in der Praxis üblich ist – von jeglicher Verantwortung freigezeichnet hat. Beim indirekten Konsumgüterleasing liesse sich eine angemessene Schutzwirkung erzielen, wenn Art. 256 Abs. 2 lit. a OR angewandt würde. Wie dargelegt, ist die Anwendung der mietrechtlichen Gewährleistungsregeln auf Leasingverträge in der Literatur indessen umstritten.

Dies wirft die Frage auf, ob nicht aus dem neuen KKG zusätzlich ein (wenn auch bloss beschränkter) Schutz des Leasingnehmers abgeleitet werden kann. Im Zentrum des Interesses steht dabei Art. 21 KKG.

B. Ansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber aus Art. 21 KKG (so genannter Einwendungs- bzw. Einredendurchgriff)

1. *Die Anwendung von Art. 21 KKG auf das indirekte Konsumgüterleasing*

Wie schon Art. 15 aKKG⁵⁸ und in Übereinstimmung mit der Verbraucherkredit-Richtlinie der EG⁵⁹ (an die sich sowohl das frühere⁶⁰ als auch das heute geltende Konsumkreditgesetz anlehnen) kennt auch Art. 21 KKG das Rechtsinstitut des so genannten Einwendungs- bzw. Einredendurchgriffs⁶¹. Nach dieser Bestimmung kann der Konsument gegen die Kreditgeberin unter bestimmten, näher umschriebenen Voraussetzungen alle Rechte geltend machen, die ihm gegenüber dem Lieferanten zustehen, wenn er im Hinblick auf

gleichen Sinne wird man auch beim indirekten Leasing den Lieferanten nicht als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers qualifizieren können.

⁵⁸ Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8.10.1993, in Kraft vom 1.4.1994 bis 31.12.2002.

⁵⁹ Richtlinie 87/102/EWG vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. EG 1987 L 42/48).

⁶⁰ BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Vorb. zum aKKG N 3; CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), introduction à la LCC n 4.

⁶¹ BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Art. 15 aKKG N 2; CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 21 LCC n 1.

den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen einen Konsumkreditvertrag mit einer andern Person als dem Lieferanten abgeschlossen hat.

Art. 21 KKG geht von einer Dreiecksbeziehung im Konsumkreditverhältnis (relation de crédit trilatérale⁶²), d.h. von einer Finanzierung des Waren- oder Dienstleistungsbezugs durch einen Dritten (opération de financement par un tiers⁶³) aus. Auf den ersten Blick scheint diese Norm daher geradezu prädestiniert für eine unmittelbare Anwendung auf das indirekte Konsumgüterleasing zu sein⁶⁴ (was für Art. 15 aKKG nicht ohne weiteres galt, da umstritten war, ob das alte Konsumkreditgesetz auf Leasingverträge überhaupt Anwendung finde⁶⁵). Bestätigt wird dieser erste Eindruck durch den Umstand, dass gemäss ausdrücklicher Verweisung in Art. 8 KKG Leasingverträge der Bestimmung von Art. 21 KKG unterstehen⁶⁶.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass die Sachlage nicht so einfach ist⁶⁷. Art. 21 KKG setzt seinem Wortlaut nach voraus, dass der Konsument Waren (oder Dienstleistungen) erwerben will⁶⁸, was beim auf blossе Gebrauchsüberlassung gerichteten Leasing nicht der Fall ist⁶⁹. Zudem müssen dem Verbraucher Rechte gegen den Händler zustehen (die er sub-

⁶² CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 21 LCC n 1.

⁶³ CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 21 LCC n 2.

⁶⁴ Vgl. dazu etwa CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 21 LCC n 2, der das Leasing als praktisch wichtiges Beispiel für eine solche Drittfinanzierung aufführt.

⁶⁵ BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Art. 1 aKKG N 27 ff.; CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 1 LCC n 29; Heinz HAUSHEER, Anwendungsbereich und Abgrenzungsprobleme des KKG, insbesondere Leasing und Kreditkartengeschäfte, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Berner Bankrechtstag 1994, BBT Band 1, Bern 1994, 66 ff.; STAUDER, Konsumkreditrecht (Fn. 4), 678.

Im deutschen Recht war die (partielle) Anwendbarkeit des bis 31.12.2001 geltenden Verbraucherkreditgesetzes auf Finanzierungsleasingverträge zufolge der Verweisung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG unbestritten (vgl. dazu Franz HÄUSER, Anhang nach § 610: Verbraucherkreditgesetz, § 1 VerbrKrG Rn 60, in: Th. Soergel/W. Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1998). Heute – d.h. nach dem am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – findet sich die entsprechende Verweisung in § 500 BGB. Mittels Verweisung in § 507 BGB wird darüber hinaus der Existenzgründer in Bezug auf Finanzierungsleasingverträge dem Konsumenten gleichgestellt.

⁶⁶ Dass damit nur das indirekte Leasing gemeint sein kann, liegt auf der Hand. Beim direkten Leasing fehlt es an einer Dreiecksbeziehung.

⁶⁷ Vgl. auch KELLER (Fn. 25), 105; ROTH (Fn. 16), 975; HESS (Fn. 23), 78.

Überhaupt nicht thematisiert wird die hier interessierende Problematik demgegenüber von CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 8 LCC n 4 („LCC 19 à 21 ... s'appliquent normalement.“) und art. 21 LCC n 2, sowie von LUPI THOMANN (Fn. 15), 143 ff., und höchstens andeutungsweise von HONSELL (Fn. 23), 421 („... sofern man den an sich auf drittfinanzierte Käufe zugeschnittenen KKG 21 auch auf Leasingverträge anwendet.“).

⁶⁸ In Art. 15 aKKG war noch von, ... Bezug von Waren und Dienstleistungen ...“ die Rede. Die Änderung des Wortlauts dürfte wohl ein gesetzgeberisches Redaktionsversehen gewesen sein (ROTH [Fn. 16], 975 f. Anm. 108; KELLER [Fn. 25], 105).

⁶⁹ Ebenso KELLER (Fn. 25), 105; HESS (Fn. 23), 78.

sidiär auch gegen die Kreditgeberin geltend machen kann)⁷⁰. Rechte gegen den Lieferanten stehen dem Konsumenten typischerweise dann zu, wenn er mit dem Lieferanten bzw. Dienstleistungserbringer einen Vertrag schliesst und diesen Vertrag durch einen Kreditgeber – gestützt auf einen zweiten Vertrag – finanzieren lässt, wie z.B. beim drittfinanzierten Kauf i.S.v. Art. 10 KKG⁷¹. Beim indirekten Konsumgüterleasing hat der Verbraucher gegen den Händler jedoch grundsätzlich keine Ansprüche, da zwischen diesen Betroffenen kein Vertrag, sondern bloss eine faktische Lieferbeziehung besteht. Das Gegenteil wäre höchstens dann der Fall, wenn und soweit der Leasinggeber dem Leasingnehmer im Leasingvertrag Rechte aus dem mit dem Lieferanten geschlossenen Vertrag abgetreten hat⁷². Wie gezeigt⁷³ stösst allerdings eine derartige Abtretung von Gewährleistungsrechten auf gewisse dogmatische Schwierigkeiten, weshalb die Leasinggesellschaften in der Praxis meist dazu übergegangen sind, dem Leasingnehmer keine solchen Rechte mehr zu zedieren, sondern diesen nur noch zur Prozessführung in fremdem Namen zu ermächtigen. Helfen könnte dem Leasingnehmer in solchen Konstellationen daher einzig die Qualifikation des zwischen der Leasinggesellschaft und dem Händler geschlossenen Vertrages als Vertrag zugunsten Dritter bzw. mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (d.h. konkret des Konsumenten). Wie

⁷⁰ Im deutschen Recht entfällt zwar die Voraussetzung der vorrangigen Geltendmachung der Rechte gegen den Händler, da der deutsche Gesetzgeber nicht bloss den durch die entsprechende Richtlinie der EG vorgegebenen „Mindeststandard“ zum Schutze des Konsumenten im nationalen Recht umgesetzt, sondern das Schutzniveau erheblich erhöht hat. Die in Deutschland noch h.L. verneint allerdings eine analoge Anwendung des so genannten Einwendungsdurchgriffs auf Finanzierungsleasingverträge mit Verweis auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze („Wegfall der Geschäftsgrundlage“, siehe dazu MünchKommBGB/HABERSACK [Fn 33], N 98 ff.), die dem Konsumenten genügend Schutz böten. M.w.Nw. zu alldem Sibylle KESSAL-WOLF, Einl zum VerbrKrG Rn 2, § 9 VerbrKrG Rn 12, 44 und 67, in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Verbraucher-Kreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz, § 13a UWG, Teilzeit-Wohnrechtgesetz, 14. Aufl., Berlin 2001; Rainer METZ, § 9 VerbrKrG Rn 27 und 32, in: Heinrich Dörner (Hrsg.), Kommentar zum Verbraucherschutzrecht, Baden-Baden 1999.

Das Konzept der Mindestharmonisierung, das den Mitgliedstaaten einen weiter gehenden Konsumentenschutz ermöglicht, wird in den geänderten Vorschlägen für eine Richtlinie über den Verbraucherkredit aufgegeben und durch das Ziel einer weitgehend vollständigen Harmonisierung ersetzt, vgl. KOM(2004) 747 endg. und KOM(2005) 483 endg.; FELIX SCHÖBI, Geänderter Vorschlag für eine neue Richtlinie über den Verbraucherkredit, in: Jusletter 14. November 2005, Rz. 14; siehe auch unten Fn. 82.

⁷¹ In diesem Sinne auch HONSELL (Fn. 23), 421.

⁷² ROTH (Fn. 16), 975, erwähnt zusätzlich noch deliktische Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Lieferanten (aus Art. 41 ff. OR oder aus Produkthaftpflicht) sowie den (allerdings schwer vorstellbaren) Fall, dass der Leasingnehmer die Leasing Sache aufgrund einer vertraglichen Beziehung mit dem Lieferanten direkt von diesem zur Nutzung erhält (kritisch zu dieser Fallkonstellation, die kaum noch als Leasing qualifiziert werden kann, auch KELLER [Fn. 25], 106 Anm. 43). HESS (Fn. 23), 79, weist in diesem Zusammenhang auf die in der Praxis vor allem bei Autokäufen gewährte Herstellergarantie hin, die vom Leasingnehmer direkt gegenüber dem Lieferanten respektive Hersteller geltend gemacht werden könne (vgl. dazu auch oben II. C.).

⁷³ Siehe oben bei II. C.

ebenfalls bereits dargelegt, steht allerdings eine solche Qualifikation im Hinblick darauf, dass das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung vor allem dem Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eher zurückhaltend gegenüber stand, im schweizerischen Recht auf unsicherem Boden. Dem Gesetzgeber scheint diese ganze Problematik beim Erlass der Verweisungsnorm von Art. 8 KKG entgangen zu sein⁷⁴.

2. *Die Auswirkungen einer sinngemässen Anwendung von Art. 21 KKG auf das indirekte Konsumgüterleasing*

Das heisst indessen nicht, dass die Verweisung von Art. 8 KKG auf Art. 21 KKG keinen Sinn macht. Im Gegenteil: Nach unserem Dafürhalten kann diese Bestimmung unter teleologischen Gesichtspunkten für einen gewissen, wenn auch nicht umfassenden Schutz des Leasingnehmers beim indirekten Konsumgüterleasing fruchtbar gemacht werden. Der an sich unpassende Wortlaut von Art. 21 KKG steht der (analogen) Anwendung dieser Norm auf Leasingverträge nicht entgegen, widerspräche doch ein Ausschluss der Konsumgüterleasingverträge vom Anwendungsbereich der *ratio legis*: Art. 21 KKG bezweckt (unter bestimmten in Abs. 1 lit. a bis e KKG aufgeführten Voraussetzungen) den Schutz des Verbrauchers⁷⁵ in der *Finanzierungsbeziehung*, wenn in der *Lieferbeziehung* die Leistung nicht so erfolgt, wie sie der Kreditnehmer an sich erwarten durfte. Der Kreditgeber soll sich nicht mit dem Hinweis, dass ihn die Lieferbeziehung nichts angehe, auf den Standpunkt stellen können, der Kreditnehmer habe ihm gegenüber auch dann alle vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, wenn die finanzierte Leistung vom Händler nicht regelkonform erbracht wird. Der hinter Art. 21 KKG stehende Schutzgedanke – Schutz des Verbrauchers beim drittfinanzierten Konsumkredit – rechtfertigt eine sinngemässe Anwendung⁷⁶ dieser Bestimmung auf das indirekte Konsumgüterleasing, welches wirtschaftlich gesehen einen drittfinanzierten Konsumkredit *par excellence* darstellt.

Doch was bedeutet eine solch „sinngemässe“ Anwendung von Art. 21 KKG auf das indirekte Konsumgüterleasing, bei dem ja dem Verbraucher in der Regel keine Rechte aus Leistungsstörung gegen den Lieferanten zustehen? Dem Zweck von Art. 21 KKG wird in dieser Konstellation Rechnung getragen, wenn in einem ersten Schritt fingiert wird, dem Leasingnehmer

⁷⁴ M.w.Nw. KELLER (Fn. 25), 106; ähnlich auch ROTH (Fn. 16), 975.

⁷⁵ Vgl. zum Schutzgedanken des KKG generell BBL 1999, 3165; BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Vorb. zum aKKG N 9; CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), introduction à la LCC n 12 f.; KELLER (Fn. 25), 103; ROTH (Fn. 16), 968; Felix SCHÖBI, Entstehungsgeschichte des KKG, Verhältnis zum OR, in: WIEGAND (Fn. 65), 25 ff., spez. 26 f.; STAUDER, Leasingverträge (Fn. 4), 84; Wolfgang WIEGAND, Die zentralen Elemente des Konsumkreditgesetzes, in: WIEGAND (Fn. 65), 37 ff., spez. 49 f.

⁷⁶ HESS (Fn. 23), 78, leitet eine sinngemässe Anwendung direkt aus der Verweisung in Art. 8 KKG ab.

stünden – unabhängig von einer allfälligen Abtretung im Leasingvertrag – sämtliche Rechte der Leasinggesellschaft gegenüber dem Händler aus dem Kauf- bzw. Werkvertrag zu, und anschliessend in einem zweiten Schritt dem Leasingnehmer das Recht zugestanden wird, diese Rechte gegenüber dem Leasinggeber geltend zu machen, wie wenn ein gewöhnlicher drittfinanzierter Kreditkauf vorliegen würde⁷⁷. Soll die Verweisung in Art. 8 KKG, Leasingverträge unterstünden (unter anderem) Art. 21 KKG, Sinn machen und soll die Schutzfunktion von Art. 21 KKG beim indirekten Leasing nicht leer laufen, so kann für Ansprüche des Leasingnehmers gegen die Leasinggesellschaft nicht verlangt werden, dass dem Verbraucher gegen den Lieferanten effektiv Rechte zustehen⁷⁸.

Folgt man der hier vertretenen These, so wird eine allfällige vertragliche Freizeichnung des Leasinggebers im Leasingvertrag insoweit unwirksam⁷⁹. Denn Art. 21 KKG stellt zwingendes Recht dar⁸⁰, was im Hinblick auf den Schutzzweck dieser Bestimmung auf der Hand liegt. *Im Finanzierungsverhältnis kann somit der Einwendungs- bzw. Einredendurchgriff nicht wegbedungen werden.* Damit könnte das vorn skizzierte, im schweizerischen Schuldrecht je nach Rechtsstandpunkt bestehende Schutzdefizit im Konsumgüterleasingbereich wenigstens teilweise behoben werden.

Unschön bei dieser Lösung ist allerdings, dass der Anwendungsbereich von Art. 21 KKG durch die einschränkenden Tatbestandsvoraussetzungen, wie sie der Gesetzgeber in Abs. 1 lit. a bis e dieser Norm formuliert hat, sehr eng ist. Insbesondere das Kriterium der „Ausschliesslichkeit“ der Zusammenarbeit zwischen dem Lieferanten und dem Kreditgeber gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a KKG könnte sich dabei als eigentlicher Stolperstein zum Nachteil des Leasingnehmers erweisen. Denn jedenfalls bei wörtlicher Auslegung dieser Bestimmung könnte der Leasinggeber der hier postulierten sinngemässen Anwendung des Einwendungs- bzw. Einredendurchgriffs leicht ausweichen, indem er den Lieferanten, mit dem er eng und regelmässig

⁷⁷ Selbstredend müsste dann allerdings auch die Tatbestandsvoraussetzung von Art. 21 Abs. 1 lit. d KKG sachgerecht adaptiert werden. Es muss genügen, dass der Leasingnehmer vom Händler die korrekte Erfüllung des Lieferantenvertrages nachdrücklich fordert; ein gerichtliches Vorgehen gegen den Lieferanten kann nicht verlangt werden, da dem Leasingnehmer formell ja keine Rechte gegen den Händler zustehen.

⁷⁸ Würde man Art. 21 KKG beim indirekten Konsumgüterleasing nur anwenden, wenn (bzw. soweit) dem Leasingnehmer effektiv Rechte gegen den Lieferanten zustehen, so würde dies zudem für die Leasinggeber einen (zusätzlichen) Anreiz schaffen, dem Verbraucher keine Rechte aus dem Kaufvertrag mit dem Händler abzutreten. Denn eine solche Abtretung würde – soweit sie überhaupt wirksam ist – dem Leasingnehmer Rechte gegen den Lieferanten verschaffen, was nicht im Interesse der Leasinggesellschaft wäre.

⁷⁹ Gl.M. KELLER (Fn. 25), 110; HONSELL (Fn. 23), 421; ähnlich wohl auch HESS (Fn. 23), 79. KELLER leitet den vertraglichen Direktanspruch allerdings nicht aus dem Zweck der Norm, sondern aus „faktischen Bedürfnissen“ des Rechtsverkehrs ab; vgl. dazu KELLER (Fn. 25), 106 ff.

⁸⁰ Art. 37 KKG; BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Art. 15 aKKG N 5; KELLER (Fn. 25), 110.

zusammenarbeitet, anweist, gelegentlich auch einige Geschäfte mit einem andern Leasinggeber zu tätigen⁸¹. Dieses Problem ist indessen nicht leasingspezifisch, sondern resultiert daraus, dass Art. 21 KKG – ebenso wie die entsprechende Bestimmung in der Verbraucherkredit-Richtlinie der EU – zu restriktiv formuliert ist⁸².

IV. Schluss

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass ein umfassend wirksamer Schutz des Leasingnehmers letztlich nur zu erzielen ist, wenn die mietrechtlichen Gewährleistungsregeln (auch) auf das indirekte Konsumgüterleasing angewandt werden. Im Hinblick auf die in der Praxis gängigen Freizeichnungsklauseln in den AGB der Leasinggesellschaften vermögen die Regeln des Allgemeinen Teils des OR oder eine analoge Anwendung von Art. 199 OR auf Leasingverträge den Interessen des Leasingnehmers nicht zu genügen. Zwar setzt Art. 21 KKG nach der hier vertretenen These den Freizeichnungsmöglichkeiten der Leasinggeber klare Schranken: Soweit ein Konsumgüterleasingvertrag dem KKG untersteht, ist eine Freizeichnung der Leasinggesellschaft ausgeschlossen, wenn der Leasinggegenstand nicht, nicht fristgerecht oder in nicht vertragskonformem Zustand geliefert wird. Die problematische Tatbestandsvoraussetzung der „Ausschliesslichkeit“ der Zusammenarbeit zwischen Lieferant und Kreditgeberin gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a KKG setzt allerdings der Anwendung dieser Norm sehr enge Grenzen, weshalb Art. 21 KKG dem Leasingnehmer nur einen beschränkten Schutz zu bieten vermag.

⁸¹ BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 14), Art. 15 aKKG N 9; STAUDER, Konsumkreditrecht (Fn. 4), 686 f.; WIEGAND, Elemente (Fn. 75), 49.
Im deutschen Recht wurde wiederum auf diese „erschwerende“ Voraussetzung verzichtet; KESSAL-WOLF (Fn. 70), § 9 VerbrKrG Rn 28.

⁸² Gl.M. CR CO I-FAVRE-BULLE (Fn. 17), art. 21 n 8.
Die Kommission der europäischen Gemeinschaft hat erst kürzlich entschieden, bei verbundenen Geschäften am Ausschliesslichkeitserfordernis festzuhalten (siehe dazu KOM2005 483 endg. [Art. 14 Abs. 2 lit. a]; der Text findet sich unter <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/fina_serv/cons_directive/2ndproposal_de.pdf> [besucht am 9.1.2006]), dies entgegen der ursprünglichen Absicht, die Erfordernis der Exklusivität aufzuheben (vgl. dazu FELIX SCHÖBI, Neue Richtlinie über den Verbraucherkredit, in: Jusletter vom 28. Oktober 2002, Rz. 14). Mit Blick auf das Finanzierungsleasing spielt dies jedoch vielleicht schon bald deshalb keine Rolle mehr, weil der zweite geänderte Vorschlag das Leasing gänzlich aus dem Schutzbereich der Verbraucherkreditrichtlinie herausnehmen will (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c und d des Vorschlages).

Table des matières

- 9 *Avant-propos de Robert Roth*
- 11 *Preface by Luc Thévenoz*
- 13 *Vorwort von Norbert Reich*

- 15 *Bibliographie de Bernd Stauder*

JÜRGEN BASEDOW

- 33 Verbraucherschutz oder Versichertenschutz?
Zum Anwendungsbereich des zwingenden europäischen
Versicherungsvertragsrechts

ALEXANDER BRUNNER

- 51 Zur Konsumenteninformation im schweizerischen Recht

JEAN CALAIS-AULOY

- 65 La notion de consommateur en droit français et en droit
communautaire

W. C. H. ERVINE

- 77 Regulating Socially Harmful Lending: Reform in the United
Kingdom

XAVIER FAVRE-BULLE

- 95 Arbitrage et règlement alternatif des litiges (ADR): une autre
justice pour les consommateurs?

ATILA HARMATHY

- 123 On the Regulation of Contracts

EWOUDE HONDIUS

- 131 Towards a European Small Claims Procedure?

GERAINT HOWELLS

- 147 Is the General Product Safety Directive a Maximal Harmonization Directive?

MARLIS KOLLER-TUMLER / THOMAS KOLLER / RAOUL DIAS

- 157 Indirektes Konsumgüterleasing: Die Rechtsstellung des Leasingnehmers gegenüber der Leasinggesellschaft bei verspäteter oder mangelhafter Lieferung des Leasinggegenstandes

LUDWIG KRÄMER

- 177 The European Union, Consumption and Consumer Law

DIRK LANGER / JÖRG ROSENOW

- 195 Konsumentenschutz bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen in der Schweiz und in Europa

EWA ŁĘTOWSKA

- 227 The Constitutional Aspects of Consumer Protection in Poland

KARL-GEORG LORITZ

- 245 Der deutsche Verbraucherschutz bei Kapitalanlagen: unerkannte Schutzlücken im Steuerrecht

SYLVAIN MARCHAND

- 267 La protection du consommateur de voyages aériens selon le règlement (CE) 261/2004

HANS-W. MICKLITZ

- 297 Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG

LAURENT MOREILLON

- 313 Transactions en ligne et protection pénale du consommateur

PASCAL PICHONNAZ

- 323 La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier

ANTÓNIO PINTO-MONTEIRO

- 343 Retour sur les clauses exonératoires et la protection du consommateur

NORBERT REICH

- 357 Die Stellung des Verbraucherrechts im „Gemeinsamen Referenzrahmen“ und im „optionellen Instrument“ – Trojanisches Pferd oder Kinderschreck?

UDO REIFNER

- 383 Verantwortungsvolle Kreditvergabe im europäischen Recht

PETER ROTT

- 405 Stellvertretungsrecht und Verbraucherschutz

KAI ANDREAS SCHAFFELHUBER

- 423 Zum Tatbestand des Haustürgeschäfts

FELIX SCHÖBI

- 459 Die vermögende Privatperson: Ein neuer Stern am Begriffshimmel des Konsumentenrechts?

KURT SIEHR

- 469 Veröffentlichte Gerichtsentscheidungen. Zur Anonymisierung oder Veröffentlichung von Namen der Beteiligten eines Zivilverfahrens

JEAN STOUFFLET

- 485 La prévention en droit français des engagements excessifs des emprunteurs et de leurs cautions: le principe de proportionnalité

JULES STUYCK

- 497 Consumer Protection and Fair Competition – One Fight?

LUC THÉVENOZ

- 511 Le consommateur face aux rétrocessions dans la distribution des placements collectifs

KLAUS TONNER / MARINA TAMM

- 527 Zur Auslegung des europäischen Verbrauchervertragsrechts – insbesondere zur Auslegungsregel *in dubio pro consumatore*

FRANZ WERRO

- 567 La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits: une limitation des droits du lésé par rapport au droit commun de la responsabilité du fabricant?

JACOB ZIEGEL

- 587 Consumer Protection in Canada and the Class Action Remedy

- 601 *Abréviations*