

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4A\_404/2008 /len

Urteil vom 18. Dezember 2008  
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,  
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,  
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien  
A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Fürsprecher Konrad Rothenbühler,

gegen

X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Schatz.

Gegenstand  
Leasingvertrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer,  
vom 19. August 2008.

Sachverhalt:

A.  
A. \_\_\_\_\_ als Leasingnehmer (Beschwerdeführer) und die X. \_\_\_\_\_ AG als Leasinggeberin (Beschwerdegegnerin) schlossen am 8. August 2002 einen Leasingvertrag über einen Personenwagen "Lexus SC 430" für eine Vertragsdauer von 48 Monaten zu einem monatlichen Leasingzins von Fr. 1'423.70. Nach Ziffer 3.2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) konnte der Leasingnehmer den Leasingvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende eines jeden Kalendermonats vorzeitig auflösen. In einem solchen Fall sollte der Leasingzins gemäss Ziffer 6.2 AVB nachträglich an die kürzere effektive Vertragsdauer angepasst, d.h. entsprechend den für die unterschiedlichen effektiven Laufzeiten des Vertrages in einer Amortisations-/Abrechnungstabelle festgelegten Prozentsätzen erhöht werden. Der Beschwerdeführer kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 26. Juni 2003 vorzeitig. Am 2. Juli 2003 bestätigte die Beschwerdegegnerin den Empfang der Kündigung und ersuchte den Beschwerdeführer um Rückgabe des Fahrzeuges per 31. Juli 2003. Die Parteien sind sich einig darüber, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin nach den AVB für die infolge der vorzeitigen Auflösung des Leasingvertrages verkürzte Vertragsdauer von 12 Monaten einen Leasingzins von insgesamt Fr. 52'472.95 ( $[4.25 \% \text{ von Fr. } 102'888.10 > = \text{Wageneupreis} <] \times 12 \text{ Monate}$ ), mithin - nach Abzug der bereits bezahlten Leasingraten von insgesamt Fr. 17'084.40 (Fr. 1'423.70  $\times$  12 Monate) - eine Nachzahlung von Fr. 35'388.55 schulden würde. Strittig ist aber, ob die Vereinbarung einer nachträglichen Erhöhung des Leasingentgeltes für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung in Bestand und Umfang gültig ist.

B.  
Die Beschwerdegegnerin belangte den Beschwerdeführer am 20. Juli 2006 beim Bezirksgericht Bremgarten auf Bezahlung von Fr. 35'000.-- nebst Zins. Das Bezirksgericht schrieb die Klage mit Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2007 infolge teilweiser Anerkennung im Umfang von Fr. 3'006.--

als erledigt ab und wies sie im Übrigen ab, soweit es darauf eintrat.

Am 19. August 2008 hiess das Obergericht des Kantons Aargau eine gegen die Klageabweisung gerichtete Appellation der Beschwerdegegnerin gut und verpflichtete den Beschwerdeführer, ihr über den anerkannten Betrag hinaus Fr. 31'994.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 2. November 2003 zu bezahlen.

C.

Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, dieses Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet, die Beschwerdegegnerin schliesst auf deren Abweisung.

Erwägungen:

1.

Die Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die vorliegende Beschwerde ist somit einzutreten.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Beide Parteien weichen in ihren Rechtsschriften in zahlreichen Punkten von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab oder erweitern diese. Da sie keine Ausnahmen von der Sachverhaltsbindung gemäss Art. 105 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 BGG substantiieren (vgl. dazu BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4; 133 IV 286 E. 6.2), haben ihre Vorbringen insoweit unbeachtet zu bleiben.

2.

Beim Vertrag vom 8. August 1992 handelt es sich nach der unbestrittenen Auffassung der Vorinstanz um einen sogenannten Konsumgüter-Leasingvertrag, der von der Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit geschlossen wurde und ein Fahrzeug für den privaten Gebrauch des Beschwerdeführers zum Gegenstand hat.

Einigkeit herrscht auch darüber, dass der vorliegende Leasingvertrag nicht dem Konsumkreditgesetz untersteht, weder in seiner bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Fassung vom 8. Oktober 1993 (aKKG) noch in seiner seit 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Fassung vom 23. März 2001 (KKG; SR 221.214.1). Das aKKG ist auf Konsumgüter-Leasingverträge nur anwendbar, wenn sie vorsehen, dass das Eigentum am Leasingobjekt letzten Endes auf den Mieter übergeht (Art. 6 Abs. 1 lit. c aKKG; STAUDER, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 39 zu Art. 226m aOR). An einer entsprechenden Klausel fehlt es im vorliegenden Vertrag. Das neue KKG ist nach den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen für die Folgen der vorzeitigen Auflösung des vor dessen Inkrafttreten geschlossenen Leasingvertrags übergangsrechtlich nicht massgebend (vgl. dazu VISCHER, Basler Kommentar, N. 9 und 11 zu Art. 1 SchIT ZGB, N. 4 und 6 zu Art. 2 SchIT ZGB; STAUDER, Basler Kommentar, 4. Aufl., N. 3, 6 und 9 zu Art. 226a-226m aOR).

Schliesslich wird vorliegend auch von keiner Seite geltend gemacht, dass die Vorschriften des bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Abzahlungsrechts (Art. 226a-226m aOR) auf das vorliegende Vertragsverhältnis anzuwenden seien. Nach den Erwägungen der Erstinstanz wäre es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, den Vertrag auf Ende des zweiten Vertragsmonats hin zu kündigen, wobei er nach den AVB insgesamt 17.52 % des Nettopreises des Leasingobjekts zu bezahlen gehabt hätte. Dies liege unter dem von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 113 II 168 E. 4b S. 172 f. mit Hinweisen) aufgestellten Wert, ab dem im Sinne von Art. 226m Abs. 1 aOR angenommen werde, dass die Parteien mit dem Vertrag die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie bei einem Kauf auf Abzahlung verfolgen, weil die Miete nicht aufgelöst werden kann, bevor ein bedeutender Teil des Warenwertes abbezahlt ist, so dass der Mieter aus wirtschaftlichen Gründen praktisch auf eine Kündigung verzichtet (vgl. BGE 113 II 168 E. 4b; 110 II 244 E. 1).

Der Streit dreht sich nur darum, ob die Bestimmung von Art. 266k OR auf den vorliegenden Konsumenten-Leasingvertrag anwendbar ist und was gegebenenfalls die sich daraus ergebenden Folgen der Vertragsauflösung infolge der vorzeitigen Kündigung sind.

3.

Nach Art. 266k OR kann der Mieter einer beweglichen Sache, die seinem privaten Gebrauch dient und vom Vermieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird, mit einer Frist von (mindestens) 30 Tagen auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen (Satz 1). Der Vermieter hat

dafür keinen Anspruch auf Entschädigung (Satz 2).

Die Vorinstanz liess offen, ob diese Bestimmung auf einen Leasingvertrag der vorliegenden Art direkt anwendbar sei, bejahte aber deren analoge Anwendbarkeit. Dies habe zur Folge, dass das - im vorliegenden Leasingvertrag vorgesehene - Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung nicht durch eine damit verknüpfte Entschädigung vereitelt werden dürfe. Mit dem Leasingzins sei im Wesentlichen das für den Erwerb des Leasingobjekts eingesetzte Kapital zu verzinsen und der Wertverlust des Fahrzeugs während der Vertragsdauer zu amortisieren. Aufgrund des stark degressiven Verlaufs der Wertvermindung, namentlich bei Automobilen, werde die Leasinggeberin, die den Leasingzins über die vereinbarte Vertragsdauer linear verteilt habe, geschädigt, wenn sie im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung keine rückwirkende Anpassung des Leasingzinses auf die verkürzte Vertragsdauer vornehmen könne. In einer zum Voraus vereinbarten Nachforderung könne daher keine Kündigungsspönale im Sinne von Art. 266k Satz 2 OR und damit kein Verstoss gegen zwingendes Konsumentenschutzrecht erblickt werden, wenn sie der Gegenleistung für die Überlassung des Fahrzeuges entspreche. Diese Auffassung habe auch im heutigen KKG Niederschlag gefunden, das eine entsprechende

Nachforderung ausdrücklich für zulässig erkläre, sofern sie auf einer bereits im Leasingvertrag enthaltenen und nach anerkannten Grundsätzen erstellten Tabelle beruhe, aus der sich nicht nur die Höhe der Nachzahlung, sondern auch der Restwert der Leasingsache zum jeweiligen Kündigungszeitpunkt ergebe (Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG). Zu prüfen sei damit, ob der von der Klägerin gestützt auf die vertraglich vereinbarte Amortisationstabelle geforderte Leasingzins von insgesamt Fr. 52'472.95 der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung des PW Lexus während der effektiven Vertragsdauer von zwölf Monaten tatsächlich entspreche oder ob darin auch eine unzulässige Kündigungsspönale im Sinne von Art. 266k Satz 2 OR enthalten sei.

Die Vorinstanz stellte fest, der von der Beschwerdegegnerin geforderte Leasingzins von Fr. 52'472.95 für die verkürzte Leasingdauer von zwölf Monaten sei wirtschaftlich gerechtfertigt, was der Beschwerdeführer auch gar nicht bestreite. Da auf den Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung meist keine Verwertungsgarantie (des Fahrzeuglieferanten) bestehe, müsse sich die Leasinggeberin raschestmöglich auf dem Occasionsmarkt des Fahrzeugs entschlagen, wenn es ihr vorzeitig zurückgegeben werde. Der gemäss Amortisationstabelle - wenn auch zurückhaltend - bestimmte Restwert des vorliegenden Automobils von Fr. 58'646.20 nach 12-monatiger Gebrauchsüberlassung, und damit auch die entsprechende Entwertung des Fahrzeugs von 43 % oder Fr. 44'242.--, entsprächen den Gegebenheiten auf dem Occasionsmarkt und seien nicht zu beanstanden. Nach Abzug der Kapitalkosten blieben damit vom Leasingzins von Fr. 52'472.95, der gemäss Amortisationstabelle für die verkürzte Leasingdauer von zwölf Monaten geschuldet sei, nur noch rund Fr. 3'200.-- für die Abdeckung der allgemeinen Verwaltungskosten.

Zwar pflichtete die Vorinstanz der Erstinstanz bei, die festgestellt hatte, dass die von der Beschwerdegegnerin verwendete Amortisationstabelle bei einer (vorzeitigen) Vertragsauflösung ab dem 19. Vertragsmonat zu einer Mehrzahlung führe, die sich nicht mehr als ordentlicherweise für die Gebrauchsüberlassung geschuldete Leistung erklären lasse. Es könne jedoch nicht darauf ankommen, ob die Amortisationstabelle im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung ab dem 19. Monat zu einer übersetzten Nachzahlung führe, die das Entschädigungsverbot nach Art. 266k OR verletze. Nach Art. 15 KKG bewirkte zwar die Nichteinhaltung von Art. 11 KKG die Nichtigkeit des ganzen Konsumkreditvertrags, namentlich wenn die Leasinggeberin eine Entschädigungstabelle in den Leasingvertrag integriere, die den Anforderungen von Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG nicht genüge, weil sie nicht "nach anerkannten Grundsätzen erstellt" sei. Demgegenüber kämen bei Leasingverträgen wie dem vorliegenden, die nicht dem KKG unterstünden, die allgemeinen Vertragsgrundsätze zum Tragen, wonach sich eine allfällige Nichtigkeit von Teilen eines Vertrages auf diese beschränke, soweit der Vertrag auch ohne diese geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Es sei daher vorliegend einzig

die Rechtmässigkeit des für die vorzeitige Vertragsauflösung nach zwölf Monaten konkret geforderten Leasingentgelts entscheidend.

4.

Die Beschwerdegegnerin wendet sich gegen die von der Vorinstanz bejahte Anwendbarkeit der zum Mietrecht gehörenden Bestimmung von Art. 266k OR auf den vorliegenden Leasingvertrag. Sie macht im Wesentlichen geltend, der Leasingvertrag sei ein eigenständiger Vertragstyp, der sich von der Miete klar abgrenzen lasse und auf den mietrechtliche Normen nicht übertragen werden könnten. Die Risikoverteilung sei bei der Miete und dem Leasing dermassen verschieden, dass sich eine Übertragung der Normen grundsätzlich ausschliesse, zumindest in den die Objektisrisiken betreffenden Fragen. Die Leasinggesellschaft könne - anders als ein Vermieter - das Fahrzeugangebot dank der Risikoübernahme durch den Leasingnehmer viel individueller gestalten. Der Leasingnehmer könne typischerweise das Fahrzeug, den Lieferanten sowie die Ausstattung frei auswählen. Weil das

Fahrzeug individuell ausgewählt werde, könne es nach Beendigung des Leasings in aller Regel nicht mehr weiterverleaset, sondern müsse auf dem Occasionsmarkt mit all seinen Unwägbarkeiten verkauft werden. Dieses für das Leasing typische Amortisationsrisiko werde dadurch deutlich gemindert, dass Leasingfahrzeuge, anders als Mietfahrzeuge, viel länger geleast würden, nämlich typischerweise drei bis fünf Jahre. Dies auch deshalb weil der Leasingzins so viel günstiger sei als der Mietzins, der der Tragung der Objektisiken durch den Vermieter Rechnung trage.

4.1 Zu entscheiden ist die in der Lehre und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob Art. 266k OR vor dem Inkrafttreten des revidierten Konsumkreditgesetzes auf Leasingverträge der Art wie dem vorliegenden anwendbar war (zur Frage der Anwendbarkeit seit dem Inkrafttreten des KKG vgl. WEBER, Basler Kommentar, N. 3 f. zu Art. 266k OR; PETER KRUMMENACHER, Konsumentenleasing, 2007, S. 69 f.; STAUDER, Basler Kommentar, 4. Aufl., N. 9 zu Art. 226a-226m aOR; DERSELBE, Neues Leasingrecht und Art. 266k OR, Plädoyer 3/2003, S. 30 ff., 34; DERSELBE, Konsumkreditrecht, in: Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR Bd. X, 2008, S. 238; HEINRICH, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 1 zu Art. 266k OR; MARKUS HESS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit, in: Hess/Simmen [Hrsg.] Das neue Konsumkreditgesetz, 2002, S. 77 oben).

4.1.1 Ein Leasingvertrag in seiner typischen Grundstruktur besteht darin, dass die eine Partei (Leasinggeber) der anderen (Leasingnehmer) auf eine fest bestimmte Zeit ein wirtschaftliches Gut (Leasingobjekt) zur freien Verwendung und Nutzung überlässt, wobei das volle Erhaltungsrisiko in der Regel auf den Leasingnehmer übertragen wird. Hierfür leistet der Leasingnehmer ein Entgelt, das in Teilleistungen zu entrichten ist (Leasingzins). Die kapitalisierten Raten ergeben einen Betrag, der dem auf Vertragsende verzinsten Verkehrswert (Herstellungs- oder Anschaffungskosten plus Gemeinkosten- und Gewinnanteil) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voll oder teilweise entspricht, je nachdem, ob die Parteien einen Voll- oder Teilamortisationsvertrag vereinbart haben (AMSTUTZ/SCHLUEP, Basler Kommentar, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N. 81 und N. 84 [S. 949]).

Die wichtigste Erscheinungsform des Leasings ist das Finanzierungsleasing, vorab das Mobilienleasing. Bei diesem ist eine rechtliche Dreiecksbeziehung charakteristisch. Die Leasinggesellschaft (Leasinggeber) erwirbt auf eigene Kosten gemäss den Anweisungen ihres Kunden (Leasingnehmer) das zu finanzierende Objekt beim Lieferanten, der am Leasingvertrag nicht direkt als Vertragspartei beteiligt ist. Der Leasinggeber überlässt den Gegenstand dem Leasingnehmer gemäss der vorstehend beschriebenen Grundstruktur während einer längeren Vertragsdauer von meistens drei bis fünf Jahren, die annähernd der voraussichtlichen wirtschaftlichen Lebensdauer des Gegenstandes entspricht. Am Ende der Vertragsdauer kann der Leasingnehmer zwischen mehreren Lösungen wählen: Rückgabe des Gegenstandes, Verlängerung des Vertrages, Abschliessen eines neuen Vertrages oder allenfalls Kauf des Gegenstandes zu einem noch zu vereinbarenden Preis, wobei die grösseren Leasinggesellschaften davon abgekommen sind, ihren Kunden eine Kaufoption einzuräumen (BGE 118 II 150 E. 4b S. 153 f.; AMSTUTZ/SCHLUEP, a.a.O., N. 84 der Einl. vor Art. 184 ff. OR).

Eine hier wichtige Unterscheidung ist diejenige nach dem Verwendungszweck des Leasingobjekts zwischen Investitionsgüter- und Konsumgüterleasing. Unter Investitionsgütern versteht man regelmässig solche Güter, die im und für den Geschäftsgebrauch eines Unternehmens eingesetzt werden und die ausschliesslich gewerblichen Zwecken dienen, wobei entscheidend ist, ob mit ihnen Geld verdient werden kann und soll (BGE 118 II 150 E. 4a S. 152 f.). Ein Konsumgut ist demgegenüber zum privaten, d.h. nicht geschäftlichen Gebrauch bestimmt. Wird ein entgeltlicher (Miet-)Vertrag über ein Konsumgut von einem Privaten mit einem gewerblichen Anbieter geschlossen, liegt ein Konsumentenvertrag bzw. ein Verbrauchervertrag vor (BGE 121 III 336 E. 5d S. 339 f.; HIGI, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 266k OR; KOLLER-TUMLER, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: Konsumentenschutz im Vertragsrecht, SPR Bd. X, 2008, S. 61 f.; BRUNNER, Konsumverträge - Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts [JKR] 2004 S. 11, 36; KRUMMENACHER, a.a.O., S. 70; vgl. auch die Definitionen in Art. 22 Abs. 2 GestG und Art. 13 LugÜ und dazu BGE 134 III 218 E. 3.5 S. 223; 132 III

268 E. 2.2.2). Das Automobil-Leasing kann zum Investitions- oder zum Konsumgüterleasing gezählt werden, je nachdem, ob das Fahrzeug zum privaten oder geschäftlichen Gebrauch bestimmt ist (BGE 118 II 150 E. 4a S. 153). Beim Konsumgüterleasing wird dem Leasingnehmer in der Vertragspraxis stets ein vorzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt (STAUDER, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 31 zu Art. 226m OR; WERRO, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile, in: Werro/Stöckli [Hrsg.], Journées du droit de la circulation routière, 2006, S. 47; KRUMMENACHER, a.a.O., S. 10).

4.1.2 Der Finanzierungsleasingvertrag lässt sich keinem herkömmlichen Vertragstypus des schweizerischen Rechts zuordnen. Es handelt sich dabei um einen Innominatkontrakt, dessen rechtliche Einordnung in der Lehre und Rechtsprechung umstritten ist. Die Lehre qualifiziert ihn

teilweise als gemischten Vertrag mit Elementen des Kaufs, der Miete (allenfalls der Pacht) und des Auftrags, während ihn ein anderer Teil der Lehre als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis*, als Übereignungsvertrag *sui generis* oder als Kreditvertrag *sui generis* bezeichnet (vgl. dazu BGE 119 II 236 E. 4 S. 238 unten/239; 118 II 150 E. 4b S. 153; AMSTUTZ/SCHLUEP, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. OR, N. 90, mit zahlreichen Hinweisen; GIGER, Berner Kommentar, Der Konsumkredit, N. 322).

Beim vorliegenden Vertrag hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit den von diesem direkt vom Lieferanten in Besitz genommenen, im Eigentum der Beschwerdegegnerin verbleibenden Personenwagen für eine Vertragsdauer von 48 Monaten zum privaten Gebrauch überlassen unter gleichzeitiger Verpflichtung zur Bezahlung monatlicher Leasingraten und zur Rückgabe des Fahrzeuges nach Ablauf der Vertragsdauer. Die Kosten der Wartung, des Unterhalts und von Reparaturen gehen zu Lasten des Beschwerdeführers. Der Vertrag entspricht insoweit dem vorstehend umschriebenen typischen Finanzierungsleasingvertrag, der mit der herrschenden Lehre als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* oder als gemischter Vertrag mit mietrechtlichen Elementen zu qualifizieren ist. Da er vorsieht, dass das Leasingobjekt am Ende der Vertragsdauer der Leasinggeberin zurückzugeben ist, fällt eine Zuordnung zu den Veräusserungsverträgen ausser Betracht (Urteil 4C.153/1994 vom 17. Januar 1995 E. 4b; AMSTUTZ/SCHLUEP, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. OR, N. 91 f.).

Vorliegend wurde - wie es für Konsumgüterleasingverträge üblich ist - vorgesehen, dass das Vertragsverhältnis jederzeit unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen auf das Ende eines Kalendermonats vorzeitig gekündigt werden kann, was indessen eine Anpassung des Leasingzinses an die verkürzte Vertragsdauer nach einer in den Vertrag integrierten Tabelle zur Folge hat. Dieser Vereinbarung kommt insoweit Kreditcharakter zu, als die Höhe der gleichmässigen Leasingraten der anfänglich starken Wertverminderung des Leasingobjekts nicht äquivalent Rechnung trägt. Der Vertrag weist damit ein Element der Kreditierung auf (GIGER, Konsumkredit, a.a.O., N. 185). Dies spricht dafür, den Vertrag insgesamt eher als gemischten Vertrag u.a. mit Elementen der Miete (Gebrauchsüberlassung) und des Darlehens zu qualifizieren.

4.1.3 Die Qualifikation des vorliegenden Vertrags als gemischten Vertrag mit miet- und kreditrechtlichen Elementen spricht dafür, dass sich der Richter bei der Beurteilung u.a. am Mietrecht orientiert (vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 826). Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob die zum zwingenden Mietrecht zählende Bestimmung (HIGI, a.a.O., N. 5 zu Art. 266k OR; WEBER/ZIHLMANN, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 1 zu Art. 266k OR) von Art. 266k OR anzuwenden und damit zu prüfen ist, ob die von den Parteien getroffene Regelung gegen diese verstösst (Art. 19 Abs. 1 OR; vgl. BGE 118 II 157 E. 2c S. 160; Urteil 4C.153/1994 vom 17. Januar 1995 E. 2b/aa).

Das zwingende Vertragsrecht hat die Aufgabe, sozial und wirtschaftlich schwächere Vertragspartner zu schützen. Es ist davon auszugehen, dass es nur für den "Normalfall" gilt. Eine unmittelbare Anwendung vertragstypischer Regeln auf Innominatverträge fällt vorbehältlich einer besonderen Anordnung des Gesetzgebers (wie beispielsweise in Art. 226m aOR für die Regeln des Abzahlungskaufs) ausser Betracht, da es hierfür am Vorliegen eines Vertrages fehlt, der die Merkmale eines gesetzlichen Vertragstyps erfüllt und damit dem geregelten Normalfall entspricht. Möglich und geboten ist dagegen eine sinngemässe oder analoge Anwendung, wenn und soweit eine Regel des gesetzlichen Vertragstypenrechts nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie auch auf eine Rechtsfrage passt, die es für den Innominatvertrag zu beurteilen gilt. Der Richter hat dabei zu prüfen, ob die Abweichung des konkreten Vertrages vom Typenvertrag (hier der Miete) die Schutzbedürftigkeitslage verändert. Er muss dabei in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages und für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert und ohne schematische Beurteilung wertend ermitteln, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen des Vertragstypenrechts oder nach welchen Rechtsgrundsätzen sie zu

beurteilen ist (vgl. zum Franchisevertrag: BGE 118 II 157 E. 2c und 4a/aa; Urteil 4C.226/1995 vom 18. März 1996 E. 2a; siehe zum Ganzen: SCHLUEP, Innominatverträge, in: Besondere Vertragsverhältnisse, zweiter Halbband, SPR Bd. VII/1, S. 793 f.; AMSTUTZ/SCHLUEP, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. OR, N. 79; GAUCH, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag (...), 2002, S. 23 f.; HESS/KRUMMENACHER, Sachgewährleistung und Gefahrtragung beim Leasing, in: Alfred Koller [Hrsg.], Leasingrecht - Ausgewählte Fragen, 2007, S. 92).

4.1.4 Weder dem Gesetzestext noch den Materialien lassen sich Hinweise auf die direkte Anwendbarkeit von Art. 266k OR auf "Leasingverträge" entnehmen (vgl. Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I 1389 ff., 1450/1453 zum gleich lautenden Art. 268c des Entwurfs; vgl. dazu SCHLUEP, a.a.O., S. 794 bei Fn. 99).

Art. 266k OR erfasst Mietverträge, bei denen ein Vermieter dem Mieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit eine bewegliche Sache zum privaten Gebrauch überlässt. Die Norm beschränkt sich somit auf die Konsumgütermiete und hat Konsumentenschutzfunktion (Higi, a.a.O.,

N. 3, 5 und 9 ff. zu Art. 266k OR; Weber/Zihlmann, a.a.O., N. 1 zu Art. 266k OR).

Nach den Ausführungen in der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts (a.a.O., S. 1453) zu Art. 268c des Entwurfs bzw. zu Art. 266k OR, erfasst die Bestimmung jene Mietverträge über bewegliche Sachen, die einem Abzahlungskauf nahekommen (Art. 226m aOR) und bei denen ein faktischer Zwang zur Fortführung des Mietverhältnisses geschaffen wird, weil mit den bis zum ersten möglichen Auflösungsstermin geschuldeten Mietzinsen der Barkaufpreis der Mietsache bereits zu einem erheblichen Teil abbezahlt wäre und der Mieter daher auf die Auflösung des Mietvertrages verzichtet, da sie wirtschaftlich kaum mehr sinnvoll wäre (vgl. dazu die vorstehende Erwägung 2). Diese Überlegungen liessen sich, so die Botschaft weiter, auch auf Mietverträge übertragen, die nicht ohne weiteres als Umgehungsgeschäfte im Sinne des Abzahlungs- bzw. Konsumkreditrechts zu qualifizieren seien. Es rechtfertigt sich daher, dem Mieter eines Gerätes, das den Konsumgütern zuzuordnen sei, eine zwingend ausgestaltete, relativ kurzfristige Kündigungsmöglichkeit einzuräumen. Mit anderen Worten sah der Gesetzgeber das Schutzbedürfnis, das bei Mietverträgen besteht, die im Sinne von Art. 226m aOR einem Abzahlungskauf nahekommen, auch bei anderen langfristigen

Mietverträgen über bewegliche Konsumgüter, wie sie in der Vertragspraxis verwendet wurden, als gegeben an, worauf er mit dem Erlass von Art. 266k OR reagierte.

Mit dem Erlass von Art. 226a-226m aOR war der Gesetzgeber dem Bedürfnis nachgekommen, den Abzahlungskäufer mit verschiedenen Massnahmen davor zu schützen, dass er sich durch unüberlegte Vertragsabschlüsse, die seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigen, langfristig verschuldet (ausführlich: Botschaft vom 26. Januar 1960 betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, BBl 1960 523 ff., 533 ff.; BGE 122 III 160 E. 1a S. 163).

Um Umgehungsgeschäfte zu verhindern, wurde in Art. 226m Abs. 1 aOR bestimmt, dass die Vorschriften über den Abzahlungsvertrag für alle Rechtsgeschäfte und Verbindungen von solchen galten, soweit die Parteien damit den gleichen wirtschaftlichen Zweck wie bei einem Kauf auf Abzahlung verfolgten, der darin besteht, dem Käufer eine bewegliche Sache gegen eine nachträgliche Leistung des Entgelts in Teilzahlungen zu verschaffen, d.h. zu ungestörtem und dauerndem Gebrauch bis zur völligen Entwertung zu überlassen (BGE 122 III 160 E. 1a S. 163; 118 II 150 E. 5a S. 154 mit Hinweis; vgl. auch Art. 226m Abs. 2 aOR). Bei allen Geschäften dieser Art besteht denn auch das gleiche Schutzbedürfnis gegen langfristige Verschuldung, dem mit dem Erlass von Art. 226a ff. aOR Rechnung getragen wurde.

Das Bundesgericht hat das Abzahlungsrecht gestützt auf Art. 226m aOR für Mietverträge über Konsumgüter für anwendbar erklärt (BGE 101 IV 98; 95 IV 101), wie auch auf Leasingverträge über Autos als Konsumgüter (BGE 113 II 168 E. 2; noch offengelassen in BGE 110 II 244 E. 1), die nicht aufgelöst werden konnten, bevor ein bedeutender Teil des Warenwerts abbezahlt war, so dass der Mieter aus wirtschaftlichen Gründen praktisch auf eine Kündigung verzichtete. Es ging davon aus, dass bei solchen Geschäften der gleiche wirtschaftliche Zweck wie bei einem Abzahlungsvertrag verfolgt werde und damit das gleiche Schutzbedürfnis bestehe, wie bei einem solchen (vgl. dazu auch die vorstehende Erwägung 2).

Wenn nun der von Art. 226m aOR gewährte Schutz des Abzahlungsrechts vor langfristiger Verschuldung vom Bundesgericht auch auf Leasingverträge ausgedehnt wurde und der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 266k OR der Auffassung war, es sei auch bei Bindungen in Konsumentenmietverträgen, die sich nicht ohne weiteres dem Abzahlungs- oder dem Konsumkreditrecht unterstellen liessen, bei denen aber ein identischer Schutzbedarf wie bei Abzahlungsverträgen bestehe, ein Schutz vor langfristiger Verschuldung zu gewähren, ist es folgerichtig, diesen Schutz ebenfalls auf Leasingverträge der vorliegenden Art auszudehnen.

Die herrschende Lehre hat demnach vor dem Inkrafttreten des neuen KKG die Anwendbarkeit von Art. 266k OR auf Leasingverträge zutreffend bejaht. Diese Bestimmung hat nach dem Ausgeführten Auffangcharakter für langfristige Gebrauchsüberlassungsverträge über Konsumgüter, die nicht ohne weiteres dem Abzahlungsrecht nach Art. 226a ff. aOR unterstellt werden, indem sie dem Verbraucher die Möglichkeit einräumt, den Vertrag kurzfristig ohne finanzielle Nachteile beenden zu können (STAUDER, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 26 und 31/41 zu Art. 226m OR; WEBER, a.a.O., N. 1 f. zu Art. 266k OR; WEBER/ ZIHLMANN, a.a.O., N. 1 zu Art. 266k OR; SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, 2. Aufl., Einleitung vor Art. 184 ff. OR, N. 106, unter Verweis auf eine Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz in VPB 56/1992 Nr. 22; XAVIER FAVRE-BULLE, La résiliation anticipée d'un contrat de leasing - Le rôle du droit de bail à loyer [Art. 266k CO], in: Collezione Assista 1998, S. 118 ff., 132/138; GIGER, Konsumkredit, a.a.O., N. 179; HIGI, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 266k OR; MIKAEL SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag [...], 1995, S. 83 f.; BESSENICH, Die Anwendbarkeit von Art. 226m OR auf Miet-, Leasing-, Mietkauf- und Sukzessivlieferungsverträge [...], BJM 1993 S.

229; KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, 1995, S. 149 f./153;

DIESELBE in: Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 6 zu Art. 6 KKG; im Ergebnis zustimmend, wenn auch der herrschenden Lehre und Rechtsprechung vorwerfend, die Anwendbarkeit von Art. 266k OR ohne stichhaltige Begründung bejaht zu haben: KRUMMENACHER, a.a.O., S. 89 f., 104 f.; kritisch: GIGER, Berner Kommentar, N. 184 zu Art. 226m OR; a.M. SCHATZ, Das Leasing von Automobilen, AJP 2006 S. 1042 ff., 1048 bei Fn. 43).

Wenn der Bestimmung Auffangcharakter zugemessen wird, ist dies auch insoweit zutreffend, als davon ausgegangen wird, dass Leasingverträge in aller Regel auch nicht unter das aKKG gefallen sind, das den weitgehend gleichen Schutzzweck wie das Abzahlungsrecht verfolgte (vgl. Urteil 4C.227/2001 vom 29. Oktober 2001 E. 2a, Pra 2002 Nr. 44 S. 226), da sie regelmässig keinen Eigentumsübergang und keine Option auf Eigentumserwerb vorsehen (vgl. Erwägungen 2 und 4.1.1 vorne; für die Anwendung des KKG auch ohne entsprechende Klausel: KOLLER TUMLER, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 4 ff. zu Art. 6 KKG).

4.2 Nach dem Ausgeführten verletzte die Vorinstanz kein Bundesrecht, indem sie Art. 266k OR analog auf den vorliegenden Leasingvertrag anwandte. Der von der Beschwerdegegnerin angeführte Umstand, dass der Leasingnehmer das Leasingobjekt, anders als der Mieter, individuell auswählen könne, weshalb das Fahrzeug bei Beendigung des Leasingvertrags mit einem grossen Amortisationsrisiko auf dem Occasionsmarkt verkauft werden müsse, das nur mit einer langfristigen Vertragsgestaltung gemindert werden könne (vgl. SCHATZ, a.a.O., S. 1048 bei Fn. 43), spricht zwar für eine wirtschaftliche Notwendigkeit einer langfristigen Vertragsgestaltung für die Leasinggesellschaften. Er vermag aber nichts daran zu ändern, dass für den Leasingnehmer ein analoges Schutzbedürfnis besteht wie für den Mieter in einem langfristigen Mietvertrag über ein Konsumgut, auf das der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 266k OR reagierte.

5.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe verkannt, dass Art. 266k Satz 2 OR bei vorzeitiger Auflösung eines unter diese Bestimmung fallenden Vertrags durch den Leasingnehmer nicht nur der Erhebung einer Kündigungspönale entgegenstehe, sondern jeglichen Nachforderungen des Leasinggebers, mithin auch solchen, die sich wirtschaftlich für die Gebrauchsüberlassung des Leasingobjekts rechtfertigen liessen. Selbst wenn Art. 266k OR wirtschaftlich begründete Forderungen zuliesse, hätte die Vorinstanz aufgrund ihrer Feststellung, dass die vorliegende Amortisationstabelle auch zu Forderungen führe, die sich nicht mehr als ordentlicherweise geschuldetes Entgelt für die Gebrauchsüberlassung erklären liessen, auf ungeteilte Nichtigkeit der ganzen Vertragsklausel schliessen müssen und keine gestützt darauf erhobene Forderung schützen dürfen.

5.1 Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Erwägung 3 vorne), ist mit dem Leasingzins im Wesentlichen der Wertverlust des Leasingobjekts während der Leasingdauer zu amortisieren und das eingesetzte Kapital zu verzinsen (vgl. auch Erwägung 4.1.1 vorne). Mit langfristigen Leasingverträgen mit linearer Leasingzinsgestaltung kann der aufzufangende Wertverlust auf einen längeren Zeitraum verteilt und somit die monatliche Zinsrate relativ klein gehalten werden. Dies ermöglicht es auch Personen, deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit relativ gering ist und die nicht über grössere Barmittel verfügen, sich ein relativ teures Konsumgut anzuschaffen. Die lineare Leasingzinsgestaltung entspricht nun aber bei Personenwagen nicht dem zeitlichen Verlauf der Entwertung, der stark degressiv ist und dazu führt, dass die Fahrzeuge unmittelbar nach dem Verkauf eine massive Werteinbusse erleiden. Wird ein Leasingvertrag mit solcher Zinsgestaltung vorzeitig aufgelöst, ist der bis zu diesem Zeitpunkt eingetretene Wertverlust daher durch die bereits geleisteten Leasingzinsen noch nicht abgegolten. Aus diesem Grund werden die Leasingverträge - wie auch vorliegend - in der Praxis oft so ausgestaltet, dass im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung der Leasingzins für die konkrete Vertragsdauer nach einer im Voraus in den Vertrag aufgenommenen Tabelle neu berechnet wird, was zu erheblichen Nachzahlungen führen kann, ohne die aber der Leasinggeber wirtschaftlich geschädigt würde (vgl. STAUDER, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 31 zu Art. 226m OR; Melania Lupi Thomann, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, 2003, S. 54; WERRO, a.a.O., S. 47).

5.2 In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei solchen Nachzahlungen um eine verbotene Entschädigung im Sinne von Art. 266k OR handelt, oder ob Art. 266k OR lediglich über das für die Gebrauchsüberlassung ordentlicherweise Geschuldete hinausgehende Forderungen (Konventionalstrafen, Kündigungspönalen etc.) verbietet.

Vom überwiegenden Teil der Lehre und Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, nach Art. 266k Satz 2 OR entfalle jeglicher Entschädigungsanspruch des Vermieters bzw. Leasinggebers. Mit dieser Folge solle verhindert werden, dass sich der Mieter bzw. der Leasingnehmer wegen finanzieller

Nachteile von der Ausübung der Kündigung abhalten lasse. Art. 266k OR stehe daher nicht nur der Erhebung einer Konventionalstrafe entgegen, sondern verbiete es dem Vermieter auch, für die verkürzte Vertragsdauer einen höheren als den bisher geleisteten Mietzins in Rechnung zu stellen. Eine Klausel, wonach im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung der Zins an die effektive Vertragsdauer angepasst werde, sei daher nicht durchsetzbar (Studer, Konsumkreditrecht, a.a.O., S. 238; derselbe, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 26, 31 zu Art. 226m OR; Koller-Tumler, Konsumentenvertrag, a.a.O., S. 150 bei Fn. 284; Bessenich, a.a.O., S. 229; Schmelzer, a.a.O., S. 85; ; vgl. auch Favre-Bulle, Commentaire Romand, N. 17 zu Art. 11 LCC; Favre-Bulle, in Collezione Assista, a.a.O., S. 134 ff. und Lupi Thomann, a.a.O., S. 54, je mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung; anscheinend auch dieser Meinung: Higi, a.a.O., N. 24 zu Art. 266k OR; Giger, a.a.O., N. 184 zu

Art. 226m OR; Weber/Zihlmann, a.a.O., N. 5 zu Art. 266k OR; Weber, a.a.O., N. 9 zu Art. 266k OR). Eine Minderheit der Lehre und Rechtsprechung vertritt demgegenüber die Ansicht, Art. 266k OR stehe einem System nicht entgegen, bei dem der Zeitpunkt der Bezahlung des Mietzinses durch Parteivereinbarung bestimmt werde. Art. 257c OR lasse derartige Vereinbarungen ausdrücklich zu, beispielsweise auch, dass der Mietzins erst am Ende der Mietdauer geschuldet sei. Art. 266k OR verbiete einzig eine an die vorzeitige Kündigung geknüpfte Vertragsstrafe. Der Leasinggeber solle im Fall einer Kündigung nichts verdienen können, was über den für die effektive Vertragszeit geschuldeten, wirtschaftlich gerechtfertigten Mietzins hinausgehe bzw. keine Entschädigung für eine Leistung in Rechnung stellen dürfen, die er infolge der Kündigung zwangsläufig nicht mehr erbringen könne. Es sei aber nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 266k Satz 2 OR eine potentielle Schädigung der Leasinggeber für eine voraussetzungslose Kündigungsfreiheit der Leasingnehmer gewollt habe, indem der Leasinggeber für tatsächlich erbrachte und in Anspruch genommene Leistungen nicht entschädigt werden sollte (vgl. Schatz, a.a.O., S. 1048; Krummenacher, a.a.O., S. 100 ff., 105 ff.).

5.3 Zu beachten ist, dass die beschriebene Kontroverse ihre Bedeutung mit Inkrafttreten des neuen KKG für Leasingverträge, die unter dieses Gesetz fallen, verloren hat. Dabei handelt es sich um Leasingverträge über bewegliche Sachen, die - wie der vorliegende - vorsehen, dass die vereinbarten Leasingraten erhöht werden, falls der Leasingvertrag vorzeitig aufgelöst wird (Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG), und die über einen Kreditbetrag von nicht mehr als Fr. 80'000.-- geschlossen wurden (Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG). Das KKG verlangt für diese Verträge, dass sie eine nach anerkannten Grundsätzen erstellte Tabelle enthalten müssen, aus der hervorgeht, was der Leasingnehmer bei einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrags zusätzlich zu den bereits entrichteten Leasingraten zu bezahlen hat und welchen Restwert die Leasing Sache zu diesem Zeitpunkt hat (Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG; zum Begriff der "nach anerkannten Grundsätzen erstellten Tabelle": Werro, a.a.O., S. 55; Favre-Bulle, Commentaire Romand, N. 20 zu Art. 11 LCC; Lupi Thomann, a.a.O., S. 52 Fn. 307; Giger, Konsumkredit, a.a.O., N. 181; Krummenacher, a.a.O., S. 53 f.; Hess, a.a.O., S. 73; Robert Simmen, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Hess/Simmen [Hrsg.] Das neue Konsumkreditgesetz, 2002, S. 41 Fn 33; Schatz, a.a.O., S. 1048 bei Fn. 49). Die Nichteinhaltung der Bestimmung von Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG - also wenn der Leasingvertrag keine dieser Vorschrift genügende Tabelle enthält - bewirkt die Nichtigkeit des Vertrages, was zur Folge hat, dass der überlassene Leasinggegenstand zurückzugeben und nur die Raten zu bezahlen sind, die bis "zu diesem Zeitpunkt" geschuldet sind, wobei ein nicht abgedeckter Wertverlust zu Lasten des Leasinggebers fällt (Art. 15 Abs. 4 KKG). Für den "Normalfall", dass der Vertrag eine den Anforderungen von Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG genügende Tabelle enthält, wurde dem Leasingnehmer eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit eingeräumt, indem Art. 17 Abs. 3 KKG bestimmt, dass er mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer kündigen kann, wobei sich der Anspruch auf Entschädigung nach der Tabelle richtet.

Damit wurde das System der nachträglichen Leasingzinsanpassung an die verkürzte Vertragsdauer bei vorzeitiger Vertragsauflösung gemäss einer im Voraus vereinbarten Amortisationstabelle, wie es dem streitbetreffenden Vertrag zwischen den Parteien zugrunde liegt, im Konsumkreditgesetz ausdrücklich für zulässig erklärt. In der Lehre ist allerdings umstritten, ob die Rechtslage des Leasingnehmers mit der in Art. 17 Abs. 3 KKG getroffenen Regelung verschlechtert wurde (ausdrücklich dazu: Stauder, Leasingverträge nach revidiertem KKG, JKR 2002 S. 79 ff., 116 f.; Derselbe, in Plädoyer 3/2003, a.a.O., S. 30 ff., 32; Derselbe, Konsumkreditrecht, a.a.O., S. 238; Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 266k OR; Favre-Bulle, Commentaire Romand, N. 18 zu Art. 11 LCC; Werro, a.a.O., S. 48) oder ob mit der statuierten Regel lediglich eine "Klarstellung der Rechtslage" erfolgte (so Lupi Thomann, a.a.O., S. 58 oben; Krummenacher, a.a.O., S. 114). Es kann mithin aus der vom Gesetzgeber im KKG getroffenen Regelung nicht ohne weiteres im Sinne von BGE 118 II 157 E. 4b/aa S. 165 der Schluss darauf gezogen werden, wie die vorbestehende Bestimmung von

Art. 266k Satz 2 OR auszulegen ist.

5.4 Ob der Mehrheitsmeinung zu folgen ist, wonach Art. 266k Satz 2 OR jegliche Verpflichtung des Leasingnehmers ausschliesst, gemäss der er im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung mit Blick auf die verkürzte Vertragsdauer über die bereits bezahlten Leasingraten hinaus eine Nachzahlung zu leisten hätte (Erwägung 5.2 vorne), kann vorliegend mangels Entscheiderheblichkeit offen bleiben, wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt. Es genügt hier festzustellen, dass Art. 266k OR jedenfalls Entschädigungsforderungen verbietet, die sich ihrer Höhe nach wirtschaftlich nicht als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung der Leasingsache während der effektiven Leasingdauer rechtfertigen lassen und damit eigentliche Vertragsstrafen für die vorzeitige Kündigung oder ungerechtfertigte Bereicherungen des Leasinggebers darstellten. Etwas anderes wird weder von der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren vertreten noch von der Minderheit der Autoren, die gewisse Leasingzinsnachforderungen bei vorzeitiger Vertragsauflösung für zulässig erachten.

Diese, einen unbestrittenen minimalen Schutz des Leasingnehmers gewährleistende Auslegung von Art. 266k Satz 2 OR stimmt auch mit der Interpretation der nunmehr in Art. 11 Abs. 2 lit. g in Verbindung mit Art. 17 Abs. 3 KKG statuierten Entschädigungsregelung durch einen Teil der Lehre überein, wonach die "nach allgemein anerkannten Grundsätzen erstellten Tabelle" nur Leasingzinsnachforderungen vorsehen dürfe, die sich wirtschaftlich als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung der Leasingsache für die effektive Leasingdauer rechtfertigen liessen, nicht aber versteckte Vertragsstrafen für die vorzeitige Auflösung des Vertrags (Werro, a.a.O., S. 55; Favre-Bulle, Commentaire Romand, N. 20 zu Art. 11 LCC; Lupi Thomann, a.a.O., S. 52 Fn. 307; Schatz, a.a.O., S. 1048 bei Fn. 49).

5.5 Demnach widerspricht eine vertragliche Abrede dem Entschädigungsverbot nach Art. 266k Satz 2 OR jedenfalls, soweit sie Leasingzinsnachforderungen vorsieht, die sich wirtschaftlich nicht als ordentlicherweise geschuldetes Entgelt für die Gebrauchsüberlassung des Leasingobjekts für die entsprechende Vertragsdauer rechtfertigen lassen.

Insoweit ist die in Ziff. 6.2 AVB in Verbindung mit der Amortisationstabelle des streitbetroffenen Vertrags enthaltene Abrede über die nachträgliche Anpassung des Leasingzinses an die effektive Vertragsdauer bei vorzeitiger Kündigung mangelhaft und verstösst gegen Art. 266k OR. Denn sie begründet nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz (Erwägung 3 vorne) für eine vorzeitige Vertragsauflösung ab dem 19. bis zum 47. Vertragsmonat Leasingzinsnachforderungen, die sich nicht mehr als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung erklären lassen.

5.6 Nachstehend ist zu prüfen, was die Folgen dieses Verstosses gegen zwingendes Recht sind, namentlich ob er - wie die Erstinstanz angenommen, die Vorinstanz dagegen verneint hat - der Durchsetzung der im vorliegenden Fall erhobenen Leasingzinsnachforderung entgegensteht, die sich wirtschaftlich als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung des Personenwagens Lexus für die Vertragsdauer von zwölf Monaten rechtfertigen lässt:

5.6.1 Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, nichtig. Widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR ist ein Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn sein Gegenstand, sein Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives schweizerisches Recht verstösst. Voraussetzung der Nichtigkeit ist dabei stets, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 134 III 438 E. 2.2).

Art. 266k OR bezweckt nach dem Ausgeführten (Erwägung 4.1.4 vorne), private Verbraucher vor langfristigen Bindungen in Mietverträgen mit gewerblichen Anbietern von Konsumgütern und damit vor langfristiger Verschuldung zu schützen, indem er ihnen eine kurzfristige Kündigungsmöglichkeit einräumt, vor der sie nicht durch Entschädigungszahlungen, welche an die vorzeitige Kündigung geknüpft werden, abgehalten werden sollen. Verträge, die gegen diese Bestimmung verstossen, laufen der zwingenden Ordnung zum Schutz der Konsumenten zuwider, was der Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen hat (vgl. BGE 123 III 60 E. 3b), und daher die Nichtigkeitsfolge rechtfertigt. In der Lehre wird denn auch mehrheitlich davon ausgegangen und es wird vorliegend auch nicht bestritten, dass Verstösse gegen Art. 266k OR die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen (vgl. Higi, a.a.O., N. 24 zu Art. 266k OR; Favre-Bulle, in Collezione Assista, a.a.O., S. 132 oben; Krummenacher, a.a.O., S. 115).

5.6.2 Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind allerdings nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Diese Regel ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, wonach im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion die Nichtigkeit nur so weit reichen soll, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt (BGE 123 III 292 E. 2e/aa S. 298 f.; Urteile 4C.156/2006 vom 17. August 2006 E. 3.1 und 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 2.3).

Die Parteien sind sich vorliegend darin einig, dass ein Verstoss gegen Art. 266k OR im Sinne einer Teilnichtigkeit nur die Ungültigkeit der Vertragsklausel über die nachträgliche Anpassung des Leasingzinses an die effektive Vertragsdauer nach sich zieht. Weicht eine Vertragsklausel, wie hier, von einer unabänderlichen Vorschrift des Privatrechts ab, kann denn auch keine Partei einwenden, dass sie den Vertrag in einer den gesetzlichen Regeln entsprechenden Weise nicht geschlossen hätte (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2008, Rz. 712a; ALFRED KOLLER, OR AT (...), Bd. I, 2006 S. 236; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, S. 243 ff. Rz. 32.38, 32.41).

5.6.3 Strittig ist dagegen, welches die Folgen der auf die mangelhafte Klausel beschränkten Teilnichtigkeit des Vertrages sind, konkret ob die Klausel ungeteilt und gänzlich nichtig ist oder nur soweit sie wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Nachforderungen begründet.

5.6.3.1 In einer Lehrmeinung, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, wird die Auffassung vertreten, die Teilnichtigkeit habe zur Folge, dass die vom Mangel betroffenen Vertragsklauseln ungeteilt nichtig seien und eine Zerlegung der Klauseln in verschiedene Teile, die gültig bzw. ungültig seien, abzulehnen sei (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 691 f., 706; vgl. auch KELLER/SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Schuldrechts, 3. Aufl., 1988, S. 151).

Die Anwendung dieser Auffassung, die sich ihrem Wesen nach auf die quantitative Teilnichtigkeit beziehe, hat das Bundesgericht in neueren Urteilen, in denen qualitative Normverstösse in Frage standen, abgelehnt. Es teilte in der Folge die Abreden im Bestreben, die Nichtigkeit im Sinne des "favor contractus" auf das notwendige Minimum zu beschränken, in einen gültigen und einen ungültigen Teil auf (Urteile 4C.420/1994 vom 8. Dezember 1994 E. 2b, Pra 1995 Nr. 251 S. 830 ff. und 4C.272/1993 vom 6. Januar 1994 E. 4b). In BGE 93 II 189 E. b S. 192 beurteilte das Bundesgericht sodann auch eine unsittliche Zinsabrede lediglich als in dem Umfang teilnichtig, in dem sie den Höchstzinssatz von 18 % überstieg.

Diese bundesgerichtliche Auffassung und die vorstehende Lehrmeinung führen allerdings im Ergebnis kaum zu unterschiedlichen Lösungen, wenn berücksichtigt wird, dass auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (a.a.O., Rz. 706) der Auffassung sind, dass an die Stelle der ein gesetzliches Höchstmass überschreitenden und daher nichtigen Abrede nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens in einem zweiten Schritt eine auf das erlaubte Mass reduzierte Verpflichtung zu setzen sei (so BGE 123 III 292 E. 2d S. 296 f., betreffend einen Fall von Übervorteilung; vgl. auch BGE 120 II 35 E. 4a S. 40 f.).

Es bleibt somit dabei, dass eine das gesetzlich erlaubte Höchstmass übersteigende Verpflichtung nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens grundsätzlich auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist.

5.6.3.2 Der Beschwerdeführer ist nun der Auffassung, der Schutzzweck von Art. 266k OR gebiete, vom Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion der mangelhaften Klausel auf das erlaubte Mass abzuweichen, soweit davon ausgegangen werde, diese Bestimmung lasse Leasingzinsnachzahlungen zu, die ein gerechtfertigtes Entgelt für die Gebrauchsüberlassung des Leasingobjekts darstellen.

5.6.3.2.1 In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die geltungserhaltende Reduktion sei aus präventiven Gründen abzulehnen, wenn gegen eine Norm zum Schutz der sozial schwächeren Partei verstossen werde. Die geltungserhaltende Reduktion liefere hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren. So riskiere die stärkere Partei lediglich, dass im Falle der gerichtlichen Anfechtung die Verpflichtung der schwächeren auf das herabgesetzt werde, was rechtmässig von vornherein hätte vereinbart werden können, während sie in allen Fällen, in denen eine Anfechtung unterbleibe, faktisch Übermässiges durchsetzen könne (SCHWENZER, a.a.O., S. 246 Rz. 32.45; vgl. auch KOLLER, a.a.O., S. 236 Rz. 138; LUPI THOMANN, a.a.O., S. 56; vgl. auch HUGUENIN, Basler Kommentar, N. 55 zu Art. 19/20 OR, die einen "flexiblen Nichtigkeitsbegriff" vertritt, dessen Merkmale im Kontext mit der verletzten Norm bestimmt werden sollten). Weitere Autoren vertreten die gleiche Meinung, teilweise allerdings nur für den Fall, dass der Normverstoss in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten ist (ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, 1984, S. 82 f.; vgl. auch zu den Bestrebungen des Gesetzgebers, der

missbräuchlichen Verwendung von AGB zu begegnen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1157b OR) und teilweise anscheinend nur unter der weiteren Voraussetzung, dass die in AGB getroffene Regelung gegen Art. 8 UWG (SR 241) verstösst (KRAMER, Berner Kommentar, N. 376 f. zu Art. 19-20 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1156).

Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG liegt unter anderem vor, wenn vorformulierte AGB verwendet werden, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (lit. a), womit auch ein qualifiziertes Abweichen vom dispositiven Gesetzesrecht erfasst wird (BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar, 2001, N. 47 und ff. zu Art. 8 UWG; GUYET, Die weiteren Spezialklauseln, in:

Lauterkeitsrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, S. 237; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., 2002, S. 218 Rz. 12.18). Ob die streitbetreffende Regelung die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt, namentlich das - selten erfüllte - Merkmal der Irreführung gegeben ist (vgl. dazu VON BÜREN, Lauterkeitsrecht, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2008, S. 260 Rz. 1186; BAUDENBACHER, a.a.O., N. 27 ff. zu Art. 8 UWG; GUYET, a.a.O., S. 235; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2005, S. 77; PEDRAZZINI/ PEDRAZZINI, a.a.O., S. 219 Rz. 12.20) und damit auch der Ungültigkeitsgrund des Verstosses gegen diese Lauterkeitsnorm vorliegt (vgl. zu den Folgen eines Verstosses: VON BÜREN, a.a.O., S. 261 Rz. 1189; GUYET, a.a.O., S. 238; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 78; BAUDENBACHER, a.a.O., N. 58 zu Art. 8 UWG), kann hier offen bleiben.

Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoß gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen (vgl. dazu HUGUENIN, a.a.O., N. 55 zu Art. 19/20 OR).

5.6.3.2.2 Der Ausschluss eines durch die vorzeitige Kündigung ausgelösten Entschädigungsanspruchs in Art. 266k OR bezweckt zu verhindern, dass der Leasingnehmer von einer vorzeitigen Kündigung abgehalten wird, weil ihm dadurch (unverhältnismässige) finanzielle Nachteile drohen. Art. 266k OR verbietet daher zumindest (vgl. Erwägung 5.4 vorne) die Erhebung von an die Kündigung geknüpften Nachforderungen, die sich wirtschaftlich nicht mehr als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung rechtfertigen lassen.

Es ist nun zu prüfen, ob die Amortisationstabelle im streitbetreffenden Vertrag Nachforderungen der Beschwerdegegnerin begründen will, mit denen erheblich und gezielt von diesem Verbot der Vereinbarung von Entschädigungsforderungen abgewichen und damit der Schutzzweck desselben unterlaufen wird. Dies ist zu bejahen:

Der Vertrag sieht gleichmässige Leasingraten vor, d.h. eine linear verlaufende Amortisation des während der vereinbarten Leasingdauer voraussichtlich eintretenden Wertverlusts. Der Anfall der Ratenzahlungen weicht damit vom tatsächlichen Verlauf der Fahrzeugentwertung ab, der degressiv ist. Folglich müsste auch die Nachzahlung, die bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung zur Deckung der Differenz zwischen der tatsächlichen Fahrzeugentwertung und den bereits geleisteten Zahlungen erforderlich ist und den Leasinggeber vor einem Verlust schützen soll, indem er das für die Gebrauchsüberlassung wirtschaftlich gerechtfertigte Entgelt einfordern kann, mit zunehmender effektiver Leasingdauer laufend geringer werden. Es ist nicht ersichtlich, was daran der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte - von der Vorinstanz allerdings aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigte und demnach auch vorliegend an sich nicht zu hörende (Erwägung 1 vorne) - Umstand ändern könnte, dass der Fahrzeuglieferant (nur) für den Zeitpunkt der ordentlichen Vertragsbeendigung eine Rücknahmegarantie für das Fahrzeug zu einem vorbestimmten Preis abgegeben habe. Denn die Amortisationstabelle soll gerade der Fahrzeugentwertung auf dem Occasionsmarkt Rechnung

tragen, auf dem das Fahrzeug bei vorzeitiger Rückgabe verkauft werden muss.

Nach der streitbetreffenden Amortisationstabelle sind nun aber, entgegen dem, was zu erwarten wäre, bei vorzeitiger Vertragsauflösung nicht sich mit zunehmender Leasingdauer vermindernde Leasingzinsnachzahlungen geschuldet. Vielmehr nimmt der nachzuzahlende Betrag mit zunehmender Dauer mehr oder weniger kontinuierlich zu, statt gegen das Vertragsende hin abzunehmen. Dies mit der Folge, dass das nach der Tabelle insgesamt geschuldete Leasingentgelt (Leasingraten + Nachzahlung) bei einer Vertragsauflösung zwischen dem 43. und dem 47. Monat den Neuwert des Fahrzeuges ohne Verzinsung übersteigt, während das gesamte Leasingentgelt ohne MWST bei ordentlicher Vertragsbeendigung nur Fr. 63'511.20 betragen würde. Dieser Verlauf der Leasingzinsnachzahlungen weist klar darauf hin, dass der Leasingnehmer mit der getroffenen Regelung gezielt an den Vertrag gekettet bzw. aus wirtschaftlichen Gründen davon abgehalten werden soll, den Vertrag vorzeitig zu kündigen. Dies widerspricht dem in Art. 266k OR angestrebten Schutzziel diametral.

Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, von der Regel einer Reduktion der ungültigen Vertragsklausel auf das zulässige Mass abzuweichen und der Beschwerdegegnerin jegliche Nachforderungen gestützt auf diese Klausel zu versagen. Dies um so mehr als dies auch der Nichtigkeitsregelung entspricht, die der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 KKG für den entsprechenden Fall eines Verstosses gegen Art. 11 Abs. 2 lit. g KKG getroffen hat, d.h. wenn der Vertrag keine "nach allgemeinen Grundsätzen erstellte Tabelle" enthält (vgl. die vorstehenden Erwägungen 5.3/5.4).

5.6.3.2.3 Indem die Vorinstanz die von der Beschwerdegegnerin erhobene Forderung aus der Anpassung des Leasingzinses infolge vorzeitiger Vertragsauflösung nach zwölf Monaten geschützt

hat, weil sich diese als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung erklären lasse, und es als unerheblich betrachtete, dass sich aus der Amortisationstabelle auch wirtschaftlich nicht zu rechtfertigende Forderungen ergeben, hat sie Art. 266k OR in Verbindung mit Art. 20 OR verletzt.

6.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage im noch strittigen Umfang abzuweisen. Ferner ist die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. August 2008 aufgehoben und die Klage der Beschwerdegegnerin im noch strittigen Umfang abgewiesen. Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. Dezember 2008

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Corboz Widmer