

Kleiner Wagen, grosse Fragen – Ein Elektromobil zwischen Miet-, Kartell- und Datenschutzrecht

Der Renault Zoé sieht allerliebste aus und fährt sich toll – rein elektrisch! Juristisch wirft der Kleinwagen allerdings Fragen auf, was den Datenschutz, das Obligationenrecht und das Kartellrecht angeht: Er sammelt Daten, lässt sich bei nichtbezahlter Batteriemiete fernabschalten und verursacht beim Direktimport eine hohe Umschreibegebühr.

La voiture électrique Renault Zoé est chic et, il est vrai, très agréable à conduire. Cependant, l'impression juridique est un peu mixte – ce sont des questions concernant la protection des données, le code des obligations et la loi sur les cartels : elle collecte des données, sa batterie se laisse désactiver à distance si le détenteur ne paie pas les mensualités, et son importation directe cause des frais exorbitants.

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M. und MLaw ADRIAN FISCHBACHER

Jusletter 31. März 2014

1 Die Vermarktung des Renault Zoé erfolgt nach einem etwas gesuchten Konzept – das Fahrzeug kauft man, während man die Batterie mietet. Mit diesem Konzept will Renault Vertrauen für die Elektromobilität gewinnen, da bislang bei allen elektrisch betriebenen Produkten die Lebensdauer der teuren Batterien Probleme verursachte. Auslöser *dieses konkreten Artikels* waren Meldungen in der Presse,¹ wonach Renault bei direktimportierten Modellen für die Umschreibung des Batterie-Mietvertrages eine erstaunlich hohe Gebühr von Fr. 1'500 verlange – dabei kam aus anderen Berichten auch zu Tage, dass das Fahrzeug Daten sammelt und weitergibt. Eine neue, fast schon orwellianische Dimension erfährt die Kontrolle allerdings dadurch, dass Renault den für das Elektromobil essentiellen Batterie-Ladevorgang *ferngesteuert unterbinden kann*, wenn der Mieter den Mietzins oder die Umschreibegebühr nicht bezahlt. Die nachfolgenden Überlegungen richten den Fokus *zuerst* auf die Datensammlung, die auch viele Fahrzeuge anderer Hersteller betrifft. *Der zweite Schritt* thematisiert die ferngesteuerte Abschaltung. *Schliesslich* runden Erwägungen kartellrechtlicher Natur die vorliegende Abhandlung ab.

I. Datenbearbeitung

2 Renault hat gegenüber dem Magazin „Der Spiegel“ folgendes eingeräumt: *„Unsere Elektrofahrzeuge sind mit einer Telekommunikationseinheit ausgestattet, die uns Information zur kundenseitigen Nutzung der Antriebsbatterie und deren Alterungsprozess liefert.“*² Darf Renault das tun? Der Renault

¹ MARGRET HUCKO, Akkuleasing für Elektroautos: Ausgeliehen und abgewürgt, Der Spiegel, Internet: <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/elektroauto-renault-kann-aufladen-der-batterie-stoppen-a-930066.html> (22.2.2014); ROMEO REGENASS, Renault und die hohe Batteriegebühr, Tages-Anzeiger, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Renault-und-die-hohe-Batteriegebuehr/story/22599972> (22.2.2014).

² HUCKO (Fn. 1); Art. 15.2 des Renault-Batteriemietvertrags erwähnt die Möglichkeit der Geolokalisierung in den AGB: *„Der Mieter ist darüber informiert, dass die Vermieterin die technischen Angaben, die ihr aus dem im Elektrofahrzeug eingebauten telematischen Gehäuse übermittelt werden, für alle Belange der Verwaltung und der administrativen und buchhalterischen Kohärenz seines Batteriebestandes, die Aufrechterhaltung eines wettbewerbsfähigen Mietniveaus sowie auch für die Verfolgung der Batterieleistung, des mit der Batterie und dem Elektrofahrzeug einhergehenden Kilometerstands, und der Schnellaufladungen verwenden wird. Die Liste dieser technischen Angaben kann dem Mieter auf sein Verlangen mitgeteilt werden. Wenn die Übertragung der technischen Angaben die Geolokalisierung des Mieters zur Folge hat, insbesondere sofern der Kunde die Möglichkeit des Vertrages für Online-Serviceleistungen wählte, kann der Mieter von seinem Recht Gebrauch machen und die Übertragung der entsprechenden Angaben verhindern, indem er das telematische Gehäuse in der Form wie ihm in der Beschreibung des Elektrofahrzeugs mitge-*

meldet gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen spezieller, beim Zoé zumeist serienmässiger Servicepakete auch Daten, die eine *Geolokalisation* ermöglichen.³ Aufgrund der *Tesla controversy* ist bekannt, dass ein anderes Elektromobil, der *Tesla*, eine ganze Flut von Daten weitermeldet: Geschwindigkeit, Batteriestand, Aufenthaltsort und sogar die Innenraumtemperatur.⁴

3 Die erhobenen Daten können Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG sein, wenn die Person, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar ist. Die Standortdaten beziehen sich grundsätzlich auf das Fahrzeug. Aus ihnen alleine geht noch nicht hervor, welche Person sich im Fahrzeug befindet; die Person ist nicht bestimmt. Sie ist jedoch bestimmbar, wenn aufgrund zusätzlicher Informationen auf sie geschlossen werden kann.⁵ Die Bestimmbarkeit beurteilt sich aus Sicht des jeweiligen Inhabers der Information.⁶ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Qualifikation von IP-Adressen ist es ausreichend, wenn die Bestimmbarkeit für einen Teil der gesammelten Daten gegeben ist.⁷ Renault kennt den Eigentümer des Fahrzeugs, denn dieser ist Partei des Batteriemietvertrags. Zumindest für einen Teil der Fahrzeughalter dürften weitere Informationen – etwa zum Arbeitsort der Person – relativ leicht zu beschaffen sein. Zeigt das Bewegungsprofil, dass das Fahrzeug zwischen Wohn- und Arbeitsort der betreffenden Person verkehrt, so kann mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden, dass diese das Fahrzeug lenkt. Die Person ist damit bestimmbar, weshalb Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG vorliegen. Generell muss die Datenbearbeitung nach den Grundsätzen des Art. 4 DSG erfolgen, d.h. verhältnismässig und *erkennbar* zweckgebunden erfolgen (Art. 4 Abs. 2-4 DSG). Die vorliegende Datensammlung stellt deshalb möglicherweise bereits ein Persönlichkeitsprofil im Sinne des Art. 3 lit. d DSG dar, weil sie eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.⁸ Darüber muss der Inhaber der Datensammlung die betroffene Person informieren (Art. 14 DSG); gefordert ist eine aktive Information, nicht bloss Erkennbarkeit.⁹ Sodann besteht gemäss Art. 45c FMG eine Informationspflicht, falls Personendaten auf fremden Geräten durch fernmeldetechnische Übertragung bearbeitet werden. Unter den Begriff der Datenbearbeitung fällt gemäss der Botschaft die Speicherung, der Zugriff und jede sonstige Bearbeitung.¹⁰ Renault lässt gemäss obigen Aussagen (vgl. Rz. 2) aus der Ferne Daten auf dem fremden Fahrzeug sammeln und weitergeben. Dadurch ist der Tatbestand von Art. 45c FMG bereits erfüllt. Ob ein Gerät fremd im Sinne von Art. 45c FMG ist, bestimmt sich da-

teilt wurde, ausschaltet. Der Mieter verpflichtet sich, vor der Benützung des Elektrofahrzeugs jeden Benützer über die Verwendung der Daten und die Möglichkeit der Deaktivierung des telematischen Geräts und damit das Verhindern der Geolokalisation zu informieren.“; auch der deutsche Vertrag erwähnt die Möglichkeit einer Geolokalisierung (vgl. Art. 5 des deutschen Batteriemietvertrags).

³ Vgl. „Online-Serviceleistungen“ gemäss Art. 15.2 des Batteriemietvertrages (siehe oben, Fn. 2); vgl. Art. 5 des deutschen Batteriemietvertrags („My Z.E. Connect“ und „My Z.E. inter@ctive“), wobei in der Schweiz nur das zweite Paket beim Standardmodell des Zoé nicht serienmässig enthalten ist, vgl. Internet: <https://www.renault.ch/de/renault-modellpalette/elektroauto-modellpalette/zoe/zoe/ze-services/> (15.3.2014).

⁴ Focus, New York Times vs. Tesla – Der bizarre Reichweiten-Krieg ums Elektroauto, Internet: http://www.focus.de/auto/news/autoabsatz/new-york-times-vs-tesla-der-bizarre-reichweiten-krieg-ums-elektroauto_aid_920701.html (15.3.2014).

⁵ BGE 136 II 508 ff., 514, E. 3.2.

⁶ BGE 136 II 508 ff., 515, E. 3.4; DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008 (zitiert: Handkommentar-Verfasser), DSG 3 Bst. a N 20.

⁷ BGE 136 II 508 ff., 516, E. 3.5.

⁸ Vgl. OMAR ABO YOUSSEF, Smartphone-User zwischen unbegrenzten Möglichkeiten und Überwachung, ZStrR 2012, 92 ff., 97; DANIEL KETTIGER, Rechtliche Rahmenbedingungen für Location Sharing Systeme in der Schweiz, Jusletter 9. August 2010, Rz. 33.

⁹ ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, § 11 N 5, 7, 8.

¹⁰ BBl 2003 7987; vgl. Art. 3 lit. e DSG; vgl. Handkommentar-ROSENTHAL (Fn. 6), FMG 45c N 6 f.

nach, wer das Gerät benutzen darf. Deshalb ist nicht nur das Fahrzeug, sondern auch ein vom Datenbearbeiter dem Benutzer vermietetes Gerät fremd¹¹ – wie hier die vermietete Batterie. Die Information der betroffenen Person ist folglich notwendig.

4 Die notwendigen Informationen gemäss DSG und FMG erfolgen vorliegend gemäss den Versprechungen des Renault-Händlers unaufgefordert beim Verkaufsgespräch. Ob das so ist, lässt sich nicht nachprüfen. Die Informationen befinden sich jedenfalls in den AGB,¹² was die Lehre (noch) genügen lässt.¹³ Aus den Empfehlungen der Datenschutzbeauftragten in ähnlichen Fällen ist zu schliessen, dass Verbesserungen auch hier wünschbar wären. So hat der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) im Bericht zur *Cumulus-Karte* lobend festgehalten, dass eine aktive Information *schon auf dem Anmeldetalon* erfolge.¹⁴ Auch beim Autokauf sollte die direkte Information vor der nur scheinbaren in den AGB Vorrang haben, was sich mit einem aktiven, durch spezielle Unterschrift geäusserten Wunsch nach der Aktivierung der Telematik-Einheit¹⁵ ohne Probleme realisieren liesse – jetzt hat der Eigentümer einfach die Möglichkeit, diese Einheit auszuschalten, doch ist fraglich, ob er davon Kenntnis nimmt. Ebenfalls befand der EDÖB bei der *Cumulus-Karte* den Hinweis als notwendig, dass sich Strafverfolgungsbehörden Zugriff auf die gesammelten Daten verschaffen können,¹⁶ obwohl andere Gesetze dies unabänderlich so festhalten. Auch dies wäre für Renault problemlos realisierbar. Problematisch ist sodann die in den AGB zum Fahrzeug enthaltene Verpflichtung des Eigentümers, andere Nutzer auf die Datensammlung hinzuweisen.¹⁷ Derartige Pflichten könnte man schon aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel getrost ignorieren – wer rechnet schon damit, dass er alle Nutzer des Fahrzeugs auf eine fremde Datensammlung, die er möglicherweise selber nicht kennt, hinweisen muss? Dies kann auch datenschutzrechtlich nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Entsprechende Warnhinweise im Fahrzeug könnten diesen Mangel beheben.

5 Ist nebst der Information auch die Einholung der *Einwilligung* der Fahrzeughalter notwendig? Die AGB erwähnen zwar nur die Schweizer Vermieterin als Datensammlerin.¹⁸ Es ist allerdings kaum vorstellbar, dass Renault die Daten nicht nationenübergreifend zusammenträgt. Dass der Renault Zoé die Daten vielleicht nicht nur zum Schweizer Importeur oder zur Schweizer Vermieterin, sondern auch in die Renault-Zentrale nach Paris sendet, stellt *mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 DSG* angesichts des angemessenen Schutzes in Frankreich noch kein Problem dar.¹⁹ Vorliegend handelt es sich aber um ein Persönlichkeitsprofil, weshalb die Weitergabe der Daten an Dritte grundsätzlich einer Einwilligung bedarf (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG). Da sich die Datenverarbeitung bei einem Fahrzeug nicht gerade aufdrängt und auch nicht notwendig ist, könnte sich die Rechtfertigung der Datenweitergabe nur durch *ausdrückliche Einwilligung* ergeben (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG i.V.m. Art. 13 DSG; vgl. Art. 4 Abs. 5

¹¹ Handkommentar-ROSENTHAL (Fn. 6), FMG 45c N 22.

¹² Vgl. Art. 15.2 des Batteriemietvertrags (vgl. Fn. 2).

¹³ Handkommentar-ROSENTHAL (Fn. 6), DSG 7a Abs. 2 N 15; ROLF H. WEBER, Online-Marketing und Datenschutz, digma 2012, 110 ff., 112; offen ABO YOUSSEF (Fn. 8), ZStrR 2012, 97; kritisch NIKLAS MAAK, Angriff aufs Auto, FAZ 1.2.2014, 31; verneinend (bezüglich der Postverordnung) Tätigkeitsbericht des EDÖB 2012/2013, 80, Internet: <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/01073/index.html?lang=de> (14.3.2014).

¹⁴ Schlussbericht vom 23. Mai 2005 sowie Anhang vom 28. September 2005 der Kontrolle des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG), Ziff. 5.1.3, Internet: <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00555/00556/index.html?lang=de> (14.3.2014).

¹⁵ Vgl. dazu die Fn. 2 und 3.

¹⁶ Vgl. Schlussbericht (Fn. 14), Ziff. 5.7.3.

¹⁷ Vgl. Art. 15.2. des Batteriemietvertrags (Fn. 2).

¹⁸ Vgl. Art. 15.2 des Batteriemietvertrags (vgl. Fn. 2).

¹⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 DSG; vgl. die Liste des EDÖB, auf der Frankreich ein angemessener Schutz bescheinigt wird, Internet: <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/01054/index.html?lang=de> (14.3.2014).

DSG). Global übernommene AGB können dieses Einverständnis kaum ersetzen.²⁰ Die Einwilligung sollte durch einen bewussten Entscheid erfolgen. Damit der Datensammler dies beweisen kann, empfiehlt sich die Schriftform.²¹ Doch ist das Mutterhaus wirklich ein *Dritter* im Sinne des Gesetzes? Auch Konzerngesellschaften können Dritte sein, doch macht die Lehre eine Ausnahme, wenn die Weitergabe an diese *denselben Zwecken* dient,²² was hier der Fall sein dürfte. Die Beurteilung wäre anders, wenn die Datenweiterleitung an einen echten Dritten zu anderen Zwecken erfolgen würde, beispielsweise an den Erbringer der Navigationsdienstleistungen. Schenkt man also den AGB Glauben, wonach keine Weitergabe an Dritte im Sinne des Gesetzes erfolgt und auch die Weitergabe zu denselben Zwecken erfolgt wie die Sammlung, ist die Einwilligung nicht nötig.

II. Ferngesteuertes Verunmöglichen des Ladevorgangs

6 Wie muss man das vertraglich eingeräumte Recht²³ würdigen, wonach Renault bei Verzug des Mieters oder sonstiger Nichtrückgabe der Batterie den Ladeprozess ferngesteuert verunmöglichen kann? Die Batterienutzung erfolgt im Rahmen des Mietrechts, das den Verzug des Mieters in Art. 257d OR *zwingend* regelt.²⁴ Renault steht nach erfolgloser Fristsetzung lediglich die fristlose Kündigung offen – insofern ergibt sich noch keine Diskrepanz zwischen den AGB und dem Gesetz.

7 Dies bedeutet indes nicht, dass Renault die Batterie einfach „abstellen“ darf. Dies stellt für die gemietete Batterie selbst, aber auch für das gekaufte Fahrzeug eine Besitzesstörung dar, die der eigenmächtigen Rücknahme der Batterie gleichzusetzen ist.²⁵ Auch wenn der nackte *Besitz* an der Batterie und am Fahrzeug durch die Fernabschaltung erhalten bleibt, ist die *Nutzung* des Fahrzeugs nur noch während maximal 200 km möglich (Reichweite der Batterie), danach ist Schluss. Der geschützte Besitz an der Sache liegt jedoch nicht nur im reinen Innehaben, sondern auch in deren Nutzung. Die Fernabschaltung stellt deshalb eine Besitzesstörung²⁶ dar, weil sie die Nutzung *des gekauften Fahrzeugs und der gemieteten Batterie* massiv einschränkt, ja verunmöglicht, und damit stört. Die in den

²⁰ Vgl. EPINEY (Fn. 9), § 9 N 19 f.

²¹ Vgl. dazu ABO YOUSSEF (Fn. 8), ZStrR 2012, 96.

²² Handkommentar-ROSENTHAL (Fn. 6), DSG 12 Abs. 2 N 45 und DSG 11a Abs. 3 N 47.

²³ Vgl. Art. 12 des vorformulierten Batteriemietvertrags: „Für den Fall, dass der Mieter die Batterie nicht zurückgibt (Art. 9, 10 und 11) ist die Vermieterin berechtigt, die nötigen Schritte zur Rückgabe der Batterie einzuleiten und/oder die Aufladung der Batterie zu verhindern. Gibt der Mieter die Batterie nicht zurück, so gilt das für die Vermieterin als ausdrückliche Zustimmung, dass sie, ihre Angestellten oder von ihr beauftragte Dritte die Batterie beim Mieter selbst abholen und dazu auch sein Grundstück betreten dürfen, wo die Batterie aufbewahrt wird.“ Art. 9 betrifft Unfälle, Art. 10 die Kündigung durch den Vermieter (insb. bei Verzug des Mieters: „Der Mietvertrag kann von der Vermieterin in folgenden Fällen ausserordentlich gekündigt werden: nach der Übersendung einer erfolglos gebliebenen Mahnung und Nachfristansetzung von 10 Tagen wegen Nichtbezahlung der Miete i.S. von Art. 257d OR“), Art. 11 die Beendigung der Miete.

²⁴ PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, 1. Lieferung, Art. 253-265 OR, 4. A., Zürich 1994, OR 257d N 4, wobei Art. 257d OR auch für Mietobjekte gilt, die keine Wohnungen sind (OR 257d N 3); PETER BURKHALTER/EMMANUELLE MARTINEZ-FAVRE, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire SVIT, Genf 2011, OR 257d N 4; vgl. GVP 2002, Nr. 51, 158; vgl. auch GVP 2002, Nr. 52, 160.

²⁵ Vgl. SARAH BRUTSCHIN, in: David Lachat et al. (Hrsg.), Das Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, 13/1.6: „Der Vermieter hat sich bei der Eintreibung der Mietzinsforderung der gesetzlich vorgesehenen Mittel zu bedienen. Unzulässig ist eigenmächtiges Vorgehen wie die Beschlagnahme von Möbeln des Mieters, das Unterbinden der Wasser- bzw. Stromzufuhr oder das Ausschalten der Heizung; der Vermieter ist auch nicht berechtigt, die Schlösser auszuwechseln.“; vgl. zur Einschränkung der Nutzung eines Fahrzeugs durch Blockade als Besitzesstörung LAG Köln, Beschluss vom 26. Januar 2012 - 10 Ta 5/12, in BeckRS 2012, 67094, ebenso AG Heidelberg, Urteil vom 1. März 1977 - 24 C 553/76, in NJW 1977, 1926 sowie MARTIN GUTZEIT, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2012, BGB 858 N 50.

²⁶ Jede Beeinträchtigung der ungeschmälernten tatsächlichen Gewalt stellt eine Störung dar (vgl. EMIL STARK, Berner Kommentar, Band IV, 3. Abteilung, 1. Teilband, Art. 919-941 ZGB, 3. A., Bern 2001, vor ZGB 926-929 N 18).

AGB gewährten Rechte zur Fernabschaltung, zum Betreten fremder Grundstücke und zur eigenmächtigen Rücknahme der Batterie²⁷ rechtfertigen dies nicht. Sie sind nicht gültig, weil sie dem AGB-Korrektiv der Ungewöhnlichkeitsregel und dem neuen Art. 8 UWG nicht standhalten.²⁸ Für den Eigentümer des Fahrzeugs und Mieter der Batterie zeigt sich ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Leistungen und Pflichten im Sinne des Art. 8 UWG – obwohl die Batterieübergabe bereits erfolgt ist, behandelt Renault die Batterienutzung wie eine fortlaufende Leistung, die sie durch die Fernabschaltung zurückhalten kann und darf. Renault schafft folglich ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Art. 82 OR, wo keines ist. Dieses Druckmittel betrifft nicht nur die ausschliesslich bei Renault erhältliche Batterie, sondern auch das Fahrzeug, das nicht Renault gehört, aber ohne Batterie nicht mehr funktioniert. Für den Fahrzeugeigentümer wirkt sich dieses Paket im Ergebnis wie das Retentionsrecht am sonstigen Eigentum des Mieters aus, doch ist dies nur bei der Miete von Geschäftsräumen zulässig (Art. 268 OR)²⁹ und bei anderen Formen der Miete ausgeschlossen.³⁰ Vergleicht man die Möglichkeit der Fernabschaltung mit einer Sicherheitsleistung des Mieters, zeigt sich ein erhebliches Missverhältnis darin, dass die Fahrzeugnutzung als Druckmittel einen grösseren Wert aufweist als die Batterie – das Verhältnis zwischen dem Wert der „Sicherheit“ und dem Wert der besicherten Leistung stimmt nicht.³¹ Zuletzt zeigt sich das Missverhältnis durch den Versuch, in den AGB den Besitzschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB auszuhebeln. Renault verpflichtet sich zwar in den AGB, einen Nachmieter ungeachtet seiner Solvenz zu akzeptieren.³² Dies stellt gegenüber der in

²⁷ Vgl. die Hinweise in Fn. 23 zum Batteriemietvertrag.

²⁸ Zur eigenmächtigen Rücknahme auch bei entsprechender AGB-Klausel im deutschen Recht vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20. Dezember 1991 - 30 U 93/91, in NJW-RR 1992, 502 ff., 503: „Abgesehen von der auf jeden Fall unzulässigen Art der von dem Bekl. zu 1 verhinderten Wegnahme war auch diese selbst rechtswidrig. Die Entziehung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers ist verbotene Eigenmacht, § 858 Absatz I BGB. Die Kl. kann sich insoweit nicht auf die Bestimmung in Nr. XII 1 S. 3 ihrer AGB berufen, wonach sie zur Abholung eines Fahrzeugs berechtigt ist, wenn ein Leasingnehmer seiner Rückgabepflicht nicht nachkommt. Denn diese Klausel ist ebenfalls gem. § 9 Absatz I, § 9 Absatz II Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie von dem in § 229, § 858 BGB normierten wesentlichen Grundsatz des Besitzschutzes abweicht und dadurch den Leasingnehmer unangemessen benachteiligt. Eine blosser Pflichtverletzung rechtfertigt kein von den Voraussetzungen des § 229 BGB unabhängiges Selbsthilferecht einer Vertragspartei; denn nur in den vorgesehenen gerichtlichen Verfahren ist die erforderliche Prüfung und Berücksichtigung der Rechte beider Vertragsparteien hinreichend gewährleistet.“; vgl. auch LG Duisburg, Urteil vom 28. Februar 2012 - 13 S 243/11, in BeckRS 2012, 15091: „Zutreffend ist zunächst, dass die Räumung einer Mietwohnung seitens des Vermieters grundsätzlich verbotene Eigenmacht darstellt, wenn ihr kein Räumungstitel zugrunde liegt (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, VIII ZR 45/09, zitiert nach juris = NJW 2010, 3434; Schmidt-Futterer, a. a. O., § 546, Rn. 115 m.w.N.). Daran ändert auch die in § 20 des Mietvertrages (...) enthaltene Klausel, wonach der Vermieter berechtigt sein soll, die Mieträume bei Verletzung der Räumungspflicht durch den Mieter selbst öffnen und räumen zu lassen, nichts. Denn diese Vertragsbestimmung ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gem. § 307 BGB unwirksam (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1992, 502).“; zur überraschenden Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung, die mittels Deaktivierung der SIM-Karte erzwungen wird, vgl. AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 31. Januar 2007 - 203 C 556/06, in NJW-RR 2007, 1550 ff.

²⁹ Selbst dort ist es umstritten, weil es zu einem überschüssenden Sicherungsdispositiv und zu einer stossenden Privilegierung des Vermieters führt (BBJ 2010, 6493). Das Parlament lehnte die geplante Streichung im Zuge der SchKG-Revision indes ab.

³⁰ Vgl. PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, 2. Lieferung, Art. 266-268b OR, 4. A., Zürich 1995, OR 268-268b N 6: „Ausgeschlossen ist das Retentionsrecht weiterhin an beweglichen Mietsachen, gleichgültig darum, ob sie dem Geschäftsgebrauch dienen (...) oder nicht dienen.“

³¹ Zum Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zum geschuldeten Betrag vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 29. Mai 1997 - 2 U 42-96, in NJW-RR 1998, 56 ff. Der Versicherungswert der Batterie beträgt vorliegend Fr. 8'750, der Wert des Fahrzeugs Fr. 24'200 bis Fr. 26'400.

³² Vgl. Art. 6.2.7 des Batteriemietvertrags: „Wenn der Mieter Eigentümer des Elektrofahrzeugs ist, verpflichtet sich der Vermieter für den Fall einer Übertragung des Fahrzeugs auf eine Privatperson oder einen Unternehmer in der Schweiz oder in Liechtenstein, direkt oder durch die Vermittlung seiner Gruppenunternehmen indirekt (für die anderen obgenannten Länder), einen neuen Mietvertrag für die Batterie mit dem neuen Eigentümer des Elektrofahrzeugs abzu-

Art. 264 OR festgehaltenen Regelung einen Vorteil dar. Dadurch erfährt die Fernabschaltung indes keine Rechtfertigung. Realistisch betrachtet muss Renault diesen Vorteil *erstens* ohnehin gewähren – weil niemand einen Zoé kauft, wenn er befürchten müsste, dass Renault bei jedem Mieterwechsel ein Theater um die Solvenz des Batterie-Nachmieters macht. Diese konkrete Rechtfertigung, so sie existiert, könnte *zweitens* ihre Wirkung in jedem Falle nicht entfalten, da die AGB bei der Fernabschaltung darauf keinen Bezug nehmen: Das Recht zur Fernabschaltung besteht gemäss AGB ungeachtet der Gründe des Verzugs, also auch in Fällen, die mit einem Mieterwechsel nichts zu tun haben. Erwirbt ein Käufer im guten Glauben das Fahrzeug ohne Kenntnis der Batteriemiete (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB), finden die Regeln des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer Anwendung (Art. 933 ZGB). Folge ist ein originärer Eigentumserwerb, der die Rücknahme oder Abschaltung der Batterie durch die Vermieterin ohnehin ausschliesst.

8 Renault betont ständig, dass die Fernabschaltung bestenfalls eine *theoretische Möglichkeit* darstelle.³³ Dies hilft im AGB-Streit nicht, da sich die Auslegung der Bestimmungen nach den vertraglich eingeräumten Möglichkeiten richtet, nicht nach der tatsächlich gelebten Vertragsrealität.³⁴ Die in den AGB eingeräumte Klausel zur Fernabschaltung ist folglich unseres Erachtens nichtig.

III. Umschreibgebühr bei Direktimporten

9 Die Fernabschaltung zeigt auch eine kartellrechtliche Problematik. Bei einer Übertragung des Fahrzeugs muss eine Übertragung des Batteriemietvertrags erfolgen. Renault verlangt dafür in der Schweiz *keine Gebühr*, was angesichts der Selbstverständlichkeit des Vorgangs AGB-spezifisch³⁵ und angesichts des zwingenden Art. 264 OR³⁶ richtig ist.³⁷ Beim Direkt- oder Parallelimport eines im Ausland gekauften Zoé kostet die Umschreibung hingegen gemäss Tages-Anzeiger Fr. 1'500.³⁸ Ob dies aktuell noch der Fall ist, konnte uns kein Renault-Händler sagen. Die Situation der Parallelimporteure ist im Vergleich zu den offiziellen Händlern tatsächlich beneidenswert: *Einerseits* können sie eine Subvention vom französischen Staat von € 7'000 pro elektrisches Fahrzeug einstreichen, *andererseits* die Schweizer CO₂-Steuer für andere direktimportierte Luxusfahrzeuge niedrig halten, da eine Mischrechnung erfolgt.³⁹ Doch rechtfertigt dies die hohe Umschreibgebühr? Der Verdacht liegt nahe, dass damit Direkt- und Parallelimporte verhindert werden sollen, was sie in die Nähe des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG bringt.

schliessen, vorbehaltlich dass sämtlich dafür nötigen Angaben des neuen Mieters vorliegen; diese Angaben sind (...).“; noch deutlicher steht der Verzicht auf die Solvenzprüfung im deutschen Batteriemietvertrag (Art. XIV, Ziff. 2).

³³ HUCKO (Fn 2).

³⁴ Dazu ausführlich ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 203 f.

³⁵ Dazu ARNOLD F. RUSCH, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff.

³⁶ Vgl. Urteil Tribunal des baux et loyers, Genf, 31.8.2005, in mp 2006, 206 f., 207: „Die von zahlreichen Liegenschaftsverwaltungen verlangten Unkostenbeiträge bei vorzeitiger Kündigung widersprechen dem relativ zwingenden Charakter von Art. 264 OR (...).“; die Ähnlichkeit besteht auch zu Art. 263 OR, der ebenfalls zwingender Natur ist, vgl. ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, OR 263 N 8.

³⁷ In Deutschland kostet die Umschreibung auf den neuen Batteriemietler € 85.

³⁸ REGENASS (Fn. 1).

³⁹ ROMEO REGENASS, 11'000 Franken Importbusse für diesen Cadillac – oder ein Trick hilft, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/11-000-Franken-Importbusse-fuer-diesen-Cadillac--oder-ein-Trick-hilft/story/14839577/print.html> (22.2.2014).

10 Der relevante Markt definiert sich als „*Umschreibung des Batteriemietvertrags mit Renault*“.⁴⁰ Nur Renault als Vermieterin kann den Vertrag umschreiben. Die Batterie ist im Fahrzeug des Käufers verbaut. Passende Batterien von Drittanbietern gibt es nicht. Der Käufer des Fahrzeugs ist darauf angewiesen, dass er der neue Mieter der Batterie werden kann, ohne die das Fahrzeug nicht funktioniert. Für diesen Markt ist Renault marktbeherrschend. Besteht die Leistung von Renault einzig in der Anpassung bzw. der Ersetzung des Vertrags, so erscheint die Gebühr von Fr. 1'500 als unangemessen hoch. Der Wert der Dienstleistung jedenfalls entspricht diesem Preis in keiner Weise.

11 Die Wettbewerbskommission kam in einem Gutachten angeblich zum Schluss, Renault erbringe „*Aufklärungs- und Instruktionsarbeit*“ und eine „*relativ aufwendige Umschreibung des Vertrags in den schweizerischen Rechtskreis*“, weshalb die Gebühr nicht unangemessen sei.⁴¹ Der betroffene Importeur klagte dennoch. Aufgrund des hängigen Verfahrens konnten wir die Dokumente zwar nicht einsehen und überprüfen. Angesichts des bereits existierenden Schweizer Vertrags samt AGB und dessen mehrfacher Verwendbarkeit können wir die vorgebrachten Argumente aber nicht glauben. Die Aufklärungs- und Instruktionsarbeit müsste wohl auch bei einem lediglich inländischen Halterwechsel erfolgen – der kostet aber nichts und in Deutschland moderate € 85. Dabei zeigen sich eindeutige Parallelen zu *älteren, lehrbuchartigen Kartellrechtsfällen der Autobranche*: In der EU musste in den 70er und 80er Jahren für jedes fabrikneue Fahrzeug eine vom Hersteller ausgestellte *Übereinstimmungsbescheinigung* eingereicht werden. Darin hielt der Hersteller fest, dass das Fahrzeug mit den in der Betriebserlaubnis enthaltenen Angaben übereinstimmt. Die Autohersteller British Leyland und General Motors verlangten bei Parallelimporten für diese Bescheinigung einen missbräuchlich überhöhten Preis,⁴² den sie zurücknehmen mussten. Auch im vorliegenden Fall drängen sich eine markante Reduktion oder die Gleichsetzung mit der Kostenlosigkeit des gewöhnlichen Mieterwechsels auf.

IV. Schlusswort

12 Die drei eingangs gestellten Fragen lassen sich leicht beantworten. Die Information zur Datensammlung und -weitergabe geht noch in Ordnung, lässt aber Verbesserungen als wünschbar erscheinen. Die Fernabschaltung lässt sich nicht heilen, ebenso wenig die zu hohe Umschreibgebühr. Mit diesen drei Änderungen könnte der Zoé nicht nur als ökologischer Sieger, sondern auch als juristischer Musterknabe glänzen!

⁴⁰ Vgl. die entsprechende Überlegung in EuGH, Urteil vom 13.11.1975 i.S. General Motors Continental NV, 26/75, SLG 1975, 1367 ff., 1371.

⁴¹ REGENASS (Fn. 1).

⁴² EuGH, Urteil vom 11.11.1986 - C-J022/84 i.S. British Leyland (£ 150, was 1983 Fr. 460 entsprach) und EuGH, Urteil vom 13.11.1975 i.S. General Motors Continental NV, 26/75, SLG 1975, 1367 ff.; vgl. dazu MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, KG 7 N 269.