

# TE OGH 2003/6/25 3Ob141/03m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.06.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\* reg GenmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Stefan Traxler, Rechtsanwalt in Mödling, wider die beklagte Partei Mag. Kurt K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwalt in Wien, wegen 21.801,85 EUR sA infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 20. Februar 2003, GZ 13 R 120/02s-19, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 29. März 2002, GZ 16 Cg 104/01z-15, bestätigt wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.189,44 EUR (darin 198,24 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der beklagte Steuerberater war bis Mai 2000 der einzige Gesellschafter einer am 19. Februar 1999 gegründeten GmbH. Im Juli 1999 war das Gesellschaftskonto bei der klagenden Partei mit rund 500.000 S = 36.336,42 EUR überzogen. Die Gesellschaft hatte darüberhinaus einen weiteren Geldbedarf von 300.000 S = 21.801,85 EUR. Deshalb gewährte ihr die klagende Bank am 15. Juli 1999 einen Kredit über 800.000 S = 58.138,27 EUR. Zu dessen Besicherung - bis zum Höchstbetrag von 300.000 S = 21.801,85 EUR - übernahm der Beklagte gemäß § 1357 ABGB die Haftung als Bürge und Zahler zur ungeteilten Hand. Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags hat auszugsweise folgenden Wortlaut: Der beklagte Steuerberater war bis Mai 2000 der einzige Gesellschafter einer am 19. Februar 1999 gegründeten GmbH. Im Juli 1999 war das Gesellschaftskonto bei der klagenden Partei mit rund 500.000 S = 36.336,42 EUR überzogen. Die Gesellschaft hatte darüberhinaus einen weiteren Geldbedarf von 300.000 S = 21.801,85 EUR. Deshalb gewährte ihr die klagende Bank am 15. Juli 1999 einen Kredit über 800.000 S = 58.138,27 EUR. Zu dessen Besicherung - bis zum Höchstbetrag von 300.000 S = 21.801,85 EUR - übernahm der Beklagte gemäß Paragraph 1357, ABGB die Haftung als Bürge und Zahler zur ungeteilten Hand. Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Der Bürge verzichtet ferner, soweit gesetzlich zulässig, auf die Geltendmachung der ihm als Bürge nach dem Gesetz gegebenen Einreden und auf die Einrede der Aufrechnung. ... ."

Mit Beschluss vom 6. April 2001 wurde über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet. Die klagende Partei meldete die damals noch offene Kreditforderung von 329.077,40 S = 23.914,99 EUR als Konkursforderung an.

Die klagende Partei begehrte den Zuspruch von 21.801,85 EUR sA. Sie brachte vor, der Beklagte hafte für die Kreditverbindlichkeit der Gesellschaft als Bürge und Zahler. Nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags habe er auf die Aufrechnung mit Gegenforderungen verzichtet. Sie - die klagende Partei - habe ihre Verpflichtungen als Kreditgläubigerin gemäß § 1364 ABGB nicht verletzt. Die klagende Partei begehrte den Zuspruch von 21.801,85 EUR sA. Sie brachte vor, der Beklagte hafte für die Kreditverbindlichkeit der Gesellschaft als Bürge und Zahler. Nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags habe er auf die Aufrechnung mit Gegenforderungen verzichtet. Sie - die klagende Partei - habe ihre Verpflichtungen als Kreditgläubigerin gemäß Paragraph 1364, ABGB nicht verletzt.

Der Beklagte wendete ein, immer nur als Treuhänder Gesellschafter der GmbH gewesen zu sein (ON 13 S 2). Die klagende Partei habe die gemäß § 1364 letzter Satz ABGB zu beachtenden Sorgfaltspflichten verletzt. Er habe deshalb einen Schaden zumindest in Höhe des Klageanspruchs erlitten. Dieser Betrag werde aufrechnungsweise eingewendet. Der Verzicht auf die Aufrechnungseinrede sei "nicht extra ausgehandelt worden" und "widerspreche § 879 ABGB sowie § 864a ABGB". Der Beklagte wendete ein, immer nur als Treuhänder Gesellschafter der GmbH gewesen zu sein (ON 13 S 2). Die klagende Partei habe die gemäß Paragraph 1364, letzter Satz ABGB zu beachtenden Sorgfaltspflichten verletzt. Er habe deshalb einen Schaden zumindest in Höhe des Klageanspruchs erlitten. Dieser Betrag werde aufrechnungsweise eingewendet. Der Verzicht auf die Aufrechnungseinrede sei "nicht extra ausgehandelt worden" und "widerspreche Paragraph 879, ABGB sowie Paragraph 864 a, ABGB".

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und wies die Aufrechnungseinrede der Sache nach ab.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil - abgesehen von der Abweisung eines Teils des Zinsenbegehrens - und sprach aus, dass die Revision zulässig sei. Nach dessen Ansicht sei der Aufrechnungsverzicht nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags Vertragsbestandteil, weil es sich dabei nicht um eine "in einem Vertragsformblatt 'versteckte' Einzelbestimmung" handle. Vertragliche Aufrechnungsverbote seien grundsätzlich nicht sittenwidrig, soweit die Gegenforderung gesondert geltend gemacht werden könne. Nur im Verhältnis zu Verbrauchern sei ein vertragliches Aufrechnungsverbot gemäß § 6 Abs 1 Z 8 KSchG ua bei Konnexität der Gegenforderung nichtig. Bei solchen Verträgen schränke das typische Übergewicht des Unternehmers die Freiheit der Willensbildung des Verbrauchers ein. Die Bestimmungen des § 6 Abs 1 KSchG seien bei Vorliegen einer Ungleichgewichtslage ähnlich der zwischen Unternehmern und Verbrauchern auch außerhalb von Verbraucherverträgen analogiefähig. An einer solchen Ungleichgewichtslage mangle es im Anlassfall. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot, das auch konnexe Gegenforderungen erfasse, habe in Ermangelung des Vorliegens der erwähnten Ungleichgewichtslage "aus der Sicht des Aufrechnungswilligen weniger Gewicht" als die anderen Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG. Andernfalls genüge schon die bloße Behauptung einer konnexen Gegenforderung, "um eine Zahlungspflicht beträchtlich hinauszuzögern". Es sei daher "außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG ... nicht gröblich benachteiligend, wenn ein Vertragspartner die strittige Gegenforderung gegenüber der kreditgebenden Bank, bei der keine Liquiditätsschwierigkeiten zu erwarten" seien, "gesondert geltend machen" müsse. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil - abgesehen von der Abweisung eines Teils des Zinsenbegehrens - und sprach aus, dass die Revision zulässig sei. Nach dessen Ansicht sei der Aufrechnungsverzicht nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags Vertragsbestandteil, weil es sich dabei nicht um eine "in einem Vertragsformblatt 'versteckte' Einzelbestimmung" handle. Vertragliche Aufrechnungsverbote seien grundsätzlich nicht sittenwidrig, soweit die Gegenforderung gesondert geltend gemacht werden könne. Nur im Verhältnis zu Verbrauchern sei ein vertragliches Aufrechnungsverbot gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG ua bei Konnexität der Gegenforderung nichtig. Bei solchen Verträgen schränke das typische Übergewicht des Unternehmers die Freiheit der Willensbildung des Verbrauchers ein. Die Bestimmungen des Paragraph 6, Absatz eins, KSchG seien bei Vorliegen einer Ungleichgewichtslage ähnlich der zwischen Unternehmern und Verbrauchern auch außerhalb von Verbraucherverträgen analogiefähig. An einer solchen Ungleichgewichtslage mangle es im Anlassfall. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot, das auch konnexe Gegenforderungen erfasse, habe in Ermangelung des Vorliegens der erwähnten Ungleichgewichtslage "aus der Sicht des Aufrechnungswilligen weniger Gewicht" als die anderen Tatbestandsmerkmale des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG. Andernfalls genüge schon die bloße Behauptung einer konnexen Gegenforderung, "um eine Zahlungspflicht beträchtlich hinauszuzögern". Es sei daher "außerhalb des

Anwendungsbereichs des KSchG ... nicht gröblich benachteiligend, wenn ein Vertragspartner die strittige Gegenforderung gegenüber der kreditgebenden Bank, bei der keine Liquiditätsschwierigkeiten zu erwarten" seien, "gesondert geltend machen" müsse.

Die Revision sei zulässig. Es fehle an einer gesicherten höchstgerichtlichen Rsp zur Frage, "ob außerhalb des Verbrauchervertrags" ein in AGB oder Vertragsformblättern formulierter einseitiger Aufrechnungsverzicht für connexe Gegenforderungen gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei. Die Revision sei zulässig. Es fehle an einer gesicherten höchstgerichtlichen Rsp zur Frage, "ob außerhalb des Verbrauchervertrags" ein in AGB oder Vertragsformblättern formulierter einseitiger Aufrechnungsverzicht für connexe Gegenforderungen gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist unzulässig.

#### 1. Rechtsprechung - vertragliches Aufrechnungsverbot

Der Oberste Gerichtshof hatte in der Entscheidung 7 Ob 105/99p das im Rahmen einer Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmern vereinbarte Aufrechnungsverbot zu beurteilen. Er gelangte dort zum Ergebnis, bei Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers sowie nach Anerkennung oder rechtskräftiger Feststellung allfälliger Gegenforderungen habe - ungeachtet eines an sich gültig vereinbarten Aufrechnungsverbots - schon bisher aufgerechnet werden können. Infolge der § 6 Abs 1 Z 8 KSchG tragenden Absicht des Gesetzgebers sei ferner der als unbillig angesehene Ausschluss der Aufrechnung für Gegenforderungen, die dem Verbraucher "im Zusammenhang mit demselben Vertrag" zustünden, unzulässig. Diese Regelung beruhe darauf, dass beim Verbrauchervertrag die übermächtige Position des Unternehmers typischerweise die Freiheit der Willensbildung des Verbrauchers beeinträchtige. Deshalb habe der Gesetzgeber bestimmte Vertragsklauseln ohne das Erfordernis einer weiteren Interessenabwägungen für ungültig erklärt. Dem § 6 Abs 1 KSchG komme auch über den Anwendungsbereich der Verbraucherverträge hinaus Bedeutung zu, weil diese Regelung erkennen lasse, welche Vertragsklauseln der Gesetzgeber für ungültig halte, wenn einander ungleich starke Vertragspartner gegenüberstünden. Die für einseitige Aufrechnungsausschlussklauseln vorgeschlagene generelle Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG gehe jedoch - als dem Gedanken der Privatautonomie zu wenig Rechnung tragend - zu weit. Deren analoge Heranziehung sei nur bei Vorliegen einer vom Gesetz "typisiert vorausgesetzten Ungleichgewichtslage" geboten. "Beachtenswert" sei "daher die Ansicht Dullingers (Handbuch der Aufrechnung 142 f)", der § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sei analog anzuwenden, wenn "es sich um einseitige Aufrechnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eben um eine Ungleichgewichtslage ähnlich der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher" handle. Der Oberste Gerichtshof hatte in der Entscheidung 7 Ob 105/99p das im Rahmen einer Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmern vereinbarte Aufrechnungsverbot zu beurteilen. Er gelangte dort zum Ergebnis, bei Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers sowie nach Anerkennung oder rechtskräftiger Feststellung allfälliger Gegenforderungen habe - ungeachtet eines an sich gültig vereinbarten Aufrechnungsverbots - schon bisher aufgerechnet werden können. Infolge der Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG tragenden Absicht des Gesetzgebers sei ferner der als unbillig angesehene Ausschluss der Aufrechnung für Gegenforderungen, die dem Verbraucher "im Zusammenhang mit demselben Vertrag" zustünden, unzulässig. Diese Regelung beruhe darauf, dass beim Verbrauchervertrag die übermächtige Position des Unternehmers typischerweise die Freiheit der Willensbildung des Verbrauchers beeinträchtige. Deshalb habe der Gesetzgeber bestimmte Vertragsklauseln ohne das Erfordernis einer weiteren Interessenabwägungen für ungültig erklärt. Dem Paragraph 6, Absatz eins, KSchG komme auch über den Anwendungsbereich der Verbraucherverträge hinaus Bedeutung zu, weil diese Regelung erkennen lasse, welche Vertragsklauseln der Gesetzgeber für ungültig halte, wenn einander ungleich starke Vertragspartner gegenüberstünden. Die für einseitige Aufrechnungsausschlussklauseln vorgeschlagene generelle Anwendung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG gehe jedoch - als dem Gedanken der Privatautonomie zu wenig Rechnung tragend - zu weit. Deren analoge Heranziehung sei nur bei Vorliegen einer vom Gesetz "typisiert vorausgesetzten Ungleichgewichtslage" geboten. "Beachtenswert" sei "daher die Ansicht Dullingers (Handbuch der Aufrechnung 142 f)", der Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG sei analog anzuwenden, wenn "es sich um einseitige Aufrechnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eben um eine Ungleichgewichtslage ähnlich der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher" handle.

In der folgenden Entscheidung 7 Ob 265/01y wurde betont, auf die vom Beklagten aufrechnungsweise eingewendete

Gegenforderung sei im zweiten Rechtsgang wegen eines umfassenden Kompensationsverbots nach Punkt V letzter Satz des maßgebenden Vertrags zwischen den Streitparteien als Unternehmer nicht Bedacht zu nehmen. Der Ausschluss der Aufrechnung könne im Rahmen der Privatautonomie gültig vereinbart werden. Das entsprechende Lehre und Rsp. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege nicht vor, weil der Beklagte die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung ohnehin im Weg der Klage- oder Widerklage geltend machen könne. Diese Gegenforderung (Umsatzverluste) war mit der Klageforderung offenkundig rechtlich konnex. Die klagende Partei jenes Verfahrens hatte jedoch keine marktbeherrschende Stellung, weil sie insgesamt lediglich 15 Tankstellen belieferte, während große Treibstoffunternehmen in Österreich rund 300 Tankstellen betrieben. In der folgenden Entscheidung 7 Ob 265/01y wurde betont, auf die vom Beklagten aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung sei im zweiten Rechtsgang wegen eines umfassenden Kompensationsverbots nach Punkt römisch fünf letzter Satz des maßgebenden Vertrags zwischen den Streitparteien als Unternehmer nicht Bedacht zu nehmen. Der Ausschluss der Aufrechnung könne im Rahmen der Privatautonomie gültig vereinbart werden. Das entsprechende Lehre und Rsp. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege nicht vor, weil der Beklagte die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung ohnehin im Weg der Klage- oder Widerklage geltend machen könne. Diese Gegenforderung (Umsatzverluste) war mit der Klageforderung offenkundig rechtlich konnex. Die klagende Partei jenes Verfahrens hatte jedoch keine marktbeherrschende Stellung, weil sie insgesamt lediglich 15 Tankstellen belieferte, während große Treibstoffunternehmen in Österreich rund 300 Tankstellen betrieben.

Schließlich erkannte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 187/02g zu § 35 Abs 1 erster Satz KartG idF KartGNov 2002 BGBl I 2002/62: Diese Bestimmung habe - auch schon vor der zitierten Novelle - zu den gesetzlichen Vorschriften gezählt, die dem Schutz vor Benachteiligungen durch den Missbrauch von Übermacht dienen. Deren Übertretung ziehe die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts gem § 879 Abs 1 ABGB wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach sich. Ein solcher Missbrauch könne insbesondere in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen liegen. Die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots sei nach Lehre und Rsp grundsätzlich gültig und daher gewöhnlich kein Verstoß gegen die guten Sitten, weil der Beklagte Gegenforderungen im Weg der Klage oder Widerklage abgesondert geltend machen könne. Die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots durch ein marktbeherrschendes Unternehmen könne jedoch iSd § 35 KartG insofern "marktmissbräuchlich" sein, als auf den von einem Monopolisten oder von Oligopolisten beherrschten Märkten die wirtschaftliche Ausbeutung der Marktgegenseite verhindert werden solle. Bei Beantwortung der Frage nach der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung seien die einander widerstreitenden Interessen sorgfältig abzuwägen. Geschäftsbedingungen würden regelmäßig dann missbilligt, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäfts einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange gegen eine wirtschaftliche Ausbeutung in Konflikt geraten. Auch nach Art 82 EG gälten ähnliche Maßstäbe. Eine marktbeherrschende Stellung werde jedenfalls dann missbraucht, wenn die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig seien. Die Angemessenheit von Geschäftsbedingungen werde regelmäßig unter Abwägung der Interessen der Beteiligten im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beurteilt. Dieser Grundsatz verbiete einem Marktbeherrscher nicht nur die Verfolgung eines sonst legitimen unternehmerischen Ziels mit unlauteren Mitteln, sondern auch alles, was den Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mehr als erforderlich einschränke. Beim Aufrechnungsverbot sei das berechtigte Interesse des Begünstigten, sein eigenes Recht rasch und ohne die durch die Einwendung von Gegenforderungen bewirkte Verzögerung durchzusetzen, den Nachteilen, die eine solche Klausel für den Belasteten mit sich bringe, gegenüberzustellen. Der Belastete erlange für die Gegenforderungen nicht schon mit Abgabe der Aufrechnungserklärung - rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintretens der Aufrechnungslage - Befriedigung, sondern müsse eine Verzögerung durch die selbständige Verfolgung seiner Ansprüche bis zu deren Hereinbringung in Kauf nehmen. Er trage allerdings nicht das Illiquiditätsrisiko des Gläubigers, soweit seine Forderungen insgesamt nicht höher als die letzterem gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten seien, weil sich ein vereinbartes Aufrechnungsverbot nicht auf den Insolvenzfall des Gläubigers erstrecke. Insofern verliere der Belastete wegen des Verbots bloß die mit der Aufrechnung verbundene Verrechnungsmöglichkeit, wodurch er einen Liquiditätsverlust bis zur Einbringlichmachung seiner eigenen Forderungen erleide. Bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung werde er des Verteidigungsmittels der prozessualen Aufrechnungseinrede beraubt und in die Klägerrolle gedrängt. Insofern sei eine unbillige Einschränkung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen durch ein auch rechtlich konnexes Gegenforderungen erfassendes Verbot der Aufrechnung zu erblicken.

Eine vergleichbare Wertung liege im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern auch dem § 6 Abs 1 Z 8 KSchG zugrunde. Ein vom Marktbeherrscher gegenüber seinen Vertragspartnern erzwungenes vertragliches Aufrechnungsverbot sei somit jedenfalls insoweit missbräuchlich iSd § 35 Abs 1 Z 1 KartG und daher nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig, als es sich auf Gegenforderungen beziehe, die mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers im rechtlichen Zusammenhang stünden. Schließlich erkannte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 187/02g zu Paragraph 35, Absatz eins, erster Satz KartG in der Fassung KartG Nov 2002 BGBl römisch eins 2002/62: Diese Bestimmung habe - auch schon vor der zitierten Novelle - zu den gesetzlichen Vorschriften gezählt, die dem Schutz vor Benachteiligungen durch den Missbrauch von Übermacht dienen. Deren Übertretung ziehe die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts gem Paragraph 879, Absatz eins, ABGB wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach sich. Ein solcher Missbrauch könne insbesondere in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen liegen. Die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots sei nach Lehre und Rsp grundsätzlich gültig und daher gewöhnlich kein Verstoß gegen die guten Sitten, weil der Beklagte Gegenforderungen im Weg der Klage oder Widerklage abgesondert geltend machen könne. Die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots durch ein marktbeherrschendes Unternehmen könne jedoch iSd Paragraph 35, KartG insofern "marktmissbräuchlich" sein, als auf den von einem Monopolisten oder von Oligopolisten beherrschten Märkten die wirtschaftliche Ausbeutung der Marktgegenseite verhindert werden solle. Bei Beantwortung der Frage nach der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung seien die einander widerstreitenden Interessen sorgfältig abzuwägen. Geschäftsbedingungen würden regelmäßig dann missbilligt, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäfts einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange gegen eine wirtschaftliche Ausbeutung in Konflikt geraten. Auch nach Artikel 82, EG gälten ähnliche Maßstäbe. Eine marktbeherrschende Stellung werde jedenfalls dann missbraucht, wenn die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig seien. Die Angemessenheit von Geschäftsbedingungen werde regelmäßig unter Abwägung der Interessen der Beteiligten im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beurteilt. Dieser Grundsatz verbiete einem Marktbeherrscher nicht nur die Verfolgung eines sonst legitimen unternehmerischen Ziels mit unlauteren Mitteln, sondern auch alles, was den Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mehr als erforderlich einschränke. Beim Aufrechnungsverbot sei das berechnete Interesse des Begünstigten, sein eigenes Recht rasch und ohne die durch die Einwendung von Gegenforderungen bewirkte Verzögerung durchzusetzen, den Nachteilen, die eine solche Klausel für den Belasteten mit sich bringe, gegenüberzustellen. Der Belastete erlange für die Gegenforderungen nicht schon mit Abgabe der Aufrechnungserklärung - rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintretens der Aufrechnungslage - Befriedigung, sondern müsse eine Verzögerung durch die selbständige Verfolgung seiner Ansprüche bis zu deren Hereinbringung in Kauf nehmen. Er trage allerdings nicht das Illiquiditätsrisiko des Gläubigers, soweit seine Forderungen insgesamt nicht höher als die letzterem gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten seien, weil sich ein vereinbartes Aufrechnungsverbot nicht auf den Insolvenzfall des Gläubigers erstrecke. Insoweit verliere der Belastete wegen des Verbots bloß die mit der Aufrechnung verbundene Verrechnungsmöglichkeit, wodurch er einen Liquiditätsverlust bis zur Einbringlichmachung seiner eigenen Forderungen erleide. Bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung werde er des Verteidigungsmittels der prozessualen Aufrechnungseinrede beraubt und in die Klägerrolle gedrängt. Insofern sei eine unbillige Einschränkung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen durch ein auch rechtlich konnexes Gegenforderungen erfassendes Verbot der Aufrechnung zu erblicken. Eine vergleichbare Wertung liege im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern auch dem Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG zugrunde. Ein vom Marktbeherrscher gegenüber seinen Vertragspartnern erzwungenes vertragliches Aufrechnungsverbot sei somit jedenfalls insoweit missbräuchlich iSd Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, KartG und daher nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB nichtig, als es sich auf Gegenforderungen beziehe, die mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers im rechtlichen Zusammenhang stünden.

In der Entscheidung 2 Ob 43/03t erklärte der Oberste Gerichtshof jüngst ein vertragliches Aufrechnungsverbot nach AGB, das auch rechtlich konnexes Gegenforderungen erfasste, im Verhältnis zwischen Unternehmen als rechtswirksam, obgleich der Beklagte jenes Verfahrens einen mit der Klageforderung offenkundig rechtlich konnexen Schadenersatzanspruch aus der mangelnden Zurückstellung von Filmen und Druckunterlagen aufrechnungsweise eingewendet hatte.

Bereits in der Entscheidung 8 Ob 111/00g wurde unter Billigung der Ausführungen des Berufungsgerichts ferner festgehalten, ein Aufrechnungsverbot für strittige Forderungen eines Bankkunden sei grundsätzlich nicht grüblich

benachteiligend, weil die Gefahr bestehe, dass der Kunde die Zahlungsverpflichtung bei Zahlungsschwierigkeiten durch die unberechtigte Behauptung von Gegenforderungen bestreite und die Bank dann schließlich nach einem langwierigen Prozess im Fall einer (nunmehrigen) Vermögenslosigkeit des Unternehmers als Kunden - dort ein Rechtsanwalt - leer ausgehen könne, was umgekehrt dem Kunden bei von der Bank aufgerechneten Gegenforderungen kaum drohe. Den Gründen dieser Entscheidung ist allerdings nicht entnehmbar, ob die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung mit der Klageforderung rechtlich konnex war.

## 2. Wertung der Rechtsprechung

Nach den Gründen der Entscheidung<sup>4</sup> Ob 187/02g folgte die dort erörterte Unwirksamkeit eines im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern vereinbarten Kompensationsverbots für rechtlich konnexe Gegenforderungen nicht schon aus allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Erwägungen, nach denen ein solches Verbot jedenfalls nicht gültig vereinbart werden könnte, sondern es bedurfte für das Nichtigkeitsurteil eines aus der konkreten Unternehmerbeziehung ableitbaren Plus. Dieses wurde in der Ausbeutung der wirtschaftlichen Interessen des anderen Unternehmers durch einen marktbeherrschenden Vertragspartner gesehen. Erst dessen Marktmacht, die ihm jedenfalls die Durchsetzung eines vertraglichen Aufrechnungsverbots auch für rechtlich konnexe Gegenforderungen ermögliche, begründe einen Missbrauch der erörterten Marktposition.

Nach den Implikationen dieser Entscheidung fehlt es an der typischen Einengung der Willensfreiheit des wirtschaftlich an sich schwächeren Teils im Vorfeld eines Vertragsabschlusses, wenn dieser Unternehmer bei der Gestaltung seiner geschäftlichen Beziehungen einem breiteren Spektrum an möglichen Vertragspartnern gegenübersteht und demnach auch mit einem Marktteilnehmer kontrahieren könnte, der bereit wäre, Geschäftsbeziehungen etwa auch ohne die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots für rechtlich konnexe Gegenforderungen aufzunehmen. Dann bedarf ein Unternehmer bei seinem Agieren auf dem Markt nach Grundsätzen der Vertragsfreiheit insoweit keines durch die Rechtsordnung im Vorhinein typisierten, die Vertragsfreiheit einengenden Schutzes, ermöglichen ihm doch die auf dem Markt zugänglichen Alternativen eine Abwägung, ob und bejahendenfalls wie weit er ein seinen privatrechtlichen Handlungsspielraum einengendes vertragliches Aufrechnungsverbot akzeptieren will, um sein spezifisches unternehmerisches Interesse so rasch wie möglich zu realisieren. Unter solchen Voraussetzungen kann der Unternehmer nach den jeweiligen Marktverhältnissen selbst beurteilen, ob er einen größeren privatrechtlichen und prozessualen Handlungsspielraum nach dem Vertragsabschluss mangels Vereinbarung des einen oder anderen Aufrechnungsverbots einem in anderen Punkten allenfalls günstigeren Anbot eines anderen Anbieters, der nur auf dem Boden eines umfassenden Aufrechnungsverbots zu kontrahieren bereit ist, vorziehen will. Soweit in der Entscheidung<sup>7</sup> Ob 105/99p obiter anklang, einseitige Aufrechnungsverbote in AGB für rechtlich konnexe Gegenforderungen im Verhältnis zwischen Unternehmern könnten in analoger Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG rechtsunwirksam sein, wurde dieser rein schematische Gesichtspunkt in der späteren Rsp des Obersten Gerichtshofs nicht aufgegriffen. Das indiziert die Entscheidung<sup>4</sup> Ob 187/02g, deren Gegenstand die Beurteilung eines in das Vertragsverhältnis einbezogenen Aufrechnungsverbots nach AGB ist. In der Entscheidung<sup>2</sup> Ob 43/03t, der gleichfalls ein durch die Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis vereinbartes Aufrechnungsverbot zugrunde liegt, wird das in der Entscheidung<sup>7</sup> Ob 105/99p obiter angesprochene Thema nicht mehr erwähnt. Das dürfte auf Erwägungen beruhen, wie sie zuvor für die Aufrechterhaltung der Vertragsfreiheit im Fall der Vereinbarung von Aufrechnungsverboten ins Treffen geführt wurden. Nach den Implikationen dieser Entscheidung fehlt es an der typischen Einengung der Willensfreiheit des wirtschaftlich an sich schwächeren Teils im Vorfeld eines Vertragsabschlusses, wenn dieser Unternehmer bei der Gestaltung seiner geschäftlichen Beziehungen einem breiteren Spektrum an möglichen Vertragspartnern gegenübersteht und demnach auch mit einem Marktteilnehmer kontrahieren könnte, der bereit wäre, Geschäftsbeziehungen etwa auch ohne die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots für rechtlich konnexe Gegenforderungen aufzunehmen. Dann bedarf ein Unternehmer bei seinem Agieren auf dem Markt nach Grundsätzen der Vertragsfreiheit insoweit keines durch die Rechtsordnung im Vorhinein typisierten, die Vertragsfreiheit einengenden Schutzes, ermöglichen ihm doch die auf dem Markt zugänglichen Alternativen eine Abwägung, ob und bejahendenfalls wie weit er ein seinen privatrechtlichen Handlungsspielraum einengendes vertragliches Aufrechnungsverbot akzeptieren will, um sein spezifisches unternehmerisches Interesse so rasch wie möglich zu realisieren. Unter solchen Voraussetzungen kann der Unternehmer nach den jeweiligen Marktverhältnissen selbst beurteilen, ob er einen größeren privatrechtlichen und prozessualen Handlungsspielraum nach dem Vertragsabschluss mangels Vereinbarung des einen oder anderen

Aufrechnungsverbot einem in anderen Punkten allenfalls günstigeren Anbot eines anderen Anbieters, der nur auf dem Boden eines umfassenden Aufrechnungsverbot zu kontrahieren bereit ist, vorziehen will. Soweit in der Entscheidung 7 Ob 105/99p obiter anklang, einseitige Aufrechnungsverbote in AGB für rechtlich konnexe Gegenforderungen im Verhältnis zwischen Unternehmern könnten in analoger Anwendung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG rechtsunwirksam sein, wurde dieser rein schematische Gesichtspunkt in der späteren Rsp des Obersten Gerichtshofs nicht aufgegriffen. Das indiziert die Entscheidung 4 Ob 187/02g, deren Gegenstand die Beurteilung eines in das Vertragsverhältnis einbezogenen Aufrechnungsverbot nach AGB ist. In der Entscheidung 2 Ob 43/03t, der gleichfalls ein durch die Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis vereinbartes Aufrechnungsverbot zugrunde liegt, wird das in der Entscheidung 7 Ob 105/99p obiter angesprochene Thema nicht mehr erwähnt. Das dürfte auf Erwägungen beruhen, wie sie zuvor für die Aufrechterhaltung der Vertragsfreiheit im Fall der Vereinbarung von Aufrechnungsverboten ins Treffen geführt wurden.

### 3. Rechtsfolgen im Anlassfall

3. 1. Der Beklagte brachte vor, - offenkundig im Rahmen seiner Berufstätigkeit als Steuerberater - als Treuhänder (zunächst) Alleingesellschafter der Hauptschuldnerin gewesen zu sein. Das impliziert, dass er auch den hier maßgebenden Bürgschaftsvertrag im Zuge seiner Berufstätigkeit als Unternehmer abschloss. Wohl deshalb, aber auch wegen seiner ehemaligen Stellung als Alleingesellschafter (siehe RIS-Justiz RS0116313) beruft sich der Beklagte (auch) in der Revision nicht darauf, als Verbraucher gehandelt zu haben. Eine direkte Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG auf das Aufrechnungsverbot nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags der Streitparteien scheidet somit aus. Dieses Verbot enthält ein vom Beklagten unterfertigtes Vertragsformblatt der klagenden Partei (Beilage D). Dass allein dieser schematische Gesichtspunkt für eine analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG auf das Vertragsverhältnis von Unternehmern nicht ausreicht, entspricht - nach den Ausführungen unter 2. - der bisherigen Rsp des Obersten Gerichtshofs. Klauseln in Vertragsformblättern sind grundsätzlich verhandelbar. Der Beklagte behauptete in erster Instanz nicht, die klagende Partei habe als Kreditanbieterin eine marktbeherrschende Stellung gehabt. Er brachte auch nicht vor, dass für die Hauptschuldnerin und für ihn als solidarisch haftenden Bürgen und Zahler nach den Marktverhältnissen keine Bank als Kreditanbieterin innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu finden gewesen wäre, die ohne ein umfassendes - also auch rechtlich konnexe Gegenforderungen erfassendes - Aufrechnungsverbot zu kontrahieren bereit gewesen wäre. Nach allen bisherigen Erwägungen ist demnach - entgegen der Ansicht des Beklagten - nicht erkennbar, weshalb bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags eine Ungleichgewichtslage geherrscht haben soll, die im Licht der eingangs erläuterten Rsp des Obersten Gerichtshofs eine analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG erzwingt. Der Beklagte vermag solche Gründe - unter dem Eindruck der Entscheidung 4 Ob 187/02g - auch in der Revision nicht aufzuzeigen. Er beschränkt sich vielmehr auf die bloß allgemein formulierte Behauptung, die klagende Partei habe als Bank eine "strukturell ungleich größere Verhandlungsstärke" gehabt und habe "die vertraglichen Regeln faktisch einseitig setzen" können.

3. 1. Der Beklagte brachte vor, - offenkundig im Rahmen seiner Berufstätigkeit als Steuerberater - als Treuhänder (zunächst) Alleingesellschafter der Hauptschuldnerin gewesen zu sein. Das impliziert, dass er auch den hier maßgebenden Bürgschaftsvertrag im Zuge seiner Berufstätigkeit als Unternehmer abschloss. Wohl deshalb, aber auch wegen seiner ehemaligen Stellung als Alleingesellschafter (siehe RIS-Justiz RS0116313) beruft sich der Beklagte (auch) in der Revision nicht darauf, als Verbraucher gehandelt zu haben. Eine direkte Anwendung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG auf das Aufrechnungsverbot nach Punkt 9. des Bürgschaftsvertrags der Streitparteien scheidet somit aus. Dieses Verbot enthält ein vom Beklagten unterfertigtes Vertragsformblatt der klagenden Partei (Beilage D). Dass allein dieser schematische Gesichtspunkt für eine analoge Anwendung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG auf das Vertragsverhältnis von Unternehmern nicht ausreicht, entspricht - nach den Ausführungen unter 2. - der bisherigen Rsp des Obersten Gerichtshofs. Klauseln in Vertragsformblättern sind grundsätzlich verhandelbar. Der Beklagte behauptete in erster Instanz nicht, die klagende Partei habe als Kreditanbieterin eine marktbeherrschende Stellung gehabt. Er brachte auch nicht vor, dass für die Hauptschuldnerin und für ihn als solidarisch haftenden Bürgen und Zahler nach den Marktverhältnissen keine Bank als Kreditanbieterin innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu finden gewesen wäre, die ohne ein umfassendes - also auch rechtlich konnexe Gegenforderungen erfassendes - Aufrechnungsverbot zu kontrahieren bereit gewesen wäre. Nach allen bisherigen Erwägungen ist demnach - entgegen der Ansicht des Beklagten - nicht erkennbar, weshalb bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags eine Ungleichgewichtslage geherrscht haben soll, die im Licht der eingangs erläuterten Rsp des Obersten Gerichtshofs eine analoge Anwendung des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG erzwingt. Der Beklagte vermag solche Gründe - unter dem Eindruck der Entscheidung 4 Ob 187/02g - auch in der

Revision nicht aufzuzeigen. Er beschränkt sich vielmehr auf die bloß allgemein formulierte Behauptung, die klagende Partei habe als Bank eine "strukturell ungleich größere Verhandlungsstärke" gehabt und habe "die vertraglichen Regeln faktisch einseitig setzen" können.

3. 2. Gemäß § 508a Abs 1 ZPO ist der Oberste Gerichtshof bei Prüfung der Zulässigkeit der Revision an einen Ausspruch des Berufungsgerichts nach § 500 Abs 2 Z 3 ZPO nicht gebunden. Die voranstehenden Ausführungen belegen, dass die Entscheidung nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO abhängt. Die Revision des Beklagten ist somit zurückzuweisen. Dabei kann sich der Oberste Gerichtshof nach § 510 Abs 3 ZPO auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken.3. 2. Gemäß Paragraph 508 a, Absatz eins, ZPO ist der Oberste Gerichtshof bei Prüfung der Zulässigkeit der Revision an einen Ausspruch des Berufungsgerichts nach Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer 3, ZPO nicht gebunden. Die voranstehenden Ausführungen belegen, dass die Entscheidung nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO abhängt. Die Revision des Beklagten ist somit zurückzuweisen. Dabei kann sich der Oberste Gerichtshof nach Paragraph 510, Absatz 3, ZPO auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken.

3. 3. Die klagende Partei wies auf die Unzulässigkeit der Revision hin. Ihr sind deshalb die einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlichen Kosten der Revisionsbeantwortung gemäß § 41 iVm § 50 Abs 1 ZPO zuzuerkennen.3. 3. Die klagende Partei wies auf die Unzulässigkeit der Revision hin. Ihr sind deshalb die einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlichen Kosten der Revisionsbeantwortung gemäß Paragraph 41, in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO zuzuerkennen.

**Textnummer**

E70304

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:00300B00141.03M.0625.000

**Im RIS seit**

25.07.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

02.01.2013

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)