

# TE OGH 2009/2/10 5Ob286/08g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.02.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräätinnen/Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Roch und Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Erwin Bajc, Dr. Peter Zach, Dr. Reinhard Teubl, Rechtsanwälte in Bruck/Mur, gegen die beklagte Partei DI Günter K\*\*\*\*\* GmbH, Hoch-, Tief- und Stahlbetonbau, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Johannes Bruck, Rechtsanwalt in Großenzersdorf, wegen 70.000 EUR über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 27. Oktober 2008, GZ 5 R 176/08d-22, mit dem das Urteil des Landesgerichts Leoben vom 23. Juni 2008, GZ 5 Cg 27/07w-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Klägerin und die Beklagte sind Bauunternehmen.

Für ein Straßenbauvorhaben der Stadtgemeinde M\*\*\*\*\*, für das die Anbotseröffnung am 14. 6. 2004 erfolgte, forderte die Klägerin (als Generalunternehmerin) die Beklagte unter Übersendung eines Leistungsverzeichnisses zur Anbotserstellung auf. Am 1. 4. 2005 erstellte die Beklagte ein Anbot samt einem Begleitschreiben, dem ihre Allgemeinen Bedingungen (AGB) angeschlossen waren.

Am 30. 6. 2005 erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag zur Durchführung der Straßenarbeiten, wobei sich im Auftragsschreiben unter den Titel „Auftragsgrundlagen“ der Beisatz fand, dass die „in Ihren Schriftstücken allfällig abgedruckten ‘Liefer- oder Ausführungsbedingungen’ bzw. sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtsunwirksam sind“.

Der Geschäftsführer der Beklagten nahm in diesem Auftragsschreiben diverse Streichungen und Ergänzungen vor und versah diese mit dem Firmenstempel der Beklagten samt Datum und Unterschrift. Unter anderem strich er den Passus über die Rechtsunwirksamkeit der Liefer- oder Ausführungsbedingungen bzw sonstigen AGB der Beklagten durch.

Dazu vermerkte er handschriftlich: „Bitte um Gegenbestätigung der Korrekturen. Sollten die Arbeiten begonnen werden vor Bestätigung der Korrekturen, so gelten sie vollinhaltlich anerkannt.“

Unterfertigt wurde dieses korrigierte Auftragsschreiben der Klägerin zurückgeschickt.

In einem nachfolgenden Telefonat beharrte der Geschäftsführer der Beklagten auf der Geltung der eigenen AGB, zumal die Beklagte auf eine Bankgarantie verzichtet habe. Der Geschäftsführer der Klägerin wollte zunächst die AGB der Beklagten nicht als Vertragsgrundlage akzeptieren, weil er kein Rechtsanwalt sei und diese nicht verstehe.

Der Geschäftsführer der Beklagten beharrte aber auf der Annahme der AGB widrigenfalls kein Geschäft zustande kommen solle.

Daraufhin wurde die Geltung der AGB beider Parteien zwischen den Streitteilen ausdrücklich vereinbart und diese Vereinbarung im Schreiben vom 20. 7. 2005 auch schriftlich festgehalten. Dieses Schreiben der Klägerin hat folgenden Inhalt:

„Bezugnehmend auf unser Auftragsschreiben vom 30. 6. 2005 bzw Ihre Korrekturen vom 15. 7. 2005 und Telefonat zwischen Ihnen und unserem Herrn Steiner vom 20. 7. 2005 halten wir folgendes fest:

Es gelten sowohl Ihre als auch unsere Allgemeine Geschäftsbedingungen.“

Anlässlich der Besprechung vom 20. 7. 2005 waren weder die AGB der Klägerin noch die der Beklagten im Detail durchgesprochen worden. Auch die Verjährungsfrage wurde nicht erörtert.

Aus den Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen der Beklagten:

„Punkt 5:

Schadenersatzansprüche des Auftraggebers gegen uns und unsere Erfüllungsgehilfen, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, sind ausgeschlossen, es sei denn, sie beruhen auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Dies gilt auch für mittelbare Schäden und Folgeschäden, insbesondere die Haftung für entgangenen Gewinn, Behebungsaufwand des Auftraggebers und Schadenersatzbeträge, Pönen, die der Auftraggeber seinerseits Dritten zu leisten hat.

Punkt 6:

Die Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit trägt der Auftraggeber.

Ersatzansprüche verjähren in sechs Monaten ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, jedenfalls in drei Jahren nach Erbringung der Lieferung und Leistung.“

Weder die AGB für Professionistenleistungen der FIBÖ samt Baustellenordnung noch die Liefer- und Zahlungsbedingungen der Klägerin enthalten Bestimmungen über die Verjährung allfälliger Ersatzansprüche.

Aus den Liefer- und Zahlungsbedingungen der Klägerin:

„Punkt 1:

Verbindlichkeit von Liefer- und Zahlungsbedingungen:

Unsere Lieferungen und Leistungen erfolgen aufgrund der nachstehenden Bedingungen, die durch die Auftragserteilung als vom Besteller anerkannt werden und für beide Vertragsteile verbindlich sind. Allfällige Einkaufs- oder sonstige Vertragsbedingungen des Bestellers haben keine Geltung; dies gilt auch trotz gegenteiliger Bestimmungen in den Vertragsbedingungen des Bestellers.“

Im Juli 2005 begann die Beklagte mit den Asphaltierungsarbeiten beim Bauvorhaben WVA M\*\*\*\*\* BA 03-Straßeninstandsetzung.

Mit Schreiben vom 9. 5. 2005 hatte die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, dass sie festgestellt habe, dass bei der Ausführung der Arbeiten erhebliche Verzögerungen eingetreten seien, dass die Einhaltung der Ausführungsfristen gefährdet erscheine und die Beklagte aufgefordert werde, die Leistungen bis spätestens 7. 9. 2005 zu beginnen.

Weiters erklärte die Klägerin, die noch ausständigen Arbeiten ohne Einholung eines Konkurrenzangebots durch eine Drittfirmen ausführen zu lassen oder selbst auszuführen (Ersatzvornahme), sollte die Beklagte den Termin nicht einhalten.

Am 25. 10. 2005 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die vereinbarten Arbeiten bis 27. 10. 2005 zu erbringen, widrigenfalls ein anderes Unternehmen auf Kosten der Beklagten beauftragt werden müsse.

Mit Schreiben vom 10. 5. 2006 wurde der Beklagte neuerlich eine Frist bis 12. 5. 2006 gesetzt und die Ersatzvornahme angedroht. Mit Schreiben vom 12. 5. 2006 wurde der Beklagte eine weitere Frist bis 15. 5. 2006 für den Beginn der Arbeiten gesetzt und Forcierungsmaßnahmen aufgetragen, damit die vorgeschriebenen Endtermine eingehalten werden könnten. Dazu heißt es im Weiteren:

„Sollten Sie auch dieser Aufforderung nicht termingemäß nachkommen, erklären wir für diesen Fall schon jetzt den Rücktritt vom Vertrag. Wir werden dann die ausständigen Leistungen ohne Einholung von Konkurrenzangeboten auf ihre Kosten durch eine Drittfirm ausgeführen lassen oder selbst ausführen. Wir machen Sie schon jetzt für alle daraus entstehenden Nachteile voll verantwortlich.“

Am 18. 5. 2006 wurde neuerlich eine Nachfrist bis 22. 5. 2006 für den Beginn der Arbeiten gesetzt, neuerlich für den Fall der Nichteinhaltung der Frist eine Auflösungserklärung abgegeben und eine Androhung einer Ersatzvornahme ab 23. 5. 2006 angekündigt.

Am 24. 5. 2006 teilte die Klägerin mit, den Auftrag zur Fertigstellung der Asphaltierungsarbeiten einem anderen Unternehmen erteilt zu haben. Dazu heißt es im Schreiben vom 24. 5. 2006:

„Diese Ersatzvornahme war unbedingt notwendig, da unser Auftraggeber bereits Pönalforderungen gegenüber uns angemeldet hat. Wir weisen nochmals darauf hin, dass Ihr Unternehmen alleiniger Verursacher für diese Mehrkosten (Ersatzvornahme, Pönalforderungen, etc) ist und melden Sie hiemit dem Grunde nach an. Eine detaillierte Kostenaufstellung kann erst nach Einlangen der Schlussrechnung ... und dem tatsächlichen Pönalabzug durch unseren Auftraggeber bekannt gegeben werden.“

Mit Schreiben vom 1. 6. 2006 wurden der Beklagte die Mehrkosten dem Grunde nach und soweit sie der Höhe nach bekannt waren, bekannt gegeben.

Mit der am 14. 2. 2007 eingebrachten Klage begehrt die Klägerin aus dem Titel des Schadenersatzes die Kosten der Ersatzvornahme vermindert um jene Kosten, die bei ordnungsgemäßer Auftragserfüllung durch die Beklagte entstanden wären und anteilige Pönaleforderungen ihrer Auftraggeberin.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und beantragte die Abweisung der Klage. Sie habe die beauftragten Arbeiten durchgeführt. Dafür seien die Festpreise für das Jahr 2005 vereinbart gewesen. Vereinbarungswidrig habe die Klägerin die Kürzung einer Teilrechnung vorgenommen. Zwischen den Parteien sei es zu einem Generalvergleich gekommen, in dem die Ansprüche der Beklagten mit 6.000 EUR verglichen worden seien. Diese Leistung habe die Klägerin nicht erbracht, woraufhin die Beklagte berechtigterweise vom Vertrag zurückgetreten sei. Der Rücktritt sei überdies durch (den im gegenständlichen Revisionsverfahren nicht relevanten) Punkt 9 der AGB der Beklagten berechtigt.

Im Weiteren stehe der Klägerin keine Vertragsstrafe zu, weil der entsprechende Passus einvernehmlich im Auftragsschreiben gestrichen worden sei.

Ein Nachweis für die Pönalforderung der Auftraggeberin sei nicht erbracht worden.

Nach den AGB der Beklagten, auf deren Geltung sich die Parteien geeinigt hätten, seien Schadenersatzansprüche nur für den Fall des Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit zu ersetzen. Überdies sei eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate ab Kenntnis von Schaden und Schädiger vereinbart. Weil der Klägerin beides spätestens am 1. 6. 2006 bekannt gewesen sei, sei die erst am 14. 2. 2007 bei Gericht eingelangte Klage verspätet. Der Anspruch sei zu diesem Zeitpunkt bereits dem Grunde nach verjährt gewesen.

Die Klägerin bestritt dieses Vorbringen und berief sich darauf, die AGB der Beklagten seien nicht Vertragsinhalt geworden. Auch enthielten die AGB der Klägerin eine Abwehrklausel. Die Beklagte hätte auf Widersprüche ihrer eigenen AGB mit denen der Klägerin hinweisen müssen. Im Zweifel läge also Teildissens vor. Die Bestimmung der Punkte 5, 6 und 9 der AGB der Beklagten kämen daher nicht zur Anwendung.

Weiters sei eine Beschränkung der Ersatzansprüche auf sechs Monate sittenwidrig.

Das Erstgericht wies ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen das Klagebegehren ab. Kraft ausdrücklicher Vereinbarung seien dem Rechtsgeschäft sowohl die AGB der Klägerin als auch der Beklagten zugrunde gelegt worden.

Die Vereinbarung, wonach Ersatzansprüche in sechs Monaten ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verjährten (Punkt 6 der AGB der Beklagten) finde in den AGB der Klägerin weder eine Entsprechung noch einen Widerspruch. Die Klägerin habe sich dieser Bestimmung der AGB aber ausdrücklich unterworfen.

Deshalb sei sie auch wirksam vereinbart worden.

Die in den AGB vereinbarte Verkürzung der Verjährungsfrist halte auch einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB stand.

Nach den Feststellungen hätte die Klägerin am 1. 6. 2006 die Mehrkosten dem Grunde nach sowie einen Teil auch der Höhe nach gekannt, weshalb sie ab diesem Zeitpunkt Schadenersatzansprüche hätte geltend machen können. Der Klagsanspruch sei daher im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährt gewesen.

Einer dagegen erhobenen Berufung gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge.

Nach den Feststellungen sei zu Grunde zu legen, dass die Streitteile ausdrücklich die Geltung der AGB sowohl der Klägerin als auch der Beklagten vereinbart hätten. Bei einander kreuzenden AGBs liege ein Widerspruch, der zu einem Dissens führe, auch dann vor, wenn in den AGB eines Teils von dispositivem Recht abweichende Klauseln enthalten seien. Eine solche von der Dispositivregelung abweichende Verkürzung der Verjährungsfrist bedürfe einer Vereinbarung (3 Ob 66/03g). Im vorliegenden Fall sei aber gerade eine solche Vereinbarung zwischen den Streitteilen getroffen worden.

Die Vereinbarung halte auch einer Geltungs- und Inhaltskontrolle iSd§ 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB stand. Weder sei die Vereinbarung der Verkürzung einer Verjährungsfrist derart ungewöhnlich, dass die Klägerin mit einer solchen Klausel nicht rechnen musste, noch komme ihr die Eigenschaft eines ungewöhnlichen Inhalts zu. Mehrfach habe die Rechtsprechung Vereinbarungen einer Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für zulässig angesehen, insbesondere dann, wenn sie - wie hier - zwischen zwei annähernd gleich starken Vertragspartnern individuell vereinbart worden sei.

Die Vereinbarung sei auch nicht sittenwidrig iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil der Bedarf nach einer alsbaldigen Klärung von Schadenersatzansprüchen im Interesse der Beklagten eine ausreichende sachliche Rechtfertigung bilde.

Im Ergebnis teilte daher das Berufungsgericht die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass die Verkürzung der Verjährungsfrist zwischen den Parteien wirksam vereinbart sei und auch einer inhaltlichen Überprüfung standhalte. Der geltend gemachte Anspruch sei daher verjährt.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig, weil Rechtsfragen von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO nicht vorlägen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinn einer Stattgebung des Klagebegehrens. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragte in einer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Klägerin ist zulässig, weil das Berufungsgericht von höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Dissens bei Vereinbarung nicht übereinstimmender AGB und dem gleich zu haltender Sachverhalte abgewichen ist.

Die Revision ist im Sinn des in ihr gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

In ihrer Rechtsrüge macht die Revisionswerberin geltend, dass die in den AGB der Beklagten enthaltene Verjährungsregelung deshalb nicht wirksam vereinbart worden sei, weil eine von der Dispositivregelung abweichende Verkürzung der Verjährungsfrist dann unwirksam sei, wenn sie in den AGB nur eines Vertragspartners enthalten sei.

Dieser Standpunkt steht in Übereinstimmung mit Lehre und höchstgerichtlicher Rechtsprechung.

Schadenersatzansprüche sowohl aus deliktischer Schädigung wie aus Verletzung vertraglicher Pflichten, auch wegen

Nicht- oder Schlechterfüllung, unterliegen der dreijährigen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB (2 Ob 525/89 = wbl 1989, 345; 5 Ob 18/01k = RdW 2002/140, 153; 10 Ob 57/04m = ecolex 2006/45, 123). Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist ist zulässig, was jedenfalls dann uneingeschränkt gilt, wenn die Fristverkürzung zwischen zumindest annähernd gleich starken Vertragspartnern individuell vereinbart wurde (RIS-Justiz RS0034782; 1 Ob 1/00d = SZ 73/158). Ist eine solche Verkürzung einer Verjährungsfrist in AGB enthalten, unterliegt sie der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (SZ 73/158 mwN). Dabei geht die Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nach (vgl RIS-Justiz RS0037089; RS0014642 ua).

Bevor allerdings in die entsprechenden Prüfungen einzugehen ist, ist zu untersuchen, ob hinsichtlich der hier in AGB vereinbarten Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate überhaupt Konsens iSd § 869 ABGB vorliegt oder von einem Widerspruch der vertraglichen Erklärungen auszugehen ist.

Stimmen Erklärungen von Vertragsparteien nicht überein, liegt Dissens vor (vgl RIS-Justiz RS0014701).

Bei einander kreuzenden Verweisungen auf AGB, wenn also jeder Partner seine AGB zugrunde legen will, liegt, soweit sie einander widersprechen, Dissens vor. Einem solchen Widerspruch durch Anordnung gegenläufiger Rechtsfolgen werden aber auch Klauseln gleichgehalten, die nur in den AGB eines Teils enthalten sind und vom dispositiven Recht abweichen (vgl 1 Ob 579/82 = SZ 55/134; 7 Ob 590/90 = JBI 1991, 120; 2 Ob 275/99a = ecolex 2000/142, 356 [Thaler]; 6 Ob 306/02x = JBI 2003, 856; Willvonseder, RdW 1986, 69; Iro, ÖBA 1996, 444; Rummel in Rummel3 § 864a Rz 3 mwN; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB2 § 864a Rz 8; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 § 869 Rz 14 jeweils mwN; RIS-Justiz RS0013952).

Im vorliegenden Fall ist die Regelung der Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate nur in den AGB der Beklagten enthalten, eine diesbezügliche oder andere Regelung über die Verjährungsfrist hingegen in den AGB der Klägerin nicht.

Einzelne Bestimmungen der AGB der Beklagten, so auch Punkt 6 über die Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche, wurden nicht individuell erörtert, als die Geltung der AGB der Beklagten in ihrer Gesamtheit verhandelt und schließlich vereinbart wurde.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen wurde dadurch ein Widerspruch in den Vertragserklärungen bewirkt, der nach der dargestellten höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Annahme der (Teil-)Ungültigkeit gebietet.

Punkt 6 der AGB der Beklagten steht zwischen den Parteien also nicht in Geltung. Der insofern vom Vertrag nicht geregelte Punkt ist daher mittels dispositiven Rechts zu ermitteln (vgl JBI 1991, 120; ecolex 2000/142; JBI 2003, 886 jeweils mwN).

Eine einseitig erklärte Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate ist schuldrechtlich unwirksam (vgl zum Eigentumsvorbehalt: JBI 2003, 856; 3 Ob 66/03g).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen erweist sich daher der Klagsanspruch als nicht verjährt.

Ausgehend von der zu korrigierenden Rechtsansicht der Vorinstanzen unterblieben Feststellungen, die eine Beurteilung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach ermöglichten. Es war daher mit einer Aufhebung vorzugehen.

Die Revision war daher berechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.

#### **Textnummer**

E89982

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0050OB00286.08G.0210.000

#### **Im RIS seit**

12.03.2009

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2010

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)