

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

14.10.2008

**Geschäftszahl**

8Ob93/08x

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die Hofrätinnen Dr. Lovrek und Dr. Glawitschnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\*, vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei Mag. Norbert Abel, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 49/15, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Hans Sch\*\*\*\*\*, vertreten durch die Abel & Abel Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 21.038,74 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 11. April 2008, GZ 3 R 25/08f-15, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 17. Dezember 2007, GZ 6 Cg 70/07k-9, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben. Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.425,48 EUR (darin enthalten 1.168 EUR an Barauslagen und 209,58 EUR an USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens sowie die mit 1.746,90 EUR (darin enthalten 291,15 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text****Entscheidungsgründe:**

Die nunmehrige Gemeinschuldnerin war bereits seit 1989 und ihre Rechtsvorgängerin sogar schon seit 1964 Kundin der Klägerin. Die Gemeinschuldnerin beteiligte sich schwerpunktmäßig an Ausschreibungsverfahren und bestellte sodann bei Zuschlagserteilung die erforderlichen Produkte der Klägerin, wobei weitgehend schon in den Projektausschreibungen deren Produkte oder gleichwertige Produkte vorgegeben waren. Es gibt in ihrem Marktbereich nur insgesamt drei bis vier Anbieter. Den Bestellungen wurden grundsätzlich die jeweiligen Preislisten der Klägerin im Zeitpunkt der Kalkulation des Bauvorhabens zugrundegelegt, wobei jedoch immer zusätzlich Rabatte verhandelt und vereinbart wurden und die so erzielten Nettopreise dann auch schon als Grundlage für die Kalkulation der späteren Gemeinschuldnerin dienten. Diese „Nettopreise“ lagen auch etwa in der Höhe der von der späteren Gemeinschuldnerin von anderen Unternehmen - jedoch ohne Rabattverrechnung - angebotenen Preise. Die Klägerin gewährte diese „Rabatte“ auch anderen Kunden mit der Unternehmensgröße der späteren Gemeinschuldnerin, allerdings mussten „Kleinstkunden“ die in den Preislisten enthaltenen Listenpreise zahlen. Die „Rabatte“ machen bis zu 75 % vom Listenpreis aus. Ohne diese Rabatte hätte die spätere Gemeinschuldnerin mangels Finanzierbarkeit keine Produkte von der Klägerin bezogen. Zwischen den zu liefernden Produkten und den vereinbarten „Nettopreisen“ bestand „kein auffallendes objektives Missverhältnis“, da der vereinbarte Nettopreis dem Marktpreis für Kleinstkunden entsprach. Die spätere Gemeinschuldnerin war bei den Bestellungen auch „nicht in einer Zwangslage, leichtsinnig, aufgeregt, unerfahren oder schwach am Verstand“. Auch sonst war sie in ihrer Entscheidungsfindung nicht beeinflusst.

Vor Rechnungslegung erhielt die spätere Gemeinschuldnerin jeweils die Lieferscheine, auf denen keine Preise enthalten waren, sondern erst auf den jeweiligen Rechnungen.

Der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen lagen von Beginn an AGB der Klägerin zugrunde, die auf der Rückseite der Lieferscheine und auch auf den Preislisten abgedruckt waren. Auf der Vorderseite der Lieferscheine findet sich kleingedruckt ein Vermerk, wonach die Lieferung zu den „bekannten Verkaufs- sowie Lieferbedingungen“ erfolgt. Bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen wurden von der Rechtsvorgängerin der

späteren Gemeinschuldnerin diese AGB auch durchgelesen und als Standardvereinbarungen der Geschäftsbeziehung verstanden.

Mitte 2003 wurden die auf den Lieferscheinen und Preislisten abgedruckten AGB, die seither die Überschrift „Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen (Stand 07/2002)“ tragen, geändert und im Zusammenhang mit der Regelung über die Preise und deren Bezahlung Folgendes eingefügt:

„Rabatte auf unsere Listenpreise und Skonti werden nur unter der Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises gewährt. Wird der Kaufpreis nicht zur Gänze bezahlt, insbesondere im Falle eines Insolvenzverfahrens, sind wir berechtigt, unsere Listenpreise geltend zu machen“.

Die Klägerin wies die spätere Gemeinschuldnerin, der dies nicht auffiel, nicht auf diese Änderung der AGB hin. Allerdings hätte die spätere Gemeinschuldnerin auch bei Kenntnis der geänderten AGB weiter die Produkte bestellt, da eine Umstellung auf andere Produkte zwar möglich, aus logistischen und finanziellen Gründen aber nicht wirtschaftlich war und ihre Mitarbeiter und Maschinen auf die Produkte der Klägerin eingestellt waren. Auch die AGB anderer Unternehmen enthalten derartige „Rückverrechnungsklauseln“ für den Fall der nicht fristgerechten Zahlung oder Insolvenz. Die Klägerin meldete im Konkursverfahren 759.315,22 EUR als Konkursforderung an, davon 250.675,81 EUR an offenen Forderungen zuzüglich Zinsen und 508.639,41 EUR an „rückverrechneten Rabatten“. Während die offenen Forderungen samt Zinsen anerkannt wurden, bestritt der beklagte Masseverwalter die „rückverrechneten Rabatte“. Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Feststellung einer Konkursforderung von („aus Vorsichtsgründen“ vorerst nur) 21.038,74 EUR an rückverrechneten Rabatten und stützt sich auf die in den AGB vorgesehene Rückverrechnungsmöglichkeit. Die Vereinbarung in den AGB sei nicht sittenwidrig. Es treffe die Klägerin keine Pflicht, auf eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger Bedacht zu nehmen. Auch liege keine Äquivalenzstörung im Sinne des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB vor. Die Gemeinschuldnerin würde durch die Klausel auch nicht gröblich benachteiligt werden. Die Gewährung von Rabatten unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises sei durchaus üblich. Auf die „Neufassung“ der AGB sei durch den Aufdruck „Stand 07/2002“ ausdrücklich hingewiesen worden. Der beklagte Masseverwalter beantragte die Klageabweisung und wendete zusammengefasst ein, dass die Nachverrechnungsklausel aus dem Jahr 2003 nicht wirksam sei, da die spätere Gemeinschuldnerin nicht besonders darauf hingewiesen worden sei. Auch ziele diese Klausel darauf ab, der Klägerin einen Vorteil gegenüber anderen Konkursgläubigern zu verschaffen und verstoße damit gegen § 150 Abs 2 KO. Die Klägerin habe bei den AGB auch ihre Stellung als Marktbeherrscherin ausgenutzt sowie den Umstand, dass die spätere Gemeinschuldnerin auf deren Erzeugnisse angewiesen gewesen sei. Die Klausel widerspreche den guten Sitten, sei wucherisch und nichtig. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging rechtlich davon aus, dass nach § 864a ABGB Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts, mit denen der Vertragspartner nicht rechnen müsse, nur dann Bestand hätten, wenn der Vertragspartner besonders darauf hingewiesen worden sei. In einer langjährigen Geschäftsbeziehung wie zwischen der Rechtsvorgängerin der Gemeinschuldnerin bzw sodann dieser und der nunmehrigen Klägerin gebe es besondere Sorgfalts- und Rücksichtspflichten, die auch eine Aufklärungspflicht umfassten, insbesondere dann, wenn die AGB dem anderen Teil gegenüber erheblich nachteilig geändert würden. Eine solche Änderung sei hier vorgenommen worden. Diese Veränderung sei sowohl als nachteilig als auch als überraschend zu beurteilen, insbesondere da auch immer nur auf die „bekannten AGB“ hingewiesen worden sei. Da also diese Bestimmung gar nicht Inhalt des Vertrags geworden sei, brauche auch nicht darauf eingegangen werden, ob eine derartige Regelung nicht wegen Sittenwidrigkeit unwirksam wäre.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Klägerin Folge und änderte das Urteil im klagestattgebenden Sinn. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts und ging rechtlich davon aus, dass die geänderten AGB unter der Überschrift „Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen (Stand 07/2002)“ in den Preislisten der Klägerin abgedruckt gewesen seien; diese seien wiederum Grundlage für die Warenbestellungen gewesen und damit (zumindest konkludent) zum Vertragsinhalt geworden. Eine „objektive Ungewöhnlichkeit“ im Sinne des § 864a ABGB liege nicht vor, da diese Bestimmungen weder „versteckt“ seien noch es ihnen an Verkehrsüblichkeit mangle. Vielmehr sei im Zweifel stets davon auszugehen, dass „Skonti“ nur bei Vollzahlung gewährt werden.

Dass Rabattnachverrechnungsklauseln weder gesetzlich verboten noch sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB seien, habe der Oberste Gerichtshof bereits zu 5 Ob 37/74 ausgesprochen. Allgemein seien auch Gläubiger nicht verpflichtet - außerhalb der Anfechtungstatbestände - auf eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger Bedacht zu nehmen. Ein auffallendes Missverhältnis zwischen dem Listenpreis und den Marktpreisen, die Kleinstkunden zu entrichten hätten, liege nicht vor. Daher könne die Klausel auch nicht als wucherisch im Sinne des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB eingestuft werden. Ebenso wenig liege eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor, da die klagende Verkäuferin ja ein legitimes Interesse daran habe, Rabatte nur unter der aufschiebenden Bedingung zu gewähren, dass die Käufer ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen.

Die ordentliche Revision crachtete das Berufungsgericht mangels Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 2 ZPO als nicht zulässig.

Der beklagte Masseverwalter beantragt mit seiner außerordentlichen und auf den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützten Revision, das Urteil des Berufungsgerichts im Sinne der vollständigen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise stellt er auch einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, da zur Frage, ob „Rabattrückverrechnungsklauseln“ auch dann ohne besonderen Hinweis im Sinne des § 864a ABGB vereinbart werden können, wenn die „Listenpreise“ nur für Kleinstkunden gelten, hingegen Großkunden regelmäßig bis zu 75 % Rabatt bekommen und dieser rabattierte „Nettopreis“ auch dem Marktpreis entspricht, höchstgerichtliche Rechtsprechung noch nicht vorliegt.

Die Revision ist auch berechtigt.

Vorzustellen ist, dass die allgemeine Geltung der AGB der Klägerin in der Geschäftsbeziehung der Streitparteien als solche nicht angezweifelt wurde (vgl zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung Rummel in Rummel ABGB3 § 864 Rz 2a; Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 864a Rz 3; Bollenberger in KBB2 § 864 Rz 2; RIS-Justiz RS0014506).

Weiters ist voranzustellen, dass es dem Obersten Gerichtshof verwehrt ist, eine inhaltliche Kontrolle der konkret bekämpften Klausel betreffend die aufschiebende Bedingtheit der „Rabatte“ vorzunehmen, da nach ständiger Rechtsprechung die Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nachgeht (RIS-Justiz RS0037089; RS0014642; 7 Ob 250/07a).

§ 864a ABGB ordnet an, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts ua in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil werden, „wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauche; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen“. Diese Bestimmung kommt auch auf Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern zur Anwendung (vgl RIS-Justiz RS0014612; Rummel aaO Rz 4).

Bei der Beurteilung der „Ungewöhnlichkeit“ im Sinne des § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, er also nach den Umständen vernünftigerweise mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen braucht, wobei insbesondere bei Rechtsgeschäften mit einem bloß beschränkten Adressatenkreis auf die Branchen- bzw Verkehrsüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise abgestellt wird. Im Wesentlichen soll ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt vermieden werden (RIS-Justiz RS0014646; RS0014627; Rummel aaO Rz 5; Apathy/Riedler aaO Rz 5, 7; Bollenberger aaO Rz 10). Dabei wird auch auf die Stellung im Vertragsgefüge abgestellt (RIS-Justiz RS0014659; Rummel aaO Rz 7; Apathy/Riedler aaO Rz 9; Bollenberger aaO Rz 10).

Allein der Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, ist aber noch nicht geeignet, sie aus der Sicht eines Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen (vgl 2 Ob 50/02w; 3 Ob 72/07w).

Ferner ist hier im Hinblick auf die langjährige Geschäftsbeziehung auch darauf hinzuweisen, dass ohne ausdrücklichen Hinweis auf Änderungen in neuen AGB, die eine ungewöhnliche und nicht vorhersehbare Pflichterweiterung des Vertragspartners einführen, dieser nicht mit solchen zu rechnen braucht (RIS-Justiz RS0014601 mwN).

Betrachtet man nun die konkrete Klausel, die darauf hinausläuft, dass die für Großabnehmer üblichen Marktpreise insbesondere im Fall der Insolvenz vervielfacht werden, so ist diese nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs als unüblich im Sinne des § 864a ABGB zu beurteilen. Eine solche „Vervielfachung“ kann nicht mehr als „Rabatt“ verstanden werden. Dabei ist auf den jeweils relevanten Markt abzustellen und nicht darauf, ob (auch) „Kleinstkunden“ solche wesentlich höheren Preise verrechnet werden. Dazu kommt, dass die anderen Anbieter im Wesentlichen ohne „Rabatte“, wie sie von der Klägerin von den im Ergebnis nur für „Kleinstkunden“ maßgeblichen Preislisten gewährt werden, jene Preise angeboten haben, die auch die Klägerin anbietet. Gerade unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Käuferin und Gemeinschuldnerin (bzw deren Rechtsvorgängerin) jahrelang auch ohne derartige Klausel die Waren von der Klägerin bezogen hatte, musste die nunmehrige Gemeinschuldnerin nicht mit einer derart drastischen und für sie gröblich benachteiligenden Veränderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen. Da ein ausdrücklicher Hinweis im Sinne des § 864a ABGB letzter Satz hier (unstrittig und feststellungskonform) nicht erfolgt ist, ist also diese Klausel schon deshalb als unwirksam einzustufen. In diesem Sinne war daher das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen. Auf die beklagten im Rechtsmittel weiters relevierten (Rechts-)Fragen der Gläubigergleichbehandlung (vgl RIS-Justiz RS0018000), des Wuchers, der „allgemeinen Sittenwidrigkeit“ sowie dazu, ob der in 5 Ob 37/74 (SZ 47/26) bei ähnlich wie hier eingeräumter Rabattierung im Konkurs zuerkannte Rechtsbestand einer solchen Vereinbarung auch auf den vorliegenden Fall übertragbar ist, braucht damit nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 und 41 ZPO.

