

ligung ist schließlich, dass vom dispositiven Recht abgewichen wird;<sup>106</sup> die Ausschlussklausel des Käufers soll den Vertragspartner jedoch gerade an die gesetzliche Regel des § 1063 binden, sodass § 879 Abs 3 gar nicht einschlägig ist. Somit ist der Ausschluss eines ETV durch AGB (iS einer »Abwehrklausel«<sup>107</sup>) ebenso unbedenklich wie dessen Vereinbarung mit AGB.

## D. Die Kollision von AGB bei der ETV-Vereinbarung

### I. Grundlegendes zur Kollision von AGB

#### 1. Problemstellung

Da im unternehmerischen Verkehr beinahe standardmäßig unter Verwendung von AGB kontrahiert wird, treten regelmäßig Situationen auf, in denen sich beide Parteien bei ihren auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärungen auf die jeweils eigenen AGB beziehen. Da sich dabei konträre Interessenspositionen der Vertragsparteien gegenüber stehen, stimmen die jeweiligen AGB nur in den seltensten Fällen miteinander überein.<sup>108</sup> Damit decken sich auch die Willenserklärungen der Beteiligten nicht vollständig, sodass – zumindest in Teilbereichen – Dissens angenommen werden könnte. In der deutschen und österreichischen Rechtswissenschaft hat sich für diese Situationen die Bezeichnung »Kollision von AGB« (»*battle of forms*«)<sup>109</sup> durchgesetzt; teilweise wird auch vom Vorliegen »widersprechender bzw kreuzender AGB«<sup>110</sup> gesprochen.

106 *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Lange*, KSchG<sup>2</sup> § 879 Abs 3 Rz 16. AGB sollen nämlich nur dann nach § 879 Abs 3 nichtig sein, wenn sie »*die Rechtslage unangemessen zuungunsten eines Teils verschieben, etwa dadurch, dass von einer gesetzlichen Bestimmung abgewichen wird ...*«, so explizit RV 744 BlgNR 14. GP 8.

107 Zum Begriff der »Abwehrklausel« sofort im nächsten Abschnitt D.I.3.

108 Statt vieler *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>10</sup> § 305 BGB Rz 182; *Bollenberger* in *KBB<sup>2</sup>* § 864a Rz 8.

109 Vgl *Basedow* in *Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>5</sup> II (2007) § 305 Rz 98 ff; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>9</sup> (2004) Rz 43/24; *Ebel*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, *NJW* 1978, 1033; *Westphalen*, Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluss, *DB* 1976, 1317; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> (2008) 267 f; *Kramer* in *Straube I<sup>3</sup>* Vor § 343 Rz 11; *P. Bydliniski*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil<sup>4</sup> (2007) Rz 6/24; *Kletečka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> I 133; *Karollus*, *AnwBl* 1996, 818; *Nitsche* in *FS Wesener* 317.

110 Vgl *Rummel* in *Rummel<sup>3</sup>* I § 864a Rz 3; *Bollenberger* in *KBB<sup>2</sup>* § 864a Rz 8; *Binder* in

Fraglich ist hier, *ob* überhaupt ein *Vertrag zustande gekommen ist* und *welchen Inhalt* der Vertrag gegebenenfalls hat.<sup>111</sup>

## 2. Die besondere Brisanz für die Vorbehaltsvereinbarung

Gerade die Frage einer Vorbehaltsvereinbarung bildet besonders häufig den Gegenstand einer Kollision von AGB. Das ist zum einen auf den Umstand der beinahe standardmäßigen AGB-Verwendung im Geschäftsverkehr zurück zu führen; zum anderen aber auch darin begründet, dass sich die Interessen von Käufer und Verkäufer beim Kreditkauf stark widersprechen.<sup>112</sup> So versucht der Käufer regelmäßig, einen ETV auszuschießen, um so einem Dritten bei Weiterverkauf problemlos Eigentum verschaffen zu können. Demgegenüber will der Verkäufer einen ETV vereinbaren, um sich eine dingliche Sicherung im Käuferkonkurs zu verschaffen; er verlangt in seinen AGB daher regelmäßig die Vereinbarung eines ETV (Stichwort: »Vertragssitte«).<sup>113</sup>

**Praxis-Bsp:** Der Käufer A fügt der Bestellung seine AGB bei, in denen sich unter anderem folgende Klauseln finden: 1. »Dem Vertrag liegen ausschließlich unsere Allgemeinen Einkaufsbedingungen zugrunde.« 2. »Verkaufsbedingungen des Lieferanten werden nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn sie vom Käufer *schriftlich anerkannt* werden. Insb gilt die vorbehaltlose Annahme der Ware nicht als Anerkennung der Verkaufsbedingungen.« – Der Verkäufer B fügt seiner Annahmeerklärung Verkaufsbedingungen bei, die folgende Klauseln beinhalten: 1. »Der Bestellung liegen ausschließlich unsere Verkaufsbedingungen zugrunde.« 2. »Die Ware steht bis zur vollständigen Bezahlung in unserem Eigentum.« Ohne Klärung der Frage, wessen AGB nun tatsächlich gelten sollen, nimmt der Käufer die Ware vorbehaltlos an.<sup>114</sup>

---

*Schwimmann*<sup>3</sup> IV § 914 Rz 183; *Schlosser* in *Staudinger* (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>13</sup> § 305 Rz 204 ff.

111 Statt aller *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>10</sup> § 305 BGB Rz 182.

112 Siehe oben Kap.1, B.II.

113 Zur Interessenlage eingehend *Nitsche* in FS Wesener 318 f.

114 Bsp nach *Ebel*, NJW 1978, 1033. Die höchstgerichtliche Judikatur zeigt, dass dieser Sachverhalt (va bezüglich des Wortlauts der verwendeten Klauseln!) der typische Fall ist: Siehe etwa OGH 2 Ob 275/99a, *ecolex* 2000, 356 (*Thaler*) = RdW 2000, 205 = HS 20.341; 6 Ob 306/02x, JBl 2003, 856.

Haben beide Seiten im Laufe von Vertragsverhandlungen versucht, ihre jeweiligen AGB durchzusetzen, ist das Verhandlungsergebnis in diesem Punkt häufig nicht klar.<sup>115</sup> Unproblematisch ist das, solange beide Vertragsparteien ihre Verpflichtungen einwandfrei erfüllen. Kommt es allerdings zu Störungen bei der Leistungserfüllung – etwa, wenn der Käufer nicht rechtzeitig zahlt oder überhaupt in Konkurs fällt –, wird der Verkäufer gestützt auf den ETV seiner AGB die Ware zurückfordern. Spätestens dann stellt sich die Frage, ob überhaupt ein gültiger Vertrag vorliegt und wessen AGB zur Geltung gelangt sind.<sup>116</sup>

Von besonderer Brisanz ist das im Konkurs des Käufers, weil die Antwort über das finanzielle Schicksal des Verkäufers entscheidet. Ist der Vertragsabschluss am AGB-Konflikt gescheitert, dann bleibt der Verkäufer Eigentümer der Ware und kann sie trotz erfolgter Übergabe ohne Rücktritt gem § 44 Abs 1 KO aus der Konkursmasse aussondern. Nimmt man hingegen das wirksame Zustandekommen eines Vertrags an, ist zu prüfen, ob ein ETV vereinbart wurde: Verneint man das, so ist der Verkäufer in der Insolvenz seines Vertragspartners auf die Konkursquote beschränkt; bejaht man das Vorliegen einer ETV-Vereinbarung, kann der Verkäufer sein Eigentum aussondern und ist dadurch häufig vor einem wirtschaftlichen Verlust geschützt.<sup>117</sup>

### 3. Die Fälle der »Kollision« von AGB bei einer ETV-Vereinbarung

Der Begriff der »Kollision von AGB« umfasst mehrere unterschiedliche Konstellationen. Zunächst gehört dazu der Fall, dass die AGB der Vertragspartner sich *tatsächlich widersprechen*, also *gegensätzliche Rechtsfolgen anordnen* und daher miteinander unvereinbar sind.<sup>118</sup> Bei der ETV-Vereinbarung fällt darunter etwa die Situation, dass die AGB des Käufers die Regel des § 1063 – und somit dispositives Recht – wiedergeben, während der Verkäufer zum Nachteil seines Vertragspartners in seinen AGB eine

115 *Schlosser in Staudinger*<sup>13</sup> § 305 Rz 203; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft<sup>2</sup> (1992) 672.

116 So *Nitsche* in FS Wesener 317; ebenso *Krejci*, UnternehmensR<sup>4</sup>, 267.

117 Siehe *Willvonseder*, RdW 1986, 69; zur besondere Bedeutung der AGB-Kollision für die Kreditsicherung unlängst auch *Graf*, Eigentumsvorbehalt und kollidierende AGB, in FS Welsler (2004) 205 ff.

118 *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> I § 864a Rz 3; *Binder* in *Schwimann*<sup>3</sup> IV § 914 Rz 183; *Thaler*, Glosse zu 2 Ob 275/99a, ecolex 2000, 357; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>10</sup> § 305 BGB Rz 193.

ETV-Vereinbarung vorsieht: Aufgrund des inhaltlichen Widerspruchs der Willenserklärungen scheidet ein Konsens über die ETV-Vereinbarung.<sup>119</sup>

Daneben gilt auch die Verwendung sog »*Abwehrklauseln*« durch einen Teil als Fall potentiell kollidierender AGB:<sup>120</sup> Durch diese Abwehrklauseln wird die wirksame Vereinbarung fremder AGB von der eigenen schriftlichen Bestätigung abhängig gemacht und somit ein *Schriftformvorbehalt* angestrebt.<sup>121</sup> Für die ETV-Vereinbarung ist insb der Fall relevant, dass der Verkäufer in seinen AGB einen ETV vorsieht; der Käufer spricht den ETV in seinen AGB hingegen gar nicht an, macht aber die Wirksamkeit sämtlicher abweichender AGB von seiner schriftlichen Bestätigung abhängig.<sup>122</sup> Da der Käufer damit zu erkennen gibt, dass gegnerische AGB grundsätzlich nicht zum Vertragsinhalt gemacht werden sollen, sondern er nur zu den eigenen AGB kontrahieren will, fehlt nach hM ein Konsens über die AGB und damit über sämtliche Vertragspunkte.<sup>123</sup>

Langzeit hat die Judikatur bloß diese beiden Situationen als »Kollision von AGB« behandelt.<sup>124</sup> In seiner neueren Rsp ist der OGH<sup>125</sup> jedoch der hL<sup>126</sup> gefolgt und anerkennt nun eine dritte Konstellation, nämlich den Fall sog »*einseitig geregelter AGB*«. Dabei fordert der Verkäufer in seinen AGB einen ETV, die AGB des Käufers schweigen jedoch zu diesem Punkt, wiederholen also nicht einmal die dispositive Regel des § 1063. Hier wird angenommen, dass der Käufer mit dem Verweis auf die eigenen AGB seinen Willen erkläre, dass nur die eigenen AGB und im Übrigen das dispositive Recht zur Anwendung gelange. Da eine Bereitschaft fehle, die

119 Dazu *Helmich*, Glosse zu 6 Ob 73/01f, *ecolex* 2002, 344.

120 Häufig lauten derartige Klauseln wie folgt: »Verkaufsbedingungen des Lieferanten werden nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn sie vom Käufer *schriftlich anerkannt* werden. Insb gilt die vorbehaltlose Annahme der Ware nicht als Anerkennung der Verkaufsbedingungen.« (vgl OGH JBl 2003, 856; ausführlich zum Problem *Willvonseder*, RdW 1986, 69 f).

121 Für die Wirksamkeit des Formvorbehalts ist dabei die Zustimmung des Vertragspartners gar nicht erforderlich: Wird die in den AGB verlangte Form nicht eingehalten, so kommt nach ganz hM sogar bei einseitigem Formvorbehalt kein Vertrag zustande, weil es an einem Konsens über einen aufgeworfenen Punkt mangelt (dazu *Rummel*, Probleme der gewillkürten Schriftform, JBl 1980, 236 FN 1 mwN).

122 Als Musterfall dieser Konstellation kann damit das oben erwähnte Praxis-Bsp gelten.

123 Siehe insb *Willvonseder*, RdW 1986, 69 f; *Krejci*, UnternehmensR<sup>4</sup>, 268; *Binder* in *Schwimann*<sup>3</sup> IV § 1063 Rz 35; OGH *ecolex* 2000, 356 (*Thaler*); JBl 2003, 856.

124 Etwa OGH 7 Ob 590/90, JBl 1991, 120 = RdW 1990, 406 = HS 20.461; 6 Ob 73/01f, *ecolex* 2002, 343 (*Helmich*) = RdW 2002, 149 = WBl 2002, 181.

125 Siehe OGH JBl 2003, 856; 3 Ob 66/03g, RdW 2004, 466.

126 So *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> I § 864a Rz 3; *P. Bydliński*, AT<sup>4</sup> Rz 6/25; *Kletečka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I 133; *Thaler*, *ecolex* 2000, 357; *Helmich*, *ecolex* 2002, 244f.