

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. E\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, Deutschland, vertreten durch Mag. Helwig Schuster, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei DI Mag. S\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Schwarzmayr-Lindinger, Rechtsanwalt in Altheim, wegen 16.968,53 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 3. November 2016, GZ 6 R 127/16p-29, mit dem das Urteil des Landesgerichts Ried im Innkreis vom 12. April 2016, GZ 4 Cg 39/15b-25, abgeändert wurde, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben und diesem die neuerliche Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei aufgetragen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die (deutsche) Klägerin, die selbst Humanmedizinerin ist, beabsichtigte im Jahr 2014 erstmals die Anschaffung eines Pferdes. Dazu wollte sie eine Ankaufsuntersuchung mit einem Standard-Röntgenbefund durchführen lassen. Am 1. 7. 2014 erfolgte ein erster Kontakt zwischen den Parteien, wobei die beklagte Tierärztin der Klägerin für die Ankaufsuntersuchung Kosten von 600 EUR nannte und ihr das von der Vereinigung Österreichischer Pferdetierärzte herausgegebene Standard-Untersuchungsprotokoll vorwies. Die (österreichische) Beklagte überblätterte die ersten vier Seiten und ging dann mit der Klägerin und den Eigentümern der Stute die Seiten 5 bis 7 des Protokolls durch. Der Beklagten war die Stute zuvor nicht bekannt. Für die Klägerin war es die erste Ankaufsuntersuchung, an der sie teilnahm. Auf den Seiten 1 bis 4 des „Vertrags über die Untersuchung eines Pferdes“ sind unter anderem folgende wesentliche Regelungen enthalten:

*„1. Aufklärungsblatt für den Auftraggeber*

*Der Tierarzt schließt den Vertrag über die Untersuchung ausschließlich unter den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) auf Seite 2, 3 und 4 unter Berücksichtigung dieses Aufklärungsblattes – bitte lesen Sie beides genau durch! Sie bestätigen mit Ihrer Unterschrift, alle Vertragspunkte verstanden zu haben und mit ihnen einverstanden zu sein.*

(...)

*Die Verjährungsfrist für etwaige Schadenersatzansprüche gegenüber dem Tierarzt beginnt mit der ersten Möglichkeit, den Schaden zu erkennen; sie endet sechs Monate nach der möglichen Kenntnis des Schadens – spätestens drei Jahre ab Übergabe des Untersuchungsprotokolls.*

*(...)*

*2. Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB)*

*(...)*

*§ 3 Zustandekommen*

*Der Vertrag kommt mit Unterschrift beider Vertragsparteien auf Seite 7 zustande.*

*(...)*

*§ 10 Haftung*

*(...)*

*(3) Der Tierarzt haftet niemals – außer gegenüber dem Verbraucher bei Körperschäden – bei leichter Fahrlässigkeit und bei allen Arten der Fahrlässigkeit für entgangenen Gewinn. (...)*

*(...)*

*(6) Schadenersatzansprüche verjähren 6 Monate ab möglicher Kenntnis des Schadens durch den Auftraggeber – spätestens 3 Jahre ab Übergabe des Protokolls.*

*(...)*

*§ 13 Gerichtsstand*

*(1) Es gilt ausschließlich österreichisches Recht.*

*(...)*“

Noch vor Beginn der klinischen Untersuchung hielt die Beklagte in Punkt 3. („Erklärung des Auftraggebers“) unter anderem „Hobby“ und „Springen bis A“ als „Disziplin/Ausbildung“ und „Wettkampf“ als „derzeitige Nutzung“ der Stute fest, weiters den Betrag von 7.200 EUR

als Kaufpreis und „Freizeit“ als „geplanten Verwendungszweck“. Sie vermerkte, dass eine klinische Untersuchung gemäß den Punkten I. bis III. und eine Standard-Röntgenuntersuchung vorzunehmen sind. Anschließend unterfertigten die Parteien auf Seite 7 des Formulars unterhalb eines in Fettdruck gehaltenen Absatzes, dessen erster Satz wie folgt lautet:

*„Ich habe das Aufklärungsblatt und die Allgemeinen Vertragsbedingungen gelesen, verstanden und bin damit einverstanden.“*

Im Anschluss daran nahm die Beklagte die klinische Untersuchung anhand des Abschnitts B des Untersuchungsprotokolls vor, wobei sie in Gegenwart der Klägerin die Seiten 8 bis 13 mit Ausnahme des auf Seite 13 enthaltenen Punktes „IV. Besondere Untersuchungen“ ausfüllte. Abgesehen von kleineren Hautveränderungen ergab die klinische Untersuchung keinen besonderen Befund. Die Klägerin hatte den Eindruck, dass die Beklagte sorgfältig vorging und fühlte sich bei der klinischen Untersuchung gut aufgehoben. Bei der Untersuchung der Gliedmaßen stellte die Beklagte eine Druckempfindlichkeit fest; dabei handelte es sich um einen sehr häufigen Befund, der ein Freizeitreiten nicht ausschließt; insgesamt waren sämtliche Untersuchungspunkte unauffällig. Im Anschluss fertigte die Beklagte mit einem mobilen Röntgengerät Standard-Röntgenaufnahmen an und überprüfte vor Ort die Qualität der angefertigten Bilder. Sie erklärte der Klägerin, die Befundung in Ruhe in ihrer Ordination durchführen zu wollen und ihr dann das vollständig ausgefüllte Untersuchungsprotokoll einschließlich des radiologischen Befundes zu übermitteln. Demgemäß folgte die Beklagte der Klägerin direkt im Anschluss an die klinische Untersuchung

keine Unterlagen aus. Am Abend desselben Tages übermittelte die Beklagte der Klägerin per E-Mail und ohne jegliche weitere Kontaktaufnahme zunächst das vollständige Blankoformular des Untersuchungsprotokolls und beginnend ab der Seite 5 das handschriftlich ausgefüllte Formular der durchgeführten Untersuchung der Stute. Unter Punkt „IV. Besondere Untersuchung“ wurde bei sechs von insgesamt acht vorhandenen Auswahlmöglichkeiten die Variante „ohne besonderen Befund“ angekreuzt und zum Punkt „Zehe (Oxspring)“ handschriftlich vermerkt: „Eine Abnahme der Eisen wurde nicht gewünscht, stattdessen wurden zusätzlich [unleserlich] {Anm.: ein unleserliches Wort ist tatsächlich nicht erkennbar} Schrägaufnahmen der Oxspring angefertigt, canales sesamoidales kleinhalsig; II bis III.“ Auf der letzten Seite kreuzte die Beklagte folgenden Punkt an: „Aufgrund der bei der Untersuchung erhobenen, oben angeführten Befunde erscheint das Pferd aus tierärztlicher Sicht für den vom Auftraggeber angegebenen Verwendungszweck (Freizeitreiten) nicht ungeeignet; eine individualprognostische Aussage ist aber naturgemäß nicht möglich“, wobei der Verwendungszweck „Freizeitreiten“ handschriftlich eingetragen wurde. Den darunter folgenden Punkt „Zusammenfassende Beurteilung“ füllte die Beklagte überhaupt nicht aus. Unter dem unausgefüllten Punkt befindet sich auf dem Formular folgender in Fettdruck gehaltener Vermerk: *„Der Auftraggeber bestätigt, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen Inhalt des Untersuchungsauftrags sind und dass er über die sich aus den erhobenen Befunden möglicherweise ergebenden Risiken umfassend aufgeklärt wurde.“* Darunter hat die Beklagte unterschrieben, nicht aber die Klägerin.

Eine Aufklärung darüber, was unter canales sesamoidales zu verstehen ist und welchen Bedeutungsgehalt der Vermerk „II bis III“ hat, ist nicht erfolgt. Auf sich daraus möglicherweise ergebende Risiken wurde die Klägerin nicht hingewiesen. Die Klägerin wusste nicht, was canales sesamoidales sind, die in der Humanmedizin nicht vorkommen; sie verließ sich auf die auf der letzten Seite festgehaltene Beurteilung der Beklagten, dass das Pferd aufgrund der bei der Untersuchung erhobenen Befunde aus tierärztlicher Sicht für den Verwendungszweck „Freizeitreiten“ nicht ungeeignet erscheint. Dass der darunter befindliche Punkt „Zusammenfassende Beurteilung“ gar nicht ausgefüllt war, erschien ihr im Zusammenhalt mit dieser Beurteilung als positiv.

Auf den von der Beklagten angefertigten Röntgenbildern war bereits eine erhöhte Dichte der tiefen Beugesehne im Bereich der Hufrolle am rechten Vorderbein der Stute erkennbar. Die Beklagte hat diesen auf dem Röntgenbild erkennbaren Befund nicht erkannt und demgemäß auch nicht im Untersuchungsprotokoll beschrieben. Eine umfassende Entscheidungsgrundlage für die Vornahme allfälliger weiterführender Untersuchungen ergibt sich für den Auftraggeber einer Ankaufsuntersuchung nur bei einer vollständigen Auflistung aller Befunde. Canales sesamoidales, wie sie von der Beklagten vermerkt wurden, sind ein Hinweis auf eine mögliche Erkrankung im Hufrollenbereich. Dabei handelt es sich aber um einen Komplex, der sich aus mehreren Komponenten zusammensetzt, wozu auch eine Verschattung der tiefen Beugesehne zählt. Bei vollständiger Befundung und Aufklärung wären gleich zwei Komponenten vorgelegen, die auf das Risiko einer zukünftigen Erkrankung im Bereich der Hufrolle hingedeutet hätten. Eine Verdichtung, wie sie auf

den Röntgenbildern ersichtlich ist, ist bei Weichteilen normalerweise überhaupt nicht sichtbar.

Im Vertrauen darauf, dass allfällige relevante Befunde mitgeteilt wurden, erwarb die Klägerin die Stute um 7.200 EUR.

Anfang Oktober 2014 bemerkte sie an der Longe fallweise eine Lahmheit vorne rechts, wobei es keinen Hinweis auf ein Trauma gab. Da sich die Lahmheitserscheinungen verstärkten, zog sie Ende Oktober erstmals einen Tierarzt bei, nachdem sie mit dem ersten Auftreten der Lahmheit das Reiten eingestellt und die Stute nur noch im Schritt geführt hatte. Trotz mehrfacher Behandlung manifestierte sich die Lahmheit, wobei sich nach Ausschalten der Schmerzen am rechten vorderen Bein auch „eine linke geringgradige Lahmheit“ zeigte. Die Zukunftsprognose bei einer solchen Lahmheit ist ungünstig, weil es sich dabei um fortschreitende degenerative Prozesse handelt. Eine sportliche Nutzung der Stute ist damit künftig praktisch auszuschließen. Die Stute kann noch als Beistellpferd auf einer Weide verwendet werden, wenn mittels Therapie Lahmheitsfreiheit ohne Belastung erreicht werden kann. Eine befristete Nutzung als Reitpferd wäre nur bei einer erfolgreichen nachhaltigen Therapie unter optimalen Voraussetzungen möglich. Eine Schlachtung ist nicht möglich, weil die Stute nicht als Schlachtpferd definiert ist und die gesetzlichen Voraussetzungen demgemäß nicht vorliegen. Bei einem Verkauf ist mit einem Preis von 500 EUR zu rechnen. Die Klägerin hat sich ab Dezember 2014 intensiv um einen Verkauf bemüht, aber bislang keinen Käufer gefunden. Nur ein Kaufinteressent hat einmal 500 EUR bei einem Erwerb ohne Papiere durch einen ihr namentlich nicht genannten Dritten genannt; die Klägerin

hatte aufgrund der Umstände dieses Anbots (keine Papiere) den Verdacht, dass ihre Stute gesetzwidrig einer Schlachtung zugeführt werden sollte und veräußerte die Stute nicht. Dass sie sich ab Ende Dezember 2014 sowohl um eine günstigere Einstellmöglichkeit als auch um einen möglichen Käufer umsah, lag daran, dass ihr Tierarzt am 24. 12. 2014 ein tierärztliches Attest über die Stute ausstellte, in dem eine deutliche Lahmheit vorne rechts und anhand der Röntgenbilder eine deutliche Verkalkung im distalen Verlauf der tiefen Beugesehne diagnostiziert wurden. Über das schriftliche Attest hinaus teilte ihr der Tierarzt mit, dass die Prognose ungünstig sei. Er wies sie weiters darauf hin, dass die Verkalkung bereits auf den Röntgenbildern der Ankaufsuntersuchung erkennbar war.

Aus diesem Grund bemängelte die Klägerin anwaltlich vertreten mit Schreiben vom 5. 3. 2015 an die Beklagte den mangelnden Befund bezüglich der tiefen Beugesehne. Es wurde eine Haftung für den Differenzschaden aus Ankaufspreis von 7.200 EUR und möglichem Verkaufspreis von 500 EUR geltend gemacht und auch ein Ersatz der Tierarzt- und Erhaltungskosten angesprochen. Unter Fristsetzung bis zum 19. 3. 2015 wurde die Beklagte aufgefordert, die Daten ihrer Haftpflichtversicherung bekanntzugeben. Diesem Schreiben wurde der Befund des nunmehrigen Tierarztes der Klägerin vom 24. 12. 2014 in Kopie angeschlossen. Mit einem weiteren Schreiben vom 24. 3. 2015 setzte die Klägerin mangels einer Äußerung der Beklagten eine Nachfrist bis zum 3. 4. 2015. Es erfolgte wieder keine Reaktion der Beklagten. Mit Einschreiben vom 20. 5. 2015, dem die vorangegangenen Schreiben samt Beilagen angeschlossen waren, machte die Klägerin ihre Ansprüche neuerlich geltend, wobei konkret ein Betrag von



15.945,97 EUR gefordert wurde. Die Beklagte hat dieses Schreiben jedenfalls bekommen und es ihrem Versicherungsmakler mit dem Bemerken vorgelegt, sie habe nichts falsch gemacht und er solle dies so der Versicherung weitergeben. In der Folge entstand ein Kontakt zwischen der „Haftpflichtversicherung“ der Beklagten und dem Klagevertreter. Mit Schreiben des Versicherungsmaklers der Beklagten vom 15. 6. 2015 an den Klagevertreter wurde unter anderem mitgeteilt, dass die Beklagte kein Fehlverhalten bei sich feststellen könne und die Schadensmeldung daher in diesem Sinn an die Versicherung erfolgt sei. Mit Schreiben vom 16. 6. 2015 ersuchte der Klagevertreter (den Versicherungsmakler) um Mitteilung, ob eine Haftungsübernahme durch die Versicherung oder auch eine Abstandszahlung abgelehnt würden; für diesen Fall wurde eine Klage angekündigt. Es wurde um Klärung und Nachricht bis spätestens 23. 6. 2015 ersucht. Auf diesen Brief hin erfolgte zu einem nicht genau feststellbaren Zeitpunkt ein telefonisches Angebot durch die Versicherung gegenüber dem Klagevertreter auf Zahlung eines Betrags von 3.000 EUR. Mit Schreiben vom 13. 7. 2015 teilte der Klagevertreter (dem Versicherungsmakler der Beklagten) mit, dass das mündliche Angebot seitens der Haftpflichtversicherung nicht angenommen und nunmehr Klage eingebracht werde.

Mit der am 20. 7. 2015 eingebrachten Klage begehrt die Klägerin (zuletzt) 16.968,53 EUR sA. Der Klagsbetrag setzt sich zusammen aus dem Kaufpreis für die Stute von 7.200 EUR abzüglich eines Restwerts von 500 EUR, den Kosten tierärztlicher Behandlungen, den angefallenen Einstellgebühren für den Zeitraum Juli 2014 bis Dezember 2015, den Kosten für Hufpflege und Versorgung durch den Hufschmied sowie aus den Kosten des Transports

der Stute zu einer günstigeren als der ursprünglich gewählten Unterbringung. Die Klägerin brachte dazu vor, dass bei ordnungsgemäßer Auswertung der im Zuge der Ankaufsuntersuchung angefertigten Röntgenbilder bereits eine Verschattung im Bereich der tiefen Beugesehne am vorderen rechten Bein der Stute zu erkennen gewesen wäre, worauf die Beklagte pflichtwidrig nicht hingewiesen habe. Die Stute habe bereits im Oktober 2014 begonnen, vorne rechts zu lahmen. Nach mehreren erfolglosen Behandlungen habe ein beigezogener Tierarzt in seinem tierärztlichen Attest vom 24. 12. 2014 eine deutliche Verkalkung im distalen Verlauf der tiefen Beugesehne als Ursache erkannt und sie darauf hingewiesen. Dieser Befund sei in schwächerer Form bereits auf den am 1. 7. 2014 von der Beklagten angefertigten Röntgenbildern ersichtlich gewesen. Wenn sie bei der Ankaufsuntersuchung darauf hingewiesen worden wäre, hätte sie die Stute nicht erworben. Sie hätte in diesem Fall auch keine Tierarzt-, Hufschmied- und Einstellkosten für das Pferd tragen müssen. Ein Käufer habe sich bislang trotz ihrer Verkaufsbemühungen nicht finden lassen. Sie treffe als Humanmedizinerin kein Mitverschulden. Sie habe das Pferd zum Freizeitreiten und zur Teilnahme an Amateurturnieren erworben, weshalb das KSchG zur Anwendung gelange und weder eine Verkürzung der Verjährungsfrist noch eine Einschränkung der Haftung auf grobes Verschulden wirksam sei. Kenntnis vom Schaden habe sie frühestens am 24. 12. 2014 durch die Stellungnahme ihres Tierarztes erlangt. In den folgenden sechs Monaten seien Vergleichsgespräche mit der „Haftpflichtversicherung“ der Beklagten geführt worden, wobei der zuständige Sachbearbeiter zuletzt telefonisch ein Vergleichsangebot

unterbreitet habe, das mit Schreiben vom 13. 7. 2015 abgelehnt worden sei.

Die Beklagte wendete ein, die Ankaufsuntersuchung fachgerecht durchgeführt zu haben. Sie habe anhand der Röntgenbilder „canales sesamoidales“ festgestellt und eine zutreffende Klassifizierung vorgenommen. Mit diesem Hinweis habe sie zumindest auf eine Ursache einer möglichen späteren Hufrollenerkrankung hingewiesen. Dafür, dass die Klägerin die Stute dennoch erworben habe, sei eine allenfalls fehlende Beschreibung einer Verdichtung der Beugesehne nicht kausal. Ein allfälliges Fehlverhalten sei nur als leicht fahrlässig zu werten. Die klinische Untersuchung habe ebensowenig wie die standardisierte Röntgenuntersuchung Auffälligkeiten oder einen markanten Befund ergeben. Eine Verkalkung der Beugesehne sei zum Untersuchungszeitpunkt nicht vorgelegen. Es liege keine Lahmheit bei der Stute vor. Da die Klägerin selbst Ärztin sei, sei ihr ein Mitverschulden anzulasten, weil sie das Vorliegen eines besonderen Befundes („canales sesamoidales“) erkennen und entsprechend nachfragen hätte müssen. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sei zwischen den Parteien ausgeschlossen worden, ebenso eine Haftung für grobes Verschulden gegenüber einem Unternehmer. Die Klägerin habe das Pferd zu Erwerbszwecken angekauft, gewerblich genutzt und sei daher als Unternehmerin zu qualifizieren. Die Parteien hätten eine Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche auf sechs Monate vereinbart. Die Klägerin habe die Lahmheit des Pferdes bereits im Oktober 2014 erkannt, aber erst im Juli 2015 die Klage eingebracht, weshalb allfällige Ansprüche verjährt seien. Sie habe mit der Klägerin keine Vergleichsgespräche geführt. Der

Klägerin sei überdies eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorzuwerfen, weil sie ihre Gewährleistungsansprüche primär gegenüber den Verkäufern hätte geltend machen müssen und bei umgehender Euthanasierung des Pferdes keine weiteren Erhaltungskosten entstanden wären.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf weiters die von der Beklagten in der Berufung bekämpften Feststellungen,

(a) dass die Klägerin das Pferd fürs Freizeitreiten und für die geplante Teilnahme an Amateurspringturnieren anschaffen wollte,

(b) die Klägerin nicht wusste, was „II bis III“ [Klassifizierung im Gutachten] bedeuten soll,

(c) bei vollständiger Auflistung der vorliegenden Befunde, also auch einem Hinweis auf eine Verschattung der tiefen Beugesehne, die Klägerin die Stute nicht erworben hätte und

(d) die Hauptursache der Lahmheitserscheinungen die Kalzifizierung der tiefen Beugesehne rechts vorne war, also eine Erkrankung der Hufrolle, wie sie im Ansatz bereits auf den im Zuge der Ankaufsuntersuchung angefertigten Röntgenbildern ersichtlich war.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, dass die Klägerin als Konsumentin Auftraggeberin der Ankaufsuntersuchung war und die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) dem Vertrag zugrunde gelegt wurden. Die Verkürzung der Verjährungsfrist in den AVB sei gegenüber der Klägerin nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unwirksam. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis des Schadens seitens der Klägerin sei der 24. 12. 2014 gewesen. Sie habe mit der „Haftpflichtversicherung“ der

Beklagten Vergleichsverhandlungen geführt, welche die Verjährungsfrist gehemmt hätten, sodass die Klagseinbringung am (richtig:) 20. 7. 2015 jedenfalls rechtzeitig erfolgt sei. Die Ansprüche seien daher nicht verjährt. Die Haftung der Beklagten, welche die in den Röntgenbildern ersichtliche erhöhte Dichte der tiefen Beugesehne im Bereich der Hufrolle am rechten Vorderbein nicht erkannt und daher auch nicht bemerkt habe, sei zu bejahen, weil dieses Verhalten als grob fahrlässig zu werten sei. Im Übrigen sei der Haftungsausschluss unwirksam, weil Freizeichnungen für leichte Fahrlässigkeit ohne sachlich einleuchtenden Grund die vertraglichen Hauptpflichten des Unternehmers entwerteten und so die Erreichung des Vertragszwecks gefährdeten. Von einer solchen Entwertung einer Ankaufsuntersuchung wäre auszugehen, wenn der untersuchende Tierarzt ohne jegliche Haftungsfolgen gegenüber einem Konsumenten leicht fahrlässig agieren dürfte. Der Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht sei nicht berechtigt, weil es der Klägerin überlassen sei, welchen Schuldner sie in Anspruch nehme, und eine Euthanasierung des Pferdes nicht medizinisch indiziert und daher dem (österreichischen) Tierschutzgesetz widersprechend wäre.

Das Berufungsgericht gab – ohne die Tatsachenrügen zu behandeln – der Berufung der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren ab. Rechtlich führte es aus, dass die Vereinbarung der sechsmonatigen Verjährungsfrist bei leichter Fahrlässigkeit gegenüber der Klägerin als Konsumentin auch im Lichte des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG rechtswirksam erfolgt sei. Dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist unter die in dieser Bestimmung erwähnten „Freizeichnungsklauseln“ einzuordnen wäre, sei dem

Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Auch in der Regierungsvorlage komme nicht zum Ausdruck, dass die Verkürzung der Verjährungsfrist bei Verbrauchergeschäften stets (also auch bei leichter Fahrlässigkeit) eine unzulässige Beschränkung darstelle. Die Entscheidung 4 Ob 78/10i sei vereinzelt geblieben und könne nicht bedeuten, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist bei Verbrauchergeschäften generell – und damit auch bei leichter Fahrlässigkeit – unzulässig sei, weil einem derartigen Verständnis der Wortlaut des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG entgegenstehe. Daran ändere auch § 31f Abs 1 KSchG nichts. Die Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist sei im konkreten Fall auch sachlich gerechtfertigt, da Gegenstand der Ankaufsuntersuchung ein Pferd und damit ein Lebewesen sei, was bei einer längeren Verjährungsfrist zu erheblichen Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen führen könne. Diese könnten nicht unberücksichtigt bleiben, da sich der Gesundheitszustand des Pferdes ab dem Zeitpunkt der Ankaufsuntersuchung verändern oder das Pferd selbst verenden könnte.

Eine Hemmung der Verjährung liege nicht vor. Sei die Klägerin durch das tierärztliche Attest vom 24. 12. 2014 in Kenntnis von Schaden und Schädiger gelangt, wäre die Verjährungsfrist mit 24. 6. 2015 abgelaufen und die mit 20. 7. 2015 erhobene Klage verjährt. Die Beklagte habe zu einem nicht genau feststellbaren Zeitpunkt (zwischen 15. 6. 2015 und 13. 7. 2015) ein telefonisches Angebot durch die Versicherung gegenüber dem Klagevertreter auf Zahlung von 3.000 EUR unterbreitet. Die Tatsache, dass nicht feststellbar sei, ob dieses Vergleichsanbot noch vor dem 24. 6. 2015 erfolgt sei, gehe zu Lasten der dafür

beweispflichtigen Klägerin. Ein nach Ablauf der Verjährungsfrist erklärtes Vergleichsanbot der Haftpflichtversicherung stelle weder eine Vergleichsverhandlung dar noch vermöge es an der bereits abgelaufenen Verjährung etwas zu ändern, sodass von einer Verjährung der Ansprüche auszugehen sei.

Die Sorgfaltswidrigkeit der Beklagten sei als leicht fahrlässig zu werten. Ihr sei zugute zu halten, dass sie die Stute gründlich untersucht, einwandfreie Röntgenaufnahmen angefertigt und auch eine korrekte Klassifizierung vorgenommen habe. Ihr einziges Versehen habe darin bestanden, die auf den Röntgenaufnahmen erkennbare erhöhte Dichte der tiefen Beugesehne im Bereich der Hufrolle am rechten Vorderbein der Stute nicht erkannt und demgemäß auch nicht im Untersuchungsprotokoll beschrieben zu haben. Auch wenn sie als Tierärztin dem Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB unterworfen sei, reiche dieses Fehlverhalten im Einzelfall noch nicht zur Begründung grober Fahrlässigkeit aus. Dies müsse umso mehr gelten als die von ihr – ohne Erkennen der erhöhten Dichte der tiefen Beugesehne – vorgenommene Klassifizierung von II bis III auch unter Berücksichtigung dieses Befundes korrekt gewesen wäre, es sich dabei nicht um einen häufig vorkommenden Befund gehandelt habe und die Verdichtung in der tiefen Beugesehne im Zeitpunkt der Ankaufsuntersuchung noch eine äußerst diskrete, diffuse Veränderung dargestellt habe.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO für zulässig, weil es von der Entscheidung 4 Ob 78/10i abgewichen sei.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Begehren, das erstgerichtliche Urteil

wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der Revisionsbeantwortung die Zurückweisung der Revision, in eventu ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsbegehrens auch berechtigt.

1. Am 1. 7. 2014 führte die Beklagte im Auftrag der Klägerin eine Ankaufsuntersuchung an einer noch im Eigentum der späteren Verkäufer stehenden Stute durch, wofür sie 600 EUR in Rechnung stellte. Vertragsgegenstand war die Durchführung einer klinischen Untersuchung gemäß den Punkten I. bis III. und einer Standard-Röntgenuntersuchung gemäß Punkt IV. entsprechend dem von der Vereinigung Österreichischer Pferdetierärzte herausgegebenen Vertrag über die Untersuchung eines Pferdes.

Der Vertrag zur Vornahme der tierärztlichen Kaufuntersuchung ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Der Tierarzt schuldet im Rahmen der Kaufuntersuchung die Erstellung eines Gutachtens über den Gesundheitszustand des Pferdes zum Zeitpunkt der Untersuchung (vgl für Deutschland *Adolphsen*, Haftungsrechtliche Aspekte der veterinärmedizinischen Kaufuntersuchung von Pferden, *VersR* 2003, 1088; *ders* in *Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht<sup>2</sup> [2013], § 16 Veterinärhaftungsrecht Rn 46; *E. Graf von Westphalen*, Haftungsrechtliche Aspekte der tierärztlichen Kaufuntersuchung von Pferden, *VersR* 2005, 1055 [1056]). Die Kaufuntersuchung verfolgt das Ziel, dem Käufer eine solide Grundlage für seine Kaufentscheidung an die Hand zu geben. Die Kaufuntersuchung stellt eine



wesentliche Hilfe für den Käufer dar (vgl. *E. Graf von Westphalen* aaO 1055 f; *Adolphsen* in VersR 2003, 1089).

In Österreich darf gemäß § 12 Abs 1 Z 7 Tierärztegesetz (TierärzteG) die Ausstellung von tierärztlichen Zeugnissen und Gutachten, wozu die Ankaufsuntersuchung zählt, grundsätzlich nur von Tierärzten durchgeführt werden. Es handelt sich dabei um eine – unbeschadet der anderen Personen gemäß § 1 Abs 3 TierärzteG zustehenden Befugnisse (zur Schlachttier- und Fleischbeschau sowie zur künstlichen Besamung der Haustiere) – allein den Tierärzten vorbehaltene Tätigkeit.

2. Die Klägerin wendet sich gegen die Vereinbarung der AVB an sich, vermag aber der diesbezüglichen Beurteilung der Vorinstanzen nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Nach ständiger Rechtsprechung bedürfen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die – wie hier – nicht kraft Gesetzes oder Verordnung gelten, zu ihrer Geltung der rechtsgeschäftlichen Einbeziehung in das Vertragsverhältnis. Ihre Anwendung setzt daher voraus, dass sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragswortlaut oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht wurden. Ob der andere Vertragsteil einen solchen Hinweis ausdrücklich zur Kenntnis nahm oder ihm die AGB vor Vertragsabschluss ausgehändigt wurden, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist nur, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen (1 Ob 1/00d mwN = SZ 73/158). Die stillschweigende Unterwerfung unter die AGB des Anwenders darf nur dann angenommen werden, wenn für den anderen Vertragsteil deutlich erkennbar war, dass jener nur unter Einbeziehung seiner AGB kontrahieren wollte (2 Ob 159/08h mwN; vgl. RIS-Justiz RS0014506 [T9]).

Die Beklagte wies der Klägerin das von der Vereinigung Österreichischer Pferdetierärzte herausgegebene Standard-Untersuchungsprotokoll vor, wobei sie die ersten vier Seiten überblätterte und dann gemeinsam mit der Klägerin die Seiten 5 bis 7 durchging. Die Parteien unterfertigten auf Seite 7 des Formulars unterhalb eines in Fettdruck gehaltenen Absatzes, dessen erster Satz lautete: *„Ich habe das Aufklärungsblatt und die Allgemeinen Vertragsbedingungen gelesen, verstanden und bin damit einverstanden.“* Wer eine Urkunde unterfertigt, macht grundsätzlich den durch seine Unterschrift gedeckten Text zum Inhalt seiner Erklärung, auch wenn er ihm unbekannt ist oder ihn nicht verstanden hat (RIS-Justiz RS0014753). Auch wenn die Klägerin die AVB nicht im Einzelnen durchgelesen hat, wurden sie doch mit Unterfertigung der Urkunde Vertragsinhalt.

3. Gemäß § 13 Abs 1 der AVB gilt ausschließlich österreichisches Recht. Die Parteien trafen damit – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte – eine Rechtswahl im Sinn von Art 3 der Rom I-VO, sodass jedenfalls österreichisches Recht zur Anwendung gelangt.

4. Die beklagte Tierärztin ist Unternehmerin, die klagende Humanmedizinerin Verbraucherin in Bezug auf die Ankaufsuntersuchung des Pferdes. Die AVB enthalten (in Punkt 1. und § 10 Abs 6) eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist auf sechs Monate. Danach verjähren Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten sechs Monate ab der ersten Möglichkeit, den Schaden durch die Klägerin zu erkennen, spätestens drei Jahre ab Übergabe des Untersuchungsprotokolls.

Schon vor der Entscheidung 4 Ob 78/10i wurde in der Lehre einhellig vertreten, dass der Verkürzung der

Verjährungsfrist in AGB Verbrauchern gegenüber § 6 Abs 1 Z 9 KSchG entgegensteht, wonach Vertragsbestimmungen, die im Verbrauchergeschäft Haftungsstandards einschränken oder ausschalten, unwirksam sind (*Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 131; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 43; *Kathrein* in KBB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 16; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 9 KSchG Rz 20; *Karollus*, Die beschränkte Haftung der Wirtschaftstrehänder, RdW 1997, 583 [586]). Im Beschluss 4 Ob 78/10i (= SZ 2010/101 = RIS-Justiz RS0126231) sprach der Oberste Gerichtshof zu der in § 8 Abs 4 AAB der Wirtschaftstrehänder geregelten Verkürzung der Verjährungsfrist, wonach ein Schadenersatzanspruch nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem der oder die Anspruchsberechtigten von dem Schaden Kenntnis erlangt haben, gerichtlich geltend gemacht werden kann, aus, dass diese Klausel auf Verbraucher infolge des Verbots von Vertragsbestimmungen, die im Verbrauchergeschäft Haftungsstandards einschränken oder ausschalten (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG), nicht wirksam sei. Diese Entscheidung wird in der Literatur wiederholt referiert, ohne daran Kritik zu üben (*Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 16; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 43; *Dehn* in KBB<sup>4</sup> § 1502 ABGB Rz 2; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1502 Rz 9; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 1502 ABGB Rz 18 f; *Donath* in *Schwimann*, ABGB-TaKom<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 11). Die formularmäßige Verkürzung der Schadenersatzfrist (§ 1489 ABGB) zu Lasten eines Verbrauchers ist nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht zulässig; und zwar auch dann, wenn der Inhalt des Schadenersatzanspruchs selbst gar nicht tangiert wird. Schon die Verkürzung der Frist schmälert nämlich die

Rechtsposition des Verbrauchers (*Krejci aaO*; diesem folgend *Vollmaier aaO Rz 19*).

Abgesehen davon lässt § 9 Abs 1 KSchG eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist zu Lasten von Verbrauchern nur in sehr engen Grenzen zu. Die Bestimmung des § 31f Abs 1 Satz 2 KSchG (idF ZivRÄG 2004, BGBl I 2003/91), wonach bei Reiseverträgen die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche nach § 31e Abs 3 KSchG auf ein Jahr verkürzt werden kann, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird, wäre bedeutungslos, wenn eine solche Verkürzung gegenüber einem Reisenden (Verbraucher) schon infolge eines Umkehrschlusses aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG zulässig wäre. Der Gesetzgeber der Novellierung des § 31f Abs 1 KSchG (JAB 212 BlgNR XXII. GP 2) hielt dazu ausdrücklich fest, dass eine einvernehmliche Verkürzung der Verjährungsfrist für sämtliche Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche problematisch sei, weil dies allgemeinen Grundwertungen des Verbraucherrechts, wie sie insbesondere in den §§ 6 Abs 1 Z 9 und 9 KSchG zum Ausdruck kommen, widerspricht.

Die Vereinbarung der sechsmonatigen Verjährungsfrist in den AVB der beklagten Tierärztin mit der klagenden Verbraucherin verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und ist unwirksam. Ob eine sachliche Rechtfertigung möglich wäre, ist für die Lösung dieses Falls nicht entscheidend. Nach der demnach zur Anwendung gelangenden Bestimmung des § 1489 Satz 1 ABGB wurden die Schadenersatzansprüche der Klägerin innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist eingeklagt. Sie sind entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts damit nicht verjährt.

5.1. Nach § 10 Abs 3 der AVB haftet der Tierarzt niemals – außer gegenüber dem Verbraucher bei

Körperschäden – bei leichter Fahrlässigkeit. Nach dieser Bestimmung wäre somit die Haftung für leicht fahrlässig herbeigeführte Vermögens- und Sachschäden ausgeschlossen.

5.2. Das Erstgericht hat diese Vertragsbestimmung (implizit im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB) für unwirksam erachtet, weil ohne sachlich einleuchtenden Grund die vertraglichen Hauptpflichten des Unternehmers eingeschränkt würden. Das Berufungsgericht ging ohne nähere Begründung von der Wirksamkeit dieser Bestimmung aus. Die Klägerin erachtet die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit als Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, während die Beklagte – ohne sachliche Gründe anzuführen, die diese Klausel rechtfertigen könnten – keinen Verstoß gegen diese Bestimmung sieht.

5.3. Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Gemäß § 19 Abs 1 TierärzteG darf ein Tierarzt Zeugnisse und Gutachten nur nach gewissenhafter Erhebung und Untersuchung und unter genauer Beachtung der Regeln, Erkenntnisse und Erfahrungen der Veterinärmedizin nach seinem besten Wissen und Gewissen abgeben. Diese Bestimmung stellt die Grundsätze auf, nach denen tierärztliche Zeugnisse und Gutachten zu erstellen sind (ErläutRV 1158 BlgNR XIII. GP 18). Nach den Gesetzesmaterialien sind die wichtigsten Punkte der tierärztlichen Berufsordnung (I. Hauptstück) die Festlegung der den Tierärzten vorbehaltenen Tätigkeiten und die klare Umschreibung von Rechten und Pflichten der Tierärzte (ErläutRV aaO 15). Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich der gesetzlich festgelegte Sorgfaltsmaßstab vom Tierarzt bei der Erstellung von Zeugnissen und Gutachten einzuhalten ist.

Zur Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungen für leicht fahrlässig verursachte Schäden hat der Oberste

Gerichtshof bereits wiederholt Stellung genommen. Danach wird zwar eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch in AGB grundsätzlich als zulässig angesehen, jedoch die Auffassung abgelehnt, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit – auch über Personenschäden hinausgehend – ganz generell zu (1 Ob 105/14v mwN [Klausel 7] = SZ 2014/71; RIS-Justiz RS0050109 [T4]; vgl RS0117267). Der in § 10 Abs 3 der AVB vereinbarte Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – Körperschäden von Verbrauchern ausgenommen – soll umfassend sein und erfasst nicht zuletzt auch die Freizeichnung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von der beklagten Tierärztin verursachten Schäden. Ein solcher weitgehender Haftungsausschluss für leicht fahrlässig herbeigeführte Sach- und Vermögensschäden bedarf aber im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB einer sachlichen Rechtfertigung (vgl 5 Ob 87/15b [Fitnessstudio; Klausel 13] = RIS-Justiz RS0130673; RS0016567 [T4]; RS0117267 [T3]). Diese Bestimmung verlangt die Vornahme einer umfassenden, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Interessenprüfung, aufgrund derer zu beurteilen ist, ob eine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt oder nicht (*Mayrhofer/Nemeth* aaO § 6 Abs 1 Z 9 KSchG Rz 12 mwN; 10 Ob 74/15b; RIS-Justiz RS0016914 [T64]). Grundregel für die Erstellung eines tierärztlichen Gutachtens ist das Gebot der Gewissenhaftigkeit (§ 19 Abs 1 TierärzteG; § 1299 ABGB). Hauptpflicht der Beklagten im Rahmen der Kaufuntersuchung war die Erstellung eines inhaltlich zutreffenden Gutachtens über den Gesundheitszustand des Pferdes. Ein genereller Haftungsausschluss für leichte

Fahrlässigkeit in Bezug auf Sach- und Vermögensschäden ist eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, speziell dann, wenn – wie hier – der Ausschluss der Haftung die die Tierärztin aus dem Vertrag treffende Hauptpflicht betrifft. Dafür ist keine sachliche Rechtfertigung zu erkennen; mit einer solchen argumentiert die Beklagte auch nicht. Da damit § 10 Abs 3 der AVB gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, ist diese Klausel nichtig und damit unwirksam. Die Beklagte haftet demnach auch für leichte Fahrlässigkeit (§ 1295 Abs 1 ABGB).

5.4. Hinsichtlich des Umstands, dass die Beklagte bei der Begutachtung leicht fahrlässig die erhöhte Dichte der tiefen Beugesehne im Bereich der Hufrolle am rechten Vorderbein der Stute nicht erkannt und demgemäß auch nicht im Untersuchungsprotokoll beschrieben hat, kann auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Ein leicht fahrlässiges Verhalten wird von der Beklagten in der Revisionsbeantwortung auch nicht in Abrede gestellt.

6. Damit wären die Schadenersatzansprüche der klagenden Verbraucherin weder verjährt, noch stünde diesen der vereinbarte Haftungsausschluss infolge leicht fahrlässigen Verhaltens der Beklagten entgegen. Ob das Schadenersatzbegehren berechtigt ist, hängt noch von der bislang unterbliebenen Behandlung der Beweisrüge durch das Berufungsgericht ab. Insbesondere wurde von der Beklagten in der Berufung die Feststellung bekämpft, dass die Klägerin bei vollständiger Auflistung der vorliegenden Befunde, also einem Hinweis auf eine Verschattung der tiefen Beugesehne, die Stute nicht erworben hätte.

Es ist daher das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und diesem die Erledigung der Beweisrüge der Beklagten aufzutragen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf den § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 10. Februar 2017  
Dr. S a i l e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: