

ABGB-Gefahrtragungsregeln zugunsten von Verbrauchern zwingend

FAB 2005

674, S. 590 § 9 KSchG bestimmt, dass die Gewährleistungsbestimmungen des ABGB im Verbrauchergeschäft zugunsten des Konsumenten relativ zwingend sind. In diesem Beitrag wird gezeigt, dass das auch für die Gefahrtragungsregeln des ABGB gilt.

Dr. Stefan Perner
Universität Wien

1. Einleitung und Problemstellung

Üblicherweise sichern sich Unternehmer gegenüber ihren Vertragspartnern für nicht in ihrem Einflussbereich gelegene Risiken, die die Erbringung der versprochenen Leistung verhindern könnten, ab. Auf den Eintrittskarten zu Freiluftveranstaltungen (Open-Air-Konzerte, Tennisturniere, Fußballspiele etc) finden sich etwa Hinweise wie: „Karten werden bei schlechtem Wetter nicht rückvergütet.“ Bei Bauverträgen wird mitunter vereinbart, dass der Werkbesteller (schon vor Übernahme des Werks) die Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung von Bauleistungen durch ein unabwendbares Ereignis trägt,

Die Gefahrtragungsregeln des ABGB sind im Verbrauchergeschäft zugunsten des Konsumenten relativ zwingend.

sofern der Werkunternehmer alle notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zur Abwehr solcher Ereignisse und ihrer Folgen getroffen hat. Diesen Fällen ist gemein, dass der Unternehmer das vertraglich vereinbarte Entgelt verlangen kann, obwohl er seinem Vertragspartner keine (oder eine hinter dessen Erwartungen

zurückbleibende) Leistung erbringt. Auf den ersten Blick handelt es sich in solchen Fällen um ein Problem der Gefahrtragung. Die zitierten Vereinbarungen regeln nämlich, welchen Vertragspartner das Risiko der zufälligen Vereitelung der Leistung vor deren Erbringung trifft.

In der Folge werden die Grenzen der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen im Verbrauchergeschäft untersucht. Dazu ist zunächst die allgemeine Frage zu überprüfen, inwieweit im Verbrauchergeschäft eine vertragliche Abweichung von den Regeln des ABGB über die Gefahrtragung zulässig ist (2.–4.). Anschließend werden einzelne in der Praxis bedeutsame Fallgruppen näher beleuchtet (5.).

2. Der Zusammenhang von Gefahrtragung und Gewährleistung

Gewährleistung ist bekanntlich die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Mängel seiner Leistung bei deren Erbringung!). Ihr Ziel ist die Wiederherstellung der durch die mangelhafte Leistung gestörten subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Da es nur um dieses Gleichgewicht geht, ist es unerheblich, ob der Mangel vom Übergeber verursacht und verschuldet wurde. Auch Mängel, die auf Umstände zurückzuführen sind, die der Übergeber nicht beherrschen kann, führen daher zu Gewährleistungsrechten des Übernehmers²⁾. Weist ein gelieferter Neuwagen

etwa einen Lackschaden auf, macht es für die Gewährleistung keinen Unterschied, ob sich der Mangel auf ein Verhalten des Verkäufers selbst, seines Erfüllungsgehilfen, eines unbeteiligten Dritten oder auf ein Naturereignis (zB Steinschlag) gründet. Entscheidend ist allein die Abweichung vom Vertrag.

Mit der Gewährleistung steht die Gefahrtragung in einem untrennbaren Zusammenhang. Die Regeln über die Gefahrtragung verteilen nämlich das Risiko der zufälligen Verschlechterung (des zufälligen Unterganges) der Leistung zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung. Trifft dieses Risiko bereits den Übernehmer, hat er wegen einer vor Übergabe zufällig eintretenden Verschlechterung keinen Gewährleistungsanspruch. Geht die Leistung vor Übergabe zufällig unter und trägt der Übernehmer bereits die Gefahr³⁾, muss er das volle Entgelt leisten, ohne eine Gegenleistung zu erhalten. Die Gefahrtragung durch den Übergeber ist also Voraussetzung für das Bestehen eines Gewährleistungsanspruches des Übernehmers⁴⁾. Dies wird im ABGB ganz deutlich⁵⁾. Das Gesetz lässt die Gefahr nämlich einerseits mit bedungener Übergabe auf den Übernehmer übergehen (§§ 104 8 ff ABGB). Andererseits wird ausdrücklich bestimmt, dass Gewährleistung nur wegen solcher Mängel geltend gemacht werden kann, die bei Übergabe der Sache vorliegen (§ 924 ABGB). Daher ist es auch stimmig, dass die hL⁶⁾ die Ansicht vertritt, der Übernehmer könne keine Gewährleistungsrechte geltend machen, wenn ein zufälliger⁷⁾ Umstand im Annahmeverzug zu einem Mangel führt. Die

3) ZB aufgrund einer vertraglichen Regelung, die vom dispositiven Recht abweicht.

4) S. *Welser/B. Jud.*, Gewährleistung (2001) § 924 Rz 5; *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 924 Rz 1; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) 83 ff (insb 90), zweifelt für den Fall des Verbraucher-Versendungskaufes daran, dass die Gefahrtragung durch den Übergeber zwingende Voraussetzung für die Gewährleistung ist.

5) Vgl. auch Art 36 UNK. Dort findet sich die Formulierung, der Verkäufer hafte für eine Vertragswidrigkeit, „die im Zeitpunkt des Überganges der Gefahr auf den Käufer besteht“.

6) *Gschnitzer/Klang IV/1²*, 511; *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) 418; *Welser/B. Jud.*, Gewährleistung § 924 Rz 5; *Kletečka*, Gewährleistung neu § 924 Rz 1; *Faber*, Gewährleistungsrecht 83.

7) Wer die Ansicht vertritt, der Gläubiger trage im Annahmeverzug die Gefahr auch bei durch den Schuldner leicht fahrlässig verursachtem Sachuntergang (so zB *Piskol/Gschnitzer/Klang VI²*, 548), muss dem Übernehmer wegen solcher Mängel auch Gewährleistungsansprüche absprechen, sodass die Wendung „zufällig“ insofern zu eng wäre, weil auch ein leicht schuldhaft verursachter Mangel die Gewährleistung verhindern würde. Gegen die Tragung der Gefahr durch den Erwerber in diesen Fällen aber *F. Bydliński/Klang IV/2²*, 348 f, der zwar die Ansicht vertritt, der Haftungsmaßstab des Schuldners werde im Annahmeverzug gemildert. Dies gelte aber nur für die Schadenshaftung. Die Vorschriften über den Übergang der Preisgefahr seien hingegen nicht heranzuziehen, weil es sich nicht um einen zufälligen Untergang handle. Gegen die Lehre von der Preisgefahrtragung des im Annahmeverzug befindlichen Gläubigers bei leichtem Verschulden des Schuldners sprechen sich freilich auch die Vertreter der Meinung aus, der Sorgfaltsmaßstab des Schuldners werde im Annahmeverzug überhaupt nicht – also nicht einmal für die Frage der Schadenshaftung – gemildert: so *Rabl*, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, *JBl* 1997, 488 (490 ff); *Reischauer/Rummel³* § 1419 Rz 9.

1) Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht III² (2001) 60.

2) Dies gilt freilich nicht, wenn der Mangel auf ein Verhalten des Übernehmers zurückzuführen ist.

Sache ist dann zwar bei späterer Übergabe mangelhaft. Gewährleistungsrechte stehen dem Übernehmer aber nicht zu, weil er im Gläubigerverzug bereits die Gefahr der zufälligen Verschlechterung trägt.

3. Größenschluss für die Gefahrtragung aus § 9 KSchG

Gem § 9 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die Gewährleistungsbestimmungen des ABGB haben also zugunsten von Verbrauchern relativ zwingenden Charakter. § 9 KSchG bewirkt demnach nicht nur die Unzulässigkeit eines gänzlichen Gewährleistungsausschlusses, sondern auch etwa, dass die Gewährleistungsfristen nicht verkürzt werden können oder der Verbraucher in der Wahl der ihm nach § 932 ABGB zustehenden Rechtsbehelfe nicht eingeschränkt werden darf.

Das ABGB stellt für die Beurteilung des Zeitpunkts der Mangelhaftigkeit auf die bedungene Übergabe ab. Auch eine Vereinbarung, die diesen Zeitpunkt vorverlegt, ist nichtig, weil sie eine (potenzielle) Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers ist⁸⁾. Eine solche Vereinbarung ist nichts anderes als eine vertragliche Abänderung der Gefahrtragungsbestimmungen. Sie kann wegen § 9 KSchG nicht zu einer Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers führen. Wird also bei einem Verbrauchergeschäft vereinbart, dass der Käufer eines Gebrauchtwagens die Gefahr bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses trägt, so steht diese Vereinbarung gem § 9 KSchG einem Gewährleistungsanspruch wegen eines zwischen Vertragsabschluss und Übergabe des Autos entstandenen Mangels nicht entgegen.

Der Wortlaut des § 9 KSchG ließe aber eine vertragliche Abänderung *nur* der – grundsätzlich dispositiven⁹⁾ – Regelungen über die Preisgefahr zu, da die Bestimmung bloß den Zeitraum nach Übergabe betrifft. Vereinbart ein Gebrauchtwarenhändler etwa mit seinem Vertragspartner, dass dieser den Kaufpreis auch zu zahlen hat, wenn das Auto nicht übergeben werden kann, „weil es aus höherer Gewalt zerstört wird“, so steht dieser Vereinbarung der Wortlaut des § 9 KSchG nicht entgegen. Es handelt sich ja um keine Einschränkung der Regelungen über die Gewährleistung, sondern um eine Abänderung der Regelungen über die Preisgefahrtragung¹⁰⁾. Die Lösung ist aber widersprüchlich und nicht sachgerecht. Man erreichte nämlich folgendes Ergebnis: Für den Fall des gänzlichen Unterganges der Kaufsache aus höherer Gewalt wäre es zulässig, vorweg zu vereinbaren, dass der Käufer den vollen Kaufpreis zu zahlen hat, ohne eine Leistung zu erhalten. Jede Vereinbarung, in der die Gewährleistung in Fällen ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, in denen höhere Gewalt zu einem Mangel geführt hat, wäre demgegenüber unzulässig, weil sie vom dispositiven Recht abweiche. Ein sachlicher Grund dafür, den Gewähr-

leistungsausschluss nicht zuzulassen, den Ausschluss der Gefahrtragung jedoch schon, scheint nicht ersichtlich.

Eine harmonisierende Lösung des Problems hat daher bei der Frage der Zulässigkeit der Abänderung der Gefahrtragungsregeln zu Lasten des Verbrauchers anzusetzen. Zunächst könnte die Abweichung vom dispositiven Recht als sittenwidrig iSd § 879 ABGB und somit nichtig beurteilt werden. Fraglich wäre dabei, ob in unserem Zusammenhang Abs 1 oder Abs 3 heranzuziehen wäre¹¹⁾. Der Gesetzgeber hat die für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit bei § 879 ABGB im Einzelfall vorzunehmende Wertung aber in § 9 KSchG bereits für eine ganz vergleichbare Situation getroffen. Betrachtet man den Zusammenhang von Gefahrtragung und Gewährleistung näher, ergibt sich die Unzulässigkeit der Abbedingung der Gefahrtragungsbestimmungen zu Lasten des Verbrauchers schon aus einer analogen Anwendung dieser Bestimmung.

Der Wortlaut des § 9 KSchG hat zwar nur Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Augen. Es wurde aber einerseits nachgewiesen, dass die Gefahrtragung des Unternehmers eine Voraussetzung für die Gewährleistung wegen eines zufällig eingetretenen Mangels ist und eine Abbedingung der Gefahrtragungsregeln daher nicht zu einer Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers führen kann. Gefahrtragung und Gewährleistung sind zwei Seiten derselben Medaille. Schon aus § 9 KSchG ergibt sich somit, dass eine Vorverlegung des Gefahrenüberganges unzulässig ist, da sie auf die Zeit nach Übergabe ausstrahlt. Dasselbe muss auch für die Zeit vor dem gesetzlichen Gefahrenübergang – bedungener Übergabe – gelten: Wird eine vom dispositiven Recht abweichende Gefahrtragungsvereinbarung schon für den Bereich der Einschränkung der Gewährleistungsrechte für unzulässig erklärt, muss die Unzulässigkeit auch den eigentlichen Bereich der Abrede umfassen, nämlich die Gefahrtragung *selbst*. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, dass die Parteien schon die *nach* Übergabe der Sache des Übernehmers wegen einer vor Übergabe zufällig eintretenden Verschlechterung bestehenden Rechte nicht einschränken können, so muss es erst recht unzulässig sein, die vor Übergabe wegen einer solchen Verschlechterung bestehenden Rechte zu beschränken. Warum die Zulässigkeit der vertraglichen Abänderung der gesetzlichen Risikotragungsregeln für einen bestimmten Zeitraum (nämlich zwischen Vertragsabschluss und bedungener Übergabe) von der *Übernahme der geschuldeten Sache* abhängen soll, ist nicht einsichtig.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Abänderung der Gefahrtragungsregeln – genau wie der Gewährleistungsrechte – zu Lasten des Verbrauchers unzulässig ist. Die Unzulässigkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung umfasst – wie im Fall der Einschränkung der Gewährleistungsrechte – sowohl den Ausschluss in AGB als auch den Ausschluss durch Einzelvereinbarung.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass der Verbraucher durch die Einführung des § 9 KSchG bloß vor besonders intransparenten Vertragsgestaltungen geschützt werden sollte, insb, weil die Mehrzahl der Konsumenten die

8) Vgl *Faber*, Gewährleistungsrecht 84.

9) Vgl nur § 1051 aE: „insofern die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben.“ Nach *P. Bydliński*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, *JBl* 1993, 559 (572), kann über dieses „von außen“ kommende Risiko „wohl recht weitgehend“ disponiert werden.

10) Die Vereinbarung weicht von den Bestimmungen des ABGB über die Gefahrtragung ab, weil danach der **Verkäufer** bis zur bedungenen Übergabe die Gefahr des zufälligen **Unterganges** trägt; vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II², 45 f.

11) *Krejci*, KSchG und Bauvertragsrecht, in *Krejci* (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 671 (712 ff), prüft die vom dispositiven Recht abweichenden Gefahrtragungsbestimmungen der ÖNORM B 2110 (in der damals geltenden Fassung) im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB.

Tragweite eines „Gewährleistungsausschlusses“ gar nicht erfassen kann und deshalb bei einer analogen Anwendung des § 9 KSchG Vorsicht geboten ist. Dem ist nämlich einerseits entgegenzuhalten, dass das Argument der „Unverständlichkeit“ für die komplexe Frage der Gefahrtragung noch viel eher zutrifft. Andererseits darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass sich der Gesetzgeber nicht dafür entschieden hat, bloß den intransparenten, sondern grundsätzlich jeden Ausschluss der Gewährleistung zu verbieten. Die Transparenz eines Gewährleistungsausschlusses allein ändert noch nichts an seiner Unzulässigkeit. Dasselbe muss grundsätzlich auch bei der Gefahrtragung gelten.

4. Einschränkende Leistungsbeschreibung

Das Ergebnis der obigen Überlegungen (2. und 3.) ist, dass die Gefahrtragungsregeln des ABGB relativ zwingenden Charakter zugunsten des Verbrauchers haben. Wie bei der Gewährleistung im Verbrauchergeschäft ist aber auch im gegebenen Zusammenhang die Frage der „einschränkenden Leistungsbeschreibung“ zu beachten. Eine solche eignet sich – wenn sie zulässig ist¹²⁾ – dazu, die Wirkung eines Gewährleistungsausschlusses herbeizuführen¹³⁾. Eine wirksame einschränkende Leistungsbeschreibung bedeutet aber gleichzeitig eine Abbedingung der Gefahrtragungsregeln. Der Übergeber trägt bis zur bedungenen Übergabe nämlich nur die Gefahr für die versprochene Leistung. Weist ein Gebrauchtwagenhändler etwa den Käufer im Zuge des Verkaufsgesprächs ausdrücklich darauf hin, dass er keine Verantwortung dafür übernehme, dass die elektrischen Fensterheber funktionieren, weil diese bei PKW der veräußerten Type sehr fehleranfällig seien, und erklärt sich der Käufer unter diesen Bedingungen zum Kauf bereit, so wird die Funktionstüchtigkeit der Fensterheber nicht Inhalt des Kaufvertrags. Sind die Fensterheber defekt, hat der Käufer keine Gewährleistungsansprüche, da kein Mangel vorliegt. Der Käufer trägt aber auch insofern die Gefahr dafür, als er nichts verlangen kann, was nicht geschuldet ist. Die Leistungsbeschreibung erlangt für den Verkäufer dieselbe Wirkung wie eine Abbedingung der Gefahrtragung für einen Teil der Leistung.

Eine einschränkende Leistungsbeschreibung darf nach der Lehre nicht uneingeschränkt die Wirkung eines Gewährleistungsausschlusses herbeiführen¹⁴⁾. Insb dürfte sie nicht zu einer Umgehung des § 9 KSchG führen. *Fenyves*¹⁵⁾ – und ihm folgend die hA¹⁶⁾ – vertritt die Ansicht, durch die Leistungsbeschreibung müsse der Mangel offen gelegt werden. Der Verbraucher müsse die Möglichkeit haben, die Tragweite des Mangels zu erkennen und bei seinem Entschluss, den Ver-

trag abzuschließen, zu berücksichtigen. Dann würde nämlich die Leistungsbeschreibung eine mit jener des § 928 ABGB vergleichbare Situation schaffen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine einschränkende Leistungsbeschreibung geeignet ist, die Wirkung der Abbedingung der Gefahrtragungsregeln herbeizuführen, ist die Parallele zur Gewährleistung zu beachten. Auch in unserem Zusammenhang muss dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben werden, die Tragweite der Einschränkung der Leistungsverpflichtung zu erkennen, andernfalls die Einschränkung nichtig ist. Dabei ist es freilich unerheblich, welche Worte sich die Parteien bedienen (vgl § 914 ABGB), insb, ob sie den Ausdruck „Gefahrtragung“ verwenden. Bei formularmäßigen Leistungsbeschreibungen ist der Lehre zu folgen, wonach dem Verbraucher die Unterschreitung seiner berechtigten Erwartungen im Zuge des Vertragsabschlusses konkret mitzuteilen und ihm dadurch die Möglichkeit zu eröffnen ist, diese „Mängel“ zu bedenken¹⁷⁾.

5. In der Praxis bedeutsame Fallgruppen

5.1 Allgemeines

Die nähere Betrachtung verschiedener in der Praxis bedeutsamer Vertragsgestaltungen erweist sich als notwendig. Die relativ zwingende Natur der Gefahrtragungsbestimmungen zugunsten von Verbrauchern wurde nachgewiesen (2. und 3.). Es bedarf jedoch angesichts der Möglichkeit einer einschränkenden Leistungsbeschreibung (4.) stets einer Analyse der jeweiligen Vereinbarung, bevor über deren Gültigkeit eine Aussage im Verbrauchergeschäft getroffen werden kann. Überdies ist zunächst die dispositive Rechtslage beim jeweiligen Vertragstyp zu klären, bevor ein Urteil über die Zulässigkeit von abweichenden Vertragsgestaltungen gefällt werden kann.

5.2 Sport- und Kulturveranstaltungen

Beispiel: Auf der Rückseite der Eintrittskarte zu einer Freiluftveranstaltung findet sich unter der Überschrift „Besondere Hinweise“ folgende Aussage: „Karten werden bei schlechtem Wetter nicht rückvergütet.“

Die hL beurteilt den „Kauf“ eines Tickets für ein kulturelles oder sportliches Großereignis als Abschluss eines Werkvertrags mit dem Veranstalter¹⁸⁾. Die werkvertraglichen Regeln sehen vor, dass der Entgeltanspruch des Unternehmers entfällt, wenn das Werk wegen eines Umstandes, der nicht „auf Seite des Bestellers“ (§ 1168 ABGB) liegt, nicht erbracht werden kann. Nur wenn die Ausführung des Werks aus Umständen unterbleibt, die der Sphäre des Bestellers entstammen, behält der Unternehmer nach dispositivem Recht daher seinen Entgeltanspruch. Der Werkunternehmer trägt also auch für Umstände aus „neutraler Sphäre“ die Werklohngefahr¹⁹⁾.

Fraglich ist, ob die Vereinbarung, dass Karten bei schlechtem Wetter nicht rückvergütet werden, von diesen Bestimmungen abweicht. Welchen Erfolg ist der Organisator der Freiluftver-

12) Dazu s sogleich.

13) Vgl dazu eingehend *Fenyves*, KSchG und Gewährleistung, in *Krejci* (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 371 (397 ff), und *Riss*, Zur Abdingbarkeit der Erhaltungspflicht des Vermieters im Verbrauchergeschäft, wobl 2002, 345 (351 ff).

14) Zu Recht weist *Krejci* in *Krejci*, Handbuch zum KSchG 725 ff, darauf hin, dass eine solche Leistungsbeschreibung nur im Ausnahmefall geeignet sein kann, die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers einzuschränken, wenn § 9 KSchG überhaupt eine normative Bedeutung haben soll.

15) In *Krejci*, Handbuch zum KSchG 398 f.

16) *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 34 ff; *Welsler/Jud*, Gewährleistung § 9 KSchG Rz 2 f; *Faber*, Gewährleistungsrecht 224 mwN aus der Lehre; *Riss*, wobl 2002, 351. Vgl auch *Kathrein*, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft, *ecolex* 2001, 426 (427 f). Vgl zum Problem auch *P. Huber*, Kaufrecht – Made in Europe! Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Folgen für das Deutsche Gewährleistungsrecht, FS Henrich (2000) 297 (309 f).

17) *Fenyves* in *Krejci*, Handbuch zum KSchG 399.

18) Vgl zuletzt *Zechner*, Zur Aufklärungspflicht des Opernveranstalters, JBl 2005, 341 (342 ff); *Zöllner*, Opernregietheater und Vertragserfüllung, FS Welsler (2004) 1249 (1261 FN 22); *Rebhahn/Schwimann*² § 1165 Rz 17; *Krejci/Rummel*³ §§ 1165, 1166 Rz 62. Nach manchen ist der Theaterbesuchsvertrag auch durch bestandrechtliche Elemente gekennzeichnet, weil dem Besucher der Gebrauch eines bestimmten Sitzes auf gewisse Zeit gegen einen bestimmten Preis eingeräumt werde (dagegen mE zu Recht *Zechner*, JBl 2005, 343 f; Verschaffung des Platzes ist bloß Teil der werkvertraglichen Hauptleistungspflicht).

19) Vgl *Koziol/Welsler*, Bürgerliches Recht III², 250.

anstellung herzustellen verbunden? Der Veranstalter schuldet die Durchführung des Ereignisses (Theater, Oper, Tennisspiel, Fußballmatch usw.) am bezeichneten Ort zur angegebenen Zeit und ist verpflichtet, den Werkbesteller zu der von ihm organisierten Veranstaltung zuzulassen²⁰). Das Zeigen der kulturellen oder sportlichen Veranstaltung ist also der geschuldete Erfolg. Zu beachten ist freilich die Möglichkeit einer einschränkenden Leistungsbeschreibung (s oben 4.). Man könnte die Klausel im Beispielfall als Teil der Umschreibung des geschuldeten Erfolges verstehen. Geschuldeter Erfolg, könnte man meinen, ist eben nur die Vorbereitung, nicht das Zeigen des Events. Eine solche Einschränkung ist aber – analog der zu § 9 KSchG herausgebildeten Lehre – nur dann geeignet, die Wirkung der Verschiebung der Gefahrtragungsregeln zu Lasten des Verbrauchers herbeizuführen, wenn der „Mangel“ offen gelegt wird. Entsprechende Rückzahlungsausschlüsse verstecken sich in aller Regel in AGB. In den seltensten Fällen wird der Unternehmer den Verbraucher bei Vertragsabschluss konkret auf diese Einschränkung hinweisen (vgl oben 4.). Die Vereinbarung ist daher in aller Regel nichtig, weil sie das Risiko der zufälligen Unmöglichkeit der Werkerbringung auf den Verbraucher überwälzt und somit die gesetzgeberische Konzeption der Gefahrtragung beim Werkvertrag zu Lasten des Verbrauchers verschiebt²¹).

Die zur Unzulässigkeit der Klausel führende Argumentation ist auch sachlich durchaus gerechtfertigt. Der Veranstalter hat zu dem Zeitpunkt, in dem der die Veranstaltung hindernde Umstand eintritt, zwar idR bereits praktisch die gesamten Kosten dafür aufgewendet. Auf diesen muss er sitzen bleiben, ohne den Erlös aus dem Kartenverkauf zu lukrieren. Dabei handelt es sich aber um das allgemeine Risiko jedes Veranstalters. Er läuft immer Gefahr, dass die Kosten für die Leistungsvorbereitung „frustriert“ werden²²). Außerdem hat der Unternehmer die Möglichkeit, sich gegen solche Risiken zu versichern²³).

Einen weiteren Fall einer Abweichung in AGB bietet folgendes Beispiel: Eintrittskarten zu einer Veranstaltung werden über ein Online-Ticketing-System erworben. In den im Internet

abrufbaren AGB des Veranstalters findet sich folgender Hinweis: „Im Falle der Absage einer Veranstaltung kann jedoch die Karte innerhalb eines Monats ab dem Veranstaltungsdatum bei den Kassen des Veranstalters rückgelöst werden.“ Die Beschränkung der Rücklösemöglichkeit auf ein Monat wegen Umständen, die nicht auf Bestellerseite liegen, stellt zwar eine Abweichung zu Lasten des Bestellers dar – ohne die Vereinbarung könnte er den bereicherungsrechtlichen Anspruch innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist (30 Jahre) geltend machen. Die Einschränkung ist freilich weit weniger gravierend als im vorigen Beispiel. Für die Zulässigkeit einer solchen Abweichung könnte weiters ins Treffen geführt werden, dass der Kunde mit solchen Einschränkungen durchaus zu rechnen hat.

5.3 Bauverträge

Die Frage der Zulässigkeit der Abänderung der Gefahrtragungsregeln des ABGB durch Parteienvereinbarung zu Lasten von Verbrauchern bei Bauverträgen ist hier nur kurz anzusprechen: Die ÖNORM B 2110, die Bauverträgen häufig zugrunde gelegt wird²⁴), weicht in Pkt 5.42.1 zwar von den gesetzlichen Gefahrtragungsregeln ab. Es findet sich aber die ausdrückliche Anordnung, dass diese Bestimmung für Verbrauchergeschäfte nicht gilt. Hinzuweisen ist hier daher bloß darauf, dass bei Bauverträgen mit Konsumenten die werkvertraglichen Gefahrtragungsregeln (§§ 1168 f ABGB)²⁵) aufgrund des oben (3.) erörterten Größenschlusses zu § 9 KSchG zwingenden Charakter einnehmen²⁶). Sie können weder durch Einzelvereinbarung noch in AGB zu Lasten des Verbrauchers abbedungen werden.

6. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Bestimmungen des ABGB über die Gefahrtragung können im Anwendungsbereich des KSchG nicht zu Lasten des Verbrauchers abgeändert werden. Dies folgt aus einem Größenschluss aus § 9 KSchG.
2. Eine einschränkende Leistungsbeschreibung kann dieselbe Wirkung wie eine Abänderung der Gefahrtragungsregeln zu Lasten des Verbrauchers haben. Sie ist nur zulässig, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben wird, die Tragweite der Einschränkung der Leistungsverpflichtung des Unternehmers zu erkennen.
3. Eine formularmäßige Klausel, wonach Karten zu einer Freiluftveranstaltung bei schlechtem Wetter nicht rückvergütet werden, ist unzulässig.

20) Vgl zum Theaterbesuchungsvertrag *Fessmann*, Theaterbesuchungsvertrag oder wann krieg ich als Zuschauer mein Geld zurück?, NJW 1983, 1164 (1164 f); *Zechner*, JBl 2005, 342 f.

21) So im Ergebnis auch *Fessmann*, NJW 1983, 1167. Die verhinderte Durchführung ist nicht zu verwechseln mit der Enttäuschung subjektiver Erwartungen auf Seiten des Zuschauers: Scheidet der Star des Tennisturniers unerwartet bereits in der ersten Runde aus, können die Besucher der Viertelfinalpartien ihr Geld nicht zurückverlangen. Der Veranstalter verpflichtet sich zur ordnungsgemäßen Durchführung des Turniers, eine bestimmte „Spannung“ oder gar ein „Turnierverlauf“ werden selbstverständlich nicht Vertragsinhalt. Zur ausführlichen – durch die umstrittene Inszenierung der Fledermaus bei den Salzburger Festspielen 2001 wieder entfachten – Diskussion um die Ansprüche von Opernbesuchern bei „werkentstellenden Inszenierungen“ s insb *Zechner*, JBl 2005, 341 ff, und *Zöllner* in FS Welser 1249 ff.

22) Der Betreiber eines Freiluftkinos bleibt auf seinen Kosten auch sitzen, wenn er in einem „schlechten Sommer“ kaum Karten verkauft. Der Konzertveranstalter bleibt auf den Kosten für die Anmietung der Konzerthalle sitzen, wenn das Event nicht stattfindet.

23) Die Kosten der Versicherung bekommt freilich wohl der Kunde zu spüren.

24) Zu dieser *Karasek*, ÖNORM B 2110 (2003); *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110³ (2003).

25) Dazu vgl *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505 und 539; *Krejci/Rummel*³ §§ 1168 f.

26) *Krejci* in *Krejci*, Handbuch zum KSchG 712 ff, prüft die Zulässigkeit von Abweichungen von den Gefahrtragungsregeln des ABGB im Lichte des § 879 ABGB.



Der Autor:

Dr. Stefan Perner ist Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien bei Univ.-Prof. Dr. Gert M. Iro und o.Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves. Er beschäftigt sich vor allem mit Fragen des Schuld- und Versicherungsvertragsrechts.

Buchtipp:

Kolmasch
Zivilrecht 2005
Wien 2005, 432 Seiten
Preis: 29 € / Abopreis: 26 €
Bestellnummer: 32.09.05
ISBN: 3-7007-3148-5

Zivilrecht
2005