

# TE OGH 1987/11/10 2Ob701/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.11.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Melber, Dr. Kropfisch und Dr. Huber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dieter K\*\*\*, Vorstandsdirektor, Karl Bicklederstraße 40 d, D-8440 Straubing, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr. Paul Lechenauer, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagten Parteien 1. prot. Firma Dr. D\*\*\* & Co KG, 5020 Salzburg, Linzergasse 4, und 2. prot. Firma D\*\*\* R\*\*\* Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Dr. Harald Schmid, Rechtsanwalt in Wien, wegen 32.025,60 S sA, infolge Rekurses der beklagten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 26. Juni 1986, GZ 2 Cg 427/82-31, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 25. Februar 1986, GZ 2 Cg 427/82-25, aufgehoben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird, soweit er sich auf die erstgerichtliche Abweisung des Klagsbetrages von 12.816 S sA bezieht, aufgehoben und insoweit in der Sache dahin erkannt, daß das erstgerichtliche Urteil hinsichtlich der Abweisung des Betrages von 12.816 S samt 4 % Zinsen seit 28. November 1980 wiederhergestellt wird.

Im übrigen wird dem Rekurs nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger buchte im Reisebüro Inge P\*\*\* auf Grund eines Kataloges der erstbeklagten Partei - die zweitbeklagte Partei ist deren persönlich haftende Gesellschafterin - für die Zeit vom

16. bis 30. August 1980 und zum Preise von DM 1.780 eine Ferienwohnung des angebotenen Typs lty 0017 in Baia Domizia, Residence Lecci. Dieser Ort wurde im Katalog als im Golf von Gaeta zwischen Rom und Neapel an einem 9 km langen Sandstrand gelegen mit breitem Piniengürtel und mangels Durchzugsverkehrs als ruhig beschrieben. Residence Lecci sei ein "sehr schöner Komplex mit großem Schwimmbad, Kinderplanschbecken, Tennisplatz .... Für jedes Appartement ein Parkplatz. Alle Wohnungen sind sehr schön und modern eingerichtet, beheizbar. Alle Wohnungen haben Garten oder Terrassen oder Balkon". Der Appartement-Typ 0017 wurde wie folgt beschrieben:

"Zweistöckige Wohnung, Parterre: 1 Wohnschlafzimmer, 1 Schlafzimmer

.... Küche, Dusche, WC, Garten. 1. Stock: Doppelschlafzimmer, Bad,

WC .... Für maximal 6 bis 7 Personen." Im Prospekt sind auch die Miet- und Reisebedingungen für Ferienwohnungen

abgedruckt. Danach wird der Inhalt des Vertrages ausschließlich durch die Beschreibung, Abbildung und Preisangabe in dem für den bestimmten Zeitraum gültigen Prospekt bestimmt. Abweichende Abreden bedürfen der Schriftform. Buchungsstellen sind beauftragt und bevollmächtigt, von den Prospekten und Reisebedingungen abweichende Zusicherungen und sonstige Vereinbarungen zu treffen. Sonderwünsche müssen bei Buchung bekanntgegeben werden, können nach Möglichkeit am Orte berücksichtigt werden, für die Erfüllung wird jedoch keine Gewähr übernommen. Der Reiseveranstalter haftet im Rahmen der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes. Bei Leistungsstörungen sind Beanstandungen unverzüglich der örtlichen Reiseleitung bzw. Agentur, sonst dem Reiseveranstalter, zur Kenntnis zu bringen. Ansprüche wegen vertragswidrig unterbliebener Leistungen müssen innerhalb von 30 Tagen nach Beendigung der Reise schriftlich in der Zentrale des Reiseveranstalters geltend gemacht werden. Zur Begründung des vorliegenden, auf Zahlung eines Betrages von 32.025,60 € gerichteten Klagebegehrens bringt der Kläger vor, die zur Verfügung gestellte Unterkunft sei nicht identisch mit der gemieteten Ferienwohnung gewesen und habe zahlreiche, im einzelnen genannte erhebliche Mängel aufgewiesen. Diese seien sogleich geltend gemacht, jedoch im wesentlichen, und zwar auch nicht nach einem Telefonat mit dem Reisebüro P\*\*\*, behoben worden, so daß der Kläger mit seinen Mitreisenden am dritten Tag abgereist und in ein anderes Hotel gezogen sei. Hiedurch habe er Mehrkosten in der Höhe des Klagsbetrages aufwenden müssen. Eine vom Kläger nach seiner Urlaubsrückkehr bei der erstbeklagten Partei vorgenommene schriftliche Reklamation und ebenso die Zahlungsaufforderung seien unbeantwortet geblieben.

Die beklagten Parteien beantragten Klagsabweisung, weil die zur Verfügung gestellte Ferienwohnung der Vereinbarung entsprochen habe. Das Begehren auf Rückzahlung der Miete von DM 1.780 sei nach § 933 ABGB verfristet.

Dem hielt der Kläger entgegen, daß die beklagten Parteien "auf Verfristung" verzichtet hätten (ON 8, AS 28).

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es ging davon aus, daß über den Prospektinhalt hinausgehende ausdrückliche Vereinbarungen über bestimmte Eigenschaften des Mietobjektes zwischen den Parteien nicht getroffen worden seien. Der Kläger habe verschiedene, im einzelnen angeführte Mängel und Nachteile des Objektes festgestellt. Eine Zusicherung des Reisebüros P\*\*\* hinsichtlich einer ruhigen Lage des Objektes sei nicht erfolgt. Den Reklamationen des Klägers habe die örtliche Agentur im wesentlichen nicht entsprochen. In seiner rechtlichen Beurteilung meinte das Erstgericht, der Kläger habe im besiedelten mediterranen Gebiet erfahrungsgemäß mit einem höheren Geräuschpegel rechnen müssen, eine ruhige Lage des Appartementkomplexes sei von den beklagten Parteien nicht zugesichert worden. Auch hinsichtlich der festgestellten, in der Umgebung des Mietobjektes erfolgten Abfallverbrennungen liege kein wesentlicher Mangel vor. Für die festgestellte Verunreinigung habe der Kläger ohnehin einen Preisnachlaß bekommen, ebenso sei ihm anstelle eines Autoabstellplatzes eine Parkmöglichkeit im Vorgarten zur Verfügung gestellt worden. Fehlendes Geschirr hätte der Kläger bei entsprechendem Nachdruck bekommen können, die Unzulänglichkeiten der einen sanitären Anlage fielen nicht ins Gewicht, weil noch eine zweite solche Anlage vorhanden gewesen sei. Somit bestehe mangels wesentlicher Mängel kein Wandlungsanspruch, sondern allenfalls ein Preisminderungsanspruch, einen solchen habe der Kläger aber nicht geltend gemacht und auch keine diesbezüglichen Berechnungsgrundlagen angeboten. Im übrigen seien die Gewährleistungsansprüche gemäß § 933 ABGB auch verjährt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge, hob das erstgerichtliche Urteil auf und verwies die Rechtssache unter Rechtskraftvorbehalt an das Erstgericht zurück. Es hielt die vom Kläger behauptete Aktenwidrigkeit und unrichtige erstgerichtliche Beweiswürdigung nicht für gegeben, übernahm die erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen und erklärte, für eine abschließende rechtliche Beurteilung mangle es derzeit noch an der erforderlichen Feststellungsgrundlage. Das Erstgericht habe ohne nähere Begründung, offenbar unter Zugrundelegung des § 36 IPRG, österreichisches Recht angewendet. Der Anwendungsbereich dieser Gesetzesstelle sei aber gegenüber den Sonderregeln der §§ 38 bis 45 IPRG subsidiär. Nach § 41 Abs 1 IPRG seien Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt habe, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewähre, nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustandegekommen seien. Der Kläger habe als Nichtunternehmer die vertragscharakteristische Leistung der erstbeklagten Partei in Anspruch genommen, er sei daher Verbraucher. Seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe er in der Bundesrepublik Deutschland. Seine Buchung sei auf Grund des von der erstbeklagten Partei in der Bundesrepublik Deutschland aufgelegten, mit DM-Preisen versehenen Prospektes erfolgt,

es bestehe daher auch ein Zusammenhang des Vertragsabschlusses mit einer im Verbraucherland entfalteten, auf Schließung solcher Verträge gerichteten Unternehmertätigkeit. Die Bestimmungen des § 651 f Abs 2 BGB sähen den Anspruch eines Reisenden auf angemessene Entschädigung in Geld wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit vor. Auch die Bestimmungen der §§ 2, 10, 11 und 12 AGBG stellten sich in Verbindung mit dessen § 24 als Verbraucherschutzbestimmungen dar. Somit sei der vorliegende Sachverhalt im Sinne des § 41 Abs 1 IPRG nach deutschem Recht zu beurteilen. Verträge, bei denen der Reiseveranstalter nur zur Verfügungstellung einer bestimmten Ferienwohnung oder eines Ferienhauses verpflichtet sei, müßten entgegen § 651 a BGB allerdings weiterhin als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB beurteilt werden. Es seien hier daher die Regelungen der §§ 633, 634 BGB über die Wandlung und Preisminderung anzuwenden, welche im einzelnen von den Regelungen des österreichischen Rechts abwichen. Nach deutschem Recht sei Unbehebbarkeit des Mangels nicht Voraussetzung, es genüge, daß der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nicht nur unerheblich mindere und daß der Besteller den Unternehmer vergeblich unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Behebung aufgefordert habe oder die Beseitigung des Mangels unmöglich sei oder vom Unternehmer verweigert werde oder die sofortige Geltendmachung des Wandlungsanspruches durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt erscheine. Der Besteller müsse den Mangel konkret bezeichnen und die Frist unmißverständlich setzen, außer der Unternehmer lehne die Mangelbeseitigung ab. Vorliegendenfalls seien die vom Erstgericht festgestellten Mängel keinesfalls so unbedeutend, daß dadurch der Wert oder die Tauglichkeit der Ferienwohnung zu einem erholsamen Urlaub nur unerheblich gemindert worden wäre. Sollten die übrigen genannten Voraussetzungen für einen Wandlungsanspruch nach § 634 BGB vorliegen, werde ein Wandlungsanspruch des Klägers grundsätzlich zu bejahen sein. Statt der Wandlung oder Minderung könne der Besteller bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635 BGB) und zwar im Sinne des § 634 Abs 1 und Abs 2 BGB. Der vom § 635 BGB erfaßte Mangelschaden sei der Schaden, der dem mangelhaften Werk unmittelbar anhafte oder der außerhalb des Werkes eingetreten sei, mit dem Mangel des Werkes aber in einem engen und unmittelbaren Zusammenhang stehe. Darüber hinaus bestehe Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden, die auf positiver Vertragsverletzung beruhten, welcher nicht in einem alternativen Wahlverhältnis zur Wandlung und Minderung stehe. Der Wandlungs-, Minderungs- oder Schadenersatzanspruch verjähre vorliegendenfalls in 6 Monaten, der Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung unterliege jedoch nicht der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB, sondern einer 30-jährigen Verjährung. Die in § 638 bezeichneten Ansprüche verjährten nach den Bestimmungen des § 477 Abs 2 und 3 und der §§ 478, 479 BGB. Die Verjährung sei im Falle der Mängelprüfung im Sinne des § 639 BGB gehemmt. Somit sei im vorliegenden Fall erörterungs- und klärungsbedürftig, ob der Kläger die Mängel gegenüber der örtlichen Reiseleitung bzw. Agentur (siehe Z 11 der Miet- und Reisebedingungen Beilage B) hinreichend konkret bezeichnet habe. In der Klage sei dazu lediglich vorgebracht worden, daß der Kläger und seine Mitreisenden die im einzelnen bezeichneten Mängel festgestellt hätten, sich die Reiseleiterin jedoch kaum um die Beschwerden gekümmert habe. Weiters müsse geklärt werden, ob und inwieweit durch den Kläger eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfolgt bzw. ob eine Fristsetzung im Sinne des § 634 Abs 2 BGB entbehrlich gewesen sei. Bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen werde ein Wandlungs- und ein Schadenersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach zu bejahen sein. Wegen des Verfristungseinwandes der beklagten Parteien müsse eine Prüfung im Sinne der §§ 638, 639 Abs 2 BGB vorgenommen werden. Durch das Schreiben der beklagten Partei Beilage ./K sei die Verjährung jedenfalls gehemmt worden, ob die Hemmung geendet habe, könne noch nicht beurteilt werden. Das Ablehnungsschreiben der beklagten Partei Beilage ./C sei nicht an den Kläger gerichtet gewesen. Die vom Kläger begehrten Kosten für Telefonate, Fahrtkosten, Hotelkosten und Mehrkosten für die Verpflegung in Restaurants stellten sich hingegen als Schadenersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung außerhalb des Werkes dar und unterlägen daher nicht der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht daher gemäß § 182 Abs 1 ZPO auf ein entsprechendes Parteivorbringen und Beweisanbote hinzuwirken haben und sodann die erforderlichen Feststellungen, allenfalls auch zur Schadenshöhe, zu treffen haben.

Gegen den berufsgerichtlichen Aufhebungsbeschluß erheben die beklagten Parteien einen auf unrichtige rechtliche Beurteilung gestützten Rekurs mit dem Antrage auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Rückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung im Sinne der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteiles.

Der Kläger beantragt in seiner Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Die Rekurswerber führen aus, sowohl der klare Wortlaut des § 41 Abs 1 IPRG als auch die Auslegung dieser einen Ausnahmetatbestand regelnden und daher eng auszulegenden Gesetzesstelle ergebe, daß hier die allgemeinen Regeln des § 36 IPRG zur Anwendung kämen. Daran änderten auch die vom Berufungsgericht bei Ablehnung der Entscheidung 1 Ob 638/83 angeführten Belegstellen nichts. Es könne nicht Absicht des österreichischen Gesetzgebers gewesen sein, einem ausländischen Verbraucher einen Schutz zu gewähren, der in seiner eigenen Rechtsordnung nicht vorgesehen sei. Auch das deutsche AGBG regle nicht einen spezifischen Verbraucherschutz, sondern gelte für alle Rechtsverhältnisse, z.B. auch unter Kaufleuten. Somit sei hier iS der Entscheidung 1 Ob 638/83 nationales österreichisches Recht anzuwenden. Selbst bei Anwendbarkeit des § 41 Abs 1 IPRG seien aber die Verweisungsnormen der fremden Rechtsordnung zu berücksichtigen (§ 5 Abs 1 IPRG). Vor dem am 1. September 1986 erfolgten Inkrafttreten des deutschen IPRG sei auf Schuldverhältnisse und insbesondere auch Werkverträge unabhängig vom Ort des Vertragsabschlusses oder dem Heimatrecht das Recht des Leistungs- und Erfüllungsortes anzuwenden gewesen. Hier könne also höchstens italienisches Recht angewendet werden, wobei die Parteien gemäß § 182 ZPO zu entsprechendem Vorbringen anzuleiten gewesen wären, weil sie von der Anwendung des § 41 Abs 1 IPRG unter Abgehen von der Entscheidung 1 Ob 638/83 überrascht worden seien. Aber selbst wenn man mit dem Berufungsgericht deutsches Werkvertragsrecht (§§ 631 ff BGB) anwende, sei die Sache bereits spruchreif. Bei unkörperlichen Werken betrage die Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB nur 6 Monate. Entgegen der Ansicht Soergels im Münchner Kommentar gelte diese kurze Verjährungsfrist nach der Rechtsprechung auch für Wandlungs-, Minderungs- und Schadenersatzansprüche. Würde man Soergel folgen, käme man schließlich zum gleichen Ergebnis, weil hier ein der kurzen Verjährungsfrist unterliegender Mangelschaden und kein eine weit entfernte Folge des Werksmangels darstellender Mangelfolgeschaden vorliege. Schließlich berechtige Lärm, wie etwa Straßenlärm, auch nicht zur Wandlung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist teilweise gerechtfertigt.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes ist die Bestimmung des § 41 Abs 1 IPRG auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

Diese Gesetzesstelle lautet wie folgt: "Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, sind nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hiefür verwendeten Personen zustandegekommen sind."

In dieser Regelung wird somit vorausgesetzt, daß der Vertrag durch eine auf seine Schließung gerichtete Tätigkeit des Unternehmers zustandegekommen ist. Darunter ist aber jedenfalls eine den Vertragsabschluß anbahnende Tätigkeit des Unternehmers zu verstehen. Dieser Auslegung entsprechen die zu dieser Gesetzesstelle in der RV 784 Blg. XIV GP 55 gegebenen Erläuternden Bemerkungen, in

welchen ausgeführt wird: "... Es hieße allerdings den Gedanken des Verbraucherschutzes überspannen, wenn man alle diese Verträge dem Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers unterstellen wollte, ohne dabei einen Unterschied zu machen, unter welchen Umständen sie zustandegekommen sind. So wäre es z.B. nicht gerechtfertigt, ein von einem Österreicher während einer Urlaubsreise im Ausland mit einem dort ansässigen Unternehmer geschlossenes Abstattungsgeschäft dem österreichischen Recht und damit den Bestimmungen des Ratengesetzes zu unterwerfen. Der Abs 1 stellt daher nur auf solche Verträge ab, die im Zusammenhang mit einer im Verbraucherland vom Unternehmer oder den von ihm verwendeten Personen entfalteten Tätigkeit zustandegekommen sind. Diese Tätigkeit muß auf die Schließung von Verbraucherverträgen gerichtet sein. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Unternehmer mit dem Verbraucher persönlich oder durch seine Leute in Kontakt getreten oder ob das Geschäft etwa durch Zusendung schriftlichen Werbematerials angebahnt worden ist. Unter den vom Unternehmer verwendeten Personen sind alle zu verstehen, durch deren Tätigkeit im Verbraucherland nach der Absicht des Unternehmers im Ergebnis ein Kontakt zwischen ihm und dem Verbraucher herbeigeführt wird. Das trifft z.B. auch auf Personen zu, die im Inland Ausflugsfahrten in das Ausland organisieren und auf Grund einer mit einem ausländischen Unternehmer getroffenen Vereinbarung die Teilnehmer der Ausflugsfahrt auf eine Werbe- und Verkaufsschau des Unternehmens führen."

Der besondere Schutz des Verbrauchers durch Anwendung des Rechtes des Verbraucherlandes erscheint demnach auf nicht von ihm selbst sondern vom Unternehmer angebahnte Verträge beschränkt, greift also nicht bei jedem Vertragsabschluß Platz. Die gegenteilige Ansicht Schwimanns (Festschrift Strasser 903; ÖJZ 1981, 309; Grundriß des internationalen Privatrechts 132), daß allein schon die Tatsache von Vertragsverhandlungen und Vertragswillenserklärungen den geforderten "Zusammenhang" herstelle, kann nicht geteilt werden. Es muß vielmehr eine auf die Schließung von Verträgen gerichtete Tätigkeit vorliegen und diese Tätigkeit muß sodann kausal für den konkreten Vertragsabschluß gewesen sein. Im vorliegenden Fall wurde nun in keiner Weise dargetan, daß der Abschluß des zwischen dem Kläger und der erstbeklagten Partei zustandegekommenen Vertrages durch eine Tätigkeit der erstbeklagten Partei oder von ihren hiefür verwendeten Personen angebahnt worden wäre. In der Klage wird vielmehr unmißverständlich ausgeführt, der Kläger habe im "Reisebüro Inge P\*\*\* auf Grund der ihm vorgelegten Reiseprospekte der erstbeklagten Partei für das Jahr 1980" die gegenständliche Ferienwohnung gebucht. Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger die Ferienaufenthaltsangebote im Reisebüro P\*\*\* nicht aus eigenem Antrieb, sondern auf Grund einer vorangegangenen Kontaktnahme durch die erstbeklagte Partei gesucht habe und es solcherart durch eine kausale Einwirkung der erstbeklagten Partei bzw. der von ihr verwendeten Personen zum Vertragsabschluß gekommen sei, liegen nicht vor.

Somit sind aber die Voraussetzungen des § 41 Abs 1 IPRG nicht gegeben. Es ist vielmehr im Sinne der vom Berufungsgericht abgelehnten Entscheidung 1 Ob 638/83 für den vorliegenden Fall die Bestimmung des § 36 IPRG maßgebend und demnach österreichisches Recht anzuwenden.

Der Vertrag über die von einem Reiseveranstalter

ausschließlich - ohne sonstige Reiseleistungen - übernommene Verpflichtung zur Bereitstellung einer Ferienwohnung wurde vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 5 Ob 728/82 als Werkvertrag qualifiziert. Auch der Bundesgerichtshof hat zuletzt in der Entscheidung NJW 85, 906 unter Zitierung von Lehre und Rechtsprechung dieser Auffassung den Vorzug gegeben. Im Gesetz (§ 1151 ABGB) wird das den Gegenstand eines Werkvertrages bildende Werk nicht näher beschrieben. Der Gesetzgeber hat darunter unter Hinweis auf den Sprachgebrauch ein Werk im weitesten Sinne, also nicht bloß körperliche Erzeugnisse, sondern auch irgendeinen bestimmten anderen Erfolg verstanden (EvBl 1982/79; SZ 47/145 ua). Die in eigener Verantwortung übernommene Verpflichtung eines Reiseveranstalters zur Bereitstellung einer Ferienwohnung für die Urlaubszeit ist auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet. Der erkennende Senat tritt somit der Qualifikation eines solchen Vertrages als Werkvertrag bei.

Die vorliegende Klage wird darauf gestützt, der Kläger sei nach vorheriger Aufforderung, die vorhandenen Mängel der zur Verfügung gestellten Ferienwohnung zu beheben und nach Androhung sonstiger Abreise infolge der dennoch unterbliebenen Mangelbehebung am dritten Tag vom Vertrag zurückgetreten und abgereist. Hiedurch sei für ihn der Aufwand für die Ferienwohnung nutzlos geworden und er habe die im einzelnen geltend gemachten Aufwendungen tätigen müssen. Gemäß § 1167 ABGB kann der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten, wenn wesentliche Mängel vorliegen, welche das Werk unbrauchbar machen oder einer ausdrücklichen Bedingung widersprechen. Will er das nicht oder sind die Mängel weder wesentlich noch gegen die ausdrückliche Bedingung, so kann er entweder unter Fristsetzung eine Verbesserung verlangen - und mangels Verbesserung sodann zurücktreten (EvBl 1962/509, 1979/127; 5 Ob 746, 747/81 ua) - oder aber eine angemessene Minderung des Entgelts fordern. Im übrigen kommen gemäß § 1167 letzter Satz ABGB die für die Gewährleistung geltenden Vorschriften, somit auch jene des § 933 ABGB, zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist das Recht auf Gewährleistung, hier auf Vertragsaufhebung (§ 932 ABGB), bei einem Werkvertrag (SZ 54/81, SZ 47/118; 7 Ob 288/74 ua) wegen wesentlicher unbehebbarer oder behebbarer Mängel binnen 6 Monaten geltend zu machen, sonst ist die Klage erloschen. Der Vertrag wird also - mangels Parteienübereinkunft - erst durch die gerichtliche Entscheidung ex tunc aufgehoben (SZ 47/138, SZ 50/85; 3 Ob 565/80 ua). Die vorgenannte Frist ist eine von Amts wegen wahrzunehmende Ausschußfrist (EvBl 1967/305; SZ 54/81, SZ 55/29 uva). Die vorliegende Klage wurde am 5. August 1982 und somit lange nach Ablauf der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist bei Gericht eingebracht. Der Kläger ist daher seiner Gewährleistungsansprüche verlustig geworden. Daran ändert auch nichts das an ihn gerichtete Schreiben der erstbeklagten Partei vom 30. September 1980 (Beilage .K), in welchem darauf hingewiesen wird, daß mit einer trotz Bemühungen um sofortige Klärung des Falles allenfalls eintretenden Verzögerung keine Verfristung der Ansprüche verbunden sei. Im Sinne der ständigen Judikatur ist nämlich die Bestimmung des § 1497 ABGB über die Unterbrechung der Verjährung auch auf die

Gewährleistungsfristen analog anzuwenden (RZ 1956, 77; SZ 45/80, SZ 49/106 ua). Die Klage gilt demnach auch dann noch als rechtzeitig erhoben, wenn sie binnen angemessener Frist nach Scheitern von Vergleichsverhandlungen eingebracht wird (ZVR 1969/89; SZ 48/39 uva, zuletzt 2 Ob 664/86). Im Schreiben vom 15. Dezember 1980 an das Reisebüro P\*\*\* hat die erstbeklagte Partei die vom Kläger erhobenen Ansprüche als ungerechtfertigt bezeichnet und Ersatzleistungen abgelehnt. Mit dem Kläger selbst war sie nach dem Schreiben vom 30. September 1980 überhaupt nicht mehr in Kontakt getreten. Er bringt auch selbst in der Klage vor, daß sie auf seine Zahlungsaufforderung überhaupt nicht mehr reagiert habe. Unter diesen Umständen erscheint aber das Zuwarten des Klägers durch mehr als eineinhalb Jahre ohne jegliche Kontaktnahme keinesfalls gerechtfertigt. Der vom Kläger geltend gemachte, binnen sechs Monaten zu erhebende Gewährleistungsanspruch auf Vertragsaufhebung ist somit verfristet. Demgemäß steht ihm ein Anspruch auf Rückerstattung des an die erstbeklagte Partei geleisteten Entgeltes für die Ferienwohnung in Höhe von 12.816 S sA nicht zu. Insoweit war daher die erstgerichtliche Klagsabweisung durch Teilurteil zu bestätigen.

Im weiteren macht der Kläger Schadenersatzansprüche für die ihm wegen der Mangelhaftigkeit der Ferienwohnung anerlaufenen Kosten geltend. Solche Ansprüche finden schon grundsätzlich in der Bestimmung des § 932 Abs 1 letzter Satz ABGB ihre Deckung, wonach der Übergeber - beim Werkvertrag der Unternehmer - "in allen Fällen für den verschuldeten Schaden haftet". Voraussetzung für die Haftung ist zunächst, daß das Werk einen wesentlichen Mangel aufweist, der trotz Aufforderung nicht verbessert wurde oder einer ausdrücklichen Bedingung zuwiderläuft, so daß der Besteller vom Verträge abgehen kann (§ 1167 ABGB). Vorliegendenfalls ist auf der vom Berufungsgericht übernommenen erstgerichtlichen Feststellungsgrundlage davon auszugehen, daß dem Kläger nach dem Inhalt des Prospektes der erstbeklagten Partei mangels Durchzugsverkehrs "eine ruhige Lage" des Appartements zugesagt wurde, tatsächlich jedoch durch die beim Appartement des Klägers - anders als bei den übrigen Appartement-Blöcken - unmittelbar vorbeiführende Straße eine erhebliche Lärmbelästigung auftrat. Damit wich die vom Kläger gebuchte Ferienwohnung aber von der ausdrücklichen vertraglichen Zusage ab. Weiters lag auch eine solche Abweichung bzw. ein wesentlicher Mangel darin, daß in einem der beiden Geschoße die Deckbrille der Toilette zerbrochen war, in der Dusche der Vorhang und die Bodenwanne fehlten, so daß das Wasser in die Wohnräume abfloß und weiters auch der Boiler Undichtheiten und sonstige Mängel aufwies. Der Gebrauch dieser vom Erstgericht als "Sanitäreinheit" festgestellten Anlage war daher tatsächlich verhindert. Da die siebenköpfige Reisegruppe aus zwei getrennten Familien bestand, ist die fehlende Brauchbarkeit der vertraglich zugesicherten eigenen Sanitäranlage auch als wesentlicher Mangel dieser Wohneinheit zu qualifizieren. Das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften und die Mangelhaftigkeit des Werkes berechtigten den Kläger unter den gegebenen Umständen - vierzehntägiger Urlaubsaufenthalt - zur Rücktrittserklärung und Beschaffung eines dem Zweck des vom Vertrag umfaßten Werkes entsprechenden Ersatzes. Die hierfür erforderlichen Aufwendungen hat die erstbeklagte Partei dem Kläger aus dem Titel des Schadenersatzes - die dreijährige Klagsfrist des § 1489 ABGB erscheint gewahrt - gemäß § 932 Abs 1 letzter Satz ABGB bzw. als Nichterfüllungsschaden rückzuerstatten. Zur Frage, welche vom Kläger begehrten diesbezüglichen Kosten (Telefonate, Fahrtkosten usw.) tatsächlich erforderlich waren, sowie zu ihrer Höhe fehlt es allerdings noch an entsprechenden Feststellungen. Insoweit wird das Erstgericht das Verfahren demnach zu ergänzen und sodann in der Rechtssache neuerlich zu entscheiden haben.

Dem Rekurse der beklagten Parteien war somit hinsichtlich des vom Kläger gestellten Schadenersatzbegehrens nicht Folge zu geben. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und des Rekursverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E12529

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0020OB00701.86.1110.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19871110\_OGH0002\_0020OB00701\_8600000\_000

**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)