

7. Kapitel

Leistungsstörungenrecht III - Gewährleistung

I. Begriff der Gewährleistung	7/1
II. Zur Abgrenzung von Nichterfüllung und Gewährleistung	7/3
1. Rechtslage vor Sachübergabe	7/4
2. Rechtslage nach Sachübergabe	7/5
a. Übernahme ohne Vorbehalt	7/6
b. Übernahme unter Vorbehalt	7/7
III. Allgemeines und besonderes Gewährleistungsrecht	7/8
IV. Begriff des Mangels	7/9
V. Mangelarten	7/13
VI. Aliud-Lieferung und mangelhafte Lieferung	7/17
VII. Maßgebender Zeitpunkt, Vermutung der Mangelhaftigkeit	7/23
VIII. Besonderheiten bei Viehmängeln	7/25
IX. Rechtsfolgen	7/27
1. Die primären Gewährleistungsbehelfe – Verbesserung bzw. Austausch	7/31
a. Objektive Tatbestände – subjektive Einwände	7/31
2. Die sekundären Gewährleistungsbehelfe - Preisminderung und Vertragsauflösung	7/33
3. Die einzelnen Gewährleistungsbehelfe (Rechtsfolgen)	7/38
a. Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden	7/38
b. Preisminderung	7/42
c. Vertragsauflösung	7/44
X. Gewährleistungsfrist und Verjährungsfrist	7/47
1. Nach § 933 ABGB	7/47
a. Sachmängel	7/48
b. Rechtsmängel	7/49
c. Gerichtliche Geltendmachung, außergerichtliche Anzeige – Perpetuierung der Einrede der Schlechterfüllung	7/50
d. Verlängerung, Verkürzung der Fristen, Wahrnehmung	7/52
e. Fristenlauf, Verbesserungsversuch, -zusage, Mangelanerkennung	7/54
2. Verbraucherverträge	7/57
3. „Garantie“	7/58
a. Rechtsgeschäftliche Garantie	7/58
b. Verbraucherverträge	7/60
XI. Ausschluss der Gewährleistung	7/61
1. Offenkundige Mängel	7/62
2. Verzicht des Übernehmers	7/68
3. Kauf in Pausch und Bogen	7/69
4. Verbraucherverträge	7/70
5. Wohnungseigentumsverträge	7/71
XII. Gewährleistung und Schadenersatz	7/72
XIII. Rückgriff in der Lieferkette	7/77
XIV. Annex: Positive Vertragsverletzung (positive Forderungsverletzung, Schlechterfüllung)	7/81
XV. Annex: Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG)	7/83
1. Regelungsstruktur des VGG	7/84
2. Die allgemeinen Bestimmungen des VGG - §§ 1 – 8 VGG	7/85
a. Personeller, sachlicher, zeitlicher Geltungsbereich des VGG - §§ 1, 2 VGG	7/85
b. Zwingendes Recht - § 3 VGG	7/88

c. Die allgemeine Gewährleistungspflicht des Unternehmers - §§ 4 – 8 VGG	7/89
3. Gewährleistung beim Warenkauf - §§ 9 – 15 VGG	7/95
a. Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist	7/96
b. Vermutungsfrist und Beweislast	7/100
c. Die Gewährleistungsbehelfe im Einzelnen	7/101
4. Gewährleistung bei digitalen Leistungen - §§ 16 – 27 VGG	7/118
5. Verjährung - § 28 VGG.....	7/131

Vor 7/1 Mit 1. Jänner 2022 ist das **Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG)** BGBl I 2021/175 in Kraft getreten. Dieses GRUG bringt zahlreiche

- Änderungen im schon bisher vorhandenen allgemeinen Gewährleistungsrecht der §§ 922 ff **ABGB**, wo allgemeine Änderungen in den **§§ 932, 933 und 933b ABGB** vorgenommen werden,
- Änderungen in den schon bisher vorhandenen Spezialbestimmungen des **KSchG**, wo es zur Einfügung der neuen Bestimmungen der **§§ 7c, 7d und 9a KSchG** kommt, die **§§ 8, 9, 13a, 28a und 41a KSchG** geändert werden und **§ 9b KSchG** entfällt,
- und überdies wurde ein ganz neues eigenes Sondergesetz – das sog **Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG)** – in das österr Recht implementiert, welches ein eigenständiges Sondergewährleistungsrecht für Verbraucherverträge über den Kauf von Waren und Verträge über digitale Inhalte enthält.

Die Rechtslage im Gewährleistungsrecht wurde damit nicht unbedingt übersichtlicher. Die jeweils konkret anwendbaren Normen hängen davon ab, **welche Personen welche Verträge über welche Sachen** abschließen. Während die Regelungen der §§ 922 ff ABGB insb den Kauf von allen Sachen zwischen allen Personen erfassen, gelten die Zusatzregelungen des KSchG nur bei Unternehmer-Verbraucherverträgen, die Zusatzregelungen der §§ 377 ff UGB nur bei Kauf-, Werklieferungs- und Tauschverträgen zwischen zwei Unternehmern, die neuen Vorschriften des VGG nur bei Unternehmer-Verbraucherverträgen über den Kauf von beweglichen körperlichen Sachen (Waren; § 1 VGG) – und auch dort nur, wenn der Unternehmer die bewegliche körperliche Sache verkauft, nicht aber wenn der Verbraucher seine bewegliche körperliche Sache an den Unternehmer veräußert – damit ist die Anwendbarkeit des VGG zusätzlich auch von einer spezifischen Rollenverteilung im Vertrag abhängig.

Vor diesem Hintergrund sind (auch) in Hinkunft aus gewährleistungsrechtlicher Perspektive

- **Verträge zwischen zwei Verbrauchern (C2C)** nur nach den Regelungen des ABGB zu beurteilen,
- **Verträge zwischen zwei Unternehmern (B2B)** nur nach den Regelungen des ABGB und des UGB zu beurteilen,
- **Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (B2C)** jedoch nach den Regelungen des ABGB und des KSchG zu beurteilen, wobei aber (nur) bei einer Veräußerung einer beweglichen körperlichen Sache durch den Unternehmer an den Verbraucher und bei Verträgen über digitale Inhalte die Sondervorschriften des VGG vorgehen. Veräußert daher zB der Unternehmer an den Verbraucher eine unbewegliche körperliche Sache (Liegenschaft) oder eine bewegliche unkörperliche Sache (Forderung) oder eine vom sachlichen Anwendungsbereich des VGG ausgenommene bewegliche körperliche Sache (vgl § 1 Abs 2 VGG), so gelten in all diesen Fällen die Sondernormen des VGG nicht – es bleibt bei den Regelungen des ABGB und KSchG. Und dies gilt natürlich auch, wenn – quasi umgekehrt – der Verbraucher eine bewegliche körperliche Sache an den Unternehmer veräußert (**C2B**; zur rollenspezifischen Anknüpfung des VGG unten Rz 7/85).

Alle Änderungen im ABGB, im KSchG und auch die neuen Sonderregelungen des VGG treten mit 1. Jänner 2022 in Kraft und sind **auf Verträge anzuwenden**, welche nach dem 31. Dezember 2021, also seit dem **01. Jänner 2022** abgeschlossen werden (§ 1503 Abs 20 ABGB, § 41a Abs 35 KSchG, § 29 VGG).

I. Begriff der Gewährleistung

§ 922 Abs 1 S 1 ABGB lautet: „Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht.“

Gewährleistung ist das bei entgeltlichen (§ 917) Verträgen **gesetzlich angeordnete** **Einstehenmüssen des Schuldners für Mängel** (Sach- und Rechtsmängel), welche seine **Leistung im Zeitpunkt der Erbringung aufweist**. Diese Gewährleistungspflicht ist von Gesetzes wegen angeordnet, bedarf daher keiner gesonderten Vereinbarung und setzt voraus, dass die vom Schuldner an den Gläubiger übergebene und von diesem übernommene Sache

mangelhaft ist. Mangelhaft ist die übergebene Sache, wenn sie entweder qualitativ oder quantitativ von der vertraglich geschuldeten Sache abweicht (**Sachmangel**) oder dem Erwerber nicht die vertraglich geschuldete Rechtsposition verschafft wird (**Rechtsmangel**). Bezugspunkt der Beurteilung ist immer der konkrete Vertragsinhalt.

Bsp 1: Der Schuldner leistet eine Espressomaschine, bei der das Aufbrühsystem nicht funktioniert – nur wenn eine funktionierende Espressomaschine vereinbart worden ist, ist die übergebene Maschine mangelhaft. Die Wasserfilteranlage für das Schwimmbad leistet nur 5 l/min anstatt der technisch möglichen 20 l/min – nur wenn vertraglich die Leistung von 20 l/min vereinbart wurde, liegt Mangelhaftigkeit der Sache vor. Die Bodenplatte des gerade gekauften Gebrauchtwagens ist durchgerostet – nur wenn ein verkehrstaugliches KFZ Vertragsgegenstand war, ist der übergebene Wagen mangelhaft, nicht aber, wenn etwa der PKW als Wrack gekauft wurde, es sei denn, es wäre vereinbart worden, dass aber die Bodenplatte nicht durchgerostet sein darf. Bezugspunkt ist also der konkrete Vertragsinhalt. Nicht entscheidend ist grundsätzlich der Begriff des Mangels im technischen Sinn.

Bsp 2: Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn zB der Übergeber dem Erwerber kein Eigentumsrecht verschafft (Verkauf der fremden Sache) oder die verkaufte Liegenschaft nicht durch Löschung der Hypothek lastenfrei stellt.

7/2 Bei Vertragsabschluss gehen die Parteien davon aus, dass Leistung und Gegenleistung einander wertmäßig entsprechen, weil etwa beim Kaufvertrag dem Käufer und dem Verkäufer dieser Kaufpreis für diese Kaufsache „gerecht“ erscheint, die Leistungen werden subjektiv als einander gleichwertig (äquivalent) betrachtet. Erhält der Gläubiger nicht die vertraglich geschuldete, sondern nur eine mangelhafte Sache, so ist dieses vertraglich bedingene Verhältnis der subjektiven Äquivalenz gestört. **Das Gewährleistungsrecht will Störungen in der subjektiven Äquivalenz ausgleichen. Es ist unerheblich, ob die Sache schon im Vertragsschlusszeitpunkt mangelhaft war oder erst nachträglich vor Übergabe mangelhaft wurde und ob der Schuldner die Mangelhaftigkeit verursacht oder verschuldet hat. Das Gewährleistungsrecht knüpft allein an die Mangelhaftigkeit der Sache (im Übergabs- bzw Gefahrübergangszeitpunkt) an.**

II. Zur Abgrenzung von Nichterfüllung und Gewährleistung

7/3 Wird die Leistungserbringung zwischen Vertragsabschluss und Sachübergabe (nachträglich) unmöglich oder gerät der Schuldner in Leistungs- oder der Gläubiger in Annahmeverzug, so wird die **Sache nicht an den Gläubiger übergeben**, das Schuldverhältnis somit nicht erfüllt. Verzug und Unmöglichkeit werden daher unter dem Oberbegriff der **Nichterfüllung** zusammengefasst und dem Rechtsinstitut der **Gewährleistung** gegenübergestellt, das an die Mangelhaftigkeit der **übergebenen** Sache anknüpft.

1. Rechtslage vor Sachübergabe

Vor Sachübergabe kommen **entweder** die Regeln über die **Unmöglichkeit** der Leistung (bei dauerndem Leistungshindernis) **oder** die Regeln über den **Verzug** mit der Leistung (bei bloß vorübergehendem Leistungshindernis) zur Anwendung. Wird dem Gläubiger eine mangelhafte Sache angeboten, so kann er diese zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten (arg § 1413). Wurde die **Sache** aber an den Gläubiger **übergeben und** hat dieser die Sache **übernommen** (zB weil er den Mangel nicht erkennt oder die Sache trotzdem abnimmt) und ist die übergebene Sache mangelhaft, so stellt sich die Frage, ob ab der Übergabe nur mehr Gewährleistungsrecht eingreift oder ob Gewährleistung und Verzug bzw Gewährleistung und Unmöglichkeit konkurrieren.

2. Rechtslage nach Sachübergabe

Die **Rsp und überwiegende L** (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 9; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 5; *Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 76; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} Vor §§ 922 – 933b Rz 15) **nehmen die Abgrenzung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung in der Weise vor, dass bis zur vorbehaltlosen Übernahme der Sache durch den Gläubiger Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln, ab der vorbehaltlosen Übernahme der Sache durch den Gläubiger aber die Gewährleistungsregeln zur Anwendung kommen.** Diese sog „(vorbehaltlose) Annahme der vom Schuldner als Erfüllung angebotenen Leistung durch den Gläubiger“ ist somit die entscheidende Zäsur zwischen dem Recht der sog Nichterfüllung (dann -> Verzug oder Unmöglichkeit) und der sog Schlechterfüllung (dann -> Gewährleistung).

a. Übernahme ohne Vorbehalt

Wurde die vom Schuldner (zur Erfüllung seiner Schuld) angebotene **Leistung** also vom Gläubiger **ohne Vorbehalt übernommen**, so gibt es nach der hA (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 9; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 5; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} Vor §§ 922 – 933b Rz 15) und Rsp (2 Ob 163/13d; RS0018234) **nur** mehr Rechte bzw Ansprüche aus **Gewährleistung**. Nach *Reischauer* (/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 87) hingegen besteht ein unbeschränktes Wahlrecht zwischen den Rechtsfolgen aus Verzug und Gewährleistung bzw Unmöglichkeit und Gewährleistung, wobei mit vorbehaltloser Übernahme bis zum Beweis des Gegenteils von der Erfüllung auszugehen ist und aus dem Sinn der Fristen des § 933 diese ab Übergabe bei Sachmängeln auch iVm den §§ 918, 920 und 921 S 2 bezüglich Rücktritt und Preisrückgewähr anzuwenden sind. Nach *Reischauer* konkurrieren also Verzug bzw Unmöglichkeit mit Gewährleistung, allerdings sind alle Rechtsbehelfe den Fristen des § 933

unterworfen. Kann der Mangel behoben werden, so konkurriert Gewährleistung (Verbesserung, Austausch) mit Verzug (Anspruch auf Erfüllung), kann der Mangel nicht behoben werden, so konkurriert Gewährleistung (Preisminderung, Vertragsauflösung) mit Unmöglichkeit (Rücktritt).

b. Übernahme unter Vorbehalt

7/7 Nur bei einer **Übernahme der Leistung unter** (wenn auch nur einseitig vom Gläubiger erklärtem) **Vorbehalt** bleiben dem Gläubiger (Übernehmer) bei vorübergehendem Leistungshindernis die Rechte aus Verzug bzw bei dauerndem Leistungshindernis die Rechte aus Unmöglichkeit erhalten. Nach hA kommt in dieser Fallgestaltung trotz Übernahme der Sache wegen des (einseitigen) Vorbehalts des Übernehmers weiterhin (nur) entweder Verzugsrecht oder Unmöglichkeitsrecht, nicht aber Gewährleistungsrecht zur Anwendung (*P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 5; *Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 79 mwN). Ist also die übergebene Sache nicht vereinbarungsgemäß, so hat der Schuldner nicht erfüllt und der Gläubiger kann bei vorübergehendem Leistungshindernis nach § 918 unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten oder weiterhin Erfüllung begehren, wobei für den Erfüllungsanspruch die allgemeinen Verjährungsfristen gelten (§§ 1478 ff).

Bsp: Übernahme unter Vorbehalt liegt vor, wenn sogleich nach Abschluss der Anlagenmontage die geringe Leistungskapazität gerügt wird (5 Ob 131/64) oder auf dem Bestellschein zu Lieferung und Kauf einer Waschmaschine vermerkt wird, dass bei Installation der Waschmaschine in den vom Vertreter des Verkäufers vor Vertragsabschluss besichtigten Räumen des Käufers eine Vorführung durchgeführt wird, diese dann aber wegen Fehlens eines passenden Wasseranschlusses unterbleibt, sodass der Käufer die Übernahme der Waschmaschine verweigert, woraufhin diese vom Monteur beim Käufer zurückgelassen wird (7 Ob 56/67).

III. Allgemeines und besonderes Gewährleistungsrecht

7/8 Die §§ 922 - 933 enthalten **allgemeine Gewährleistungsregeln** für alle Verträge, bei denen jemand „einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt“ (zB Kaufvertrag, Tauschvertrag). Darüber hinaus bestehen für zahlreiche Vertragsarten bzw Rechtsverhältnisse **Sondergewährleistungsnormen** bzw **ergänzende Bestimmungen**, welche zusätzlich zu berücksichtigen sind:

- **Schenkungsverträge** (§ 945),
- **Bestandverträge** (§ 1096),
- Verträge über **entgeltliche Forderungsabtretungen** (Zession; Factoring; § 1397 S 2),

- **beidseitig unternehmensbezogene Kauf-, Tausch- und Werklieferungsverträge** (§§ 377 f, 381 UGB),
- **Versteigerung in der Exekution** (§§ 189 Abs 2 und 270 Abs 4 EO).
- Für **Werkverträge** gilt § 1167, der auf das allgemeine Gewährleistungsrecht verweist.
- Für **Unternehmer-Verbraucherverträge** finden sich zwingende Vorschriften zugunsten des Verbrauchers in den §§ 8 ff KSchG, welche Normen mit 1. Jänner 2022 durch das GRUG 2022 adaptiert worden sind. Zusätzlich ist aber zu beachten, dass seit dem 1. Jänner 2022 zwischen Unternehmern und Verbrauchern (nur) bei einer **Veräußerung einer beweglichen körperlichen Sache durch den Unternehmer an den Verbraucher** und bei **Verträgen über digitale Inhalte** die Sondervorschriften des VGG vorgehen (dazu ausf unten Rz 7/86).

Soweit die angeführten *leges speciales* keine Sonderregelungen enthalten, kommt allgemeines Gewährleistungsrecht ergänzend zur Anwendung.

IV. Begriff des Mangels

§ 922 ABGB lautet: „(1) Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.

(2) Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann; das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten.“

Gewährleistungsrecht greift nur ein, wenn die übergebene Sache **mangelhaft** ist. **Mangelhaft** ist eine Sache, wenn sie nicht die vertraglich bedungenen Eigenschaften aufweist, also vom Vertragsinhalt abweicht. Nach § 922 Abs 1 S 2 haftet der Veräußerer dafür, dass die Sache die „bedungenen“ (**subjektiver Mangelbegriff**) „oder gewöhnlich vorausgesetzten“ (**objektiver Mangelbegriff**) „Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann“.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zum Mangelbegriff finden sich in den §§ 5 f VGG. Der Unternehmer haftet (auch im VGG) dafür, dass die von ihm erbrachte Leistung die „vertraglich vereinbarten Eigenschaften“ (§ 5 VGG) sowie die „objektiv erforderlichen Eigenschaften“ (§ 6 VGG) aufweist. Dieser „neue“ Mangelbegriff des VGG deckt sich aber im Wesentlichen mit dem subjektiven und objektiven Mangelbegriff des § 922 ABGB (zum VGG ausf unten Rz 7/90).

7/10 Zur Feststellung des Vertragsinhalts sind zur Abklärung der Frage, welche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes von den Parteien vertraglich bedungen worden sind, die allgemeinen Auslegungsregeln nach den §§ 914 f heranzuziehen. Somit haftet der Übergeber für die (ausdrücklich oder konkludent) **zugesagten** (bedungenen) und **die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften**. Auch Abweichungen von einem **Muster**, einer **Probe** oder **Beschreibung** stellen iZw einen Mangel dar (vgl § 922 Abs 1 S 2). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass im Anwendungsbereich des KSchG bzw FAGG der Unternehmer den Verbraucher nach **§ 5a Abs 1 Z 1 KSchG** und **§ 4 Abs 1 Z 1 FAGG** schon im Stadium vor Vertragsabschluss über die wesentlichen Eigenschaften des Vertragsgegenstandes aufzuklären hat, welche damit iZw auch Vertragsinhalt werden (sa § 4 Abs 4 FAGG). Jedes faktische Fehlen einer vertraglich geschuldeten Eigenschaft begründet Mangelhaftigkeit der übergebenen Sache iSd §§ 922 ff.

Bsp: Ist Vertragsgegenstand ein fabrikneues Auto, so stellen nach der Verkehrsauffassung auch kleinere Lackbeschädigungen einen Mangel dar. Ist Vertragsgegenstand ein gebrauchtes Auto, so stellen nach der Verkehrsauffassung kleinere Lackbeschädigungen keinen Mangel dar. Bei Erwerb eines Wracks hingegen kann möglicherweise nicht einmal die gebrochene Windschutzscheibe einen Mangel darstellen, da ein Wrack schon ex definitione auch nicht den Vorschriften des KFG entsprechen muss. Handelt es sich zB um ein Fahrzeug aus dem Niedrigpreissegment sind Abstriche bei der Qualität hinzunehmen (3 Ob 165/21t). Mangels ausdrücklicher Vereinbarung entscheidet also die Verkehrsauffassung über die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Einen Anhaltspunkt für die bedungenen Eigenschaften kann der vertraglich bedungene Preis bieten. Ist Vertragsgegenstand ein antiker Schrank, so stellt die Lieferung eines neuen Schrankes eine mangelhafte Lieferung dar.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich in den §§ 5 f VGG. Der Unternehmer haftet (auch im VGG) dafür, dass die von ihm erbrachte Leistung den „*vertraglich vereinbarten Eigenschaften*“ (§ 5 VGG) entspricht, was sich mit den bedungenen Eigenschaften des § 922 ABGB deckt, und die Ware bzw digitale Leistung in Qualität und Beschreibung einer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss übergebenen Warenprobe oder Warenmuster entspricht (§ 6 Abs 2 Z 2 VGG), was ebenfalls auch in § 922 Abs 2 ABGB angesprochen ist (zum VGG ausf unten Rz 7/92).

Unklar ist die rechtliche Einordnung von sog **Obsoleszenzen**. Jeder Käufer eines langlebigen Produktes verbindet mit dem Produkt auch die Erwartung der Langlebigkeit des Produktes – daher geht zB der Käufer eines Wäschetrockners davon aus, dass dieser bei normalem Gebrauch eine Lebensdauer von fünf, acht oder 12 Jahren hat. Mit dem Begriff Obsoleszenzen wird das Phänomen umschrieben, dass Hersteller von Produkten den Lebenszyklus ihrer Produkte durch den bewussten Einsatz von Material minderer Qualität verkürzen – zB der Produzent des Wäschetrockners baut bewusst Steckkontakte minderer Qualität ein, welche die Lebensdauer des Trockners erheblich verkürzen. In diesen Fällen wird das Produkt zwar

nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist, aber doch erheblich vor Ablauf der erwarteten Lebensdauer des Produktes (insb durch Materialermüdung) unbrauchbar – zB der Wäschetrockner wird bereits drei Jahre nach dem Erwerb und damit ein Jahr nach Ablauf der Gewährleistungsfrist durch Korrosion der Steckverbindungen nach dem Erwerb unbrauchbar. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Käufer noch Gewährleistung geltend machen kann, obwohl die zweijährige Gewährleistungsfrist nach Übergabe bereits abgelaufen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob der Mangel im technischen Sinne ein Mangel im rechtlichen Sinne ist, was nur dann der Fall ist, wenn überhaupt eine bestimmte Lebensdauer eines Produktes vertraglich zugesagt ist – dafür finden sich im ABGB keine Anordnungen, im VGG haftet der Unternehmer hingegen nach § 6 Abs 2 Z 5 VGG auch für die „Haltbarkeit, ... die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich (ist) und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann“ (zur Frage der Anwendbarkeit der Gewährleistungsfristen unten Rz 7/48).

Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist nach § 922 Abs 2 „auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des **Übergebers** oder des **Herstellers**, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann.“ Auch Äußerungen des **EWR-Importeurs** und des sog „**Anscheinsherstellers**“ sind zu berücksichtigen. Anscheinshersteller sind jene, die sich lediglich „durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache“ als Hersteller dieser Sache gerieren. Allgemein gehaltene oder (erkennbar) marktschreierische Aussagen führen nicht zur Haftung des Herstellers. Maßgebend ist der berechnete Erwartungshorizont des verständigen Erwerbers. 7/11

Bsp: § 922 kommt zum Tragen, wenn Äußerungen eines Herstellers zB über den Kraftstoffverbrauch eines Fahrzeuges, über Energieverbrauch eines Elektrogerätes oder über die Kompatibilität einer Software mit der Hardware von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichen. Beim Werben mit einem „unverbaubaren Panoramablick“ beim Immobilienverkauf wird dieser auch dann zum Vertragsinhalt, wenn die Unverbaubarkeit nicht in den konkreten Vertrag aufgenommen wurde (5 Ob 40/21z). Hingegen ist das Werben mit einer "perfekten Qualität" als reklameartige Übertreibung zu verstehen, die zwar eine hohe Qualität des Produktes, nicht aber eine 100%-ige Qualität (iSe garantierten Fehlerfreiheit) erwarten lässt (4 Ob 114/19x).

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich in § 6 Abs 2 Z 5 VGG. Nach § 6 Abs 2 Z 5 VGG muss die Ware oder digitale Leistung „die Menge, Qualität, Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität, Sicherheit und sonstigen Merkmale aufweisen, die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich sind und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann“ (zum VGG ausf unten Rz 7/92).

7/12 Diese Angaben binden den Übergeber aber nach § 922 Abs 2 S 2 **nicht**, wenn er beweisen kann, dass

- der Übergeber die öffentlichen Äußerungen **weder kannte noch kennen konnte**,
- die Äußerungen beim Abschluss des Vertrags **berichtigt** waren oder
- die Äußerungen den Vertragsabschluss **nicht beeinflusst** haben konnten.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich in § 6 Abs 3 VGG. Nach § 6 Abs 3 VGG ist eine öffentliche Erklärung jedoch nicht zu berücksichtigen, „wenn der Unternehmer beweist, dass 1. er sie nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte, 2. sie bis Vertragsabschluss in derselben Weise wie jener, in der sie abgegeben wurde, oder in einer vergleichbaren Weise berichtigt wurde oder 3. sie die Entscheidung über den Erwerb der Ware oder der digitalen Leistung nicht beeinflussen konnte“ (zum VGG ausf unten Rz 7/92).

V. Mangelarten

7/13 Im Gewährleistungsrecht wird dogmatisch zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln unterschieden. Ein **Sachmangel** einer Leistung liegt dann vor, wenn die Sache einen Mangel hinsichtlich Quantität oder Qualität hat, also quantitativ oder qualitativ vom vertraglich Geschuldeten abweicht; er haftet der Sache körperlich an. Ein **Rechtsmangel** liegt vor, wenn dem Gläubiger nicht die vertraglich geschuldete Rechtsposition verschafft wird. Sachmängel und Rechtsmängel sind zwar hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 932 gleich zu behandeln. Für Rechtsmängel bestehen allerdings Besonderheiten in der Streitverkündung (§ 931, § 21 ZPO), bei den Fristen des § 933 und eine besondere Art der Verbesserung bei Schulden und Lasten durch die Depurierung.

Bsp 1: Sachmängel sind: Die Bremsen des Fahrrades funktionieren nicht einwandfrei; das Auto verliert Bremsflüssigkeit; die gekaufte Heizanlage bringt nicht die vereinbarte Heizleistung; der Motor des Autos funktioniert nicht; bei einer Textverarbeitungsanlage treten immer wieder Zeilensprünge auf (5 Ob 502/88). Hingegen gelten leichte Kratzer bei einem Gebrauchtwagen noch nicht als Mangel, sehr wohl bei einem fabrikneuen Auto.

Bsp 2: Rechtsmängel sind: Fehlen der zugesagten rechtskräftigen Bau- und Benützungsbewilligung (1 Ob 105/08k). Kein Rechtsmangel resultiert aber aus der bloß theoretisch denkbaren Aufhebbarkeit eines Bescheides nach § 68 Abs 3 AVG (3 Ob 5/07t: Einzelgenehmigungsbescheid für Golf Cabrio TDI mit tiefergelegtem Fahrwerk)

Bsp 3: Wird eine nicht im Eigentum des Verkäufers stehende Sache verkauft, so erwirbt der Käufer nicht derivativ Eigentum, sodass grundsätzlich ein Rechtsmangel vorliegt. Erwirbt der Käufer allerdings kraft guten Glaubens (§ 367) Eigentum, so hat er wegen der „Zweckerreichung“ und Klaglosstellung keinen Gewährleistungsanspruch (1 Ob 606/93).

7/14 Fehlt es der gelieferten Sache an einer bestimmten Eigenschaft, so spricht man von einem **Qualitätsmangel**. Wird weniger als die vereinbarte Menge geliefert, so spricht man von einem

Quantitätsmangel, der durch den speziellen Gewährleistungsanspruch auf Nachtrag des Fehlenden behoben werden kann. Bei Gattungsschulden kann zwischen echtem und unechtem Quantitätsmangel unterschieden werden. Beim **echten Quantitätsmangel** leistet der Verkäufer weniger als das vereinbarte bestimmte Quantum (Menge); der **unechte Quantitätsmangel** ist dagegen in Wahrheit ein Qualitätsmangel und liegt etwa vor, wenn die verkaufte Sache schon beim Vertragsabschluss nicht der Vereinbarung entsprach.

Bsp: Qualitätsmangel liegt zB vor, wenn anstelle der vereinbarten besten Qualität nur durchschnittliche oder mindere Ware geliefert wird (zB anstatt Qualitätswein nur Landwein). Quantitätsmangel ist gegeben, wenn zB von der vereinbarten einwandfreien Qualität nur ein Teil geliefert wird (zB anstelle 1000 Flaschen Weißbier werden nur 600 Flaschen geliefert). Ein echter Quantitätsmangel liegt vor, wenn der Verkäufer nicht 5000 Liter, sondern nur 4500 Liter Heizöl liefert. Ein (unechter Quantitäts-) Qualitätsmangel liegt vor, wenn die verkaufte Kuh entgegen der Vereinbarung nicht 600 kg, sondern nur 500 kg schwer ist.

Zu beachten ist, dass sich die Mangelhaftigkeit nicht nur aus einer Vertragswidrigkeit der erworbenen Sache, sondern auch aus der mangelhaften Erbringung einer Nebenleistung ergeben kann. Schuldet der Verkäufer (zB als Nebenleistung aus dem Kaufvertrag auch) die **Montage der erworbenen Sache** (zB Fenster) und wird diese Nebenleistung in mangelhafter Weise ausgeführt, so hat der Käufer Gewährleistungsansprüche auf vertragsgemäße Erbringung der Nebenleistung (zB Verbesserung der Montage; §§ 1167, 932). Hat der Verkäufer hingegen bloß die Ware (zB Fenster) veräußert und wird die Montage vom Käufer selber oder einem von diesem beauftragten Dritten fehlerhaft vorgenommen, so hat der Käufer weder Gewährleistungs- noch Schadenersatzansprüche gegen seinen Verkäufer, sondern allenfalls Gewährleistungsansprüche gegen den von ihm beauftragten Dritten (§ 1167). 7/15

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei fehlerhafter Montage finden sich in § 8 Abs 1 S 1 VGG, welche Norm mit 1. Jänner 2022 die bisher in § 9a S 1 KSchG enthaltene Bestimmung ersetzt hat. § 8 Abs 1 S 1 VGG lautet: „Ist der Unternehmer nach dem Vertrag zur Montage oder Installation der Ware verpflichtet, so haftet er auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Ware verursachten Mangel“ (dazu unten Rz 7/94).

Hat aber der Verkäufer hingegen lediglich auch eine **fehlerhafte Montageanleitung** zur Verfügung gestellt, so kommen keine Gewährleistungsansprüche des Käufers in Betracht, da der Verkäufer ja keine Montage geschuldet hat. Schadenersatzansprüche des Käufers wegen der daraus resultierenden Folgeschäden sind in diesen Fällen nur denkbar, wenn der Verkäufer bei Beistellung der fehlerhaften Montageanleitung objektiv rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, er also die Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung gekannt hat oder hätte kennen müssen. 7/16

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei fehlerhafter Montageanleitung finden sich in § 8 Abs 1 S 2 und 3 VGG, welche Norm mit 1. Jänner 2022

die bisher in § 9a S 2 KSchG enthaltene Bestimmung ersetzt hat. Nach diesen Bestimmungen haftet der Unternehmer (gewährleistungsrechtlich) auch für einen durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Ware verursachten Mangel, wenn die Montage oder Installation vom Verbraucher vorzunehmen war, aber aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer mitgelieferten Anleitung unsachgemäß durchgeführt wurde (sog IKEA-Klausel). Bei Waren mit digitalen Elementen haftet der Unternehmer auch dann, wenn die fehlerhafte Anleitung nicht von ihm selbst, sondern vom Anbieter des digitalen Elements mitgeliefert wurde (vgl unten Rz 7/94).

VI. Aliud-Lieferung und mangelhafte Lieferung

7/17 Während bei der mangelhaften Erfüllung wegen der Übernahme der mangelhaften Sache Gewährleistungsrecht zum Zug kommt, gerät der Schuldner bei einer **Aliud-Lieferung** in Verzug. Aliud-Lieferung bedeutet, dass der Schuldner nicht nur mangelhaft geliefert hat, sondern überhaupt **eine andere Sache (= aliud)** als die geschuldete Sache dem Gläubiger übergeben hat. Bei einer Aliud-Lieferung wird der Schuldner so behandelt als hätte er überhaupt nicht erfüllt, er ist (bzw bleibt) in Schuldnerverzug. Seine Leistung ist als Nichterfüllung zu werten und der Gläubiger kann trotz vorbehaltloser Übernahme der Ware nach §§ 918 ff zurücktreten.

7/18 Für die Abgrenzung zwischen aliud und mangelhafter Leistung ist zwischen Stück- und Gattungsschuld zu unterscheiden. Wird bei der **(Stück-)Speziesschuld** eine andere als die vereinbarte Sache geleistet, dann liegt in jedem Fall Nichterfüllung vor. Jede Anderslieferung ist hier – trotz Übergabe – als Nichtleistung anzusehen. Aufgrund der Individualität der Sache ist eine Abgrenzung zur mangelhaften Leistung unproblematisch.

Bsp: Liefert A statt der vereinbarten Gartengarnitur der Marke X eine Garnitur der Marke Y, so liegt Aliudlieferung vor. Hat hingegen die gelieferte Garnitur der Marke X fehlerhaft gewebte Sitzbezüge, so liegt mangelhafte Lieferung vor.

7/19 Bei der **Gattungsschuld** ist die Abgrenzung schwierig. Die Abgrenzung ist unter Berücksichtigung von Sprachgebrauch und Verkehrssitte vorzunehmen.

Bsp 1: Leistet der Schuldner statt Kartoffeln Güteklasse I nur Kartoffeln der Güteklasse III, so liegt Schlechterfüllung vor und es finden die Regeln der Gewährleistung Anwendung. Leistet der Schuldner statt mehligere Kartoffeln speckige, so ist das eine andere Sorte, es liegt aliud vor.

Bsp 2: Werden vom Schuldner für einen PKW Winterreifen minderer Qualität als vereinbart geleistet, dann liegt Schlechterfüllung vor. Leistet der Schuldner hingegen Winterreifen für einen LKW oder Sommerreifen, dann liegt ein aliud vor.

7/20 Denkbar wäre zunächst, dass jede Aliud-Lieferung gleichzeitig als eine mangelhafte, nicht der Vereinbarung entsprechende Lieferung behandelt werden könnte, sodass in diesen Fällen

immer Gewährleistung eingreifen könnte. Liefert etwa der Schuldner anstelle der bestellten Aluminium-Gartensessel der Marke X in modernem Design Stroh-Gartensessel der Marke Y in antikem Stil, so könnte dies nicht als aliud, sondern auch als mangelhafte Lieferung angesehen werden. In diesem Fall würden die Gartensessel Y als mangelhafte Gartensessel X angesehen werden.

Manche Autoren (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 10; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 3; *7/21 Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 94 ff; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} §§ 922, 923 Rz 3 f) ziehen für die Abgrenzung zwischen aliud und mangelhafter Lieferung § 378 UGB analog heran. Nach dieser Auffassung soll Nichterfüllung mit den Folgen der §§ 918 ff vorliegen, wenn die gelieferte Ware so erheblich von der Bestellung abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung der Ware durch den Käufer für ausgeschlossen halten musste, ansonsten Schlechterfüllung mit den Folgen der Gewährleistung. Die Rsp zeigt kein einheitliches Bild (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 10; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 3). Nach überwiegender L trifft hingegen der Text des § 378 UGB nur eine Unterscheidung innerhalb der aliud-Lieferung: Beim genehmigungsfähigen aliud, bei dem die Genehmigung des Käufers nicht ausgeschlossen erscheinen musste, soll der Käufer innerhalb der Frist rügen müssen, um sich seine Ansprüche bzw Rechte nach § 918 zu erhalten (vgl § 377 UGB). Beim nicht genehmigungsfähigen aliud, bei dem der Verkäufer nicht mit einer Genehmigung durch den Käufer rechnen durfte, soll es hingegen dieser Rüge nicht bedürfen; es soll jedenfalls Schuldnerverzug vorliegen. Nach richtiger Ansicht ist § 378 UGB jedoch nur eine Rügevorschrift für beidseitig unternehmensbezogene Kaufverträge und im ABGB mangels Existenz einer planwidrigen Lücke überhaupt nicht analog anwendbar.

Nach *Reischauer* (*/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 100) kommen hingegen bei jeder Aliudlieferung die *7/22* Fristen des § 933 zur Anwendung, sofern offenkundig zur Erfüllung eines bestimmten Vertrages geleistet worden ist.

VII. Maßgebender Zeitpunkt, Vermutung der Mangelhaftigkeit

§ 924 ABGB lautet: „Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.“

7/23 Der Mangel muss im **Zeitpunkt der Übergabe** der Sache an den Erwerber bzw des davon abweichenden **Gefahrenüberganges** (zB im Fall eines Annahmeverzugs) vorhanden sein. Die Beweislast für den Mangel und die Existenz des Mangels im maßgebenden Zeitpunkt trägt der Übernehmer (zB Käufer, Werkbesteller etc). Unerheblich ist es, ob der Mangel bereits bei Abschluss des Vertrages vorhanden war oder ob er erst nachträglich, dh zwischen Vertragsschluss und Leistungserbringung eingetreten ist. Nur erst nach Übergabe neu auftretende (entstehende) Mängel sind nicht mehr von der Gewährleistungspflicht des Übergebers umfasst. Bei Liegenschaften ist nach der Rsp (5 Ob 69/10y; RS0018977) für Sachmängel der Zeitpunkt der körperlichen Übergabe entscheidend, für Rechtsmängel der Zeitpunkt der Intabulation.

7/24 Gem § 924 S 2 wird die Existenz des Mangels vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe auftritt. Zu beachten ist, dass es für das Eingreifen dieser **(widerleglichen) Vermutung des § 924 S 2** auf das Auftreten des Mangels innerhalb der Sechsmonatsfrist, nicht auf die Anzeige des Mangels durch den Erwerber ankommt. Zeigt also der Erwerber den Mangel im 8. Monat an und kann er beweisen, dass der Mangel binnen sechs Monaten nach Übergabe aufgetreten ist, so wird die Existenz des Mangels im Übergabszeitpunkt nach § 924 S 2 vermutet. Die Beweislast, dass der Mangel binnen sechs Monaten aufgekommen ist, hat also der Erwerber zu tragen; was praktisch nur von Bedeutung ist, wenn der Mangel erst nach Ablauf dieser sechs Monate angezeigt wird. Nach § 924 S 3 gilt die Vermutung jedoch nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder der Art des Mangels nicht vereinbar ist.

Bsp: Ist die gekaufte Milchpackung oder das gekaufte Obst fünf Wochen nach dem Kauf verdorben, das seit fünf Monaten wöchentlich gebrauchte Bügeleisen verkalkt oder das gekaufte Fahrrad nach vier Monaten zerkratzt, so greift die Vermutung des § 924 S 2 nicht, da sie mit der Art der Sache bzw des Mangels nicht vereinbar ist.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Vermutung des Mangels bei dessen Auftreten innerhalb einer bestimmten Frist nach Übergabe der Sache finden sich in § 11 VGG, wobei insb die im ABGB enthaltene 6-monatige Vermutungsfrist im VGG auf 12 Monate verlängert wird. Nach § 11 Abs 1 VGG wird bei einem Mangel, der innerhalb eines Jahres nach Übergabe der Ware hervorkommt, vermutet, dass er bereits bei Übergabe vorgelegen ist. Diese Vermutung greift nur dann nicht ein, wenn sie mit der Art und Weise des Mangels unvereinbar ist. § 11 Abs 2 (iVm § 10 Abs 2) VGG enthält einschlägige Sonderregelungen für digitale Leistungen und Inhalte (unten Rz 7/100).

§ 924 S 2 vermutet nur den Zeitpunkt des Vorliegens eines Mangels, nicht hingegen die Existenz eines Mangels, berührt also nicht die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels. Die Beweislast dafür, dass die übergebene Sache überhaupt mangelhaft ist, trägt weiterhin der Übernehmer. Will sich der Übernehmer auf die Vermutung nach § 924 S 2 berufen, hat er somit die Mangelhaftigkeit der Sache und das Hervorkommen eines Mangels innerhalb der Frist von sechs Monaten zu beweisen (3 Ob 34/20a). Nach Wortlaut und Zweck des § 924 S 2

reicht es dabei jedenfalls aus, wenn der Übernehmer beweist, dass sich die Leistung nunmehr in einem Zustand befindet, der Mangelhaftigkeit bedeuten würde, wenn er schon bei Leistungserbringung vorgelegen wäre (6 Ob 105/20i).

VIII. Besonderheiten bei Viehmängeln

§ 925 ABGB lautet: „Durch Verordnung wird bestimmt, inwiefern die Vermutung eintritt, daß ein Tier schon vor der Übergabe krank gewesen ist, wenn innerhalb bestimmter Fristen gewisse Krankheiten und Mängel hervorkommen.“

§ 926 ABGB lautet: „Von der rechtlichen Vermutung, daß der Mangel schon vor der Übergabe des Tieres vorhanden war, kann aber der Übernehmer nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Übergeber oder in dessen Abwesenheit dem Gemeindevorsteher sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt oder das Tier durch einen Sachverständigen untersuchen läßt oder die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt.“

§ 927 ABGB lautet: „Vernachlässigt der Übernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Tier schon vor der Übergabe mangelhaft war. Immer steht aber auch dem Übergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Übergabe eingetreten sei.“

Für Viehmängel gilt die **besondere Gewährleistungsfrist** des § 933 Abs 2 (sechs Wochen), **7/25** weiters stellt § 925 iVm der VO des BMJ BGBl 1972/472 die Vermutung auf, dass gewisse Tierkrankheiten, wenn sie innerhalb eines bestimmten Zeitraumes auftreten, bereits bei der Übergabe bestanden haben. Die kurze Gewährleistungsfrist von sechs Wochen gilt nach der ratio der Bestimmung nur für Krankheiten (wegen der damit verbundenen besonderen Beweisschwierigkeiten), ihre Anwendung auch auf andere Sachmängel ist nicht gerechtfertigt (3 Ob 14/21m).

Treten die in der VO genannten Krankheiten bei dort genannten Tieren innerhalb der **7/26** angegebenen Fristen auf, so wird vermutet, dass das Tier die Krankheit bereits bei Übergabe hatte (infiziert war). Von der VO umfasst ist nur landwirtschaftlich genutztes Vieh, nicht auch Reit- oder Springpferde. Der Erwerber kann sich nur dann auf die Vermutung berufen, wenn er das Auftreten der Krankheit dem Veräußerer unverzüglich anzeigt oder die anderen in § 926 angegebenen Alternativen erfüllt, widrigenfalls die Beweislast auf den Erwerber übergeht.

Anmerkung VGG 2022: Nach der bisherigen Bestimmung des § 9 Abs 2 KSchG waren die §§ 925 - 927 und 933 Abs 2 auf den Erwerb von Tieren durch Verbraucher nicht anzuwenden, allerdings wurde § 9 Abs 2 KSchG durch das GRUG 2022 ersatzlos gestrichen. Da auf Verträge über den Kauf von lebenden Tieren zwischen Unternehmern und Verbrauchern auch das neue VGG nicht anwendbar ist (§ 1 Abs 2 Z 1 VGG), bleibt es bei Tierkäufen durch Verbraucher ab 1. Jänner 2022 bei den allgemeinen Regelungen der §§ 925 - 927 und 933 Abs 2 (unten Rz 7/86).

IX. Rechtsfolgen

§ 932 ABGB lautet: "(1) Der Übernehmer kann wegen eines Mangels entweder die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden) oder den Austausch der Sache verlangen oder den Preis mindern oder den Vertrag auflösen.

(2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.

(3) Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind. Die Kosten der Verbesserung oder des Austausches hat der Übergeber zu tragen.

(4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Auflösung des Vertrags. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind."

7/27 § 932 kennt **4 Gewährleistungsbefehle:**

- **Verbesserung** (Qualitätsmängel) bzw **Nachtrag des Fehlenden** (Quantitätsmängel)
- **Austausch** der Sache
- **Preisminderung**
- **Vertragsauflösung** (der bisher verwendete Begriff Wandlung wurde durch das GRUG 2022 durch den Begriff Vertragsauflösung ersetzt)

Die **Geltendmachung aller Gewährleistungsbefehle** ist (seit dem GRUG 2022 nunmehr auch) durch **formfreie Erklärung** möglich.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zu den Gewährleistungsbefehlen finden sich für den Kauf von Waren in den §§ 12 - 15 VGG (unten Rz 7/101 ff), für digitale Leistungen in den §§ 20 - 26 VGG (unten Rz 7/123 ff). Zur Formfreiheit der Gewährleistungsbefehle beim Kauf von Waren vgl §§ 14 f VGG, bei digitalen Leistungen §§ 22 f VGG.

7/28 **Verbesserung** ist die (kostenfreie) Beseitigung eines Mangels an der Sache selbst. Sachmängel werden repariert, Rechtsmängel durch Beseitigung der rechtlichen Hindernisse oder Belastungen behoben. Bei **Nachtrag des Fehlenden** werden die fehlenden Stücke (kostenfrei) nachgeliefert. Bei **Austausch** der mangelhaften Sache wird die mangelhafte gegen eine mangelfreie Sache ausgetauscht, was nur bei Gattungsschulden möglich ist. **Preisminderung** ist ein Gestaltungsrecht des Übernehmers, der vereinbarte Preis wird entsprechend dem Wert der gelieferten, mangelhaften Sache angepasst (zur sog relativen

Berechnungsmethode vgl Rz 7/42 f). **Vertragsauflösung** ist ein Gestaltungsrecht des Übernehmers zur fristlosen Auflösung des Vertrages.

Zentrales Anliegen des Gewährleistungsrechts ist es, einen **Vorrang der** noch offen 7/29 gebliebenen Erfüllungsansprüche auf **Verbesserung bzw Austausch** der mangelhaften Sache **vor eventuellen Preisminderungs- bzw Vertragsauflösungsrechten** des Übernehmers zu statuieren. Die sog primären Gewährleistungsansprüche auf Verbesserung und Austausch sollen dem Übergeber eine zweite Chance auf Erbringung der vertragsgemäßen Leistung geben. Nur wenn

- der Übergeber den Einwand erhebt, dass sowohl Verbesserung als auch Austausch **unmöglich** sind,
- der Übergeber den Einwand des **unverhältnismäßig hohen Aufwandes** (7 Ob 211/09v) erhebt,
- der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch **verweigert**
- oder **nicht** in angemessener Frist **vornimmt (Verbesserungsverzug)**,
- diese Abhilfen **für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten** verbunden wären oder
- sie dem **Übernehmer aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar** sind,

kann der Übernehmer gem § 932 Abs 4 auch bzw nur mehr Preisminderung fordern. Liegt ein nicht geringfügiger Mangel vor, so hat der Übernehmer (zudem) ein Recht auf Vertragsauflösung. Ein *nicht geringfügiger Mangel* liegt vor, wenn die Aufhebung des Vertrages unter Berücksichtigung des Mangels nicht unverhältnismäßig erscheint (dazu ausf 8 Ob 13/21a).

Bsp: Wurde die Sache durch Einbau unbeweglich, schuldet der Übergeber nicht nur Austausch (Lieferung einer mangelfreien Sache), sondern auch die Demontage der mangelhaften Sache. Verweigert der Übergeber die Demontage und erklärt sich nur zur kostenfreien Lieferung einer mangelfreien Sache bereit, so verweigert er damit die Verbesserung bzw den Austausch und der Übernehmer kann auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe umsteigen (4 Ob 80/12m).

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Zulässigkeit sekundärer Gewährleistungsbehelfe finden sich für den Kauf von Waren in § 12 Abs 4 Z 1 - 5 VGG, für digitale Leistungen in § 20 Abs 4 Z 1 - 5 VGG. Nach § 12 Abs 4 VGG hat der Verbraucher beim Kauf von Waren das Recht, den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen, „nur dann, wenn 1. der Mangel derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Vertragsauflösung gerechtfertigt ist, 2. der Unternehmer die Herstellung des mangelfreien Zustands – sei es unberechtigt, sei es nach Abs. 3 berechtigt – verweigert, 3. sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird, 4. der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs. 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien

Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat oder 5. ein Mangel auftritt, obwohl der Unternehmer versucht hat, den mangelfreien Zustand herzustellen“ (unten Rz 7/105).

- 7/30 Das Gewährleistungssystem des § 932 besteht **grundsätzlich unabhängig von der Art und Schwere des Mangels**, wenngleich zu beachten ist, dass der Vorrang der Erfüllungsansprüche nur bei faktischer Behebbarkeit des Mangels in Betracht kommt.

1. Die primären Gewährleistungsbehelfe – Verbesserung bzw Austausch

a. Objektive Tatbestände – subjektive Einwände

- 7/31 Nach § 932 Abs 2 hat also zunächst – bei technisch möglicher Verbesserung oder möglichem Austausch – der Übernehmer (Käufer, Werkbesteller etc) die **freie Wahl** (nur) zwischen den beiden primären Gewährleistungsbehelfen (**Verbesserung oder Austausch**, wobei Austausch nur bei Gattungsschulden möglich ist). Der **Übergeber** (Verkäufer, Werkunternehmer etc) kann dem vom Besteller gewählten Behelf jedoch **entgegenhalten**, dass die vom Übernehmer gewählte Alternative unmöglich ist oder verglichen mit der anderen Abhilfe mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist. Bei der **Prüfung der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes** zur Verbesserung bzw zum Austausch der Sache für den Übergeber sind zunächst die dem Übergeber erwachsenden Kosten der verlangten Verbesserung oder des verlangten Austausches in Rechnung zu stellen. Zusätzlich sind nach § 932 Abs 2 S 2 der Wert der mangelfreien Sache, die Schwere also Bedeutung des Mangels und das Ausmaß der mit dem jeweils anderen Gewährleistungsbehelf für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen. Je größer diese Unannehmlichkeiten werden, desto höhere Kosten muss der Übergeber in Kauf nehmen, um den für den Übernehmer weniger unangenehmen primären Gewährleistungsbehelf möglich zu machen, desto eher kann somit der Übernehmer auf die Erfüllung dieses Anspruchs bestehen.

Bsp: In der Praxis wird bei Massenwaren geringen Werts der Austausch der Ware in Betracht kommen, bei höherwertigen und besonders auf die spezifischen Bedürfnisse des Bestellers zugeschnittenen Gütern eher der Verbesserungsanspruch. Sind etwa aufgrund eines Fabrikationsfehlers die Nähte der gekauften Handtasche unregelmäßig, so kann der Käufer nicht die aufwendige Reparatur, sondern nur den Austausch verlangen – *sofern* der Verkäufer einem Verbesserungsbegehren den Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegenhält oder die (zugesagte) Verbesserung nicht durchführt. Bei einem höherwertigen Gut – etwa KFZ – wird dagegen der Käufer wegen eines bloß geringfügigen Fehlers – zB eines defekten Blinkers - nicht den Austausch der gesamten Sache, sondern nur die Verbesserung des Fehlers, also die Reparatur bzw den Austausch des Blinkerteiles verlangen können. Unverhältnismäßig aufwendig wird die Verbesserung nach den Gesetzesmaterialien häufig bei Geschäften zwischen Privaten sein, bei denen sich der Verkäufer eines Unternehmers bedienen muss, um die Verbesserung vorzunehmen. Wichtig ist, dass der Umstand, dass die Verbesserungskosten den

Wert der mangelfreien Sache übersteigen, nicht automatisch zum Verlust des Verbesserungsanspruches des Übernehmers führt, zumal auch die Bedeutung der Vertragswidrigkeit für den Übernehmer und die für ihn mit der anderen Abhilfe verbundenen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind.

Ist für den Übergeber der Austausch der Sache unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, so verbleibt dem Übernehmer zunächst nur der Anspruch auf Verbesserung der Sache. Ist umgekehrt die Verbesserung unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer zunächst nur Anspruch auf Austausch der Sache. **Wenn der Übergeber (berechtigterweise) den Einwand erhoben hat, dass beide primären Gewährleistungsansprüche unmöglich oder unwirtschaftlich sind**, so steht dem Übernehmer nur noch das Wahlrecht zwischen den sekundären Gewährleistungsbehelfen, also dem Gestaltungsrecht auf Preisminderung oder – sofern der Mangel nicht geringfügig ist – das Gestaltungsrecht auf Vertragsauflösung zu.

Bsp: Der Übernehmer kauft vom Übergeber ein fabrikneues Motorrad. Beim Zusammenbau des Motorrades unterläuft dem Übergeber ein Fehler, da er die Verbindung zwischen Kühlschlauch und Kühler nicht festzieht. Die Schlauchverbindung löst sich während der Fahrt, der Übernehmer kommt zu Sturz und das Motorrad erleidet einen Totalschaden. Der Übernehmer macht im Rahmen der Gewährleistung von seinem Wahlrecht Gebrauch und verlangt Austausch der Sache. Macht der Übergeber den Einwand der Unmöglichkeit bzw. Unwirtschaftlichkeit der getroffenen Wahl nicht geltend, so wird er zum Austausch des Motorrades mit Totalschaden gegen ein neues Motorrad verurteilt (6 Ob 151/12t).

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich für den Kauf von Waren in § 12 Abs 2 VGG, für digitale Leistungen in § 20 Abs 2 und 3 VGG. Der Verbraucher kann beim Kauf von Waren – vorbehaltlich der Anordnungen in § 12 Abs 3 und 4 VGG – zunächst nur die Herstellung des mangelfreien Zustands verlangen, wobei der Verbraucher zwischen Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden) und Austausch der Ware wählen kann, „es sei denn, die gewählte Abhilfe wäre unmöglich oder für den Unternehmer, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind unter anderem der Wert der mangelfreien Ware, die Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe für den Verbraucher verbundenen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen“ (unten Rz 7/103).

2. Die sekundären Gewährleistungsbehelfe - Preisminderung und Vertragsauflösung

Die sekundären Gewährleistungsbehelfe stehen dem Übernehmer nur zu, wenn (zumindest) 7/33 eine der folgenden 6 Alternativen vorliegt:

- **Einwand der Unmöglichkeit von Verbesserung und Austausch durch Übergeber**
- **Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwands durch Übergeber**

In diesen beiden Fällen verliert der Übernehmer bei **berechtigtem** Einwand des Übergebers die primären Gewährleistungsbefehle.

- **Verweigerung** der Verbesserung (des Austausches) durch Übergeber
- **Verzug** mit der Verbesserung (dem Austausch) durch Übergeber
- **Einwand der erheblichen Unannehmlichkeiten** durch **Übernehmer**
- **Einwand der Unzumutbarkeit** aus triftigen beim Übergeber liegenden Gründen durch **Übernehmer**

In diesen vier Fällen hat der Übernehmer zusätzlich Zugriff auf die sekundären Gewährleistungsbefehle.

Liegt eine der angeführten sechs Alternativen vor, so kann der Übernehmer (in den ersten beiden Fällen nur mehr, in den letzten vier Fällen auch) (**sofortige**) **Preisminderung** verlangen.

Liegt darüber hinaus ein nicht geringfügiger Mangel vor, hat der Übernehmer ein Recht auf **Vertragsauflösung**. Der Gewährleistungsberechtigte kann aus der Palette der ihm jeweils konkret zur Verfügung stehenden Rechtsbefehle (frei) wählen. **Ein nicht geringfügiger Mangel liegt vor, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des Mangels nicht unverhältnismäßig ist.** Bei der Prüfung, ob ein die Vertragsauflösung ausschließender geringfügiger Mangel iSd § 932 Abs 4 vorliegt, ist nach der Rsp (dazu ausf 8 Ob 13/21a) eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen, bei welcher sowohl die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrags im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, aber auch die „Schwere“ des Mangels zu berücksichtigen sind. Die Behebbarkeit des Mangels und ein allfälliger geringer Behebungsaufwand sind für die Beurteilung der Geringfügigkeit des Mangels nicht allein ausschlaggebend, es kommt ihnen aber im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung zu. Bei der Frage, wie weit bei der Beurteilung des Gewichts des Mangels auf subjektive und/oder objektive Elemente abzustellen ist, ist zu differenzieren. Die subjektive Einstellung des Übernehmers – seine Motive bzw der von ihm verfolgte Zweck – muss unbeachtet bleiben, so weit diese dem Übergeber bei Abschluss des Vertrags nicht erkennbar war. War hingegen der mit dem Erwerb vom Übernehmer angestrebte Zweck bzw sein Motiv bei Vertragsabschluss erkennbar, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung neben dem objektiven Gewicht des Mangels auch der deklarierte Erwerbszweck mitzubersichtigen. Das Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten („besonders bedungenen“) Eigenschaft ist grundsätzlich so bedeutsam, dass

nicht mehr von einer Geringfügigkeit des Mangels gesprochen werden kann. Eine ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft liegt dann vor, wenn der Käufer ausdrücklich oder zumindest schlüssig ein besonderes Interesse an gerade dieser Eigenschaft deutlich gemacht hat (zB 10 Ob 108/07s: Regendichtheit eines Oldtimer- Cabrios). Es kommt dabei nicht darauf an, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte (jüngst 8 Ob 13/21a).

Verbesserungsverweigerung liegt vor, wenn der Übergeber die Behebung des Mangels 7/34 verweigert – dies gilt auch dann, wenn er irrig die (unzutreffende) Ansicht vertritt, es bestehe gar keine Verbesserungspflicht (8 Ob 13/21a). **Verbesserungsverzug** liegt vor, wenn der Übergeber nicht innerhalb angemessener Frist den Mangel behebt. Die Frist muss vom Übernehmer nicht gesetzt, sondern nur (faktisch) gewährt werden.

Unverhältnismäßig ist der vom Übergeber zur Mängelbehebung zu leistende **Aufwand**, wenn 7/35 der durch die Mängelbeseitigung erzielbare Vorteil zu dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand in offensichtlichem Missverhältnis steht (1 Ob 209/16s; RS0021717). Für die Bewertung des erzielbaren Vorteils sind objektive Kriterien unter Berücksichtigung des konkreten Vertrages heranzuziehen, sodass auch das konkrete Interesse des konkreten Übernehmers am Erhalt der mangelfreien Leistung sowie die für den Besteller durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind (10 Ob 65/17g; 4 Ob 44/14w). Wenn der Mangel eher nur ein geringer Nachteil im Gebrauch ist, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen (9 Ob 83/18y; RS0022044). Der Verbesserungsaufwand wird in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde (10 Ob 65/17g). Ob diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, hängt aber jeweils von den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falls ab.

Der Einwand der **erheblichen Unannehmlichkeiten** bei Durchführung von Verbesserung bzw 7/36 Austausch steht dem Besteller nur zu, um sich vor krassen Unbilligkeiten zu schützen. Diese unzumutbare Unannehmlichkeit der Verbesserung durch den Übergeber muss eine gewisse Härte für den Übernehmer darstellen, die sich aus der Art des Mangels und aus mit der Veranlassung oder der Durchführung der Verbesserung verbundenen Umstände ergeben kann (7 Ob 37/21y).