

Das Gewährleistungsrecht wurde jüngst durch eine – europarechtlich bedingte – Reform neu geordnet, mit der ein Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG) geschaffen wurde. Es enthält Sonderregeln für die Gewährleistung beim Warenkauf und bei Verträgen über digitale Inhalte. Die bisherigen gewährleistungsrechtlichen Regeln des ABGB und des KSchG wurden aber nicht beseitigt. Vielmehr bestehen nunmehr nebeneinander drei verschiedene Gewährleistungsregime:

- Verträge, die sich ausschließlich nach dem ABGB richten (B2B, C2C),
- Verbraucherverträge über den Warenkauf oder über digitale Leistungen (ABGB, VGG und KSchG) sowie
- alle anderen Verbraucherverträge, die nicht unter das VGG fallen (zB Werkverträge oder Kaufverträge über Liegenschaften: ABGB und KSchG).

Die Neuregelung tritt am 1. 1. 2022 in Kraft und ist auf Verträge anzuwenden, die ab diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden. Im vorliegenden Update verzichten wir – der nunmehrigen Dreispurigkeit des Gewährleistungsrechts Rechnung tragend – darauf, bloß die durch das VGG bedingten Änderungen darzustellen. Wir stellen Ihnen in der Folge vielmehr zur didaktischen Optimierung ein vollständig aktualisiertes Kapitel zur Gewährleistung zur Verfügung, sodass Sie ein klares Bild von den Auswirkungen der neuen Rechtslage ab 2022 bekommen.



## 3.2 Leistungsstörungen



### Kapitel 4: Gewährleistung

#### Lernen

##### Zweck

Gewährleistung ist die **verschuldensunabhängige** Haftung des Schuldners für **Mängel**, die seine Leistung bei der **Erbringung** aufweist.

Zweck ist die Wiederherstellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Bei entgeltlichen Geschäften verfolgen die Parteien üblicherweise gegenläufige Interessen:

Vertragsmechanismus:  
subjektiver Äquivalenz

Der Verkäufer will möglichst teuer verkaufen, der Käufer möglichst billig kaufen. Im Vertrag wird ein für beide Seiten tragbarer Kompromiss gefunden, es liegt eine für die Parteien gegebene, also **subjektive Äquivalenz** der Leistungen vor (zB: der Verkäufer ist bereit, sein Auto um 15.000 herzugeben; dem Käufer ist das Auto 15.000 wert). Das durch diesen Vertragsmechanismus erzielte Ergebnis wird von der Rechtsordnung grundsätzlich respektiert, es genießt subjektive Richtigkeitsgewähr (ist also für die Parteien angemessen). Die objektive Richtigkeit (tatsächliches Übereinstimmen der Wertverhältnisse) spielt demgegenüber nur in Extremfällen eine Rolle (Wucher, laesio enormis). Ist die Leistung des Schuldners mangelhaft, wird aber die subjektive Äquivalenz gestört.

Der Käufer war nur bereit, für ein tadelloses Gebrauchtauto 15.000 zu bezahlen, nicht aber für einen Unfallwagen. Dem Werkbesteller war nur ein dichtes Dach 50.000 wert, nicht eines, bei dem es hineinregnet.

Wiederherstellung  
subjektiver Äquivalenz

Aufgabe des Gewährleistungsrechts ist es, die ursprünglich gewollte Äquivalenz wiederherzustellen. Dazu muss – vereinfacht gesagt – entweder der Mangel beseitigt werden (Reparatur des Daches, Lieferung eines funktionstüchtigen statt des defekten Fernsehers) oder die Gegenleistung angepasst werden (Preisminderung oder sogar gänzliche Beseitigung des Vertrages: Auflösung des Vertrages). Beachte: Ein **Verschulden** des Übergebers ist **keine Voraussetzung**, Gewährleistung greift auch dann ein, wenn die subjektive Äquivalenz aufgrund eines zufälligen Ereignisses gestört ist, der Übergeber also „nichts dafür kann“.

„Einem geschenkten  
Gaul schaut man nicht  
ins Maul!“

Aus dem Grundgedanken der Wahrung der subjektiven Äquivalenz folgt zwanglos, dass es bei unentgeltlichen Geschäften keine Gewährleistung gibt (siehe dazu bei der Schenkung, S 246). Es gibt ohne Gegenleistung keine Äquivalenz, die wiederhergestellt werden könnte.

##### Rechtsgrundlagen

Das ABGB kennt ein allgemeines Gewährleistungsrecht für entgeltliche Geschäfte (§§ 922 ff), es gibt vereinzelte Sonderregeln (§§ 1096, 1397). Besonderheiten für Ver-

## 3.2 Leistungsstörungen

braucher enthalten §§ 8–9a KSchG (Erfüllungsort der Gewährleistung, § 8 KSchG; relativ zwingender Charakter, § 9 KSchG; vertragliche Garantien, § 9a KSchG). Diese Regelungen sind auf alle Verbrauchergeschäfte (§ 1 KSchG) anzuwenden.

2019 hat die EU zwei neue RL vorgelegt, eine Warenhandels-RL und eine RL über digitale Inhalte (RL [EU] 2019/770 und 771). Diese beiden RL hat der Gesetzgeber mit dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG) überwiegend in einem neuen Spezialgesetz, dem Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG), umgesetzt. Es regelt den Warenkauf und die Bereitstellung digitaler Leistungen. Teilweise sind die RL-Vorgaben auch im ABGB und im KSchG umgesetzt. Die Neuregelung tritt am 1. 1. 2022 in Kraft und ist auf Verträge anzuwenden, die ab diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden.

Damit bestehen nebeneinander **drei** verschiedene **Gewährleistungsregime**:

- Verträge, die sich ausschließlich nach dem ABGB richten (B2B, C2C),
- Verbraucherverträge über den Warenkauf oder über digitale Leistungen (ABGB, VGG und KSchG) sowie
- alle anderen Verbraucherverträge, die nicht unter das VGG fallen (siehe gleich). Hier gilt das Gewährleistungsrecht aus dem ABGB und das KSchG.

VGG:  
Anwendungsbereich

Während das ABGB also allgemein anwendbar ist und das KSchG bei Verbraucherverträgen zur Anwendung kommt, ist der Anwendungsbereich des VGG näher zu erläutern. Das VGG sieht für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern umfangreiche Sonderbestimmungen vor. Es regelt (1) **Kaufverträge über Waren** (das sind bewegliche körperliche Sachen) und (2) die **Bereitstellung digitaler Leistungen** gegen Zahlung oder Hingabe personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 VGG).

Der Kauf eines Autos fällt daher ebenso unter das VGG wie der Erwerb eines E-Books. Der Kauf einer Liegenschaft und ein Werkvertrag über den Bau eines Hauses fallen nicht darunter, selbst wenn sie zwischen Unternehmer und Verbraucher abgeschlossen werden.

Einige Verträge sind vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen (siehe § 1 Abs 2 VGG). Dazu gehören zB Verträge über:

- den Kauf lebender Tiere,
- Gesundheitsdienstleistungen,
- Glücksspieldienstleistungen,
- Finanzdienstleistungen.

Das VGG gliedert sich in einen Teil mit allgemeinen Bestimmungen (§§ 1–8 VGG), Bestimmungen über die Gewährleistung beim Warenkauf (§§ 9–15), Bestimmungen über die Erfüllung, Gewährleistung und Leistungsänderung bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen (§ 16–27 VGG) sowie Verjährungs- und Schlussbestimmungen (§§ 28–31 VGG). Auf „Waren mit digitalen Elementen“ (zB Smart-TV, Sprachlehrbuch mit CD) sind die Regelungen über den Warenkauf anzuwenden.

Das VGG enthält keine abschließende Regelung, sondern regelt nur einzelne wichtige Aspekte der Gewährleistung und für digitale Leistungen zusätzlich vor allem das Änderungsrecht des Unternehmers (siehe unten). Daneben gelten das ABGB und das KSchG. Die Gewährleistungsbestimmungen sind sehr detailliert und kasuistisch, entsprechen aber inhaltlich weitgehend denjenigen des ABGB; als speziellere Regelungen gehen sie jedoch vor, wenn sie konkret abweichen.

Wenn § 11 VGG eine einjährige Vermutungsfrist anordnet (dazu weiter unten), geht diese Anordnung § 924, der eine sechsmonatige Frist anordnet, natürlich vor.

Im VGG wird – als spezielle Regel – angeordnet, dass der Verbraucher „zur Prüfung der Frage, ob ein als Mangel erscheinender Fehler bei der Nutzung der digitalen Leistung von der digitalen Umgebung des Verbrauchers verursacht wird, in einem dafür vernünftigerweise notwendigen und möglichen Ausmaß mit dem Unternehmer zusammenzuwirken“ hat (näher § 19 Abs 4 VGG). Eine vergleichbare Anordnung fehlt im ABGB.

## Mangel

Mangel = Abweichung vom Vertrag

Grundtatbestand des Gewährleistungsrechts ist das Vorliegen eines Mangels. Der Mangelbegriff ist stets konkret: Ob eine Leistung mangelhaft ist, kann daher immer nur zwischen zwei Vertragsparteien beurteilt werden, es gibt keine „absolut“ mangelhaften Sachen. **Maßstab** ist immer der **Vertrag**: Ein Mangel ist eine Abweichung vom vertraglich Geschuldeten (§ 922).

Ein verrostetes Auto, das nicht fahrbereit ist, wird für den Käufer eines Gebrauchtwagens mangelhaft, für einen Schrotthändler aber tauglich sein.

Der Prüfung der Mangelhaftigkeit geht daher stets die Ermittlung des Vertragsinhalts voraus. Dabei spielen

- eigens **bedungene** Eigenschaften genauso eine Rolle wie
- **gewöhnlich vorausgesetzte** Eigenschaften.

Beide werden Vertragsinhalt, entweder durch besondere Verabredung (bedungene Eigenschaften) oder durch vertrauensrechtliche Auslegung (was gewöhnlich vorausgesetzt ist, darf der Übernehmer auch erwarten). Das VGG unterscheidet in ähnlicher Form zwischen vertraglich vereinbarten Eigenschaften (§ 5 VGG) und objektiv erforderlichen Eigenschaften (§ 6 VGG).

Gewöhnlich vorausgesetzt werden darf, dass die Bindung eines Buches sich nicht nach dreimaligem Aufschlagen auflöst; dass ein Dach dicht ist und der üblichen Schneelast standhält; dass Gartenmöbel einem Regenguss standhalten. Natürlich muss auch nicht eigens vereinbart werden, dass ein Auto Bremsen haben soll. Diese Anforderungen sind auch „objektiv erforderliche“ Eigenschaften der verkauften Sache.

Dass das Auto über ein Schiebedach verfügen soll, muss hingegen eigens vereinbart werden. Manchmal bereitet die Beurteilung der Mangelhaftigkeit Probleme: Ist gewöhnlich vorausgesetzt, dass eine Armbanduhr wasserdicht ist?

Werbeaussagen

„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 (. . .) erwarten kann“ (§ 922 Abs 2). Der Übergeber muss also nicht nur für seine eigenen Erklärungen einstehen, sondern grundsätzlich auch für jene des Herstellers (allerdings nur, wenn er sie kannte oder zumindest kennen konnte, siehe § 922 Abs 2 Satz 2).

Auch wenn der Uhrhändler nie darüber gesprochen hat, ist die Uhr mangelhaft, wenn der Hersteller sie als wasserdichte Taucheruhr bewirbt und das nicht stimmt. Natürlich muss der Händler aber nicht für marktschreierische Ankündigungen einste-

## 3.2 Leistungsstörungen

	<p>hen („wäscht weißer als weiß“). Er haftet auch nicht, wenn er die Äußerungen vor Vertragsabschluss berichtigt hat.</p>
IKEA-Klausel	<p>Montiert der Übernehmer bei Selbstbauprodukten die in Einzelteilen gelieferte Ware selbst und beschädigt sie dabei aufgrund einer fehlerhaften <b>Montageanleitung</b>, liegt ebenfalls ein Mangel vor. Dies ist folgerichtig, der Gesetzgeber hat diese „IKEA-Klausel“ im VGG sogar eigens positiviert (§ 8 VGG).</p>
Sachmangel	<p>In den bisherigen Beispielen wurden stets Mängel behandelt, die der Sache <b>körperlich</b> anhaften. Solche Mängel werden als Sachmängel bezeichnet.</p>
Rechtsmangel	<p>Der Übergeber erfüllt den Vertrag aber auch dadurch schlecht, dass er zwar die richtige Sache übergibt, aber dem Erwerber nicht die <b>geschuldete Rechtsposition</b> verschafft. Dann spricht man von einem Rechtsmangel.</p> <p>Die nach einem typischen Kaufvertrag geschuldete Rechtsposition ist lastenfreies Eigentum. Ein Rechtsmangel liegt daher zB vor, wenn die übergebene Sache gar nicht dem Veräußerer gehört und der Erwerber auch nicht (gutgläubig) Eigentümer wird; wenn auf der veräußerten Liegenschaft noch Gebühren lasten, die der Käufer nun bezahlen muss; wenn die verkaufte Wohnung vereinbarungswidrig an einen Dritten vermietet ist; wenn eine Liegenschaft vereinbarungswidrig durch Servituten belastet ist.</p> <p>Beachte: Beim Rechtsmangel geht es immer um die Beeinträchtigung von Rechten Dritter. Die Nichterfüllung anwendbarer öffentlich-rechtlicher Rechtsvorschriften oder technischer Normen ist demgegenüber ein Sachmangel (siehe § 6 Abs 2 Z 1 VGG).</p>
Änderung der digitalen Leistung	<p>Digitale Leistungen sind oft fortlaufend über einen längeren Zeitraum bereitzustellen. Der Unternehmer kann die digitale Leistung nach § 27 VGG ändern – was natürlich Auswirkungen auf die Frage der Schlechterfüllung hat –, wenn unter anderem</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• im Vertrag eine solche Änderung vorgesehen ist,</li><li>• die Änderung für den Verbraucher nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und</li><li>• der Verbraucher klar und verständlich über die Änderung informiert wird.</li></ul> <p>Der Verbraucher ist dann aber zur kostenfreien Auflösung des Vertrages berechtigt, wenn durch die Änderung sein Zugang zur digitalen Leistung oder deren Nutzung nicht nur geringfügig beeinträchtigt werden. Das Vertragsauflösungsrecht ist binnen 30 Tagen nach dem Zeitpunkt der Änderung auszuüben.</p>
Aktualisierungspflicht	<p>Die Gesetzesmaterialien nennen als Bsp für die Auflösungsmöglichkeit ein Software-Update, das aufgrund des Alters der vom Verbraucher genutzten Hardware zu Beeinträchtigungen führt.</p> <p>Bei Waren mit digitalen Elementen und Verträgen über digitale Leistungen gibt es eine Aktualisierungspflicht des Unternehmers („Update“). Dass der Unternehmer dazu verpflichtet ist, wenn dies vereinbart wurde (§ 5 Z 4 VGG), ist an sich eine Selbstverständlichkeit. Darüber hinaus haftet der Unternehmer aber bei Waren mit digitalen Elementen sowie bei digitalen Leistungen unabhängig von einer solchen Vereinbarung dafür, dass dem Verbraucher jene Aktualisierungen zur Verfügung gestellt werden, die notwendig sind, damit die Ware oder digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht (§ 7 VGG). Diese Aktualisierungspflicht besteht während des vereinbarten Zeitraums oder solange der Verbraucher dies „vernünftigerweise erwarten kann“; bei Waren mit digitalen Elementen jedoch mindestens für zwei Jahre nach der Übergabe. Diese Regelung ist auch auf Verträge zwischen zwei Unternehmern anzuwenden (§ 1 Abs 3 VGG).</p>

## Maßgebender Zeitpunkt

### Mängel bei Übergabe

„Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind“ (§ 924 Satz 1). Das Gewährleistungsrecht beschäftigt sich daher nur mit Mängeln, die im Zeitpunkt der Übergabe zumindest schon angelegt waren. Nicht nötig ist, dass sie schon erkennbar waren. Keine Haftung besteht hingegen für Mängel, die erst später eingetreten sind. Ein Mangel, der erst nach Übergabe entsteht, ist Risiko des Übernehmers.

Ein Gewährleistungsfall liegt vor, wenn ein krankes Pferd übergeben wird. Kein Gewährleistungsfall liegt hingegen vor, wenn sich das Pferd erst beim Übernehmer ansteckt.

Oft macht sich ein Mangel erst später bemerkbar. War er im Zeitpunkt der Übergabe schon angelegt, liegt ein Gewährleistungsfall vor. Gewährleistung steht daher zu, wenn ein Fernseher mehrere Monate nach Übergabe seine Dienste versagt, weil ein Transistor schlecht verlötet wurde; wenn nach der Übergabe die Farbe von einem Haus abblättert, weil der Malermeister eine falsche Mischung verwendet hat; wenn bei einem Motorrad aufgrund einer schlechten Verschraubung das austretende Kühlmittel den Hinterreifen benetzt, weshalb das Motorrad bei der Fahrt wegrutscht und zerstört wird. Dass der Mangel sich bei solchen Weiterfressermängeln verschlimmert (fehlerhafte Schraubverbindung – Totalschaden) spielt keine Rolle, weil der am Ende schlimme Mangel eben bei Übergabe schon angelegt war.

### Gefahrenübergang

Präzise kommt es für die Frage, ob der Übergeber für einen Mangel einstehen muss, auf den Zeitpunkt des Gefahrenüberganges an. Trägt der Übernehmer nämlich bereits vor tatsächlicher Übergabe das **Risiko einer Verschlechterung** der Sache (etwa im Annahmeverzug, siehe S 183 ff), kann er sich nach tatsächlicher Übergabe nicht auf die Verschlechterung berufen.

V hat K sein Auto verkauft. Zur bedungenen Übergabe erscheint K nicht, zwei Tage später verursacht ein Unbekannter einen Parkschaden. K hat keine Gewährleistungsrechte, weil ihm das Risiko der Verschlechterung im Annahmeverzug bereits zugewiesen war.

### Vermutung der Mangelhaftigkeit

Grundsätzlich ist es Sache des Übernehmers zu beweisen, dass ein Mangel vorliegt und dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war. Kommt der Mangel in den ersten **sechs Monaten ab Übergabe** hervor, muss aber der Übergeber beweisen, dass der Mangel nicht schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war (§ 924 Satz 2). Beim Verbraucherkauf beträgt diese Frist **ein Jahr** (§§ 11, 19 VGG). Diese Vermutung der Mangelhaftigkeit hat große praktische Bedeutung, weil es vor allem bei komplexen technischen Geräten oft schwerfällt, den Beweis zu führen, warum sie defekt sind und dass der Defekt bei der Übergabe schon angelegt war.

Ist der Laptop nach 5 Monaten defekt, liegt ein Mangel vor. Es liegt nicht am Übernehmer zu beweisen, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war; dies wird vielmehr vermutet. Der Übergeber könnte den Beweis des Gegenteils führen (Limonade in der Tastatur, Spuren eines Sturzes). Tritt der Defekt des Laptops erst nach 7 Monaten ein, greift die Vermutung der Mangelhaftigkeit nach § 924 nicht mehr. Nun liegt es am Übernehmer zu beweisen, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorlag (zB ein bekannter Produktionsfehler), sonst wird er nicht obsiegen.

## 3.2 Leistungsstörungen

Beachte: Der Erwerber kann sich nach dem VGG auch nach 14 Monaten auf die Vermutung stützen, wenn er nachweist, dass der Mangel nach 8 Monaten hervorgekommen ist (ABGB: wenn er innerhalb der ersten 6 Monate hervorgekommen ist).

Die Vermutung der Mangelhaftigkeit gilt nicht, soweit sie mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar wäre (§ 924 Satz 3).

Wer nach 3 Wochen moniert, dass die gekaufte Milch sauer ist oder die gekaufte Batterie leer, kann sich nicht auf die Vermutung stützen. Dasselbe gilt bei Abnutzung durch Gebrauch oder Verschleiß: Kratzer in einer Pfanne, abgenutztes Reifenprofil, Kalkablagerungen im Wasserkocher. Ein Gewährleistungsfall kann in solchen Fällen überhaupt nur dann vorliegen, wenn der Verschleiß übermäßig war.

Besondere Fristen gibt es auch für Krankheiten bestimmter Tiere (§ 925f).



- (1) Verbesserung/  
Austausch
- (2) Preisminderung/  
Auflösung des  
Vertrages

Primat der  
Nacherfüllung

### Rechtsfolgen

Liegt ein Mangel vor, der bei der Übergabe schon vorhanden war, steht Gewährleistung zu. Die Rechtsfolgen (Gewährleistungsbehelfe) ordnet das Gesetz in zwei Gruppen: Verbesserung und Austausch einerseits, Preisminderung und Auflösung des Vertrages andererseits (§ 932; §§ 12, 20 VGG; die Auflösung nannte man früher „Wandlung“).

Dabei gilt ein Vorrang von Verbesserung oder Austausch. Der Übergeber soll dadurch eine **zweite Chance** erhalten, zu erfüllen und damit seinen Entgeltanspruch behalten zu können.

Nur subsidiär stehen dem Übernehmer die Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung oder Auflösung des Vertrages zur Verfügung.

Der Vorrang der Nacherfüllungsansprüche gilt (überblicksweise) **nicht** bei

- **Unmöglichkeit** der primären Behelfe (wenn sie nicht vom Übernehmer selbst herbeigeführt wurde)
- **Unverhältnismäßigkeit** für den Übergeber
- **Verzug** mit der Nacherfüllung oder gar **Verweigerung** der Nacherfüllung durch den Übergeber
- erheblichen **Unannehmlichkeiten** für den Übernehmer
- Unzumutbarkeit für den Übernehmer wegen **triftiger Gründe** in der Person des Übergebers.

### Primär: Verbesserung, Austausch

Bei der **Verbesserung** (§ 932 Abs 2, §§ 13, 21 VGG) stellt der Übergeber den vertragskonformen Zustand her, indem er den Mangel behebt (Neustreichen der Wand, Anziehen der lockeren Schraube, Austausch des kaputten Mobiltelefondisplays) oder Fehlendes nachträgt (Lieferung der fehlenden Weinflaschen).

Beim **Austausch** wird der fehlerhafte Leistungsgegenstand durch einen anderen (mangelfreien) ersetzt. Der Austausch ist daher nur bei Gattungsschulden möglich. War ein bestimmter Gebrauchtwagen geschuldet, ist ein Austausch unmöglich. Praktisch relevant ist der Austausch besonders bei industriell gefertigten Massenprodukten.

**Wahlrecht des Übernehmers** Zwischen Verbesserung und Austausch hat der **Übernehmer** das **Wahlrecht**. Ist einer der beiden Behelfe unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand für den Übergeber verbunden (ihm unzumutbar), bleibt nur der andere (§ 932 Abs 2 Satz 1; § 12 Abs 3, § 20 Abs 3 VGG).

Wer ein Auto kauft, kann wegen eines leicht behebbaren Fehlers im Navigationssystem kein neues Auto (Austausch) verlangen. Dem Verkäufer wäre diese Abhilfe unzumutbar, da er das gebrauchte Auto nur mit großem Wertverlust verwerten könnte. Wer ein Massenprodukt erwirbt, kann nicht darauf beharren, dass der Verkäufer es aufwändig repariert, wenn ihm stattdessen Austausch angeboten wird.

**Kosten** Verbesserung und Austausch sind grundsätzlich auf Kosten des Übergebers durchzuführen (§ 932 Abs 3). Der Übernehmer muss für die Behebung des Mangels nichts zahlen.

Der Übergeber kann selbstverständlich keine Arbeitszeit, Material usw verrechnen.

Einen Schritt weiter ist der **EuGH** in einem praktisch wichtigen Fall gegangen. Baut der Käufer die gekaufte Sache ein und erweist sie sich als mangelhaft, muss der Händler nicht nur für die Mangelfreiheit der gelieferten Sache einstehen, sondern auch für den Ausbau der mangelhaften und Einbau der mangelfreien Sache. Dies ist nunmehr in § 13 Abs 3 VGG ausdrücklich gesetzlich verankert.

Der Käufer hat Fliesen im Baumarkt gekauft und sie daheim selbst verlegt. Stellt sich nach dem Verlegen heraus, dass die Fliesen mangelhaft sind, schuldet der Baumarkt nicht nur neue Fliesen, sondern auch die Kosten für Ein- und Ausbau.

Die Rechtsansicht des EuGH bereitet aus österreichischer Sicht insofern Kopfzerbrechen, als die Ein- und Ausbaukosten nach bisherigem Verständnis Mangelfolgeschäden sind, deren Ersatz Verschulden des Händlers voraussetzt (siehe S 200). Außerhalb des Anwendungsbereichs des VGG und des KSchG ist für den Ersatz von Ein- und Ausbaukosten weiter Verschulden erforderlich.

**Nacherfüllungsort** Verbesserung und Austausch sind grundsätzlich am Erfüllungsort der ursprünglichen Leistung durchzuführen. § 8 KSchG ermöglicht im Verbrauchergeschäft auch eine Verbesserung am Empfangsort bei Schickschulden (Erfüllungsort wäre der Sitz des Absenders) und sogar an dem Ort, an dem die Sache sich gewöhnlich befindet, wenn dies für den Übergeber nicht überraschend und ein Transport zu ihm unzutunlich ist.

Das Gesetz selbst nennt zB Waren, die „sperrig, gewichtig oder durch Einbau unbeweglich“ geworden sind. In der Judikatur wurde zB die Untunlichkeit des Transports von Matratzen diskutiert.

**Zug-um-Zug-Einrede** Zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Verbesserung bzw Austausch verfügt der Übernehmer, wenn er noch nicht bezahlt hat, über ein höchst wirksames „Druckmittel“: Er kann den (restlichen) Preis bis zur vollständigen Erfüllung durch den Übergeber zurückbehalten (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, Zug-um-Zug-Einrede, § 1052 analog).

### Umstieg auf die sekundären Behelfe

**Umstieg des Übernehmers** Durch die primären Behelfe bekommt der Übergeber wie erwähnt eine zweite Chance, den vertragskonformen Zustand (für ihn meist kostengünstig) herzustellen. Dabei hat er allerdings Vorgaben zu beachten (§ 932 Abs 4 Satz 2):

## 3.2 Leistungsstörungen

- Die Nacherfüllung ist in angemessener Frist für den Übernehmer zu bewirken. Solange der gewährleistungspflichtige Übergeber nicht nacherfüllt, muss der Übernehmer seine Gegenleistung wie soeben erwähnt nicht erbringen. Der Übernehmer kann aber auch auf die sekundären Behelfe umsteigen, wenn der Übergeber mit der Nacherfüllung in **Verzug** gerät oder sich sogar **weigert**, die Nacherfüllung vorzunehmen.

V verkauft dem K seinen Gebrauchtwagen. Einige Wochen nach Übergabe urgiert K, dass die Gangschaltung nicht ordnungsgemäß funktioniert. Ist V längere Zeit nicht erreichbar oder weist er von vornherein alle Ansprüche strikt von sich, kann K auf die sekundären Behelfe umsteigen. Das muss er aber nicht tun, er kann vielmehr weiterhin auf Verbesserung bestehen.

- Die Nacherfüllung ist zwar meist mit gewissen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer verbunden; diese müssen aber möglichst geringgehalten werden. Sind die **Unannehmlichkeiten** für den Übernehmer **nicht zumutbar**, kann er ebenfalls auf die sekundären Behelfe umsteigen.

Dass die Reparatur eines mangelhaften Fensters mit Lärmbelästigungen verbunden ist, wird der Übernehmer hinnehmen müssen, nicht aber den langwierigen und schmutzigen Ausbau des gesamten Parkettbodens, um die Fußbodenheizung zu verbessern. Unzumutbarkeit wird auch angenommen, wenn ein Verbesserungsversuch fehlschlägt: Der Übergeber erhält eine zweite, aber keine dritte Chance.

Die Entscheidung, auf die sekundären Behelfe umzusteigen, trifft auch in diesem Fall der Übernehmer. Nicht erfolversprechend war daher der in einem Verfahren vom Möbeltischler vorgebrachte Einwand, er wolle die gelieferten Küchenfronten nicht verbessern, weil das für den Übernehmer(!) mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden sei.

Der Übernehmer ist außerdem nicht an die primären Behelfe gebunden, wenn **triftige Gründe in der Person des Übergebers** vorliegen, die die Nacherfüllung unzumutbar machen (§ 932 Abs 4 Satz 2). Auch dadurch berücksichtigt der Gesetzgeber die Interessen des Übernehmers in angemessener Weise. Die Unzumutbarkeitsklausel ist allerdings zurückhaltend anzuwenden, weil ansonsten der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen würde.

Triftige, in der Person des Übergebers liegende Gründe sind etwa nicht schon deshalb gegeben, weil mangelhaft erfüllt wurde. Sie werden nur bei besonderer Sorglosigkeit oder Unfähigkeit des Übergebers vorliegen: Dem Automechaniker, der die Bremsen schon einmal falsch angeschlossen hat, muss keine zweite Chance gegeben werden.

Für den **Verbraucherkauf nach VGG** sehen §§ 12 Abs 4, 20 Abs 4 VGG detaillierte Gründe vor, aus denen der Verbraucher sofort die sekundären Behelfe geltend machen kann. Dazu gehört, neben den nach ABGB bestehenden, vor allem die besondere Schwere des Mangels (§ 12 Abs 4 Z 1 VGG), die eine sofortige Preisminderung oder Auflösung des Vertrags rechtfertigt.

Umstieg des Übergebers

Ist Verbesserung oder Austausch unmöglich, ist der jeweils andere Behelf geschuldet. Sind aber **Verbesserung und Austausch unmöglich**, kann der Übernehmer nur die Behelfe zweiter Ebene geltend machen. Gleiches gilt, wenn die Nacherfüllung für den Übergeber mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden wäre (§ 932 Abs 4 Satz 1; § 12 Abs 2, § 20 Abs 3 VGG).

Auch hier kommt es aber nicht auf die subjektive Sicht des Übergebers an, sodass der Einwand, dass es dem Übergeber „zu mühsam“ ist oder dass es ihn „etwas kostet“, natürlich nicht verfängt.

Allerdings kann der Unternehmer nach dem VGG die Verbesserung bzw den Austausch wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern (§ 12 Abs 3, § 20 Abs 3 VGG). Bei Prüfung der Frage, ob die primären Behelfe (Verbesserung oder Austausch) für den Unternehmer mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind, kann auch berücksichtigt werden, wenn der Verbraucher bereit ist, für die Nacherfüllung einen angemessenen Kostenbeitrag zu leisten.

### Sekundär: Preisminderung, Auflösung des Vertrages

Preisminderung

Preisminderung ist die **Herabsetzung** des für eine mangelfreie Leistung versprochenen **Entgelts** aufgrund der Mangelhaftigkeit (§ 932 Abs 4; § 14 Abs 1, § 22 Abs 1 VGG). Die Preisminderung ist ein Gestaltungsrecht. Die Geltendmachung dieses Gestaltungsrechts ist (wie zB der Rücktritt oder die Kündigung, und anders als vor allem die Anfechtung wegen Irrtums oder List) formfrei; sie kann sowohl „angriffsweise“ als auch „verteidigungsweise“ erfolgen.

Hat Heinz eine mangelhafte Leistung bekommen, hängt die Form der Geltendmachung der Preisminderung davon ab, ob er schon bezahlt hat oder nicht. Hat er schon bezahlt, kann er das zu viel Bezahlte (§ 932 Abs 4 iVm § 1435; § 14 Abs 1 VGG bzw § 22 Abs 1 VGG jeweils iVm § 1435) zurückverlangen. Hat Heinz noch nicht bezahlt, kann er dem Anspruch des Übergebers auf Zahlung des Kaufpreises die Preisminderung entgegenhalten.

relative  
Berechnungsmethode  
= subjektive  
Äquivalenz

Die Preisminderung ist nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Ziel ist, das vereinbarte Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beizubehalten. Der für die mangelfreie Sache vereinbarte Preis (P) muss sich zum Preis der mangelhaften Sache (p) so verhalten, wie der Wert der mangelfreien Sache (W) zum Wert der mangelhaften Sache (w). Dies ist in § 14 Abs 2, § 22 Abs 2 VGG ausdrücklich statuiert, gilt aber auch für das ABGB.

$$P : p = W : w$$

Heinz verkauft sein Auto als „unfallfrei“ um 10.000. Der Wert des Fahrzeuges beträgt 8.000. Später stellt sich heraus, dass der Wagen doch ein Unfallauto ist und sein Wert daher nur 6.000 beträgt.  $10.000:p = 8.000:6.000$ .  $p = 7.500$ , die Preisminderung beträgt daher 2.500.

Hubert hat zwei Betonmischmaschinen, von denen er meint, sie hätten eine Mischung von je 800 kg. Da er für eine keinen Bedarf hat, bietet er sie Sigi für günstige 1.200 (statt 2.000 Marktpreis) an. Sigi stellt bei der ersten Verwendung fest, dass die Maschine nur 500 kg Mischung hat. Er beschwert sich bei Hubert. Dieser meint, auch eine 500-kg-Maschine würde noch 1.400 kosten. Sigi habe also jedenfalls ein gutes Geschäft gemacht. Huberts Einwand geht ins Leere. Es geht nicht darum, dass Sigi „immer noch“ ein gutes Geschäft macht, sondern darum, dass es genauso gut ist (subjektive Äquivalenz). Daher muss Sigi für die kleine Maschine nur 840 bezahlen, die Preisminderung beträgt 360.

Auflösung des  
Vertrages

Die Auflösung des Vertrages ist die **Aufhebung des Vertrages** (vgl den Rücktritt bei Verzug und Unmöglichkeit). Nach erfolgreicher Auflösung des Vertrages gibt es keinen

## 3.2 Leistungsstörungen

Rechtsgrund für weitere Leistungen (zB weitere Kaufpreistraten), sie müssen nicht erbracht werden. Die im Hinblick auf den Vertrag erbrachten Leistungen sind **bereicherungsrechtlich herauszugeben**, da der „rechtliche Grund, sie zu behalten, aufgehört hat“ (condictio causa finita, § 1435; § 15 Abs 3, § 24 Abs 1 VGG). Es kommt daher zur Rückabwicklung des Vertrages. Die Auflösung des Vertrages führt aber nur zu schuldrechtlichen Ansprüchen auf Rückübereignung, sie wirkt nicht für sich genommen schon sachenrechtlich. Dies hat große Bedeutung in der Insolvenz, da der Berechtigte sich nicht auf ein starkes (absolutes) Sachenrecht, sondern nur auf einen schwachen (relativen) Anspruch auf Rückgabe stützen kann (siehe S 207).

Detailliert regelt das VGG die Pflichten der Parteien bei Auflösung des Vertrages über **digitale Inhalte**: Der Unternehmer muss dem Verbraucher alle Inhalte, die nicht persönliche Daten sind und vom Verbraucher bereitgestellt wurden, dem Verbraucher auf dessen Verlangen in einem allgemein gebräuchlichen Format zur Verfügung stellen (§ 24 VGG). Der Verbraucher darf die digitale Leistung nicht mehr weiter nutzen; ein körperlicher Datenträger ist dem Unternehmer auf Verlangen auf dessen Kosten zurückzusenden (§ 25 VGG).

Für die Rückzahlung ist dasselbe Zahlungsmittel zu verwenden, dessen sich der Verbraucher für die Abwicklung seiner Zahlung bedient hat; Abweichungen sind nur zulässig, wenn dies mit dem Verbraucher ausdrücklich vereinbart wurde und dem Verbraucher dadurch keine Kosten anfallen (§ 26 Abs 2 VGG).

Der Übernehmer kann grundsätzlich wählen, ob er sich auf Ebene der sekundären Behelfe auf die Preisminderung oder die Auflösung des Vertrages stützt. Allerdings gibt es eine bedeutende **Einschränkung**. Ist der Mangel bloß geringfügig, kann der Übernehmer nur die Preisminderung verlangen (§ 932 Abs 4; § 12 Abs 5, § 20 Abs 6 VGG). Die Geringfügigkeit des Mangels hat also nur auf Ebene der sekundären Behelfe Bedeutung, nicht aber für die Frage, ob man auf die sekundären Behelfe umsteigen kann.

Geringfügig ist der Mangel nach der Rsp etwa, wenn bei einem Neuwagen Vibrationsgeräusche des Schaltknüppels ohne Funktionsbeeinträchtigungen auftreten. Nicht geringfügig ist der Mangel eines Neuwagens, bei dem im Inneren im Winter die Temperaturen trotz aufpreispflichtiger Klimaanlage unter 20 Grad bleiben oder wenn ein Neuwagen bei erheblicher Beschleunigung keine Spursicherheit aufweist.

Nicht geringfügig ist es auch, wenn beim neuen Kachelofen die Benützung behördlich untersagt wird.

Als Begründung für diese Einschränkung wird oft angeführt, dass die Möglichkeit zur Auflösung des Vertrages bei nicht schwerwiegenden Mängeln nicht gerechtfertigt wäre.

Eine abstrakte Aussage darüber, wann ein Mangel geringfügig ist, ist schwer zu treffen. Wenn gesagt wird, dass der Mangel dann geringfügig ist, wenn die Auflösung des Vertrages „unverhältnismäßig“ wäre, wird dadurch bloß dieselbe Frage anders formuliert. Auch die Aussage, dass es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, hilft nicht viel weiter. Meist werden objektive und subjektive Merkmale kombiniert: Je höher die objektive Wertminderung, desto eher ist der Mangel nicht mehr geringfügig. Fehlt eine ausdrücklich bedungene Eigenschaft, wird der Mangel ebenfalls nicht geringfügig sein. Eine gute Faustregel ist der Vergleich zur Wesentlichkeit beim Irrtum: Hätten die Parteien den Vertrag über die mangelhafte Sache überhaupt nicht abgeschlossen, ist der Mangel nicht geringfügig.

Wahlrecht, außer beim geringfügigen Mangel

Ist der Mangel im Übergabezeitpunkt bloß angelegt und tritt er erst später hervor (**Weiterfressermangel**), kommt es für die Frage der Geringfügigkeit auf den Zustand im Zeitpunkt des Hervorkommens an.

Der Kühlmittelschlauch eines Motorrads ist (für den Nutzer nicht erkennbar) schlecht verschraubt, weshalb er sich löst. Das austretende Kühlmittel benetzt den Hinterreifen, weshalb das Motorrad bei der Fahrt wegrutscht und zerstört wird. Das Motorrad hat einen Totalschaden, der Mangel ist deshalb nicht (mehr) geringfügig, der Erwerber kann wandeln.

## Selbstverbesserung

Ein Sonderproblem stellt sich, wenn der Übernehmer die Verbesserung selbst durchführt oder einen Dritten damit beauftragt und dann die **Kosten der Verbesserung** vom Übergeber **verlangt**.

Der Werkbesteller Hans beauftragt den Elektriker Ernst damit, den von Anton gelieferten, defekten Sicherungskasten zu reparieren. Die dafür anfallenden Kosten will er von Anton ersetzt bekommen.

Für einen solchen Anspruch ist im System der Gewährleistungsbehelfe kein Platz, insb können die Verbesserungskosten nicht aus dem Titel der Preisminderung gefordert werden, da sonst das Konzept der **zweiten Chance ausgehöhlt** würde. Geldersatz gibt es nur, wenn man auf die sekundären Behelfe umsteigen könnte (zum Schadenersatz bei Verbesserungsverzug siehe S 199). Die durch den Übernehmer selbst herbeigeführte Unmöglichkeit der Verbesserung berechtigt aber natürlich nicht zum Umstieg, weil sonst der Normzweck durchkreuzt würde.

Über zwei Wege wird versucht, teilweisen Ersatz zu gewähren:

Ersatz der Ersparnis  
über § 1042 ...

Nach **§ 1042** gebührt demjenigen Ersatz, der einen Aufwand macht, den ein anderer nach dem Gesetz hätte machen müssen. Man könnte argumentieren, der Übernehmer mache einen Aufwand, den der Übergeber hätte machen müssen, indem der Übernehmer die Gewährleistungspflicht des Übergebers erfüllt. Der Ersatzanspruch beschränkt sich auf das, was sich der Gewährleistungspflichtige erspart hat. Dies wird meist deutlich weniger sein als die Verbesserung durch einen Dritten kostet.

Ernst verrechnet für die Reparatur des Sicherungskastens marktübliche 500. Anton hätte dies durch seine Arbeiter zu Selbstkosten um nur 100 erledigen können.

... oder § 1168

Der OGH löst das Problem durch die analoge Anwendung des **§ 1168 Abs 1**. Der unmittelbare Anwendungsbereich dieser Bestimmung betrifft die Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag: Der Werkunternehmer erhält demnach zwar sein Entgelt, wenn das Werk aus Umständen aus der Bestellersphäre vereitelt wird, muss sich aber anrechnen lassen, was er sich erspart hat, damit seine ungerechtfertigte Bereicherung vermieden wird (siehe dazu S 272 f).

Der Installateur kann das Werk (Reparatur einer schadhafte Leitung) nicht herstellen, weil der Besteller es bereits selbst repariert hat: Der Installateur behält zwar seinen Entgeltanspruch, nach § 1168 muss er sich davon aber zB Material und Arbeitszeit, die er sich erspart hat, abziehen lassen.

## 3.2 Leistungsstörungen

Dieser Gedanke „passt“ auch bei der Selbstverbesserung: Der Gewährleistungsberechtigte hat die Erfüllung durch sein Verhalten (Selbstverbesserung) unmöglich gemacht. Der Gewährleistungspflichtige behält als Folge die ihm versprochene Gegenleistung (voller Kaufpreis, Werklohn etc wie bei mangelfreier Leistung). Nun greift aber die Analogie zu § 1168 ein: Dem Gewährleistungspflichtigen wird abgezogen, was er sich durch die unterbliebene Verbesserung erspart hat (wie im Bsp sind das meist Material und Arbeitszeit).

### Geltendmachung und Fristen (§ 933)

ab Übergabe 2 bzw  
3 Jahre

Die Gewährleistungsfrist beträgt 2 Jahre bei **beweglichen** Sachen (§ 933; § 10 Abs 1, § 18 Abs 1 VGG) und 3 Jahre bei **unbeweglichen** Sachen (§ 933). Die Frist für unbewegliche Sachen gilt nicht nur für die Veräußerung unbeweglicher Sachen, sondern auch für Arbeiten daran (Anstreichen, Verputzen, Installationen). Diese Fristen sind im Verbrauchergeschäft einseitig zwingend. Für gebrauchte bewegliche Sachen kann allerdings einzeln eine Fristverkürzung auf ein Jahr ausgehandelt werden. Bei Gebrauchtautos gilt das nur, wenn seit der Erstzulassung mehr als ein Jahr vergangen ist (§ 10 Abs 4 VGG).

Die Gewährleistungsfrist gibt Auskunft, für welche Mängel der Übergeber eintreten muss. Für die **Geltendmachung** dieser Mängel hat der Übernehmer jedoch länger Zeit: Die Frist für die Geltendmachung beträgt bei **Sachmängeln** nach § 933 Abs 3 bzw § 28 Abs 1 VGG drei Monate ab Ende der Gewährleistungsfrist (also nicht: ab Erkennen des Mangels). Es handelt sich um eine Verjährungsfrist.

Sylvia kauft am 2. 1. 2022 einen neuen Fernseher. Schon am 31. 3. 2022 funktioniert er nicht mehr. Für die Geltendmachung ihrer sich daraus ergebenden Rechte hat Sylvia bis zum 2. 4. 2024 (Ende der Gewährleistungsfrist 2. 1. 2024 + drei Monate) Zeit.

Abweichende  
Vereinbarungen

Nach § 932 Abs 4 können sowohl die Gewährleistungsfrist als auch die Geltendmachungsfrist durch Vereinbarung verkürzt oder verlängert werden. Nach dem VGG ist eine Verlängerung jederzeit, eine Verkürzung hingegen erst nach Verständigung des Verbrauchers vom Mangel möglich (vgl § 3 VGG); auch nach § 9 KSchG kann die Frist vor Kenntnis des Verbrauchers vom Mangel nicht verkürzt werden.

Fristbeginn

Die Gewährleistungsfrist beginnt grundsätzlich mit der **Besitzverschaffung**, weil ab dann die Sache überprüft werden kann und der Mangel dem Übernehmer zumindest abstrakt erkennbar ist. Bei eigens zugesagten Eigenschaften, deren Fehlen während der Gewährleistungsfrist gar nicht hervorkommen kann, ist von einer stillschweigenden Verlängerung der Frist auszugehen.

Ist die Karosserie verzinkt und daher mindestens 10 Jahre rostfrei, wäre eine Frist von 2 Jahren sinnlos.

Besonderes gilt für **Rechtsmängel**, bei denen die Frist erst mit der Kenntnis des Übernehmers vom Mangel beginnt. Hier besteht nicht eine Gewährleistungsfrist und eine separate Geltendmachungsfrist, sondern eine einheitliche Verjährungsfrist von zwei Jahren bzw bei unbeweglichen Sachen drei Jahren ab Kenntnis des Übernehmers vom Mangel (§ 933 Abs 3; § 28 Abs 2 VGG). Weitere Sonderregeln gelten für Viehmängel (§§ 925 ff).

Geltendmachung

Alle Gewährleistungsbefehle können (wie zB der Rücktritt oder die Kündigung, und anders als vor allem die Anfechtung wegen Irrtums oder List) formfrei geltend gemacht

werden (§ 14 Abs 1, § 15 Abs 1, § 22 Abs 1, § 23 VGG, in § 933 hat der Gesetzgeber das früher dort verwendete Wort „gerichtlich“ beseitigt). Die Geltendmachung kann sowohl „angriffsweise“ als auch „verteidigungsweise“ erfolgen.

Hat der Käufer bereits bezahlt, so erreicht er mit der Preisminderung die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises, mit der Auflösung des Vertrages die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises. Hat er noch nicht bezahlt, dienen die Preisminderung oder die Auflösung des Vertrages (aber auch der Zug-um-Zug-Einwand) der Abwehr des Anspruchs des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises.

Wenngleich Preisminderung und Auflösung des Vertrages formfrei erfolgen können, wahrt nur eine gerichtliche Geltendmachung die Verjährungsfrist. Wenn der Übergeber die Preisminderung bzw Auflösung des Vertrages nicht akzeptiert, muss der Übernehmer daher innerhalb der Geltendmachungsfrist (drei Monate ab Ende der Gewährleistungsfrist, bei Rechtsmängeln zwei bzw drei Jahre ab Kenntnis des Mangels) die Klage erheben; eine außergerichtliche Anzeige des Mangels oder ein außergerichtliches Gewährleistungsbegehren hat auf den Fristablauf hingegen keine Auswirkung.

Bei der außergerichtlichen Anzeige des Mangels teilt der Übernehmer dem Übergeber nur mit, dass ein bestimmter Mangel vorliegt. Bei der Preisminderung und bei der Auflösung des Vertrages muss der Übernehmer hingegen „Farbe bekennen“, welche Rechtsfolgen er an das Vorliegen eines Mangels knüpfen möchte.

Die außergerichtliche Anzeige des Mangels hat aber Bedeutung, wenn der Übernehmer die Gegenleistung noch nicht erbracht hat: Ihm bleibt dadurch nach § 933 Abs 3 nämlich die „Geltendmachung durch Einrede“ vorbehalten. Klagt der Übergeber den Kaufpreis (Werklohn usw) erst nach Fristablauf ein, kann der Übernehmer sich weiterhin auf die außergerichtliche Anzeige berufen (Perpetuierung der Einrede).

Im obigen Beispiel muss Sylvia daher bis zum 2. 4. 2024 die Klage auf Rückzahlung (eines Teils) des Kaufpreises einbringen, wenn sie Preisminderung oder Auflösung des Vertrages geltend macht. Hat sie hingegen noch nicht bezahlt, genügt es, wenn sie dem Verkäufer bis dahin den Mangel anzeigt; sie kann dann einer allfälligen Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises ohne zeitliche Beschränkung die Preisminderung oder Wandlung entgegenhalten. Hat sie hingegen bereits bezahlt, so nützt ihr die Anzeige des Mangels nichts. In diesem Fall muss sie jedenfalls bis zum 2. 4. 2024 die Klage einbringen.

Neubeginn der Frist

Hat der Übergeber den Mangel verbessert oder den Austausch vorgenommen, beginnt die Frist mit erfolgter Verbesserung (Austausch) von neuem zu laufen (Problem der misslungenen Verbesserung/des misslungenen Austausches).

Der Händler Venus hat Karl einen Fernseher verkauft, bei dem nach fünf Monaten der Bildschirm schwarz ist. Venus tauscht den Fernseher daraufhin aus. Die Gewährleistungsfrist beginnt mit Austausch von neuem zu laufen, Karl hat also zwei Jahre Gewährleistung für das neue Stück. Wird nur ein Teil des Fernsehers verbessert, so beginnt die Frist nur für den verbesserten Teil neu zu laufen.

## Rügeobliegenheit

Unternehmergeschäft

Ist der Kauf für beide Teile ein unternehmensbezogenes Geschäft, sieht § 377 UGB eine strengere Regelung vor: Der Käufer hat Mängel der Ware, die er bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang nach Ablieferung durch Untersuchung festgestellt hat oder

## 3.2 Leistungsstörungen

feststellen hätte müssen, dem Verkäufer binnen angemessener Frist anzuzeigen. Das Ziel ist, im professionellen Geschäftsverkehr möglichst bald für Klarheit und Rechtssicherheit zu sorgen.

Der Tischler T bestellt bei der Sägewerk GmbH 100 Festmeter zugeschnittenes Fichtenholz für seinen Tischlerei-Betrieb. Die GmbH liefert das Holz bei Ts Werkstätte ab, wo es unverzüglich ins Warenlager gebracht wird. Nachdem T das Holz bei Entgegennahme keines Blickes gewürdigt hat, stellt er drei Wochen später bei der Verarbeitung fest, dass das Holz offensichtlich von Borkenkäfern befallen ist. Das hätte T früher auffallen können. Er hätte das Holz überprüfen und bei Mängeln rügen sollen.

Unterlässt er diese Anzeige, so kann er Ansprüche auf **Gewährleistung**, auf **Schadenersatz** wegen des Mangels selbst (§ 933a Abs 2) sowie aus einem **Irrtum** über die Mangelfreiheit der Sache nicht mehr geltend machen. Zur Wahrung der Rechtzeitigkeit der Rüge genügt die rechtzeitige Absendung (§ 377 Abs 4 UGB). § 381 UGB dehnt die Rügeobliegenheit auch auf Werk- sowie Tauschverträge über bewegliche körperliche Sachen aus.

Obwohl die entsprechenden Fristen nicht abgelaufen sind, kann T daher keine Ansprüche wegen der Schlechterfüllung geltend machen. Hat der Befall bereits auf anderes Holz des T übergegriffen, kann er allerdings Ersatz der Mangelfolgeschäden – gekürzt um ein allfälliges Mitverschulden (§ 1304) – verlangen.

Der Verkäufer kann sich auf die Verletzung der Rügeobliegenheit nicht berufen, wenn der Käufer beweist, dass der Verkäufer den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht oder verschwiegen hat, oder wenn es sich um einen Viehmangel handelt, für den eine Vermutungsfrist (§ 925) besteht.

UN-Kaufrecht

Eine vergleichbare Regelung gibt es im UN-Kaufrecht (Art 38ff UNK), das ja auch den professionellen unternehmerischen Verkehr betrifft.

### Händlerregress (§ 933b)

In der Praxis sind **Absatzketten** häufig. Der Produzent liefert an den Importeur, dieser an den Großhändler, dieser wiederum an den Kleinhändler, der die Sache an den Endverbraucher weiterverkauft.

Fristprobleme bei  
Absatzketten

Jeder Absatzvorgang ist ein Kaufvertrag. Wird von Anfang an eine mangelhafte Sache geliefert, liegt daher in jedem Verhältnis ein Fall der Schlechterfüllung vor. Je länger die Absatzkette ist, desto größer ist allerdings die Gefahr, dass der Zeitpunkt, zu dem am Ende der Kette Gewähr geleistet werden muss, zu spät kommt, um die Mangelhaftigkeit in den vorigen Verhältnissen geltend zu machen. Das würde dazu führen, dass häufig der zeitlich letzte Verkäufer die ganze Last zu tragen hätte.

Der Elektrohändler Mars verkauft einen Fernseher, der ihm vor einem Jahr vom Produzenten geliefert wurde, an Heinz. Macht Heinz nach eineinhalb Jahren Gewährleistung geltend, könnte an sich auch Mars die Mangelhaftigkeit des Fernsehers beim Hersteller geltend machen, die Gewährleistungsfrist von 2 Jahren ist aber bereits vorbei (zweieinhalb Jahre nach Übergabe).

besonderer Rückgriff

Aus diesem Grund gibt es einen besonderen Rückgriff in der Vertragskette (Händlerregress, § 933b). Muss ein **Unternehmer** einem **Verbraucher** Gewähr leisten (was aufgrund § 9 KSchG zwingend ist), kann er von seinem **Vormann** auch nach Ablauf

der Gewährleistungsfrist Gewährleistung fordern. Dazu muss binnen drei Monaten nach Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht der Regress geltend gemacht werden. Außerdem gibt es eine absolute Frist von 5 Jahren.

Mars muss binnen 3 Monaten ab Erbringung der eigenen Gewährleistungspflicht den Produzenten in Anspruch nehmen. Wären seit der Übergabe mehr als 5 Jahre vergangen, wären Ansprüche überhaupt ausgeschlossen.

Inhalt des Rückgriffsanspruchs sind die allgemeinen Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung, Austausch, Preisminderung, Auflösung des Vertrages). Der Rückgriff ist mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt und setzt voraus, dass der jeweilige Vormann seinerseits mangelhaft geliefert hat.

## Ausschluss

Da das Gewährleistungsrecht an eine Abweichung der Leistung vom tatsächlich Geschuldeten, also vertraglich Vereinbarten, anknüpft, müssen Ausschlussgründe auch im Vertrag gesucht werden. Im Wesentlichen kommen drei Fälle in Betracht:

- **vertraglicher** Gewährleistungsausschluss
- Kauf in **Pausch und Bogen**
- **offenkundige** Mängel (§ 928)

Gewährleistungsansprüche des **Verbrauchers** können vor Kenntnis des Mangels jedoch nicht ausgeschlossen werden (§ 9 KSchG, § 3 VGG). Nach § 6 Abs 1 VGG müssen die Waren bzw digitalen Dienstleistungen außerdem stets die objektiv erforderlichen Eigenschaften aufweisen; anderes gilt nur, wenn der Verbraucher bei Vertragsabschluss der Abweichung eines bestimmten Merkmals nach Kenntnis davon ausdrücklich und gesondert zustimmt. Dadurch wird vermieden, dass durch „negative Leistungsbeschreibungen“ die Gewährleistungsbestimmungen unterlaufen werden.

Der Verbraucher erhält statt einer an sich zu erwartenden Neuware ein Gebrauchtgerät oder die „Beta-Version“ eines Computerprogramms.

Verzicht

Der nächstliegende Fall ist der vertragliche Gewährleistungsausschluss (Verzicht). Nach § 929 hat derjenige keinen Anspruch auf Gewährleistung, der darauf verzichtet hat. Dabei ist allerdings zweierlei zu beachten. Gewährleistungsrechte des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer können vertraglich nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Das Gewährleistungsrecht ist im **Verbrauchergeschäft** daher **zwingend** (§ 9 KSchG). Aber auch außerhalb von Verbrauchergeschäften sind Gewährleistungsverzichte restriktiv auszulegen, ein völliger Gewährleistungsausschluss – insb in AGB – kann sittenwidrig sein (§ 879 Abs 1 und 3).

Gewährleistungsausschlüsse beziehen sich nach der Rsp auch auf versteckte Mängel, eine (auch schlüssige) Zusage konkreter Eigenschaften („Liegenschaft frei von Altlasten“, „PKW ist fahrtauglich“) ist aber vorrangig, sodass Beschaffenheitszusagen einen Gewährleistungsausschluss durchbrechen.

Pausch und Bogen

Nach § 930 ist die Gewährleistung auch beim Kauf in Pausch und Bogen ausgeschlossen. Dabei wird eine große Menge an Sachen (Sachgesamtheit) gekauft, bei der aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl keine genaue Beschreibung und Inventarisierung der einzelnen Stücke erfolgt (zB Bibliothek, Weinkeller, Warenlager, Bauernhof, Unternehmen). Bei einem Kauf in Pausch und Bogen wird also eigentlich die Gesamtsache zu einem Pauschalpreis veräußert. Der Übergeber haftet daher auch nur für Mängel an

## 3.2 Leistungsstörungen

offenkundige Mängel	der Gesamtsache, nicht aber für Mängel einzelner Sachen. Will der Unternehmer ein strengeres Gewährleistungsregime, muss er „Maß, Zahl und Gewicht angeben“, also die Sachen inventarisieren. Auch der Gewährleistungsausschluss beim Kauf in Pausch und Bogen setzt auf der <b>Ebene des vertraglich Geschuldeten</b> an. Einzelne Sachen sind mangels Inventarisierung schon nicht Vertragsinhalt geworden, nur die Gesamtsache muss tauglich sein, dafür spielen Mängel einzelner Sachen aber keine Rolle.
Rechtsfolgen	Schließlich gibt es keine Gewährleistung für Mängel, die „in die Augen fallen“ (§ 928), also offenkundige Mängel. Idee des Gesetzgebers ist, dass solche Mängel bei der Kaufpreishöhe ohnehin berücksichtigt werden. Daraus ist auch leicht abzuleiten, wann der Mangel offenkundig sein muss, damit keine Gewährleistung zusteht: im Zeitpunkt des <b>Vertragsabschlusses</b> . Etwas anderes als die offenkundig mangelhafte Leistung war nie geschuldet (zum Grundbuch S 237f).
Schädigung durch Schlechterfüllung	<h3 style="color: red;">Schadenersatz statt Gewährleistung (§ 933a)</h3> <p>Betrachtet man einen typischen Fall der Schlechterfüllung nicht von vornherein durch die „gewährleistungsrechtliche Brille“, fällt auf, dass auch ein anderer Tatbestand erfüllt sein könnte.</p> <p>Der Malermeister hat um 10.000 Susis Hausmauer gestrichen, aber versehentlich keine wetterfeste Farbe verwendet. Einige Monate nach der Abnahme des Werkes blättert der Anstrich ab.</p> <p>Der Übergeber hat vertragswidrig geleistet, der Unternehmer hat dadurch einen <b>Vermögensnachteil</b> erlitten (Susi hat 10.000 für einen wertlosen Anstrich bezahlt). Eine vertragswidrige Leistung des Übergebers kann dem Unternehmer also grundsätzlich einen Schaden zufügen. Dieser Schaden wurde vom Übergeber auch zweifellos (durch die Schlechterfüllung) verursacht (Kausalität). Die Schlechterfüllung des Vertrages ist außerdem rechtswidrig (weil vertragswidrig). Kann dem Übergeber oder einem ihm zurechenbaren Gehilfen (§ 1313 a) die Schlechterfüllung auch vorgeworfen werden (Verschulden), sind alle Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegeben (Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden).</p>
kenntnisabhängige Frist	<p>Vorwerfbare Schlechterfüllung kommt nicht nur dann in Betracht, wenn ein Werk schuldhaft schlecht hergestellt wurde, sondern auch, wenn die Kaufsache schuldhaft schlecht aufbewahrt und dabei beschädigt wurde, wenn schuldhaft ein mangelhafter Leistungsgegenstand ausgesucht wurde und sogar dann, wenn schuldhaft ein bestehender Mangel vor Übergabe nicht beseitigt wurde.</p> <p>Die <b>Konkurrenz</b> zwischen Gewährleistung und Schadenersatz ergibt sich daher schon aus allgemeinen Prinzipien, der Gesetzgeber hat das Rechtsinstitut als „Schadenersatz statt Gewährleistung“ aber in § 933 a eigens anerkannt.</p> <p>Der Unternehmer kann demnach für den Schaden, der im Mangel selbst liegt (Mangelschaden), Ersatz verlangen, wenn der Übergeber (oder ein Erfüllungsgehilfe) den Mangel verschuldet hat. In den ersten 10 Jahren ab Übergabe wird das Verschulden sogar vermutet (§ 1298 iVm § 933 a Abs 3), danach obliegt dem Unternehmer der Beweis des Verschuldens.</p> <p>Die Bedeutung der Konkurrenz von Gewährleistung und Schadenersatz liegt in den <b>Verjährungsfristen</b>. Schadenersatzansprüche verjähren in 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 1489; außerdem besteht eine absolute Frist von 30 Jahren). Das heißt aber, dass es möglich ist, dass die schadenersatzrechtliche Verjährungsfrist</p>

mangels Kenntnis des Schadens noch gar nicht begonnen hat, obwohl die Gewährleistungsfrist, die ab Übergabe läuft, schon verstrichen ist. Diese Verbesserung der Rechtsposition des Übernehmers wird durch das Verschulden des Übergebers gerechtfertigt, das im Vergleich zur verschuldensunabhängigen Gewährleistung ein stärkeres Zurechnungsmoment ist.

Der Verputz an der Außenwand bröckelt nach dreieinhalb Jahren ab, weil der Baumeister eine untaugliche Mischung verwendet hat. Die Gewährleistung ist bereits verfristet (§ 933 Abs 1), die schadenersatzrechtliche Verjährung beginnt jedoch erst mit der Kenntnis von Schaden und Schädiger.

Schadenersatz statt Gewährleistung kann daher die kurzen Gewährleistungsfristen ganz erheblich verlängern und dem Übernehmer so wesentliche Vorteile bringen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass Schadenersatz statt Gewährleistung kein „Allheilmittel“ ist. In vielen Fällen wird der Übergeber die Verschuldensvermutung leicht entkräften können.

Wird der beim Elektrohändler gekaufte Fernseher defekt, ist die Schuld oft beim Hersteller, nicht aber beim Händler (Übergeber) zu suchen. Hat der Händler den Fernseher ordentlich verwahrt, wird ihm der Mangel nicht vorzuwerfen sein. Da den Händler keine Herstellungspflichten treffen, bedient er sich des Produzenten aber auch nicht iSd § 1313a zu deren Erfüllung. Damit scheidet Schadenersatz statt Gewährleistung bei vielen Kaufverträgen aus.

Demgegenüber spricht bei schlecht erfüllten Werkverträgen meist viel für ein Verschulden des Werkunternehmers. Wenn die neuen Tapeten sich ablösen, der angefertigte Tisch wackelt, der Verputz bröckelt, liegt die Vermutung (des § 1298), dass den Übergeber oder einen ihm zurechenbaren Gehilfen Verschulden an der Schlechterfüllung trifft, sehr nahe. Gelingt dem Übergeber aber der Freibeweis (der Verputz bröckelt ab, weil der Hersteller des Mörtels – für den Baumeister nicht erkennbar – eine falsche Materialmischung verwendet hat), scheidet Schadenersatz statt Gewährleistung aus.

Primat der Nacherfüllung

Die Rechtsfolgen von Schadenersatz statt Gewährleistung sind jenen der Gewährleistung weitgehend nachgebildet. Es gilt also auch hier ein Primat der Nacherfüllung (Verbesserung, Austausch), die sich unkompliziert als Naturalrestitution einordnen lässt. Nur subsidiär steht Geldersatz zu (Preisminderung, Auflösung des Vertrages). Diesen Gleichklang sieht das Gesetz vor, damit das gesetzgeberische **Konzept der zweiten Chance** für den Übergeber nicht durch das Schadenersatzrecht durchkreuzt wird.

Erfüllungsinteresse

Steht dem Übernehmer Geldersatz zu, kann er das Erfüllungsinteresse verlangen, das ist

- entweder eine schadenersatzrechtliche Preisminderung (Wertdifferenz zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache, es geht um das Vermögensminus durch die Schlechterfüllung)
- oder die schadenersatzrechtliche Auflösung des Vertrages
- oder die konkreten Kosten einer Verbesserung. Die Verbesserungskosten können aber nur verlangt werden, wenn dem Übergeber vorher eine zweite Chance gewährt wurde und der Übergeber in Verbesserungsverzug ist (Deckungsgeschäft wie in §§ 918, 921).

Ein schadenersatzrechtliches Sonderproblem stellt sich, wenn der Mangel schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden war und unbehebbar ist. Dann kann der Übergeber keine Erfüllungspflicht verletzt haben, weil eine solche ja nie möglich

## 3.2 Leistungsstörungen

war. Er hat daher grundsätzlich nicht das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, sondern nur den durch die mangelnde Aufklärung verursachten Vertrauensschaden (siehe zu diesem Problem schon bei der schlichten anfänglichen Unmöglichkeit, S 86f).

Der Gebrauchtwagenhändler Gustav hat Richard ein Auto verkauft und übergeben. Der Tacho zeigt 60.000 km an, in Wahrheit hat der Voreigentümer Veit den Tacho aber um 100.000 km zurückgedreht, was Gustav erkennen hätte müssen. Der Mangel ist (bereits anfänglich) nicht behebbar, Richard kann neben der Rückzahlung des Kaufpreises (schadenersatzrechtliche Auflösung des Vertrages) auch den sonstigen Vertrauensschaden (Kosten für die Vertragsverfassung, Fahrzeiten usw) fordern, nicht aber den Vermögenszuwachs, den er gehabt hätte, wenn das Auto wirklich nur 60.000 km Laufleistung gehabt hätte.

Unternehmensrecht

Bei beidseitigen Unternehmensgeschäften führt eine Verletzung der Rügeobliegenheit nicht nur zum Verlust von Gewährleistungsansprüchen, sondern auch zum Verlust des Anspruchs auf Ersatz des Mangelschadens (§ 377 Abs 2 UGB).

### Ersatz für Mangelfolgeschäden

Mangelschaden ≠  
Mangelfolgeschaden

Oft werden dem Übernehmer durch eine mangelhafte Leistung noch weitere Schäden (Folgeschäden) zugefügt.

Da der Installateur das Rohr nicht ordnungsgemäß montiert hat, tritt Wasser aus und ruiniert die Teppiche des Übernehmers. Da der Koch die Hygienevorschriften missachtet, erkrankt der Gast.

All diese Fälle haben eine leistungsstörungsrechtliche Komponente (nämlich die Schlechterfüllung der jeweiligen Vertragspflicht: Montage, Verpflegung), aber durch ihre Folgewirkungen auch eine gesonderte schadenersatzrechtliche Dimension. Dabei handelt es sich nicht um Schadenersatz statt Gewährleistung, sondern um **allgemeines Schadenersatzrecht**. Der Ersatz wird aber auch in § 933 a angeordnet, sodass die Wahl der Anspruchsgrundlage (§ 1295 oder § 933 a) bedeutungslos ist.

Ersatz für den Mangelfolgeschaden steht daher auch nach allgemeinen Vorschriften zu, insb ist Verschulden des Übergebers erforderlich.

Der abbröckelnde Verputz beschädigt das Auto des Übernehmers. War dem Baumeister nicht erkennbar, dass die Verputzmischung aufgrund eines Fehlers des Herstellers untauglich war, haftet er auch nicht. In Frage kommt allenfalls eine Haftung des Herstellers.

Haftung ex contractu:  
§§ 1313 a, 1298

Der Übergeber haftet dem Übernehmer aus **Vertrag**. Das heißt, dass Gehilfen auch beim Anspruch auf Ersatz von Folgeschäden als Erfüllungsgehilfen (§ 1313 a) zugerechnet werden und das Verschulden vermutet wird (§ 1298). Da aber schon die Verschuldensvermutung für den Mangelschaden auf 10 Jahre begrenzt ist (§ 933 a Abs 3), gilt das auch für den Mangelfolgeschaden. Es wäre seltsam, wenn hinsichtlich desselben Verhaltens das Verschulden einmal vermutet würde und einmal nicht.

Da Ersatz für den Mangelfolgeschaden nach allgemeinen Regeln zusteht, gibt es auch keinen Primat von Verbesserung und Austausch. Eine zweite Chance braucht es auch nicht, wenn andere Rechtsgüter beschädigt werden, die gar nicht im Synallagma stehen. Daher ist es auch konsequent, den Weiterfressermangel (S 194) schadenersatzrechtlich nicht als Folge-, sondern als Mangelschaden einzuordnen.

Der Fall des schlecht angeschlossenen Kühlmittelschlauchs, der zum Unfall und damit zum Totalschaden des gekauften Motorrads führt (§ 189), ist daher ein Problem des Mangelschadens, nicht des Mangelfolgeschadens. Sehr wohl ein Mangelfolgeschaden ist es, wenn beim Unfall auch die Motorradkleidung beschädigt oder der Lenker verletzt wird.

Vom Mangelfolgeschaden ist der **Begleitschaden** zu unterscheiden. Davon spricht man, wenn nicht eine mangelhafte Leistung, sondern unsorgfältiges Verhalten (Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten) während der Erfüllung den Schaden verursacht. Begleitschäden werden nach allgemeinem Schadenersatzrecht ersetzt. Es handelt sich um Schadenersatz ex contractu, sodass die Beweislastumkehr für das Verschulden nach § 1298 gilt und Gehilfen nach § 1313a zugerechnet werden.

Der Installateurslehrling lässt bei der Montage der Duschkabine einen Hammer fallen und beschädigt so eine Fliese.

Begleitschaden und Mangelfolgeschaden werden häufig auch als Schäden aus einer „positiven Vertragsverletzung“ bezeichnet.

Unternehmensrecht

Im Gegensatz zu Gewährleistungsansprüchen und Ansprüchen auf Ersatz des Mangelschadens hat die Unterlassung der rechtzeitigen Mängelrüge keinen Einfluss auf die Geltendmachung von Mangelfolgeschäden, deliktischen Schadenersatzansprüchen oder Ansprüchen aus der Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten (vgl § 377 Abs 2 UGB).



## Abgrenzungen und Konkurrenzen

In Gewährleistungsfällen kann es zu einer Konkurrenz mit anderen Ansprüchen kommen. Der wichtigste Fall – Schadenersatz statt Gewährleistung bei verschuldeten Mängeln – wurde schon besprochen.

Außerdem kommen in Frage:

- Irrtum
- Garantie
- laesio enormis
- Wucher
- Nichterfüllung

Irrtum

Ein Irrtum ist eine **Fehlvorstellung** von der Wirklichkeit. Relevant sind stets nur solche Irrtümer, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorlagen. Ist die versprochene Leistung schon in diesem Zeitpunkt mangelhaft, kann der Erwerber einem **Eigenschaftsirrtum** unterliegen (siehe S 100).

Der zum Verkauf angebotene Wagen hat 50.000 km auf dem Tachometer. In Wirklichkeit wurden bereits 150.000 km gefahren. Wird der Wagen verkauft, sind 50.000 gefahrene km Vertragsinhalt. Da das Auto davon abweicht, liegt ein Gewährleistungsfall vor. Außerdem hatte der Käufer aber schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine falsche Vorstellung vom Kaufgegenstand, also einen Irrtum.

Liegt eine der Voraussetzungen der Geltendmachung vor (§ 871: Veranlassung, offenbar Auffallenmüssen, rechtzeitige Aufklärung), kann sich der Übernehmer wahlweise auf Gewährleistung oder Irrtum stützen.

## 3.2 Leistungsstörungen

Grenzen des Irrtums	<p>Da die Irrtumsanfechtung oder Irrtumsanpassung binnen 3 Jahren ab Vertragsabschluss zusteht, kann dies für den Erwerber vorteilhaft sein.</p> <p>Eine wichtige Einschränkung wird beim Gattungskauf vorgenommen. Wird mangelhaft geliefert, liegt kein Geschäftsirrtum vor, sondern nur ein Irrtum über Zukünftiges, nämlich darüber, dass der Geschäftspartner ein mangelfreies Stück aus der Gattung aus sucht und übergibt. Ein Geschäftsirrtum liegt nur dann vor, wenn die ganze Gattung mangelhaft ist.</p>
Garantie Verkäufer	<p>Kauft Hugo einen Fernseher der Type „X“ beim Händler und hat das Bild des Geräts, das ihm geliefert wird, einen Blaustich, liegt kein Eigenschaftsirrtum vor, sehr wohl aber, wenn alle Geräte dieses Typs einen solchen Fehler haben.</p> <p>Dasselbe gilt bei mangelhafter Erfüllung eines Werkvertrages. Auch in diesem Fall wird hinsichtlich der mangelfreien Werkerfüllung nur über Zukünftiges geirrt (siehe S 102).</p> <p>Unter Garantie versteht man die Übernahme der Haftung für die Mangelfreiheit der Leistung. Wird die Garantie vom Verkäufer gegeben, ist sie nur sinnvoll, wenn sie über das ohnehin bestehende Gewährleistungsrecht hinausgeht.</p> <p>Meist geht es um eine Fristverlängerung oder die Zusage, auch für nach Übergabe entstehende Mängel am Produkt einzustehen. Mangels besonderer Anhaltspunkte ist nicht anzunehmen, dass der Verkäufer dadurch zB eine verschuldensunabhängige Haftung für Mangelfolgeschäden übernehmen möchte.</p>
Herstellergarantie	<p>Praktisch bedeutsamer ist die Herstellergarantie, also das Versprechen des <b>Herstellers</b>, dass sein Produkt mangelfrei ist. Da der Hersteller (meist) nicht direkt mit dem Letzt abnehmer in einem Vertragsverhältnis steht, gibt es an sich auch keine Ansprüche des Letzt abnehmers gegen ihn. Übernimmt der Hersteller eine Garantie, geht er diese Verpflichtung freiwillig ein. Inhalt und Ausgestaltung hängen vom Garantieverprechen ab. Der Hersteller kann die Mangelfreiheit bei der Übergabe garantieren, aber auch das Funktionieren des Produktes während einer bestimmten Zeit.</p> <p>Der Hersteller kann die Rechte des Begünstigten (meist Verbesserung oder Austausch) von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen (Registrierung auf der Website, Garantie nur für den Erstkäufer, nicht aber bei Wiederverkauf etc).</p> <p>Ist das Garantieverprechen des Herstellers wie meist dem Produkt beigelegt, nimmt es der Käufer durch <b>Willensbetätigung</b> an (§ 864 Abs 1).</p> <p>Garantieerklärungen (des Verkäufers oder des Herstellers) können freilich unbedarfte Verbraucher verwirren. Insb besteht die Befürchtung, dass der Verbraucher glaubt, neben der Garantie keine weiteren Rechte – also vor allem keine Gewährleistungsrechte gegen den Händler – zu haben. Daher muss nach § 9a Abs 3 KSchG ausdrücklich auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers hingewiesen werden (vgl auch § 5a Abs 1 Z 5 KSchG; § 4 Abs 1 Z 12 FAGG) sowie darauf, dass die Gewährleistung durch die Garantie nicht eingeschränkt wird.</p>
laesio enormis	<p>Ist die Leistung wegen eines Mangels an der Sache nicht einmal die Hälfte der Gegenleistung wert, kommt auch eine <b>Verkürzung über die Hälfte</b> (laesio enormis) in Frage. Zur laesio enormis siehe im nächsten Kapitel.</p> <p>Das um 10.000 versprochene Auto hätte mangelfrei einen Wert von 9.000. Beiden Vertragsparteien ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bekannt, dass die Kurbelwelle des Autos defekt ist und der Wert des Autos daher nur 4.000 beträgt.</p>

<p>Wucher</p> <p>Nichterfüllung – Ablieferung – Schlechterfüllung</p>	<p>Gewährleistung kann auch mit dem Wucher konkurrieren, der eine grobe <b>Leistungs-inäquivalenz</b> verlangt (§ 879 Abs 2 Z 4). Kommt diese Inäquivalenz durch eine Mangelhaftigkeit zustande, kann der Unternehmer alternativ zur Gewährleistung den Vertrag wegen Wuchers anfechten, wenn die Voraussetzungen vorliegen.</p> <p>Eine Durchsicht des Leistungsstörungenrechts könnte es auch nahelegen, dass mit der Gewährleistung die Behelfe der Nichterfüllung (Verzug, Unmöglichkeit) konkurrieren. Wer eine mangelhafte Sache übergibt, ist ja eigentlich „im Verzug“ mit der Übergabe einer mangelfreien Sache. Ist der Mangel unbehebbar, liegt doch eigentlich eine (Teil-)Unmöglichkeit vor.</p>
	<p>Ein Wahlrecht kann man dem Gläubiger schon deshalb nicht einräumen, weil das Gewährleistungsrecht kürzere Fristen vorsieht als das Nichterfüllungsrecht (der Erfüllungsanspruch aus einem Vertrag verjährt grundsätzlich erst nach 30 Jahren).</p> <p>Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist daher die tatsächliche <b>Übergabe</b> (Ablieferung, Abnahme) der Leistung. Bis zur Übergabe kommen nur die Leistungsstörungen der Nichterfüllung zur Anwendung, danach nur die Gewährleistung (Schlechterfüllung), wobei der Gläubiger eine mangelhafte Leistung nicht annehmen muss und den Schuldner so in Verzug versetzen kann.</p> <p>Vergleicht man die Rechtsfolgen der einzelnen Leistungsstörungstatbestände, stellt man freilich fest, dass sie – der Ähnlichkeit angemessen – auch ähnliche Rechtsfolgen haben. So entspricht zB der Rücktritt vom Vertrag der gewährleistungsrechtlichen Auflösung des Vertrages. Auch das Konzept der zweiten Chance ist universell: Eine Lösung vom Vertrag wegen Verzugs steht nur nach Nachfristsetzung zu. Bis auf Details sind die Rechtsfolgen daher funktional sehr ähnlich, sie unterscheiden sich aber besonders in den Verjährungsfristen.</p>
<p>Aliud: Verzug</p>	<p>Ein Sonderfall der Leistungsstörung ist die Anderslieferung (Aliud-Lieferung). Der Übergeber leistet nicht eine mangelhafte Sache, sondern überhaupt etwas ganz <b>Anderes, als geschuldet</b> wurde. Da etwas geliefert wurde, was gar nicht geschuldet wurde, geht man davon aus, dass der Übergeber trotz erfolgter Ablieferung hier ausnahmsweise noch im Verzug ist (zur Rügeobliegenheit im beidseitigen Unternehmergeschäft siehe § 378 UGB). Der Unternehmer erwirbt kein Eigentum und kann sich auf die Rechtsfolgen des § 918 berufen, also entweder am Vertrag festhalten oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.</p> <p>Bei der <b>Stückschuld</b> ist jedes andere Stück als das geschuldete ein Aliud. Bei <b>Gattungsschulden</b> ist die Grenzziehung schwieriger. Regelmäßig wird auf die Verkehrs-sitte verwiesen, was nicht sehr aussagekräftig ist. Es soll darauf ankommen, ob die gelieferte Sache zur selben Gattung gehört oder nicht.</p> <p>Ist eine bestimmte Rokokokommode geschuldet und wird eine Barockkommode geliefert, ist der Übergeber im Verzug.</p> <p>Bestellt der Fischhändler Alex Wildlachs und bekommt stattdessen Zuchtlachs, wird man wohl von einem Gewährleistungsfall ausgehen. Erhält er statt Lachs Austern, liegt ein Aliud vor.</p>
<p>Quantitätsmangel: Verzug</p>	<p>Ein weiteres Problem der Abgrenzung von Schlechterfüllung und Nichterfüllung stellt sich bei Quantitätsmängeln, wenn also weniger geliefert wird als geschuldet.</p> <p>Der Weinhändler Bacchus hat 30 Kisten Chianti bestellt. Es werden nur 20 Kisten geliefert.</p>

## 3.2 Leistungsstörungen

Seit jeher umstritten ist, ob diese Fälle dem Gewährleistungsrecht unterliegen (mangelhafte Lieferung von 30 Kisten) oder dem Nichterfüllungsrecht (noch fehlende Lieferung von 10 Kisten). Die Unterscheidung hat einerseits Bedeutung für die Verjährungsfristen, andererseits im beidseitigen Unternehmergeschäft für die Rügeobliegenheit. Sachgerecht erscheint eine Abgrenzung danach, ob der Gläubiger die empfangene Leistung als vermeintliche Gesamterfüllung entgegengenommen hat. Ist das der Fall, ist Gewährleistungsrecht anzuwenden und Verbesserung durch Nachtrag des Fehlenden zu verlangen. Sonst ist Nichterfüllungsrecht anzuwenden.

Jedenfalls dem Gewährleistungsrecht unterstehen unechte Quantitätsmängel, die bei näherer Betrachtung ein Qualitätsmangel sind.

Schulbeispiel des unechten Quantitätsmangels ist der Verkauf eines Stückes Vieh, das das vereinbarte Gewicht nicht hat. Wer eine Kuh mit mindestens 800 kg verspricht, leistet mangelhaft, wenn er eine Kuh mit 770 kg übergibt. Ein Nachtrag des Fehlenden ist anders als beim echten Quantitätsmangel nicht möglich. Der Vertrag wird nicht dadurch erfüllt, dass der Übergeber noch 30 kg Faschiertes dazulegt.

## Üben

- Welche Aufgabe hat das Gewährleistungsrecht?
- Warum gibt es bei einer Schenkung keine Gewährleistung?
- Grenzen Sie die Anwendungsbereiche von VGG und KSchG ab!
- Welche Arten von Mängeln kennen Sie?
- An welche im ABGB geregelte Gewährleistungsregel für Dauerschuldverhältnisse erinnert die „Aktualisierungspflicht“? Wieso?
- Erläutern Sie die Vermutung des § 924! Wofür gilt sie? Welche Besonderheiten gelten im VGG?
- In welchem Verhältnis stehen primäre und sekundäre Behelfe zueinander?
- Kann der Übernehmer Verbesserung verlangen, wenn sich der Übergeber weigert, sie vorzunehmen?
- Kann der Übernehmer zwischen Preisminderung und Auflösung des Vertrages wählen?
- Vergleichen Sie die Möglichkeiten des Übernehmers zum Umstieg auf die sekundären Behelfe nach ABGB und VGG!
- Was würden Sie einem Übernehmer raten, der die mangelhafte Sache selbst verbessert hat?
- Ab welchem Zeitpunkt laufen die Gewährleistungsfristen, wie lange dauern sie?
- Welches Ziel verfolgt § 933b (Händlerregress)?
- Was ist ein offenkundiger Mangel?
- Was versteht man unter Rügeobliegenheit?
- Unter welchen Voraussetzungen kann der Übernehmer einer mangelhaften Sache Schadenersatz statt Gewährleistung verlangen?
- Was ist ein Mangelfolgeschaden? Wann wird er ersetzt?
- Was sind Begleitschäden?
- Welche Bedeutung hat das Aliud für die Abgrenzung von Verzug und Gewährleistung?
- Was ist ein Quantitätsmangel? Kommt Schlechterfüllungs- oder Nichterfüllungsrecht zur Anwendung?

## Wissen

- Aktualisierungspflicht
- Aliud
- Auflösung des Vertrages
- Austausch
- Begleitschaden
- Garantie
- Gewährleistung
- Gewährleistungsausschluss
- Gewährleistungsbeihilfe
- Gewährleistungsfristen
- Händlerregress
- Mangel
- Mangelfolgeschaden
- Mängelrüge
- Mangelschaden
- Montageanleitung
- offenkundiger Mangel
- Preisminderung
- Quantitätsmangel
- Schadenersatz statt Gewährleistung
- Selbstverbesserung
- Verbesserung
- Weiterfressermangel