

# Aktuelle Fragen des Gewährleistungsrechts\*

Prof. Georg E. Kodek

Österreichischer Oberster Gerichtshof, Wirtschaftsuniversität Wien

**Abstrakt:** V tradici rakouského práva je oblast odpovědnosti za vady (z legislativního hlediska) velmi statická, za dvě století platnosti ABGB byla výrazněji novelizována pouze dvakrát. Recentní, implementací evropské směrnice o některých aspektech smluv o prodeji zboží vynucená změna, zahrnující kromě změn v ABGB také přijetí zcela nového zákona o odpovědnosti za vady pro spotřebitele, je tak o to významnější. Příspěvek tuto změnu zevrubně představuje, a to včetně významných koncepčních posunů (v čele s posunem od „vad“ k „souladu se smlouvou“, nebo od soudního k mimosoudnímu uplatnění nároků z vadného plnění), které do rakouského práva zavádí.

**Abstract:** In the tradition of Austrian law, the area of liability for defects is (from a legislative point of view) very static, having been substantially amended only twice in the two centuries the ABGB has been in force. This makes all the more significant the recent change, due mainly to the need for implementation of the European Directive on Certain Aspects of Contracts for the Sale of Goods, which includes, in addition to the changes to the ABGB, the adoption of a completely new Act on Liability for Defects for Consumers. This paper presents this change in detail, including the significant conceptual shifts (including above all the shift from „defects“ to „compliance with contract“ or from judicial to extra-judicial enforcement of claims arising from defective performance) that it introduces into Austrian law.

**Klíčová slova:** rakouské právo, smluvní právo, odpovědnost za vady, implementace směrnice, spotřebitel

**Key words:** Austrian law, contract law, liability for defects, implementation of a directive, consumer

## 1. Einleitung

Das österreichische Gewährleistungsrecht war lange Zeit eine sehr „statische“ Materie. Die erste Änderung erfolgte mehr als 100 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes durch die Dritte Teilnovelle im Jahr 1916. Sodann vergingen abermals fast 100 Jahre bis zur großen Gewährleistungsreform des Jahres 2001 durch das *GewRÄG*. Unmittelbarer Anlass (wenn auch nicht einzige Ursache) für diese Reform war die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Nunmehr brachten die Warenkauf-Richtlinie (WKRL) und die Digitale Inhalte-Richtlinie (DIRL) wiederum Reformbedarf. Der österreichische Gesetzgeber setzte diese Änderungen mit dem *Gewährleistungsrechts-Umsetzungs-Gesetz (GRUG)* um. Diese Reform brachte nicht nur Änderungen im ABGB und KSchG, sondern auch ein neues Gesetz, das Verbraucher-Gewährleistungs-Gesetz (VGG).

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einigen praktisch bedeutsamen Fragen: Zunächst soll nach kurzen systematischen Ausführungen (unten 2.) die Technik der Umsetzung erörtert werden (unten 3.). Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage, welchen Anforderungen Waren genügen müssen, um vertragsgemäß zu sein (unten 4.). Dies stellt eine zentrale Frage des Vertragsrechts dar. In Österreich ist demgegenüber vielfach eine „umgekehrte“ („negative“)<sup>1</sup> Betrachtung üblich, die auf das

Vorliegen eines „Mangels“ abstellt. Der Sache nach geht es jedoch um die primäre Leistungspflicht. Anschließend soll kurz der Umfang der Gewährleistung angesprochen werden (unten 5.). Sodann werden Fragen der Geltendmachung erörtert (unten 6.). Ein abschließendes Kapitel beleuchtet das neue Fristenregime (unten 7.).

## 2. Systematisches

Während die WKRL nach ihrem Langtitel „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs“ regelt, bringt das VGG schon in seinem Titel deutlich zum Ausdruck, dass es primär<sup>2</sup> die *Gewährleistung* regelt. Systematisch geht es daher um einen Teilaspekt des *Leistungsstörungenrechts*. Diese Sammelbezeichnung geht auf *Heinrich Stoll* zurück.<sup>3</sup> Nach neuerer (dt) Auffassung gehören dazu auch anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen und *culpa in contrahendo*, nicht aber Gläubigerverzug. Demnach ist zwischen Nichterfüllung (mit Unmöglichkeit als Unterfall) und Schlechterfüllung zu unterscheiden, daneben tritt allenfalls eine weitere Grup-

leistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 63.

<sup>2</sup> Der 2. Abschnitt des VGG („Gewährleistung beim Warenkauf“) regelt ausschließlich die Gewährleistung; der 3. Abschnitt („Erfüllung, Gewährleistung und Leistungsänderung bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen“) enthält auch andere Regelungsgegenstände.

<sup>3</sup> STOLL, H. Die Lehre von den Leistungsstörungen. 1936; aus neuerer Zeit HUBER, U. Leistungsstörungen I + II. 1999.

\* Příspěvek byl přednesen na XXX. konferenci Karlovarských právnických dnů konané v červnu 2023 v Karlových Varech.

<sup>1</sup> FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewähr-

pe, nämlich die Verletzung von Nebenpflichten (positive Vertragsverletzung).<sup>4</sup>

Die Systematik des ABGB ist demgegenüber bekanntlich anders: Unser Gesetz regelt zunächst den Verzug (§§ 918, 919 ABGB), dann die nachträgliche Unmöglichkeit (§ 920 ABGB) und schließlich die Gewährleistung (§§ 922 ff ABGB). Verzug und nachträgliche Unmöglichkeit sind im Gesetz jedoch nicht ausdrücklich als solche bezeichnet; die betreffenden Bestimmungen tragen auch keine Überschrift, sondern sind Teil der „Allgemeine[n] Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte“ (§§ 917 bis 921 ABGB). Demgegenüber trägt § 922 ABGB die Überschrift „Gewährleistung“, die sich jedoch offenbar nur auf diese Bestimmung bezieht, weil auch zahlreiche Folgebestimmungen eigene Überschriften tragen. Daneben ist die (wenngleich vor dem VGG nicht positiviert) positive Vertragsverletzung anerkannt, wird allerdings im Allgemeinen nicht als Unterfall der Leistungsstörungen gesehen.<sup>5</sup>

Das UN-Kaufrecht kennt die angesprochenen Unterscheidungen nicht, sondern stellt auf die *Vertragsverletzung* als einheitlicher Begriff ab. Gleiches galt im Ansatz schon für Art 10 EKG. Daran knüpfen WKRL und DIRL mit dem Ausdruck „Vertragsmäßigkeit“ scheinbar an. Gleichwohl handelt es sich dort – anders als nach dem UN-Kaufrecht – der Sache nach iW nur um die *Mangelhaftigkeit*.<sup>6</sup> Dieser Unterschied ist zu bedenken, wenn man – was prinzipiell möglich ist – das UN-Kaufrecht als Auslegungshilfe für die Auslegung der WKRL und DIRL heranzieht.<sup>7</sup>

### 3. Zur Technik der Umsetzung

Der Gesetzgeber hat sich in Österreich – entgegen der Ankündigung im Regierungsprogramm<sup>8</sup> – aus pragmatischen Gründen für eine Umsetzung der beiden Richtlinien in einem separaten *Sondergesetz* entschieden.<sup>9</sup> Die Umsetzung hält sich im Allgemeinen sehr eng an den Wortlaut der RL. Dafür dürften nicht zuletzt die Erfahrungen aus Diskussionen mit der EU-Kommission im Zusammenhang mit der Umsetzung der Verbraucher-

rechte-RL und dem Rücktritt wegen Verzugs ausschlaggebend gewesen sein.<sup>10</sup> Aus systematischer Sicht ist dies wenig erfreulich. Selbst bei einfachen Alltagstransaktionen wie dem Kauf einer Wurstsemmel finden nicht weniger als drei Gesetze Anwendung: das ABGB, das KSchG und das VGG.

Quantitativ ist eine erhebliche Vermehrung des Normmaterials zu konstatieren.<sup>11</sup> Kam § 922 ABGB idF 1811 noch mit 280 Zeichen (ohne Leerzeichen) aus, umfasste § 922 ABGB idF GewRÄG 2001 bereits 987 Zeichen (ohne Leerzeichen). Art 2 VGKRL hat demgegenüber beachtliche 1.963 Zeichen. Art 5 bis 9 WKRL haben nicht weniger als 6.148 Zeichen (ohne Leerzeichen).

Das VGG gliedert sich in vier Abschnitte, uzw einen Abschnitt „allgemeine Bestimmungen“ (§§ 1–8 VGG), einen (zweiten) Abschnitt „Gewährleistung beim Warenkauf“ (§§ 9–15 VGG), wobei der „Mangel“ in den §§ 4 ff VGG geregelt ist, einen (dritten) Abschnitt „Erfüllung, Gewährleistung und Leistungsänderung bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen“ (§§ 16–27 VGG) und schließlich einen (vierten) Abschnitt „Verjährungs- und Schlussbestimmungen“ (§§ 28–31 VGG). Während die beiden Richtlinien die Definition des Mangels für Waren und digitale Leistungen jeweils weitgehend wortgleich wiederholen, gelingt es somit dem österreichischen Gesetzgeber, die Regelung des Mangels gewissermaßen „vor die Klammer zu ziehen“. Daraus resultiert ein deutlicher Gewinn an Übersichtlichkeit und Lesbarkeit und damit an legistischer Eleganz.

Teilweise haben die Gesetzesverfasser behutsam eine „*Austrifizierung*“ vorgenommen. So wird statt des in den RL gebrauchten Ausdrucks „*Vertragsmäßigkeit*“ bzw „*vertragsgemäß (er Zustand)*“ der vertraute Begriff des „*Mangels*“ verwendet. Der Begriff „*Vertragsmäßigkeit*“ bringt freilich deutlicher zum Ausdruck, dass es um die *Primärverpflichtung* geht. In ähnlicher Weise ersetzt der Gesetzgeber die „subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit“ durch die vertrautere Formulierung „vertraglich vereinbarte Eigenschaften“.

## 4. Begriff des Mangels

### 4.1 Aufbau des Gesetzes

Beide RL enthalten zunächst die Grundregel, dass der Unternehmer (dem Verbraucher) *für jede Vertragswidrigkeit haftet*, die zum Zeitpunkt der Lieferung bzw der Bereitstellung besteht.<sup>12</sup> Das VGG zieht die Regelungen

<sup>4</sup> STADLER. Komentář k před § 275–292. In: Jauernig. BGB. 18. vydání. C. H. Beck, 2021, Rz 2; ULBER. Komentář k před § 275. In: Erman. BGB. 16. vydání. Dr. Otto Schmidt, 2020, Rz 4.

<sup>5</sup> Vgl WELSER – ZÖCHLING-JUD. Grundriss des Bürgerlichen Rechts II. 14. vydání. 2015, Rz 417, wo die „positive Vertragsverletzung“ im Kapitel „Schadenersatz und Gewährleistung“ behandelt wird. Vgl auch PERNER – SPITZER – KODEK. Bürgerliches Recht. 7. vydání. 2022, S. 207.

<sup>6</sup> In Art 13 DIRL ist auch der Verzug geregelt.

<sup>7</sup> Vgl EuGH C-247/16, *Schottelius*, ECLI:EU:C:2017:638, Rn 39, 43 zu „Kaufverträgen“ mit Dienstleistungselementen.

<sup>8</sup> Regierungsprogramm 2020–2024, 31: „Vermeidung von Rechtzersplitterung durch Integration von EU-Rechtsakten weitgehend in bestehende Gesetze (aktuell: EU-Richtlinie Waren und digitale Inhalte)“.

<sup>9</sup> Zu den Gründen s ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 3 f.

<sup>10</sup> Vgl dazu ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 44 ff.

<sup>11</sup> FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 74; STABENTEINER. Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ. 2021, č. 123, S. 965 konstatiert eine „Aufblähung des Regelungsbestandes“.

<sup>12</sup> Obwohl hier von „haftet“ (im englischen Text „*liable*“) die Rede ist, was nach der österr Rechtssprache eher mit Schadenersatz

der beiden RL hier zusammen und regelt die Vertragswidrigkeit in den allgemeinen Bestimmungen des VGG (§§ 4 ff VGG).

Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit von Waren (der „Mangelbegriff“) in Art 5 ff WKRL und von digitalen Inhalten und Dienstleistungen in Art 6 ff DURL sind vollharmonisierend und eröffnen dem nationalen Gesetzgeber insofern keine Umsetzungsspielräume.<sup>13</sup> Sie fallen zwar insgesamt deutlich detaillierter aus als noch nach Art 2 VGKRL, vermeiden aber größere Brüche zur bisherigen Rechtslage.<sup>14</sup> In Umsetzung der Vorgaben der WKRL und der DURL bringt das GRUG einen neuen Mangelbegriff im VGG. Demgegenüber bleibt der Mangelbegriff im ABGB unverändert.<sup>15</sup>

## 4.2 Vertraglich vereinbarte Eigenschaften

Nach § 5 VGG haftet der Unternehmer dafür, dass die Ware oder die digitale Leistung die vertraglich vereinbarten Eigenschaften hat. Damit ersetzt der Gesetzgeber den in Art 6 WKRL und Art 7 DURL verwendeten Begriff der „subjektiven Anforderungen“ durch den (exakteren) Begriff der „vertraglich vereinbarten Eigenschaften“.

Nach den Gesetzesmaterialien entsprechen die vertraglich vereinbarten Eigenschaften weitgehend den „bedungenen Eigenschaften des § 922 ABGB.“<sup>16</sup> Darüber, wie diese Vereinbarung zustande kommt (ausdrücklich/konkudent)<sup>17</sup> und wie sie auszulegen ist, treffen die RL

keine Aussage; dies unterliegt als Frage des allgemeinen Vertragsrechts wie bisher dem nationalen Recht (Art 3 Abs 6 WKRL, Art 3 Abs 10 DURL).<sup>18</sup> Allerdings ist hier durch die Reform eine deutliche *Akzentverschiebung* eingetreten, wird doch nun in Einklang mit den Vorgaben der RL den objektiven Kriterien ein erheblich größeres Gewicht beigemessen.<sup>19</sup> Zur Vermeidung einer Aushöhlung der objektiv erforderlichen Eigenschaften ist für eine konkludente Vereinbarung Voraussetzung, dass sich diese *konkudent aus den individuellen Umständen des Vertragsabschlusses* ergeben.<sup>20</sup>

## 4.3 Objektiv erforderliche Eigenschaften

Schon die VGKRL enthielt in ihrem Art 2 Abs 2 objektive Elemente der Vertragsmäßigkeit. Diese fanden bei der österr Umsetzung durch das GewRÄG 2001 in erster Linie über den schon zuvor im österr Recht bekannten Begriff der „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ in § 922 Abs 1 ABGB Niederschlag.<sup>21</sup> Die WKRL und DURL brachten nunmehr einen Paradigmenwechsel:<sup>22</sup> Nach dem neuen Konzept werden den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art 6 WKRL; Art 7 DURL) *gleichrangig objektive Anforderungen* (Art 7 WKRL; Art 8 DURL) an die Seite gestellt; der Unternehmer haftet insoweit unabhängig davon, ob eine (konkludente) Vereinbarung vorliegt.<sup>23</sup> Die RL normieren daher eine echte *Dualität* von subjektiven und objektiven Konformitätskriterien.<sup>24</sup> Dies ist freilich mehr ein Unterschied

assoziert wird, ist damit das gewährleistungsrechtliche Entstehen-Müssen des Unternehmers für eine Vertragswidrigkeit – oder gebräuchlicher ausgedrückt: für einen Mangel – seiner Leistung gemeint (PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1041 [1049]).

<sup>13</sup> ErwGr 25; KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 20. Zu Konsequenzen unterschiedlicher Formulierungen in den beiden RL für die Auslegung vgl den „interpretatorischen Warnhinweis“ bei PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1042. Zum Folgenden ausführlich KODEK. Vertragswidrigkeit und Mangelbegriff. ÖJZ. 2022, S. 103–112.

<sup>14</sup> Ausführlich FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 63.

<sup>15</sup> Die Arbeitsgruppe im BMJ hatte hier weitergehende Vorschläge erstattet, die vom Gesetzgeber jedoch nicht übernommen wurden. So ist zB in § 923 ABGB die „nicht mehr vorhandene Sache“ auch bei der zweiten großen Gewährleistungsreform weiter als „Fall der Gewährleistung“ geregelt.

<sup>16</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 18; vgl PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1043 ff.

<sup>17</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 18; PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1043 ff; AICHBERGER-BEIG/HUBER. Gewährleistungsrecht NEU. Wien: Facultas, 2021, S. 27.

<sup>18</sup> Zutr FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 75, wonach mit der Erwähnung dieser Leistungsmerkmale keine besondere normative Qualität verbunden ist, da sich ihre Bindung erst aus der konkreten vertraglichen Vereinbarung ergibt.

<sup>19</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1043.

<sup>20</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1044.

<sup>21</sup> Charakteristisch WELSER – JUD, B. Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 14. ÖJT II/1, 2000, S. 44 ff; weitere Nachweise bei FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 75; Vgl zuletzt STABENTHEINER. Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht?. ÖJZ. 2021, č. 123, S. 969.

<sup>22</sup> STABENTHEINER. Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ. 2021, č. 123, S. 969 f.

<sup>23</sup> ZÖCHLING-JUD. Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel. GPR. 2019, S. 115 (120); FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 75; KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 20; AICHBERGER-BEIG/HUBER. Gewährleistungsrecht NEU. Wien: Facultas, 2021, S. 27.

<sup>24</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität,



in der dogmatischen Konstruktion als in der Sache selbst, lassen sich doch die in die in Art 7 Abs 1 WKRL aufgelisteten Anforderungen zwanglos darunter subsumieren, was bislang als „gewöhnlich vorausgesetzt“ angesehen wurde.<sup>25</sup>

Nach dem klaren Wortlaut der RL<sup>26</sup> gelten die objektiven Anforderungen grds *unabhängig* von einer etwaigen Deutung als konkludente *Vereinbarung*;<sup>27</sup> sie determinieren insofern in einem nicht unbeträchtlichen Ausmaß, was vertraglich geschuldet ist.<sup>28</sup> Der europäische Gesetzgeber bezweckt mit dieser Abkehr vom subjektiven Mangelbegriff, negative Leistungsbeschreibungen zulasten des Verbrauchers hintanzuhalten und einer berechtigten Erwartungshaltung des Verkehrs – vor allem in Hinblick auf die typische Flüchtigkeit der Vertragsabschlüsse und das typische Schutzgefälle und Informationsungleichgewicht im B2C-Geschäft – Rechnung zu tragen. Die objektiven Kriterien für die Vertragskonformität fungieren also gewissermaßen als gesetzlicher *Mindeststandard*,<sup>29</sup> von dem nur unter strengen Voraussetzungen<sup>30</sup> abgewichen werden kann.<sup>31</sup>

Die Vorgaben der RL setzt § 6 Abs 1 VGG um, wonach der Unternehmer „überdies“ dafür haftet, dass die Ware oder die digitale Leistung „zusätzlich“<sup>32</sup> zu den vertraglich vereinbarten Eigenschaften die objektiv erforderlichen Eigenschaften (§ 6 Abs 2, 3 und 4 VGG) hat. Widersprechen sich subjektive und objektive Anforderungen, setzt sich nach dem Schutzzweck der RL daher grds der für den Verbraucher *höhere Standard* durch.<sup>33</sup>

Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1043; STABENTHEINER. Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ. 2021, č. 123, S. 969.

<sup>25</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1044.

<sup>26</sup> Vgl auch ErwGr 29 WKRL, ErwGr 45 DIDLRL: „nicht nur (...) sondern darüber hinaus“.

<sup>27</sup> FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 75; ZÖCHLING-JUD. Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel. GPR. 2019, S. 120. Siehe dagegen zur in Ö zur VGKRL überwiegend vertretenen Auffassung noch WELSER – JUD, B. Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 14. ÖJT II/1, 2000, S. 44 ff; zur Umsetzung WELSER – JUD. Die neue Gewährleistung. 2001, §§ 922, 923 Rz 10 ff; REISCHAUER. Komentář k §§ 922, 923. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. 2018, Rz 33 ff, 90 ff. Die objektive Komponente bereits bislang betonend dagegen FABER. Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht. 2001, S. 59 ff.

<sup>28</sup> Vgl ErwGr 25, ErwGr 36 WKRL.

<sup>29</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 19; AICHBERGER-BEIG/HUBER. Gewährleistungsrecht NEU. Wien: Facultas, 2021, S. 27.

<sup>30</sup> Dazu unten 4.4.

<sup>31</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1044.

<sup>32</sup> Dazu WEISSENSTEINER. Der Mangelbegriff der WarenkaufRL – Wird jetzt alles neu?. ZfRV. 2019, S. 199 (202).

<sup>33</sup> FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/

Darin zeigt sich die *Ergänzungsfunktion* des dispositiven Rechts; ein Abgehen vom objektiven Standard ist freilich nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich.<sup>34</sup>

Für die nähere Bestimmung der erforderlichen objektiven Eigenschaften sind *Referenzgruppen* zu bilden.<sup>35</sup> Es darf nicht einfach schematisch auf den Durchschnitt abgestellt werden. Entscheidend ist, welchen Standard der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann.<sup>36</sup> Diese Erwartungshaltung bewegt sich innerhalb einer gewissen *Bandbreite*, in der selbstverständlich auch Abweichungen vom Durchschnitt nach unten Platz haben können. Es ist also eine großzügige, „verständige“, praxisbezogene Betrachtungsweise geboten.<sup>37</sup> So werden an hochpreisige „Luxusware“ andere Anforderungen zu stellen sein als an Billigprodukte. Gleichwohl müssen auch Letztere im Grundsatz die objektiven Eigenschaften iSd § 6 VGG erfüllen.

Von den detaillierten Vorgaben der Richtlinien können hier nur einige herausgegriffen werden: Nach § 6 Abs 2 Z 1 VGG muss die Ware für die *Zwecke* geeignet sein, für die derartige Waren oder digitale Leistungen *üblicherweise verwendet* werden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von unionsrechtlichen und nationalen Rechtsvorschriften, technischen Normen oder – bei Fehlen solcher technischen Normen – von anwendbaren sektorspezifischen Verhaltenskodizes.

§ 6 Abs 2 Z 5 VGG statuiert *allgemeine Qualitätsmerkmale*. Auch diese Qualitätsmerkmale müssen neben allenfalls vertraglich vereinbarten Merkmalen (§ 5 Z 1 VGG) erfüllt sein. Nach § 6 Abs 2 Z 5 VGG muss die Ware auch 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 (insb Werbung), die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, *vernünftigerweise erwarten* kann. Dabei handelt es sich um einen *Auffangtatbestand* mit Überschneidungen insb zu § 6 Abs 2 Z 1 VGG.

Anders als in der VGKRL wird die „Haltbarkeit“ der Ware in Art 7 Abs 1 lit d WKRL nunmehr ausdrücklich als – zudem objektives – Leistungsmerkmal genannt.<sup>38</sup> Aller-

/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 81.

<sup>34</sup> Dazu unten 4.4.

<sup>35</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1046 ff.

<sup>36</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1046 ff.

<sup>37</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1046 ff.

<sup>38</sup> Vgl FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/

dings trägt der Gesetzgeber bedauerlicherweise der Bedeutung der Haltbarkeit auf der Rechtsfolgenebene nicht Rechnung, weil – entgegen diesbezüglichen Vorschlägen im Vorfeld<sup>39</sup> – keine längere Gewährleistungsfrist statuiert wurde. Im Einzelfall (aber keineswegs generell) wird eine *konkludente Verlängerung* der Gewährleistungsfrist argumentierbar sein; auch eine Irrtumsanfechtung kommt in Betracht.<sup>40</sup>

#### 4.4 Negative Leistungsbeschreibung bzw Beschaffenheitsvereinbarung

Anders als nach der VGKRL, die eine Vertragswidrigkeit bereits dann verneinte, wenn der Verbraucher Kenntnis vom Mangel hatte, setzt ein Abweichen von den objektiven Kriterien nunmehr ein entsprechendes Bewusstsein auf Seiten des Verbrauchers voraus: Art 7 Abs 5 WKRL und Art 8 Abs 5 DURL sehen erschwerte Bedingungen vor, um von der prinzipiellen Geltung dieser objektiven Anforderungen abzuweichen und diese durch einen subjektiven Leistungsstandard zu ersetzen.<sup>41</sup> So muss der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – kumulativ – (1) „eigens darüber *in Kenntnis gesetzt*“ werden, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware bzw des digitalen Inhalts oder der Dienstleistung von den objektiven Anforderungen abweicht und (2) bei Vertragsabschluss dieser Abweichung „*ausdrücklich und gesondert*“ *zustimmen* (WKRL) bzw diese akzeptieren (DURL).<sup>42</sup> Durch dieses Erfordernis soll der Verbraucher vor einer Übervorteilung durch den Unternehmer, insb durch einen nicht ausreichend reflektierten Verzicht auf eine vom Unternehmer „objektiv“ zu prästierende

Eigenschaft der Ware, geschützt werden.<sup>43</sup> Eine Unterminierung der Gewährleistungsbehelfe durch *negative Leistungsbeschreibungen*<sup>44</sup> soll dadurch vermieden werden.<sup>45</sup>

Diese Vorgaben setzt § 6 Abs 1 S 2 VGG um. Demnach haftet der Unternehmer nicht, soweit der Verbraucher bei Vertragsabschluss der Abweichung eines bestimmten Merkmals von den objektiv erforderlichen Eigenschaften ausdrücklich und gesondert zustimmt, nachdem er von dieser Abweichung eigens in Kenntnis gesetzt wurde. Ein pauschaler *Ausschluss der Gewährleistung* wie ihn § 928 ABGB für Mängel vorsieht, die „in die Augen fallen“, ist daher dem VGG fremd.

Dabei ist der Verbraucher *aktiv* und spezifisch über eine konkret bezeichnete Abweichung unter den objektiv gebotenen Standard *zu informieren*; eine sonstige Kenntniserlangung durch den Verbraucher aufgrund von Erklärungen des Herstellers, Warnungen Dritter oder einschlägiger Medienberichte dürfte nicht ausreichen.<sup>46</sup>

#### 4.5 Rechtsmangel

Nach bisheriger Auffassung ist als Rechtsmangel jedes Nichtverschaffen der vertraglich geschuldeten Rechtsposition zu qualifizieren.<sup>47</sup> Den Richtlinien liegt jedoch ein abweichendes Verständnis zugrunde: Während die Verbrauchsgüterkauf-RL nach hA nur Sachmängel regelte, gelten WKRL und DURL zweifellos auch für Rechtsmängel.<sup>48</sup> Dies ist schon in den Erwägungsgründen eindeutig klargestellt. Nach ErwGr 35 WKRL sollte „Vertragsgemäßheit“ das Fehlen von Sach- (*ma-*

/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 80 FN 78, der darauf hinweist, dass dies nicht ausschließt, dass die Haltbarkeit als „sonstiges Merkmal“ auch im Rahmen anderer Bestimmungen – wie etwa nach Art 6 lit a – Berücksichtigung finden kann. Vgl insofern auch ErwGr 32 aE, wonach sich der Verbraucher bei spezifischen Angaben zur Haltbarkeit im Rahmen vorvertraglicher Erklärungen auf diese „darüber hinaus“ als Bestandteil der subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit berufen kann.

<sup>39</sup> KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 28 ff, 32 ff.

<sup>40</sup> Dies hilft freilich nur wenig, weil diese nach § 1487 ABGB einer dreijährigen Verjährungsfrist ab Vertragsschluss unterliegt.

<sup>41</sup> Dies gilt mangels Verweises in Art 8 Abs 5 DURL auf Abs 6 leg cit nicht für die objektive Anforderung, dass digitale Inhalte und Dienstleistungen „in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version“ bereitgestellt werden. Dies ist in § 6 Abs 4 VGG umgesetzt. Soll davon abgewichen werden, genügt daher grds eine „einfache“ anderweitige Vereinbarung; insofern greifen freilich bei Abweichungen in AGB die Kontrollmechanismen des AGB-Rechts, insb § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB.

<sup>42</sup> Ausführlich FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 81 ff; PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1045 ff.

<sup>43</sup> PARAPITS – STABENTHEINER. Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung. ÖJZ. 2019, S. 1044.

<sup>44</sup> Im mündlichen Vortrag verwies der Verf scherzhalber aus seiner „Modellbauvergangenheit“ auf den Anbieter „Bad Ship Models“. Das Unternehmen ist offenbar nicht mehr auf dem Markt tätig; über die tatsächliche Qualität der Bausätze ist dem Verf nichts bekannt. Vgl auch den Thread „Bad Ship Models any good?“ <<https://www.rcgroups.com/forums/showthread.php?307750-BaD-ship-models-any-good>>.

<sup>45</sup> ErwGr 45 DURL; vgl ZÖCHLING-JUD. Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel. GPR. 2019, S. 120.

<sup>46</sup> In diese Richtung auch FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 83, der auch zu Recht darauf hinweist, dass angesichts der Beweislastverteilung ein etwaig möglicher Nachweis der positiven Kenntnis des Verbrauchers, der auf eine Information etwa von dritter Seite zurückzuführen ist, vom Unternehmer in praxi nur schwer zu erbringen sein und daher kaum eine Rolle spielen dürfte.

<sup>47</sup> Aus der Rsp vor dem GRUG vgl etwa 10 Ob 502/94 (10 Ob 503/94); VfGH G 418/2015; ebenso zur aktuellen Rechtslage KRONTHALER. § 10. In: Flume – Kronthaler – Laimer. Verbrauchergewährleistungsgesetz VGG. Rz 12.

<sup>48</sup> Zum Folgenden ausführlich KODEK. Vom habere licere zur modernen Rechtsmängelhaftung – Gedankensplitter aus Anlass der Gewährleistungsreform (erscheint Ende 2023 in einer Festschrift).

terial defects, défauts matériels, difetti materiali) und Rechtsmängeln (*legal defects, défauts juridiques, vizi giuridici*) umfassen. In der Folge ist dort freilich nur noch von Rechten Dritter die Rede. Aus österr Sicht ist dies lediglich ein Teilaspekt des Rechtsmangels.<sup>49</sup> Auch ErwGr 53 DIRL erwähnt zunächst Rechtsmängel (ohne das Wort zu verwenden) im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums. Nach ErwGr 54 DIRL sind Rechtsmängel bei digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen sogar „besonders erheblich“. Im normativen Teil der Richtlinien findet sich der Ausdruck jedoch nicht. Nach Art 7 WKRL und Art 8 DIRL müssen die Waren bzw digitalen Inhalte für die Zwecke geeignet sein, für die Waren der gleichen Art in der Regel gebraucht werden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des bestehenden Unionsrechts und nationalen Rechts, technischer Normen oder — in Ermangelung solcher technischer Normen — anwendbarer sektorspezifischer Verhaltenskodizes. Damit behandeln die RL die Rechtsmängel insofern zweifellos als Sachmängel. Art 9 WKRL und Art 10 DIRL sprechen lediglich von „Rechten Dritter“.<sup>50</sup> Demnach stellen die Mitgliedstaaten, wenn eine Beschränkung (englisch: „restriction“), die sich aus einer Verletzung von Rechten Dritter, insb von Rechten des geistigen Eigentums, ergibt, die Nutzung der Waren verhindert oder einschränkt, sicher, dass der Verbraucher Anspruch auf die Abhilfen wegen Vertragswidrigkeit gem Art 13 WKRL bzw Art 14 DIRL hat, es sei denn, im nationalen Recht ist die Nichtigkeit oder Auflösung des Vertrags für solche Fälle vorgesehen. Damit beschränken sich die RL darauf, für diese Form des Rechtsmangels abweichende Rechtsbehelfe zuzulassen. Für die Gewährleistungsfrist besteht jedoch keine Sonderregel; die Mitgliedstaaten können hier freilich – wie stets – längere Fristen beibehalten oder einführen.

Dieses eingeschränkte Verständnis des Rechtsmangels entspricht demjenigen in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen. Auch das *UN-Kaufrecht*, das schon in zahlreichen Punkten Vorbild für die Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>51</sup> war, stellt in Art 41 nur auf die Beeinträchtigung durch Rechte Dritter ab; Art 42 UNK enthält Sonderregeln für Rechte aus geistigem Eigentum.<sup>52</sup> Verstößt die Ware ge-

gen öffentlich-rechtliche Beschränkungen im Verwendungsstaat, so kann es sich um einen Sachmangel gem Art 35 handeln.<sup>53</sup>

Entsprechend den Vorgaben der Richtlinien normierte der Gesetzgeber das Erfordernis der Übereinstimmung mit den anwendbaren Rechtsvorschriften als *Sachmangel*: Nach § 6 Abs 2 Z 1 VGG muss die Ware für die Zwecke geeignet sein, für die derartige Waren oder digitale Leistungen üblicherweise verwendet werden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von unionsrechtlichen und nationalen Rechtsvorschriften, technischen Normen oder – bei Fehlen solcher technischer Normen – von anwendbaren sektorspezifischen Verhaltenskodizes. Im Übrigen änderte die Gewährleistungsreform das Konzept des *Rechtsmangels* nicht, sondern nahm nur Anpassungen im Verjährungsrecht vor (§ 933 ABGB, §§ 10, 18, 28 VGG): Der entscheidende Unterschied zwischen Sach- und Rechtsmängeln liegt einerseits – wie bisher – im *Beginn* der Gewährleistungsfrist: Nach § 933 Abs 3 ABGB, § 28 Abs 2 VGG beginnt die Gewährleistungsfrist beim Rechtsmangel erst mit Kenntnis des Übernehmers vom Mangel.<sup>54</sup> Seit dem GRUG unterscheidet sich zudem die *Länge* der Frist: Während dem Unternehmer beim Sachmangel nach der (zwei- oder dreijährigen) Haftungsfrist noch eine dreimonatige Frist zur Geltendmachung von Gewährleistungsbehelfen offen steht, sieht das Gesetz bei Rechtsmängeln nur eine einheitliche zwei- oder dreijährige (Verjährungs-)Frist vor (§ 933 Abs 3 ABGB, § 28 Abs 2 VGG).<sup>55</sup>

#### 4.6 Aliud- und Minderlieferung

Das VGG regelt beim Warenkauf nur die Gewährleistung und lediglich bei digitalen Leistungen auch die „Erfüllung“.<sup>56</sup> Daher ist eine *Abgrenzung* zu *Verzug/Nichterfüllung* bzw zur *aliud-Lieferung* erforderlich. Nach herkömmlichem Verständnis stellt die Minderlieferung einen Fall der Nichterfüllung, nicht der Gewährleistung dar. Damit sind für den Käufer eine Reihe von Vorteilen verbunden. Dazu gehört insbesondere, dass die Rechte des Käufers nicht der kurzen gewährleistungsrechtlichen, sondern der allgemeinen 30-jährigen *Verjährungsfrist* unterliegen. Dazu kommt, dass nach bisheriger Rechtslage das *Rücktrittsrecht* nach § 918 ABGB im Gegensatz zu Wandlung oder Preisminderung außergerichtlich ausgeübt werden konnte.

Nach den neuen RL ist die *Minderlieferung* nunmehr zwingend dem Gewährleistungsregime zuzuordnen und daher im österreichischen Recht nicht mehr nach Verzugsrecht zu beurteilen (vgl Art 6 lit a WKRL:

<sup>49</sup> ErläutRV GRUG 949 BlgNR 27. GP 18, 24.

<sup>50</sup> Die Regelungen gehen auf einen Wunsch Frankreichs zurück. Dazu PARAPITS – STABENTHEINER. *Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung*. ÖJZ. 2019, S. 1049. Zum Inhalt der Regelung näher FABER. *Bereitstellung und Mangelbegriff*. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*. Wien: MANZ, 2019, S. 64 (102 ff).

<sup>51</sup> Richtlinie 1999/44 (ABl. L 171, 12) Hierzu GRUNDMANN. *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtsrichtlinie so ähnlich?*: AcP 202 (2002), 40 ff.; GRUNDMANN. In: Grundmann - Bianca, *EU-Kaufrechtsrichtlinie, Kommentar*. 2002, Einl Rz 6 ff.

<sup>52</sup> Dazu METZGER. *Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gem. Art 41, 42 CISG*. *RebelsZ*, 2009, 73, S. 842.

<sup>53</sup> Dies ist freilich strittig. Vgl dazu SCHLECHTRIEM – SCHWENZER. *CISG*. Art 41 Rz 139.

<sup>54</sup> Dabei kommt es auf das für den Unternehmer unzweifelhafte Bestehen des Mangels an: BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. *ABGB*. 6. vydání. Rz 15.

<sup>55</sup> KRAUS – SPENDEL. § 933. In: Flume – Kronthaler – Laimer. *Verbrauchergewährleistungsgesetz VGG*. Rz Rz 11.

<sup>56</sup> Zur Umsetzung der Verzugsregelung in Art 13 DIRL durch das GRUG im KSchG vgl ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 44 ff.



„Art und Menge“, Art 7 Abs 1 lit a DIRL: „Quantität“, Art 7 Abs 1 lit d: „Menge, Qualität und sonstige Merkmale“).<sup>57</sup> Dies wurde zwar bereits zur VGKRL vertreten.<sup>58</sup> Demgemäß erwähnt nunmehr § 5 Z 1, § 6 Abs 2 Z 5 VGG die „Menge“ als Fall der Vertragsgemäßheit. Gleiches wird auch für die *aliud-Lieferung* vertreten.<sup>59</sup>

Jedenfalls für den Bereich der *aliud-Lieferung* kann dies aber wohl nicht uneingeschränkt gelten.<sup>60</sup> Vielmehr ist hier wohl darauf abzustellen, dass es bei wertender Betrachtung zumindest als denkmöglich angesehen wird, dass es sich um eine Lieferung oder Erfüllung des (Kauf-)Vertrags handeln soll. Bei ganz *extremen Abweichungen* muss daher weiter Verzugsrecht eingreifen. Maßgeblich ist die *Verkehrsauffassung*, wobei sich hier eine Orientierung an § 378 UGB anbietet. Demnach wäre darauf abzustellen, ob die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste. Nur dadurch können nicht sachgerechte Ergebnisse vermieden werden. So wäre nicht einzusehen, warum ein Verkäufer, der dem Käufer statt des bestellten Autos ein Meerschweinchen oder statt des bestellten Rasenmähers ein Kaninchen liefert, dadurch eine Verkürzung der Verjährungsfrist der Ansprüche des Käufers (und in manchen Ländern sogar eine Rügeobliegenheit) auslösen könnte.<sup>61</sup> Wenn nicht einmal der äußere Anschein einer Erfüllung besteht, wäre ein „Umschlagen“ von Verzug zu Gewährleistung nicht zu rechtfertigen.<sup>62</sup> Gleiches gilt mE bei *extremen Quantitätsmängeln*, die nach Art und Gewicht wertungsmäßig dem *aliud* näher stehen als der Schlechterfüllung.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner – Wendehorst – Zöchling-Jud (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 97 ff.

<sup>58</sup> FABER in ACKERMANN et al 85; BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 3 mwN.

<sup>59</sup> FABER in ACKERMANN et al 85; BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 3 mwN.

<sup>60</sup> KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 28 f; aA FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 97 ff.

<sup>61</sup> Vgl KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 29.

<sup>62</sup> Der Umstand, dass nur die „Annahme als Erfüllung“ zum Umschlagen der Erfüllungsansprüche in Gewährleistungsansprüche führt, hilft hier nicht weiter, weil jedenfalls nach der neuen Rechtslage Gewährleistungsfolgen und bereits ab der physischen Besitzerlangung der „Ware“ durch den Verbraucher in Betracht kommen. Vgl dazu auch unten 5.1.

<sup>63</sup> Hingegen ist bei Anwendung des Gewährleistungsregimes auf Quantitätsmängel zu beachten, dass bei geringfügigem (Quantitäts-)Mangel – wie stets bei geringfügigen Mängeln – keine Vertragsauflösung möglich ist (vgl § 12 Abs 5, § 20 Abs 6 VGG).

## 5. Umfang der Gewährleistung

### 5.1 Mangel

Nach § 10 VGG („Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist“) leistet der Unternehmer Gewähr für jeden *Mangel*, der bei *Übergabe* der Ware vorliegt und innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervor- kommt (§ 10 Abs 1 VGG).<sup>64</sup> Dies entspricht der bisherigen Rechtslage. Hier hilft dem Verbraucher freilich die *Vermutung* der §§ 11, 19 VGG, § 924 ABGB.<sup>65</sup>

Was unter „*Übergabe*“ zu verstehen ist, regelt für den Verbraucherwarenkauft mittlerweile Art 18 Abs 1 VRR, der auf die physische Besitzübertragung an den Verbraucher abstellt.<sup>66</sup> Für eine solche Besitzübertragung ist die Zustimmung des Verbrauchers erforderlich; idR wird daher wie bisher die „Übergabe bzw Annahme als Erfüllung“ der entscheidende Zeitpunkt sein.<sup>67</sup> Im Einzelnen ist allerdings manches unklar. Insbesondere bedarf noch näherer Untersuchung, ob im Versandhandel die bloße Annahme eines Pakets zwingend bereits auch im gewährleistungsrechtlichen Sinn als „Übergabe“ anzusehen ist.

Nach § 10 Abs 2 VGG leistet der Unternehmer, wenn bei einer Ware mit digitalen Elementen die digitale Leistung nach dem Vertrag *fortlaufend* über einen bestimm-

<sup>64</sup> Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag hatte noch über den für die Feststellung der Vertragsgemäßheit maßgeblichen Zeitpunkt enthalten (Art 8 Abs 1 und 2 und ErwGr 24 des Entw) in denen durch teilweise Übernahme von Regelungen aus der VRR auch Fragen der Übergabe und des Risikoubergangs anklangen (STABENTHEINER. Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung, In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 1 [10]). Zur Beweislast umfassend KASPAR. Die Beweislast im Gewährleistungsrecht. 2019.

<sup>65</sup> In Hinblick auf gelegentlich anzutreffende missverständliche Formulierungen ist darauf hinzuweisen, dass dem Übernehmer die Beweislast für den vom Vertrag abweichenden Zustand der Sache nicht abgenommen wird (BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 3). Der Übernehmer muss einen Zustand der Sache innerhalb der sechs Monate nach Übergabe nachweisen, der einen Mangel darstellen würde, wenn er bei Übergabe vorhanden gewesen wäre (BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 3; 6 Ob 105/20i Rz 22).

<sup>66</sup> ErwGR 38 WKRL; ZÖCHLING-JUD. Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel. GPR. 2019, S. 125 f; FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 76 f. Bei digitalen Leistungen ist auf die Bereitstellung abzustellen.

<sup>67</sup> Vgl RIS-Justiz RS0018234 (T 16): „vorbehaltlose Entgegennahme der vom Schuldner als Vertragserfüllung angebotene Leistung durch den Gläubiger“; ebenso BYDLINSKI, Gewährleistung und Annahmeverzug, in FS Kerschner. 2013, S. 149 (149 f); BYDLINSKI, P. § 922. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 5.

ten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, auch Gewähr für jeden Mangel der digitalen Leistung, der während der Dauer dieser Bereitstellungspflicht auftritt oder hervorkommt, im Fall einer Bereitstellungspflicht von weniger als zwei Jahren jedoch für jeden Mangel der digitalen Leistung, der innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe der Ware auftritt oder hervorkommt. Diese Sonderregelung ist Art 10 Abs 2 WKRL geschuldet; der Sache nach geht es nur um die Normierung der Selbstverständlichkeit, dass bei Erbringung einer Dauerleistung die Leistung während des gesamten Leistungszeitraums mangelfrei sein muss. § 10 Abs 3 VGG enthält schließlich eine entsprechende Regel für *Rechtsmängel*.

## 5.2 Unsachgemäße Montage, Installation oder Integration

Ist der Unternehmer nach dem Vertrag zur *Montage* oder *Installation* der Ware verpflichtet, so haftet er nach § 8 Abs 1 VGG auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der *Ware* verursachten Mangel. Dasselbe gilt, wenn die Montage oder Installation vom Verbraucher vorzunehmen war, aber aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer mitgelieferten *Anleitung* unsachgemäß durchgeführt wurde. Letzteres entspricht der bisher aus § 9a KSchG vertrauten „IKEA-Klausel“. Bei Waren mit digitalen Elementen haftet der Unternehmer auch dann, wenn die fehlerhafte Anleitung nicht von ihm, sondern vom Anbieter des digitalen Elements mitgeliefert wurde.

§ 8 Abs 2 VGG enthält eine Sonderregel für den Fall, dass der Unternehmer die digitale Leistung in die digitale Umgebung des Verbrauchers *integriert* hat. Diesfalls haftet er auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der digitalen Leistung verursachten Mangel. Dasselbe gilt, wenn die Integration vom Verbraucher vorzunehmen war, aber aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer bereitgestellten Anleitung unsachgemäß durchgeführt wurde.

Die angeführten Fälle unterstellen die Beschädigung der Ware dem *Gewährleistungsregime*; auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es daher nicht an; es reicht ein objektiv unsachgemäßes Verhalten. Zu beachten ist, dass es sich dabei um keine (umfassende) Regelung der *positiven Vertragsverletzung* handelt. Für Schadenersatzansprüche wegen Beschädigung sonstiger Rechtsgüter des Verbrauchers im Zusammenhang mit der Lieferung oder Leistung ist daher weiterhin nach allgemeinen Grundsätzen Verschulden erforderlich.

## 6. Geltendmachung

### 6.1 Allgemeines

Wichtige Änderungen durch das GRUG betreffen vor allem die Frage der *Rechtsdurchsetzung*: Damit verabschiedet sich der Gesetzgeber vom Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung der Wandlung (Vertragsauflösung)

und Preisminderung; diese können in Zukunft außergerichtlich geltend gemacht werden. Dazu kommt ein neues *Fristenregime*, das zwischen der „Haftungsfrist“ (Gewährleistungsfrist ieS) und Geltendmachungsfrist unterscheidet. Schließlich verlängert der Gesetzgeber die *Beweislastumkehr* nach § 924 ABGB für Verbraucherverträge iSd VGG auf ein Jahr. Dieser Aspekt wurde in der politischen Diskussion am meisten hervorgehoben.

### 6.2 Übergang zu außergerichtlicher Geltendmachung

§ 933 Abs 1 ABGB idF GewRÄG 2001 verlangte ausdrücklich die gerichtliche Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe. Von dieser Konzeption ging der Gesetzgeber mit dem GRUG ab. Nach Art 13 Abs 1 WKRL kann der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren verlangen. Nach Art 16 Abs 1 WKRL und Art 15 DIRL übt der Verbraucher sein Recht auf Vertragsbeendigung „durch eine Erklärung an den Verkäufer“ aus. Diese Vorgaben der Richtlinien werden durch § 22 Abs 1 VGG für die Preisminderung und durch § 23 VGG für die – nunmehr als „Auflösung des Vertrages“ bezeichnete – Wandlung umgesetzt. In beiden Fällen kann der Verbraucher sein Recht durch *Erklärung* ausüben, die an keine bestimmte Form gebunden ist.

Die praktische Bedeutung dieser Änderung sollte indes nicht überschätzt werden: Wenn die Parteien sich über das Vorliegen eines Mangels und dessen Rechtsfolgen nicht einig sind, landen sie – wie bisher – jedenfalls bei Gericht. Unterschiedlich ist nur die Konstruktion: Nach bisherigem Recht führte erst das gerichtliche Urteil als Gestaltungsurteil die Änderung der Rechtslage herbei; nach neuem Recht beurteilt das Gericht, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die außergerichtlich erklärte Rechtsgestaltung vorlagen und diese Gestaltungserklärung daher wirksam ist.

### 6.3 Systematische Konsequenzen

Mit der Neuregelung greift der Gesetzgeber eine zuvor im Schrifttum wiederholt erhobene Forderung auf.<sup>68</sup> Aus systematischer Sicht ist diese Änderung zur Herstellung des Gleichklangs sowohl innerhalb des gesamten Gewährleistungsrechts als auch mit anderen Leistungsstörungen zu begrüßen. Nunmehr können bei allen Leistungsstörungen Gestaltungsrechte (iwS) außergerichtlich geltend gemacht werden, wie das bisher schon bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 1052 ABGB) der Fall war.

<sup>68</sup> KOCH. Das System der Rechtsbehelfe. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 157 (182); KODEK – LEUPOLD. Gewährleistung NEU. Wien: MANZ, 2019, S. 45; zu früheren Vorschlägen vgl REISCHAUER. Komentár k § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. 2018, Rz 152, 156 ff; zuletzt KOGLER. Geltendmachung von Gestaltungsrechten – Auflösung dogmatischer und prozessualer Widersprüche im Lichte der Europäisierung. JBl. 2019, S. 420 (429 f).



Am letzteren Punkt soll sich durch die WKRL nichts ändern: Das Zurückbehaltungsrecht wird durch die WKRL erklärtermaßen nicht geregelt.<sup>69</sup> Art 13 Abs 6 WKRL sieht lediglich vor, dass der Verbraucher berechtigt ist, die Zahlung eines ausstehenden Teiles des Preises oder eines Teils davon so lange zurückzuhalten, bis der Verkäufer seine Verpflichtungen nach dieser Richtlinie erfüllt hat. Die Mitgliedstaaten können die Bedingungen und Modalitäten festlegen, unter denen der Verbraucher die Zahlung zurückhalten kann.

Die traditionelle Kategorie der nur gerichtlich geltendzumachenden Gestaltungsrechte ist somit in Hinkunft im Wesentlichen auf *Wurzelmängel* wie die Anfechtung wegen Irrtums oder List und die dieser systematisch nahestehende Testamentsanfechtung und Anfechtung wegen *laesio enormis* beschränkt.

#### 6.4 Bestimmtheitserfordernisse

Der Paradigmenwechsel des Gesetzgebers hin zur außergerichtlichen Geltendmachung führt zur Frage nach den Bestimmtheitserfordernissen von Preisminderung und Vertragsauflösung.<sup>70</sup> Solange die Geltendmachung gerichtlich erfolgen musste, galten hier die Regeln des Prozessrechts. Dies bedeutete, dass der Gewährleistungsberechtigte bei Klage auf (vollständige oder teilweise) Rückzahlung des Kaufpreises einen ziffernmäßig bestimmten Betrag zu fordern hatte; ein ausdrückliches Gestaltungsbegehren war nicht erforderlich. Vielmehr wurde die Rechtsgestaltung vom Gericht nach hA inzidenter vorgenommen.<sup>71</sup>

Nunmehr richten sich die Bestimmtheitserfordernisse nach materiellem Recht. Sicherlich ist nicht erforderlich, dass der Gewährleistungsberechtigte die *verba legalia* verwendet.<sup>72</sup> Der Gewährleistungsberechtigte muss daher nicht ausdrücklich „Vertragsauflösung“ oder „Preisminderung“ erklären; vielmehr reicht aus, wenn er etwa sein „Geld zurück“ verlangt. Die Erklärung kann auch konkludent abgegeben werden. In der Praxis ist hier vor allem an die gerichtliche<sup>73</sup> oder außergerichtliche Rückforderung des bezahlten Betrages oder die Bestreitung der (Rest-)Forderung des Übergebers zu denken. Die Gestaltungserklärung bedarf wohl auch keiner Begründung und keiner Angabe eines Rücktrittsgrundes.<sup>74</sup>

Nicht eindeutig ist, ob der Gewährleistungsberechtigte einen bestimmten *Betrag* nennen muss. In Österreich hat sich bisher zu dieser Frage – soweit ersichtlich – nur *Faber* geäußert. Demnach solle es möglich sein, dass der Übernehmer überhaupt nur die Erklärung abgibt, den „Preis zu mindern“, ohne die Minderung zu beziffern.<sup>75</sup> Denn die Höhe der Minderung ergebe sich ohnehin aus dem Gesetz.<sup>76</sup> Dies entspricht wohl der überwiegenden Auffassung zum UN-Kaufrecht<sup>77</sup> und zum deutschen Recht,<sup>78</sup> wo die Preisminderung schon bisher durch außergerichtliche Erklärung erfolgte. Dies wird damit begründet, dass sich der Umfang der Minderung aus dem Gesetz ergebe.<sup>79</sup> ME ist aus Gründen der Rechtssicherheit die Geltendmachung eines *ziffernmäßig* oder prozentuell *bestimmten Betrages* erforderlich. Nur dann lässt sich – sofern sich die Parteien nicht einigen – die Rechtslage beurteilen.

Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für den außergerichtlich erklärten Rechtsbehelf (Vertragsauflösung oder Preisminderung) nicht vorliegen, geht die Gestaltungserklärung ins Leere. Aber auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind und die Gestaltungserklärung daher wirksam ist, kann der Gewährleistungsberechtigte seine Erklärung wohl ändern, wenn der Gegner die Wirksamkeit oder Berechtigung der ersten Erklärung bestritten hat.<sup>80</sup> Hier ist der neueren Lehre zu folgen, wonach Gestaltungserklärungen dann zurückgenommen oder geändert werden können, wenn der Gestaltungsgegner die Berechtigung der ursprünglichen Gestaltungserklärung bestritten hat.<sup>81</sup> Dem Gewährleistungsberechtigten steht diesfalls eine Rücknahme oder Änderung des von ihm ursprünglich geltend gemachten Gewährleistungsbehelfs zu.

<sup>69</sup> § 323. In: Staudinger. BGB. 2020, Rz D 10 mwN.

<sup>70</sup> FABER. Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG. ÖJZ. 2022, S. 123 (135).

<sup>71</sup> FABER. Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG. ÖJZ. 2022, S. 123 (135).

<sup>72</sup> MÜLLER-CHEN. Art 50 Rz 4. In: Schlechtriem – Schwenzer - Schroeter (ed.). CISG. 7. vydání. 2019, Rz 4.

<sup>73</sup> FAUST. § 441 In: BeckOK. BGB. 60. vydání. 2021, Rz 6; MATUSCHKE-BECKMANN. § 441. In: Staudinger. BGB. 2013 Rz 5.

<sup>74</sup> MATUSCHKE-BECKMANN. § 441. In: Staudinger. BGB. 2013 Rz 5; WEIDEKAFF. § 441. In: Grüneberg. BGB. 81. vydání. Rz 10; aA aber noch WEIDENKAFF. § 411. In: Palandt. BGB. 77. vydání. Rz 10.

<sup>75</sup> Ausführlich KODEK. Die Durchsetzung von Gewährleistungsrechten: Geltendmachung, Frist und Beweislast In: Bydlinski, P. (ed.). Das neue Gewährleistungsrecht. 2022, S. 97 ff.

<sup>76</sup> Im Arbeitsrecht stellen sich freilich zusätzliche Probleme. Dies hängt mit der Frage des Rechtsschutzziels der Kündigungs- bzw Entlassungsanfechtung zusammen. Sieht man dieses nicht nur in der Wiederherstellung des Beschäftigungsverhältnisses, sondern auch in der Geltendmachung von Beendigungsansprüchen als eigenständiges Rechtsschutzziel, spricht dies gegen die Möglichkeit der einseitigen Rücknahme der Kündigung bzw Entlassung. Dazu schon THÜSING. Die Rücknahme der Kündigung im Kündigungsschutzprozess. ArbuR 1996, S. 245; HATTENHAUER. Einseitige private Rechtsgestaltung. 2011, S. 355 ff. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden.

<sup>69</sup> Vgl ErwGr 18 WKRL: „Bei der Regelung der Rechte der Parteien auf Zurückhaltung der Erfüllung ihrer Verpflichtungen oder von Teilen davon, bis die andere Partei ihre Verpflichtungen erfüllt, sollte es den Mitgliedstaaten nach wie vor freistehen, die Bedingungen und Modalitäten zu regeln, unter denen der Verbraucher die Zahlung des Preises zurückhalten kann.“

<sup>70</sup> Zum Folgenden ausführlich KODEK. Die Durchsetzung von Gewährleistungsrechten: Geltendmachung, Frist und Beweislast. In: BYDLINSKI, P. (ed.). Das neue Gewährleistungsrecht. 2022, S. 97 ff.

<sup>71</sup> KODEK. Die Einrede im Zivilrecht. 2020, S. 293 ff, 302.

<sup>72</sup> Vgl SCHWARZE. § 323. In: Staudinger. BGB. 2020, Rz D 8 ff: Gebrauch des Wortes „Rücktritt“ ist nicht erforderlich.

<sup>73</sup> SCHWARZE. § 323. In: Staudinger. BGB. 2020, Rz D 8 ff.

<sup>74</sup> Vgl zum Rücktritt BGH BGHZ 99, 182 (192); SCHWARZE.

## 7. Frist

### 7.1 Allgemeines

Nach bisherigem Recht war die Gewährleistungsfrist als reine Verjährungsfrist ausgestaltet, sodass nach Ablauf der Frist eine (erfüllbare) Naturalobligation bestehen bleibt und die Verjährung nicht von Amts wegen, sondern nur über Einrede des Verkäufers zu berücksichtigen ist (§ 1501 ABGB).<sup>82</sup> Damit war der Gesetzgeber mit dem GewRÄG 2001 zur Position der Verfasser des ABGB zurückgekehrt,<sup>83</sup> die die Gewährleistungsfristen als kurze Verjährungsfristen verstanden.<sup>84</sup>

Nunmehr kam es neuerlich zu einer tiefgreifenden Änderung der Rechtslage:<sup>85</sup> Bezüglich der Ausgestaltung der Frist wird den Mitgliedstaaten – im Anschluss an die E des EuGH in der Rs *Ferenschild*<sup>86</sup> – von den beiden Richtlinien freigestellt, neben der „Haftungsfrist“ auch eine Verjährungsfrist vorzusehen (Art 10 Abs 4 WKRL, Art 11 Abs 2 DIRM) oder aber nur eine Verjährungsfrist zu regeln (Art 10 Abs 5 WKRL, Art 11 Abs 3 DIRM). Von dieser Möglichkeit hat der österreichische Gesetzgeber für Sachmängel Gebrauch gemacht. Insoweit kommt es daher zu einem Systemwechsel: Nach der neuen Rechtslage ist zwischen Gewährleistungsfrist iS („Haftungsfrist“) und „Geltendmachungsfrist“ zu unterscheiden. Nach § 933 Abs 1 ABGB leistet der Übergeber Gewähr für jeden Mangel, der bei Übergabe der Sache vorliegt und innerhalb von zwei Jahren (§ 933; § 10 Abs 1, § 18 Abs 1 VGG), bei einer unbeweglichen Sache innerhalb von drei Jahren (§ 933 ABGB) nach diesem Zeitpunkt hervorkommt. Während bisher ausschließlich darauf abzustellen war, dass der Mangel bei *Übergabe*<sup>87</sup> der Sache vorliegt, tritt nunmehr

ein weiteres selbständiges Kriterium, nämlich das „*Hervorkommen*“ innerhalb von zwei bzw drei Jahren hinzu.<sup>88</sup> Für die Geltendmachung der Rechtsfolgen des Mangels hat der Übernehmer dann bis zum Ablauf der Geltendmachungsfrist, die drei Monate ab dem Ende der „Haftungsfrist“ (nicht: ab Auftreten des Mangels) beträgt, Zeit.

### 7.2 Geltendmachungsfrist

Die Gewährleistungsfrist besagt nur, für welche Mängel der Übergeber einstehen muss. Für die Geltendmachung hat der Übernehmer jedoch länger Zeit: Die Frist für die Geltendmachung (Verjährungsfrist) beträgt bei *Sachmängeln* nach § 933 Abs 3 bzw § 28 Abs 1 VGG drei Monate ab Ende der Gewährleistungsfrist (also nicht: ab Erkennen des Mangels).<sup>89</sup>

Bei *Rechtsmängeln* beginnt die Frist erst mit der Kenntnis des Übernehmers vom Mangel. 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).

### 7.3 Fristbeginn

#### 7.3.1 Sachmängel

Fristbeginn ist bei Sachmängeln die *Übergabe*. Voraussetzung ist grundsätzlich die vollständige Ablieferung. Nach ErwGr 38 WKRL ist die Bedeutung des Begriffs „Lieferung“ im nationalen Recht zu regeln. Die Frage, was der Verkäufer tun muss, „um seine Pflicht zur Lieferung der Waren zu erfüllen“, soll nach nationalem Recht bestimmt werden.<sup>90</sup> In ErwGr 40 WKRL wird allerdings für eine bestimmte Konstellation sehr wohl eine Vorgabe statuiert: In den Fällen, in denen der Unternehmer nach dem Kaufvertrag auch die Montage oder Installation schuldet, sollte die Ware erst dann als geliefert betrachtet werden, wenn die Installation oder Montage abgeschlossen ist.<sup>91</sup> Dies entsprach aber schon bisher der hA.

<sup>82</sup> Näher zu den Umsetzungsoptionen des österr Gesetzgebers ZÖCHLING-JUD, Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht, in Stabenheiner – Wendehorst – Zöchling-Jud (ed.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 197 (210 f).

<sup>83</sup> Dazu ausführlich KODEK, Die Einrede im Zivilrecht. 2020, S. 293 ff, 302., Einrede 41 ff.

<sup>84</sup> REISCHAUER, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen. JBl. 2002, S. 137; REISCHAUER, Kommentär k § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. 2018, Rz 6; zur neueren historischen Entwicklung allgemein REISCHAUER, Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in FS 200 Jahre ABGB I. 2011, S. 577; VOLLMAIER, Verjährung und Verfall. 2009, S. 31 ff.

<sup>85</sup> Zum Folgenden auch ZÖCHLING-JUD, Beweislast, Gewährleistungs- und Verjährungsfristen im neuen Gewährleistungsrecht. ÖJZ. 2022, S. 113.

<sup>86</sup> EuGH C-133/16, *Ferenschild*, ECLI:EU:C:2017:541. Dazu CAP, Neue Entwicklungen im Fristenregime des Gewährleistungsrechts. ÖJZ. 2018, S. 245.

<sup>87</sup> Nach heute hA können jedoch auch vor der Übergabe eingetretene Verschlechterungen des Leistungsgegenstandes relevant sein. Die starre „Hälftegrenze“ des § 1049 ABGB wird von der hA als durch die Gewährleistungsreform 2001 überholt angesehen (RABL, C, Die Gefahrtragung beim Kauf. 2002, S. 224 ff; RIEDLER, Reformbedarf bei Tausch-, Kauf- und Dienstleistungsverträgen.

ÖJZ, 2008, S. 934 [935]; BINDER – Spitzer, § 1049. In Schwimann – Kodek. ABGB. 4. vydání. Rz 1; SPITZER – MERZ, § 1049. In: Schwimann – Kodek. ABGB. 5. vydání. Rz 1; TILL – NITSCHKE, Zum Mythos der nachträglichen *laesio enormis*. JAP. 2015, S. 178 [181]; AICHER, §§ 1048–1051. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. Rz 8; APATHY – PERNER, §§ 1048–1049. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 3; ebenso nunmehr 6 Ob 97/19m; dazu KERSCHBAUMER, Neues zur Gefahrtragung beim Liegenschaftskauf. wobl. 2021, S. 3).

<sup>88</sup> Damit wird auch ein zusätzliches Beweisthema in den Gewährleistungsprozess eingeführt.

<sup>89</sup> Zu Sonderfällen ErläutRV GRUG 949 BlgNR 27. GP 39.

<sup>90</sup> ErwGr 38 WKRL; ZÖCHLING-JUD, Beweislast, Gewährleistungs- und Verjährungsfristen im neuen Gewährleistungsrecht. ÖJZ. 2022, S. 113 (118). Vgl dazu auch ErläutRV GRUG 949 BlgNR 27. GP 23 f.

<sup>91</sup> ErläutRV GRUG 949 BlgNR 27. GP 23 f.

### 7.3.2 Verbesserung und Austausch

Vor vollständiger Ablieferung wird aber die Gewährleistungsfrist nicht in Gang gesetzt.<sup>92</sup> Unterbleibt daher eine für die Bedienung von Software ausreichende Schulung entgegen vertraglichen Vereinbarungen, so fehlt es an der vollständigen Ablieferung der Software.<sup>93</sup>

Wenn Unternehmer nach der Ablieferung des Werkes und der Feststellung der Mängel durch den Besteller diesem die Zusage macht, die Mängel zu beheben, dann läuft die Gewährleistungsfrist erst ab Vollendung der Verbesserung.<sup>94</sup>

Im Einzelnen ist hier aber vieles unklar.<sup>95</sup> Die mitunter anzutreffende Auffassung, nach Verbesserung bzw. Austausch<sup>96</sup> beginne regelmäßig eine neue Gewährleistungsfrist für die gesamte Kaufsache, trifft jedenfalls auf die Verbesserung bzw. den Austausch von Teilen komplexer zusammengesetzter Sache nicht zu. Es wäre nicht einzusehen, warum etwa der Austausch eines Autoradios nach zwei Jahren dazu führen soll, dass auch für den Motor wieder eine neue Frist zu laufen beginnt.

### 7.3.3 Verborgene Mängel

Die Gewährleistungsfrist beginnt grundsätzlich auch bei verborgenen Mängeln mit der Übergabe.<sup>97</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs,<sup>98</sup> außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert.<sup>99</sup> Jedenfalls bei ausdrücklicher Zusicherung nimmt die Rsp ein stillschweigendes Hinausschieben des Beginns der Gewährleistungsfrist an.<sup>100</sup>

An dieser Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof trotz Kritik im Schrifttum<sup>101</sup> auch für sich typischerweise erst nach mehreren Jahren zeigende Materialfehler festgehalten.<sup>102</sup> Ein in der Lehre gefordertes generelles Hin-

ausschieben des Fristbeginns bei verdeckten Mängeln<sup>103</sup> widerspräche dem klaren Gesetzeswortlaut, der zwischen Sachmängeln (Ablieferung) und Rechtsmängeln (Erkennen) differenziert. Dies gilt umso mehr nach dem GRUG, weil der Gesetzgeber hier diesbezügliche mehrfach geäußerte Vorschläge bewusst nicht aufgriff. Daher fehlt es an einer planwidrigen Lücke, die durch Analogie zu den Rechtsmängeln zu schließen wäre.<sup>104</sup>

### 7.4 Abweichende Vereinbarungen

Seit dem GewRÄG 2001 sind die Gewährleistungsfristen zwar Verjährungsfristen, aber – entgegen § 1502 ABGB – verlängerbar (§ 933 Abs 1 ABGB). Nunmehr statuiert § 933 Abs 4 ABGB ausdrücklich: „Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung der in Abs. 1 bis 3 vorgesehenen Fristen vereinbaren.“

Nach § 932 Abs 4 ABGB 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). Die Vereinbarung kann sich nicht nur auf die Dauer der Fristen beziehen, sondern auch auf deren Beginn.<sup>105</sup>

Bei Verlängerung der Fristen ist in der Praxis zu beachten, dass (zumindest auch) die *Haftungsfrist* verlängert werden muss. Auch eine hundertjährige Geltendmachungsfrist nützt dem Gewährleistungsberechtigten nichts, wenn der Mangel erst mehr als zwei bzw. drei Jahre nach der Übergabe auftritt und deshalb die Haftungsfrist verstrichen ist.<sup>106</sup>

## 8. Schluss

Das Gewährleistungsrecht ist schönes Beispiel für die Eigenständigkeit des österreichischen Zivilrechts. Schon in der Dritten Teilnovelle wurden weder die Konzeption der Einrede im Allgemeinen noch die Wandlungseinrede des § 478 BGB aF übernommen. Diese Eigenständigkeit setzt sich nunmehr fort: Dies beginnt bei der Umsetzung wesentlicher Teile der Reform nicht in der Stammkodifikation, sondern in einem Sondergesetz und reicht über die Ausgestaltung der Rechtsbehelfe und deren Bezeichnung

<sup>92</sup> 5 Ob 504/96 = SZ 70/202.

<sup>93</sup> 5 Ob 504/96 = SZ 70/202.

<sup>94</sup> RIS-Justiz RS0018921.

<sup>95</sup> Ausführlich REISCHAUER. § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. Rz 123 ff.

<sup>96</sup> Zur Frage des Vorteilsausgleichs bei Austausch einer Sache am Ende der Gewährleistungsfrist REISCHAUER. § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. Rz 275.

<sup>97</sup> ZÖCHLING-JUD. Beweislast, Gewährleistungs- und Verjährungsfristen im neuen Gewährleistungsrecht. ÖJZ. 2022, S. 113 (121).

<sup>98</sup> RIS-Justiz RS0018937, RS0018982.

<sup>99</sup> RIS-Justiz RS0018982 (T10, T11), RS0018909.

<sup>100</sup> RIS-Justiz RS0018909.

<sup>101</sup> Insb BYDLINSKI, P. Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht. RdW. 1986, S. 235 (239); BYDLINSKI, P. § 933. In: Koziol – Bydlinski – Bollenberger. ABGB. 6. vydání. Rz 12; BÖHLER. Grundwertungen zur Mängelrüge. 2000, S. 53; REISCHAUER. § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. Rz 59 ff.

<sup>102</sup> 2 Ob 535/90 = SZ 63/171 (Korrosion eines Boilers aufgrund eines Materialfehlers); 7 Ob 2129/96f (Deckenelemente); 3 Ob 150/04m (Abblättern von Farbe); 6 Ob 94/09f (mangelnde Imprägnierung).

<sup>103</sup> Vgl zuletzt ausführlich KOZIOL. Obsoleszenzen im österreichischen Recht. 2016, Rz 126 ff.

<sup>104</sup> In Hinblick auf den dem Gesetzgeber zukommenden Gestaltungsspielraum (VfGH G 418/2015) ist die bestehende Regelung (zwar unbefriedigend, aber) wohl verfassungskonform. Das VGG selbst beruht auf Unionsrecht und ist damit insoweit einer Überprüfung durch den VfGH entzogen.

<sup>105</sup> Dazu REISCHAUER. § 933. In: Rummel – Lukas. ABGB. 4. vydání. Rz 86.

<sup>106</sup> Dieser Gesichtspunkt wird bei FABER. Warenkauf und Nachhaltigkeit: vergebene Chancen?. In Bydlinski, P. Das neue Gewährleistungsrecht und einige weitere Novitäten des GRUG. 2022, S. 17 ff, der drei Auslegungsmöglichkeiten einer konkludenten Verlängerung von Fristen vorschlägt, nicht ausreichend gewürdigt.



(„Auflösung des Vertrages“ in Österreich bzw. „Rücktritt“ in Deutschland) bis zur beibehaltenen abweichenden Konzeption der Einrede nach § 933 Abs 3 ABGB.

Trotz erheblicher Steigerung des Umfangs<sup>107</sup> bringt die Reform wenig „handfeste“ Verbesserungen: Die praktische Auswirkung der außergerichtlichen Geltendmachung ist nicht zu überschätzen, bleibt doch dem Gewährleistungsberechtigten ein Gang zu Gericht nicht erspart, wenn der Gewährleistungspflichtige den vom Gewährleistungsberechtigten geltend gemachten Behelf nicht akzeptiert. Gleiches gilt für Verlängerung der Vermutungsregelung des § 924 ABGB, kann diese doch durch den Gegenbeweis widerlegt werden, sodass vor allem (aber

nicht nur) im Fall der – in Hinblick auf die technische Komplexität vielfach unvermeidlichen – Beiziehung eines Sachverständigen Gewährleistungsprozesse nach wie vor mit einem ganz massiven Kostenrisiko verbunden sind.

Andererseits stellen sich aufgrund des geänderten Wortlauts doch eine Reihe von Auslegungsfragen auch in Bereichen, in denen eine Änderung nicht beabsichtigt war. Problematisch sind vor allem die Anforderungen an die Bestimmtheit der Gestaltungserklärung des Gewährleistungsberechtigten insbesondere im Fall der Preisminderung sowie die Frage nach der Zulässigkeit eines „Wechsels“ des Gewährleistungsbehelfs. Wegen der hier bestehenden Zweifelsfragen ist dem Gewährleistungsberechtigten jedenfalls besondere Vorsicht bei Abgabe entsprechender Gestaltungserklärungen zu empfehlen, um sich hier nicht zu präjudizieren. Dazu wird letztlich der EuGH klärende Worte sprechen müssen. Zu hoffen bleibt, dass dies in einem geeigneten Anlassfall und aufgrund eines sachkundig formulierten Vorabentscheidungsersuchens erfolgen wird. Auf die weitere Entwicklung darf man jedenfalls gespannt sein.

---

<sup>107</sup>Nähere Zahlenangaben dazu bei FABER. Bereitstellung und Mangelbegriff. In: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud. (ed.). Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Wien: MANZ, 2019, S. 63 (74); KODEK. Vertragswidrigkeit und Mangelbegriff im neuen Gewährleistungsrecht. ÖJZ. 2022, S. 103 (104). STABENTHEINER. Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht?. ÖJZ. 2021, S. 965 (967), konstatiert eine „Aufblähung des Regelungsbestandes“.