

Andreas Riedler

ZIVILRECHT II

Schuldrecht AT

GEWÄHRLEISTUNGSRECHT NEU

UPDATE GRUG 2022

Update GRUG –
ABGB, KSchG,
VGG 2022

Zivilrecht II – Schuldrecht Allgemeiner Teil

GEWÄHRLEISTUNGSRECHT NEU

UPDATE GRUG 2022

VON

Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Riedler

Zitiervorschlag

Riedler, Zivilrecht II Schuldrecht Allgemeiner Teil, Gewährleistungsrecht NEU Update GRUG 2022 (2022)

Riedler, ZR II SchRAT Update GRUG 2022 Rz .../...

LexisNexis® Österreich vereint das Erbe der österreichischen Traditionsverlage Orac und ARD mit der internationalen Technologiekompetenz eines der weltweit größten Medienkonzerne, RELX Group. Als führender juristischer Fachverlag deckt LexisNexis® mit einer vielfältigen Produktpalette die Bedürfnisse der Rechts-, Steuer- und Wirtschaftspraxis ebenso ab wie die der Lehre.

Bücher, Zeitschriften, Loseblattwerke, Skripten, die Kodex-Gesetzestexte und die Datenbank LexisNexis® Online garantieren nicht nur die rasche Information über neueste Rechtsentwicklungen, sondern eröffnen den Kunden auch die Möglichkeit der eingehenden Vertiefung in ein gewünschtes Rechtsgebiet.



Nähere Informationen unter www.lexisnexus.at

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien
<http://www.lexisnexus.at>
Wien 2022

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Das im UrhG für Schulen, Universitäten und andere Bildungseinrichtungen vorgesehene freie Werknutzungsrecht (§ 42 UrhG „Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch“; § 42g UrhG: „Öffentliche Zurverfügungstellung für Unterricht und Lehre“) gilt für dieses Werk nicht, weil es seiner Beschaffenheit und Bezeichnung nach zum Unterrichtsgebrauch bestimmt ist (§ 42 Abs 6 UrhG; § 42g Abs 2 UrhG).

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Werk trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlags, des Herausgebers und der Autoren ausgeschlossen ist.

Diese Reihe ist in anderer Gestaltung Bestandteil der Medienkoffer Privatrecht und Bürgerliches Recht der JKU Multimediale Studienmaterialien GmbH.

Riedler

GEWÄHRLEISTUNGSRECHT NEU

UPDATE GRUG 2022

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

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

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

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

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

Das vorliegende Update gibt einen **Gesamtüberblick über die neue Rechtslage**, welche seit 1. Jänner 2022 gilt. Dabei sind alle Änderungen und Neuerungen in allen Bereichen des bisherigen Gewährleistungsrechts des **ABGB** und **KSchG** bereits in den Text eingearbeitet, schon in der allgemeinen Darstellung finden sich zudem immer wieder Verweise auf nunmehrige neue Parallelbestimmungen im neuen VGG. Eine ausführliche Darstellung des völlig neuen und eigenständigen Sondergewährleistungsrechts für Verbraucherverträge über den Kauf von Waren bzw Verträge über digitale Dienstleistungen im **VGG** findet sich überdies in einem eigenen Gliederungspunkt am Ende des Kapitels.

7. Kapitel

Leistungsstörungenrecht III - Gewährleistung

Rz

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

XIV. Annex: Positive Vertragsverletzung (positive Forderungsverletzung, Schlechterfüllung).....	7/81
XV. Annex: Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG).....	7/83
1. Regelungsstruktur des VGG	7/84
2. Die allgemeinen Bestimmungen des VGG - §§ 1 – 8 VGG	7/85
a. Personeller, sachlicher, zeitlicher Geltungsbereich des VGG - §§ 1, 2 VGG.....	7/85
b. Zwingendes Recht - § 3 VGG.....	7/88
c. Die allgemeine Gewährleistungspflicht des Unternehmers - §§ 4 – 8 VGG	7/89
3. Gewährleistung beim Warenkauf - §§ 9 – 15 VGG	7/95
a. Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist	7/96
b. Vermutungsfrist und Beweislast	7/100
c. Die Gewährleistungsbehelfe im Einzelnen	7/101
4. Gewährleistung bei digitalen Leistungen - §§ 16 – 27 VGG	7/118
5. Verjährung - § 28 VGG.....	7/131
Wiederholung Gewährleistung	7/134
Visualisierung Gewährleistung - ABGB	7/135
Visualisierung Gewährleistung - VGG	7/136

I. Begriff der Gewährleistung

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

Gewährleistung ist das bei entgeltlichen (§ 917) Verträgen **gesetzlich angeordnete** ^{7/1} **Einstehenmüssen des Schuldners für Mängel** (Sach- und Rechtsmängel), welche seine Leistung im Zeitpunkt der Erbringung aufweist. Diese Gewährleistungspflicht ist von Gesetzes wegen angeordnet, bedarf daher keiner gesonderten Vereinbarung und setzt voraus, dass die vom Schuldner an den Gläubiger übergebene und von diesem übernommene Sache **mangelhaft** ist. Mangelhaft ist die übergebene Sache, wenn sie entweder qualitativ oder quantitativ von der vertraglich geschuldete Sache abweicht (**Sachmangel**) oder dem Erwerber nicht die vertraglich geschuldete Rechtsposition verschafft wird (**Rechtsmangel**). Bezugspunkt der Beurteilung ist immer der konkrete Vertragsinhalt.

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

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

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

II. Zur Abgrenzung von Nichterfüllung und Gewährleistung

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

1. Rechtslage vor Sachübergabe

- 7/4 **Vor Sachübergabe** kommen **entweder** die Regeln über die **Unmöglichkeit** der Leistung (bei dauerndem Leistungshindernis) **oder** die Regeln über den **Verzug** mit der Leistung (bei bloß vorübergehendem Leistungshindernis) zur Anwendung. Wird dem Gläubiger eine mangelhafte Sache angeboten, so kann er diese zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten (arg § 1413). Wurde die **Sache** aber an den Gläubiger **übergeben und** hat dieser die Sache **übernommen** (zB weil er den Mangel nicht erkennt oder die Sache trotzdem abnimmt) und ist die übergebene Sache mangelhaft, so stellt sich die Frage, ob ab der Übergabe nur mehr Gewährleistungsrecht eingreift oder ob Gewährleistung und Verzug bzw Gewährleistung und Unmöglichkeit konkurrieren.

2. Rechtslage nach Sachübergabe

- 7/5 Die **Rsp und überwiegende L** (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 9; *P. Bydlinki/KBB*⁶ § 922 Rz 5; *Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 76; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} Vor §§ 922 – 933b Rz 15) **nehmen die Abgrenzung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung in der Weise vor, dass bis zur vorbehaltlosen Übernahme der Sache durch den Gläubiger Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln, ab der vorbehaltlosen Übernahme der Sache durch den Gläubiger aber die Gewährleistungsregeln zur Anwendung kommen.** Diese sog „(vorbehaltlose) Annahme der vom Schuldner als Erfüllung angebotenen Leistung durch den Gläubiger“ ist somit die entscheidende Zäsur zwischen dem Recht der sog Nichterfüllung (dann -> Verzug oder Unmöglichkeit) und der sog Schlechterfüllung (dann -> Gewährleistung).

a. Übernahme ohne Vorbehalt

- 7/6 Wurde die vom Schuldner (zur Erfüllung seiner Schuld) angebotene **Leistung** also vom Gläubiger **ohne Vorbehalt übernommen**, so gibt es nach der hA (*Ofner/Schw/Ko*⁵

§ 922 Rz 9; P. Bydliński/KBB⁶ § 922 Rz 5; Zöchling-Jud/ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922 – 933b Rz 15) und Rsp (2 Ob 163/13d; RS0018234) **nur** mehr Rechte bzw Ansprüche aus **Gewährleistung**. Nach *Reischauer* (/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 87) hingegen besteht ein **unbeschränktes Wahlrecht** zwischen den Rechtsfolgen aus Verzug und Gewährleistung bzw Unmöglichkeit und Gewährleistung, wobei mit vorbehaltloser Übernahme bis zum Beweis des Gegenteils von der Erfüllung auszugehen ist und aus dem Sinn der Fristen des § 933 diese ab Übergabe bei Sachmängeln auch iVm den §§ 918, 920 und 921 S 2 bezüglich Rücktritt und Preisrückgewähr anzuwenden sind. Nach *Reischauer* konkurrieren also Verzug bzw Unmöglichkeit mit Gewährleistung, allerdings sind alle Rechtsbehelfe den Fristen des § 933 unterworfen. Kann der Mangel behoben werden, so konkurriert Gewährleistung (Verbesserung, Austausch) mit Verzug (Anspruch auf Erfüllung), kann der Mangel nicht behoben werden, so konkurriert Gewährleistung (Preisminderung, Vertragsauflösung) mit Unmöglichkeit (Rücktritt).

b. Übernahme unter Vorbehalt

Nur bei einer **Übernahme der Leistung unter** (wenn auch nur einseitig vom Gläubiger 7/7 erklärtem) **Vorbehalt** bleiben dem Gläubiger (Übernehmer) bei vorübergehendem Leistungshindernis die Rechte aus Verzug bzw bei dauerndem Leistungshindernis die Rechte aus Unmöglichkeit erhalten. Nach hA kommt in dieser Fallgestaltung trotz Übernahme der Sache wegen des (einseitigen) Vorbehalts des Übernehmers weiterhin (nur) entweder Verzugsrecht oder Unmöglichkeits-recht, nicht aber Gewährleistungsrecht zur Anwendung (P. Bydliński/KBB⁶ § 922 Rz 5; *Reischauer*/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 79 mwN). Ist also die übergebene Sache nicht vereinbarungsgemäß, so hat der Schuldner nicht erfüllt und der Gläubiger kann bei vorübergehendem Leistungshindernis nach § 918 unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten oder weiterhin Erfüllung begehren, wobei für den Erfüllungsanspruch die allgemeinen Verjährungsfristen gelten (§§ 1478 ff).

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

III. Allgemeines und besonderes Gewährleistungsrecht

Die §§ 922 - 933 enthalten **allgemeine Gewährleistungsregeln** für alle Verträge, bei denen 7/8 jemand „einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt“ (zB Kaufvertrag, Tauschvertrag).

Darüber hinaus bestehen für zahlreiche Vertragsarten bzw Rechtsverhältnisse **Sondergewährleistungsnormen** bzw **ergänzende Bestimmungen**, welche zusätzlich zu berücksichtigen sind:

- **Schenkungsverträge** (§ 945),
- **Bestandverträge** (§ 1096),
- Verträge über **entgeltliche Forderungsabtretungen** (Zession; Factoring; § 1397 S 2),
- **beidseitig unternehmensbezogene Kauf-, Tausch- und Werklieferungsverträge** (§§ 377 f, 381 UGB),
- **Versteigerung in der Exekution** (§§ 189 Abs 2 und 270 Abs 4 EO).
- Für **Werkverträge** gilt § 1167, der auf das allgemeine Gewährleistungsrecht verweist.
- Für **Unternehmer-Verbraucherverträge** finden sich zwingende Vorschriften zugunsten des Verbrauchers in den §§ 8 ff KSchG, welche Normen mit 1. Jänner 2022 durch das GRUG 2022 adaptiert worden sind. Zusätzlich ist aber zu beachten, dass seit dem 1. Jänner 2022 zwischen Unternehmern und Verbrauchern (nur) bei einer **Veräußerung einer beweglichen körperlichen Sache durch den Unternehmer an den Verbraucher** und bei **Verträgen über digitale Inhalte** die Sondervorschriften des VGG vorgehen (dazu ausf unten Rz 7/86).

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

IV. Begriff des Mangels

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

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

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

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

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

Bsp: Ist Vertragsgegenstand ein fabrikneues Auto, so stellen nach der Verkehrsauffassung auch kleinere Lackbeschädigungen einen Mangel dar. Ist Vertragsgegenstand ein gebrauchtes Auto, so stellen nach der Verkehrsauffassung kleinere Lackbeschädigungen keinen Mangel dar. Bei Erwerb eines Wracks hingegen kann möglicherweise nicht einmal die gebrochene Windschutzscheibe einen Mangel darstellen, da ein Wrack schon ex definitione auch nicht den Vorschriften des KFG entsprechen muss. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung entscheidet also die Verkehrsauffassung über die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Einen Anhaltspunkt für die bedungenen Eigenschaften kann der vertraglich bedungene Preis bieten. Ist Vertragsgegenstand ein antiker Schrank, so stellt die Lieferung eines neuen Schrankes eine mangelhafte Lieferung dar.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich in den §§ 5 f VGG. Der Unternehmer haftet (auch im VGG) dafür, dass die von ihm erbrachte Leistung den „vertraglich vereinbarten Eigenschaften“ (§ 5 VGG) entspricht, was sich mit den bedungenen Eigenschaften des § 922 ABGB deckt, und die Ware bzw digitale Leistung in Qualität und Beschreibung einer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss übergebenen Warenprobe oder Warenmuster entspricht (§ 6 Abs 1 Z 2 VGG), was ebenfalls auch in § 922 Abs 2 ABGB angesprochen ist (zum VGG ausf unten Rz 7/92).

Unklar ist die rechtliche Einordnung von sog **Obsoleszenzen**. Jeder Käufer eines langlebigen Produktes verbindet mit dem Produkt auch die Erwartung der Langlebigkeit des Produktes – daher geht zB der Käufer eines Wäschetrockners davon aus, dass dieser bei normalem Gebrauch eine Lebensdauer von fünf, acht oder 12 Jahren hat. Mit dem Begriff Obsoleszenzen wird das Phänomen umschrieben, dass Hersteller von Produkten den Lebenszyklus ihrer Produkte durch den bewussten Einsatz von Material minderer Qualität verkürzen – zB der Produzent des Wäschetrockners baut bewusst Steckkontakte minderer Qualität ein, welche die Lebensdauer des Trockners erheblich verkürzen. In diesen Fällen wird das Produkt zwar nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist, aber doch erheblich vor Ablauf der erwarteten Lebensdauer des Produktes (insb durch Materialermüdung) unbrauchbar – zB der Wäschetrockner wird bereits drei Jahre nach dem Erwerb und damit ein Jahr nach Ablauf der Gewährleistungsfrist durch Korrosion der Steckverbindungen nach dem Erwerb unbrauchbar. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Käufer noch Gewährleistung geltend machen kann, obwohl die zweijährige Gewährleistungsfrist nach Übergabe bereits abgelaufen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob der Mangel im technischen Sinne ein Mangel im rechtlichen Sinne ist, was nur dann der Fall ist, wenn überhaupt eine bestimmte Lebensdauer eines Produktes vertraglich zugesagt ist – dafür finden sich im ABGB keine Anordnungen, im VGG haftet der Unternehmer hingegen nach § 6 Abs 1 Z 5 VGG auch für die „Haltbarkeit, ... die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich (ist) und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann“ (zur Frage der Anwendbarkeit der Gewährleistungsfristen unten Rz 7/48).

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

Bsp: § 922 kommt zum Tragen, wenn Äußerungen eines Herstellers zB über den Kraftstoffverbrauch eines Fahrzeuges, über Energieverbrauch eines Elektrogerätes oder über die Kompatibilität einer Software mit der Hardware von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichen.

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

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

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

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

V. Mangelarten

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

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

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

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

7/14 Fehlt es der gelieferten Sache an einer bestimmten Eigenschaft, so spricht man von einem **Qualitätsmangel**. Wird weniger als die vereinbarte Menge geliefert, so spricht man von einem **Quantitätsmangel**, der durch den speziellen Gewährleistungsanspruch auf Nachtrag des Fehlenden behoben werden kann. Bei Gattungsschulden kann zwischen echtem und unechtem Quantitätsmangel unterschieden werden. Beim **echten Quantitätsmangel** leistet der Verkäufer weniger als das vereinbarte bestimmte Quantum (Menge); der **unechte Quantitätsmangel** ist dagegen in Wahrheit ein Qualitätsmangel und liegt etwa vor, wenn die verkaufte Sache schon beim Vertragsabschluss nicht der Vereinbarung entsprach.

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

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

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

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

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei fehlerhafter Montageanleitung finden sich in § 8 Abs 1 S 2 und 3 VGG, welche Norm mit 1. Jänner 2022 die bisher in § 9a S 2 KSchG enthaltene Bestimmung ersetzt hat. Nach diesen Bestimmungen haftet der Unternehmer (gewährleistungsrechtlich) auch für einen durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Ware verursachten Mangel, wenn die Montage oder Installation vom Verbraucher vorzunehmen war, aber aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer mitgelieferten Anleitung unsachgemäß durchgeführt wurde (sog IKEA-Klausel). Bei Waren mit digitalen Elementen haftet der Unternehmer auch dann, wenn die fehlerhafte Anleitung nicht von ihm selbst, sondern vom Anbieter des digitalen Elements mitgeliefert wurde (vgl unten Rz 7/94).

VI. Aliud-Lieferung und mangelhafte Lieferung

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

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

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

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

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

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

7/20 Denkbar wäre zunächst, dass jede Aliud-Lieferung gleichzeitig als eine mangelhafte, nicht der Vereinbarung entsprechende Lieferung behandelt werden könnte, sodass in diesen Fällen immer Gewährleistung eingreifen könnte. Liefert etwa der Schuldner anstelle der bestellten Aluminium-Gartensessel der Marke X in modernem Design Stroh-Gartensessel der Marke Y in antikem Stil, so könnte dies nicht als aliud, sondern auch als mangelhafte Lieferung angesehen werden. In diesem Fall würden die Gartensessel Y als mangelhafte Gartensessel X angesehen werden.

7/21 Manche Autoren (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 10; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 3; *Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 94 ff; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1,02} §§ 922, 923 Rz 3 f) ziehen für die Abgrenzung zwischen aliud und mangelhafter Lieferung § 378 UGB analog heran. Nach dieser Auffassung soll Nichterfüllung mit den Folgen der §§ 918 ff vorliegen, wenn die gelieferte Ware so erheblich von der Bestellung abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung der Ware durch den Käufer für ausgeschlossen halten musste, ansonsten Schlechterfüllung mit den Folgen der Gewährleistung. Die Rsp zeigt kein einheitliches Bild (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 922 Rz 10; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 922 Rz 3). Nach überwiegender L trifft hingegen der Text des § 378 UGB nur eine Unterscheidung innerhalb der aliud-Lieferung: Beim genehmigungsfähigen aliud, bei dem die Genehmigung des Käufers nicht ausgeschlossen erscheinen musste, soll der Käufer innerhalb der Frist rügen müssen, um sich seine Ansprüche bzw Rechte nach § 918 zu erhalten (vgl § 377 UGB). Beim nicht genehmigungsfähigen aliud, bei dem der Verkäufer nicht mit einer Genehmigung durch den Käufer rechnen durfte, soll es hingegen dieser Rüge nicht bedürfen; es soll jedenfalls Schuldnerverzug vorliegen. Nach richtiger Ansicht ist § 378 UGB jedoch nur eine Rügevorschrift für beidseitig unternehmensbezogene Kaufverträge und im ABGB mangels Existenz einer planwidrigen Lücke überhaupt nicht analog anwendbar.

7/22 Nach *Reischauer* (/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 100) kommen hingegen bei jeder Aliudlieferung die Fristen des § 933 zur Anwendung, sofern offenkundig zur Erfüllung eines bestimmten Vertrages geleistet worden ist.

VII. Maßgebender Zeitpunkt, Vermutung der Mangelhaftigkeit

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

Der Mangel muss im **Zeitpunkt der Übergabe** der Sache an den Erwerber bzw des davon **abweichenden Gefahrenüberganges** (zB im Fall eines Annahmeverzugs) vorhanden sein. 7/23

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

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

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

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Vermutung des Mangels bei dessen Auftreten innerhalb einer bestimmten Frist nach Übergabe der Sache finden sich in § 11 VGG, wobei insb die im ABGB enthaltene 6-monatige Vermutungsfrist im VGG auf 12 Monate verlängert wird. Nach § 11 Abs 1 VGG wird bei einem Mangel, der innerhalb eines Jahres nach Übergabe der Ware hervorkommt, vermutet, dass er bereits bei Übergabe vorgelegen ist. Diese Vermutung greift nur dann nicht ein, wenn

sie mit der Art und Weise des Mangels unvereinbar ist. § 11 Abs 2 (iVm 10 Abs 2) VGG enthält einschlägige Sonderregelungen für digitale Leistungen und Inhalte (unten Rz 7/100).

VIII. Besonderheiten bei Viehmängeln

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

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

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

7/25 Für Viehmängel gilt die **besondere Gewährleistungsfrist** des § 933 Abs 2 (sechs Wochen), weiters stellt § 925 iVm der VO des BMJ BGBl 1972/472 die Vermutung auf, dass gewisse Tierkrankheiten, wenn sie innerhalb eines bestimmten Zeitraumes auftreten, bereits bei der Übergabe bestanden haben.

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

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

IX. Rechtsfolgen

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

(2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen

mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.

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

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

§ 932 kennt **4 Gewährleistungsbefehle**:

7/27

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

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

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

Verbesserung ist die (kostenfreie) Beseitigung eines Mangels an der Sache selbst. 7/28
Sachmängel werden repariert, Rechtsmängel durch Beseitigung der rechtlichen Hindernisse oder Belastungen behoben. Bei **Nachtrag des Fehlenden** werden die fehlenden Stücke (kostenfrei) nachgeliefert. Bei **Austausch** der mangelhaften Sache wird die mangelhafte gegen eine mangelfreie Sache ausgetauscht, was nur bei Gattungsschulden möglich ist. **Preisminderung** ist ein Gestaltungsrecht des Übernehmers, der vereinbarte Preis wird entsprechend dem Wert der gelieferten, mangelhaften Sache angepasst (zur sog relativen Berechnungsmethode vgl Rz 7/42 f). **Vertragsauflösung** ist ein Gestaltungsrecht des Übernehmers zur fristlosen Auflösung des Vertrages.

Zentrales Anliegen des Gewährleistungsrechts ist es, einen **Vorrang der** noch offen 7/29
gebliebenen Erfüllungsansprüche auf **Verbesserung bzw Austausch** der mangelhaften

Sache **vor eventuellen Preisminderungs- bzw Vertragsauflösungsrechten** des Übernehmers zu statuieren. Die sog primären Gewährleistungsansprüche auf Verbesserung und Austausch sollen dem Übergeber eine zweite Chance auf Erbringung der vertragsgemäßen Leistung geben. Nur wenn

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

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

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

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Zulässigkeit sekundärer Gewährleistungsbehelfe finden sich für den Kauf von Waren in § 12 Abs 4 Z 1 - 5 VGG, für digitale Leistungen in § 20 Abs 4 Z 1 - 5 VGG. Nach § 12 Abs 4 VGG hat der Verbraucher beim Kauf von Waren das Recht, den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen, „nur dann, wenn 1. der Mangel derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Vertragsauflösung gerechtfertigt ist, 2. der Unternehmer die Herstellung des mangelfreien Zustands – sei es unberechtigt, sei es nach Abs. 3 berechtigt – verweigert, 3. sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird, 4. der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs. 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat oder 5. ein Mangel auftritt, obwohl der Unternehmer versucht hat, den mangelfreien Zustand herzustellen“ (unten Rz 7/105).

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

1. Die primären Gewährleistungsbefehle – Verbesserung bzw Austausch

a. Objektive Tatbestände – subjektive Einwände

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

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

Ist für den Übergeber der Austausch der Sache unmöglich oder mit einem unverhältnis- ^{7/32} mäßigen Aufwand verbunden, so verbleibt dem Übernehmer zunächst nur der Anspruch auf Verbesserung der Sache. Ist umgekehrt die Verbesserung unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer zunächst nur Anspruch auf Austausch der Sache. **Wenn der Übergeber (berechtigterweise) den Einwand erhoben**

hat, dass beide primären Gewährleistungsansprüche unmöglich oder unwirtschaftlich sind, so steht dem Übernehmer nur noch das Wahlrecht zwischen den sekundären Gewährleistungsbehelfen, also dem Gestaltungsrecht auf Preisminderung oder – sofern der Mangel nicht geringfügig ist – das Gestaltungsrecht auf Vertragsauflösung zu.

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

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

2. Die sekundären Gewährleistungsbehelfe - Preisminderung und Vertragsauflösung

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

- **Einwand der Unmöglichkeit von Verbesserung und Austausch durch Übergeber**
- **Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwands durch Übergeber**
- In diesen beiden Fällen verliert der Übernehmer bei **berechtigtem** Einwand des Übergebers die primären Gewährleistungsbehelfe.
- **Verweigerung** der Verbesserung (des Austausches) durch Übergeber
- **Verzug** mit der Verbesserung (dem Austausch) durch Übergeber
- **Einwand der erheblichen Unannehmlichkeiten durch Übernehmer**
- **Einwand der Unzumutbarkeit** aus triftigen beim Übergeber liegenden Gründen durch **Übernehmer**

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

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

Liegt darüber hinaus ein nicht geringfügiger Mangel vor, hat der Übernehmer ein Recht auf **Vertragsauflösung**. Der Gewährleistungsberechtigte kann aus der Palette der ihm jeweils konkret zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe (frei) wählen. **Ein nicht geringfügiger Mangel liegt vor, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des Mangels nicht unverhältnismäßig ist.** Bei der Prüfung, ob ein die Wandlung ausschließender geringfügiger Mangel iSd § 932 Abs 4 ABGB vorliegt, ist nach der Rsp (dazu ausf 8 Ob 13/21a) eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen, bei welcher sowohl die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrags im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, aber auch die „Schwere“ des Mangels zu berücksichtigen sind. Die Behebbarkeit des Mangels und ein allfälliger geringer Behebungsaufwand sind für die Beurteilung der Geringfügigkeit des Mangels nicht allein ausschlaggebend, es kommt ihnen aber im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung zu. Bei der Frage, wie weit bei der Beurteilung des Gewichts des Mangels auf subjektive und/oder objektive Elemente abzustellen ist, ist zu differenzieren. Die subjektive Einstellung des Übernehmers – seine Motive bzw der von ihm verfolgte Zweck – muss unbeachtet bleiben, so weit diese dem Übergeber bei Abschluss des Vertrags nicht erkennbar war. War hingegen der mit dem Erwerb vom Übernehmer angestrebte Zweck bzw sein Motiv bei Vertragsabschluss erkennbar, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung neben dem objektiven Gewicht des Mangels auch der deklarierte Erwerbszweck mitzuberücksichtigen. Das Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten („besonders bedungenen“) Eigenschaft ist grundsätzlich so bedeutsam, dass nicht mehr von einer Geringfügigkeit des Mangels gesprochen werden kann. Eine ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft liegt dann vor, wenn der Käufer ausdrücklich oder zumindest schlüssig ein besonderes Interesse an gerade dieser Eigenschaft deutlich gemacht hat (zB 10 Ob 108/07s: Regendichtheit eines Oldtimer- Cabrios). Es kommt dabei nicht darauf an, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte (jüngst 8 Ob 13/21a).

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

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

7/36 Der Einwand der **erheblichen Unannehmlichkeiten** bei Durchführung von Verbesserung bzw Austausch steht dem Besteller nur zu, um sich vor krassen Unbilligkeiten zu schützen.

Bsp: Solche erheblichen Unannehmlichkeiten können etwa mit der Verbesserung oder dem Austausch verbundene Belastungen wie umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen sein oder etwa der Sitz des Verkäufers im schwer erreichbaren Ausland.

7/37 Der Übernehmer kann auch dann den Preis mindern oder den Vertrag auflösen, wenn ihm **die Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit und des Austausches aus triftigen in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar** sind.

Bsp: Im Allgemeinen wird der Verlust des Vertrauens (des Werkbestellers) in die Kompetenz des Übergebers (Werkunternehmers) aufgrund der Mangelhaftigkeit der Leistung allein noch nicht ausreichen (6 Ob 85/05a), doch können auch besondere - etwa sicherheitsrelevante - Umstände die Untüchtigkeit des Übergebers (Werkunternehmers) nahelegen. Hat etwa eine schlampige Reparatur an der Bremsanlage eines KFZ zu einem Bremsversagen geführt oder liegen Fehler vor, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahelegen, so ist Vertrauensverlust gegeben. Letztlich geht es also vor allem um die Verweigerung der Verbesserungsmöglichkeit aus **wichtigen in der Person des Übergebers liegenden Gründen**. So sind etwa die Nichteinhaltung der entsprechenden Sicherheitsvorschriften oder unzureichende Statik bei Bauplänen Fehler, die **Zweifel an der insb fachmännischen Eignung** des Werkunternehmers aufkommen lassen. Unzumutbarkeit liegt idR auch vor, wenn dem Übergeber die Berechtigung zur Leistungserbringung fehlt oder die mangelhafte Leistung auf grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten beruht (*P. Bydlinski/KBB*⁶ § 932 Rz 16).

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich für den Kauf von Waren in § 12 Abs 3 - 5 VGG, für digitale Leistungen in § 20 Abs 3 - 5 VGG. Nach § 12 Abs 3 VGG kann der Unternehmer beim Kauf von Waren die Herstellung des mangelfreien Zustands verweigern, wenn ihm sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für ihn mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind unter anderem der Wert der mangelfreien Ware und die Schwere des Mangels zu berücksichtigen. Nach § 12 Abs 4 VGG hat der Verbraucher das Recht, den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen, „nur dann, wenn 1. der Mangel derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Vertragsauflösung gerechtfertigt ist, 2. der Unternehmer die Herstellung des mangelfreien Zustands – sei es unberechtigt, sei es nach Abs. 3 berechtigt – verweigert, 3. sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird, 4. der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs. 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat oder 5. ein Mangel auftritt, obwohl der Unternehmer versucht hat, den mangelfreien Zustand herzustellen“. Und nach § 12 Abs 5 VGG kann der Verbraucher den Vertrag nicht auflösen, wenn der Mangel nur geringfügig ist. Zweifel über die Geringfügigkeit des Mangels gehen zu Lasten des Unternehmers (unten Rz 7/103 ff).

3. Die einzelnen Gewährleistungsbefehle (Rechtsfolgen)

a. Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden

Begehrt der Übernehmer Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden, so macht er damit ^{7/38} seine erhalten gebliebenen **Erfüllungsansprüche** geltend, die allerdings nun den Verjährungsfristen des § 933 unterliegen. Der Vertrag bleibt unverändert aufrecht. Bei Qualitätsmängeln kommt der Anspruch auf Verbesserung, bei bloßen (echten) Quantitätsmängeln der Anspruch auf Nachtrag des Fehlenden in Betracht. Die Verbesserung oder der Austausch sind in angemessener Frist mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer durchzuführen, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind (§ 932 Abs 3 S 1). Mehrfache Verbesserungsversuche braucht der Übernehmer grundsätzlich nicht zu dulden. Die Kosten der Verbesserung oder des Austausches hat der Übergeber zu tragen (§ 932 Abs 3 S 2).

Ort der Verbesserung ist der **ursprüngliche Erfüllungsort** (§ 905). Für Verbrauchergeschäfte, welche auch dem KSchG unterliegen, sind zusätzlich die Besonderheiten des **§ 8 KSchG** zu beachten:

§ 8 KSchG lautet: „(1) Ist der Unternehmer zur Verbesserung oder zum Austausch verpflichtet (§ 932 ABGB), so hat er diese Pflicht zu erfüllen

1. an dem Ort, an dem die Sache übergeben worden ist; hat der Unternehmer die Sache vertragsgemäß nach einem im Inland gelegenen Ort befördert oder versendet, so tritt dieser Ort an die Stelle des Übergabsortes; oder wenn es der Verbraucher verlangt
2. an dem Ort, an dem sich die Sache gewöhnlich befindet, sofern dieser Ort im Inland gelegen ist, für den Unternehmer nicht überraschend sein mußte und sofern nach der Art der Sache deren Beförderung zum Unternehmer für den Verbraucher untunlich ist, besonders weil die Sache sperrig, gewichtig oder durch Einbau unbeweglich geworden ist.

(2) Der Verbraucher hat dem Unternehmer die mangelhafte Sache zur Durchführung der Verbesserung oder des Austausches zur Verfügung zu stellen. Der Unternehmer kann verlangen, dass ihm der Verbraucher, wenn es für diesen tunlich ist, die Sache übersendet; der Unternehmer hat jedoch die Gefahr der Übersendung zu tragen.“

In **Verbrauchergeschäften**, welche auch dem KSchG unterliegen, ist die Verbesserung oder der Austausch am Ort der Übergabe bzw an dem Ort durchzuführen, an welchen der Unternehmer die Sache vertragsgemäß geliefert oder versendet hat (§ 8 Abs 1 Z 1 KSchG). Gem § 8 Abs 1 Z 2 KSchG kann der Verbraucher aber Verbesserung oder Austausch (auch) an jenem Ort verlangen, an welchem sich die Sache gewöhnlich befindet, wenn die Beförderung der Sache zum Unternehmer ihrer Art nach nicht tunlich ist (sperrig, gewichtig oder durch Einbau unbeweglich geworden). Voraussetzung ist, dass dieser Ort im Inland liegt und für den Unternehmer nicht überraschend ist. Kein für den Unternehmer überraschender Ort liegt vor, wenn der Ort sich ohnedies im Einzugsgebiet des Unternehmers befindet bzw dem Unternehmer bei Vertragsschluss bekannt war. Bei Tunlichkeit kann der Unternehmer vom Verbraucher Übersendung verlangen, hat jedoch die Gefahr der Übersendung zu tragen (§ 8 Abs 2 S 2 KSchG).

7/39 Ist die Sache (zB ein Fahrzeug) mangelhaft und wird der Mangel durch eine Reparatur (**Verbesserung**) behoben, was trotz gänzlicher Herstellung der Gebrauchsfähigkeit zu einer (weiterhin verbleibenden) objektiven Wertminderung führt, so wird allein durch die Reparatur die subjektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht wiederhergestellt. In diesen Fällen kann sich der Übernehmer zur Herstellung der subjektiven Äquivalenz für die verbleibende Wertminderung zusätzlich auf den sekundären Gewährleistungsbehelf der Preisminderung berufen. Erst durch diese **zusätzliche Preisminderung** wird der nach der Reparatur verbleibende Wertverlust ausgeglichen (6 Ob 240/19s). In diesen Fällen können also die Gewährleistungsbehelfe Verbesserung (Reparatur des Kfz) und Preisminderung (für die nach der Reparatur verbleibende Wertminderung des Kfz) miteinander **kombiniert** werden. Ist der nach der Reparatur verbleibende „Restmangel“ nicht geringfügig, so kann der Übernehmer den Vertrag auch **auflösen** (6 Ob 240/19s; zur Teilverbesserung unten Rz 7/41).

Erhält der Gläubiger durch die Verbesserung einen über die Mangelbehebung hinausgehenden **Vorteil** (zB in Form von längerer Lebensdauer oder Ersparnis der Reparaturkosten), stellt sich die Frage, ob der Gewährleistungsberechtigte diesen Vorteil dadurch ausgleichen soll, dass er einen Teil der Verbesserungskosten selber tragen muss (sog **Vorteilsausgleich bei gewährleistungsrechtlicher Verbesserung**). Nach der Rsp (7 Ob 116/21s; RS0018699) trifft den Gewährleistungsberechtigten grundsätzlich keine Pflicht

zum Ausgleich von (durch die Verbesserung, Austausch etc) erlangten Vorteilen. Nach dem EuGH (Rs C 404/06 *Quelle*) müssen Verbraucher generell keinen Vorteilsausgleich leisten.

Nimmt der gewährleistungsberechtigte Unternehmer die Verbesserung an der behebbar 7/40 mangelhaften Sache selber vor bzw lässt er sie von einem Dritten durchführen, ohne dem gewährleistungspflichtigen Übergeber vorher die Möglichkeit zur Verbesserung einzuräumen (sog **voreilige Selbstverbesserung**), so stellt sich die Frage, ob der Gewährleistungsberechtigte vom Gewährleistungspflichtigen zumindest den Ersatz jenes Aufwandes verlangen kann, den sich der Gewährleistungspflichtige durch die Nichtvornahme der Verbesserung erspart hat. In der L ist diese Frage stark umstritten; während nach der einen Auffassung ein Aufwandersatzanspruch nach § 1042 bzw § 1041 besteht, wird nach anderer Auffassung jeder Aufwandersatzanspruch unter Hinweis auf den „Verbesserungsanspruch des Übergebers“ verneint (Meinungsstand bei *Apathy/Perner/Schw/Ko*⁵ § 1042 Rz 3; *Lurger/ABGB-ON*^{1.07} § 1042 Rz 7; *Koziol/Spitzer/KBB*⁶ § 1042 Rz 5). Der OGH (8 Ob 14/08d; RS0123969) bejaht – mE zu Recht – einen Anspruch des Übernehmers gegen den Übergeber auf den vom Übergeber ersparten Aufwand in Analogie zu den Anrechnungsregelungen beim Werk- und Dienstleistungsvertrag, also den §§ 1168 Abs 1 und 1155, wobei der Ersatzanspruch innerhalb der Frist des § 933 geltend gemacht werden muss. Für diese Sicht kann auch § 1097 ins Treffen geführt werden. Der Unternehmer kann daher nach dem OGH (6 Ob 81/20k; RS0123969) auch dann, wenn er dem Veräußerer keine Verbesserungsmöglichkeit eröffnet, sondern vielmehr die Sache selbst oder (im Regelfall) durch einen Dritten verbessern lässt, jedenfalls jene Kosten begehren, die der Veräußerer selber hätte aufwenden müssen, wenn ihm die im Gesetz grundsätzlich vorgesehene „Chance zur zweiten Andienung“ eingeräumt worden wäre. Jedenfalls bei Kauf unter Privaten ist dabei nach dem Höchstgericht (7 Ob 228/14a) davon auszugehen, dass der Verkäufer, der nicht über die Möglichkeiten verfügt, die Verbesserung selbst vorzunehmen, grundsätzlich die Kosten einer angemessenen Verbesserung durch entsprechende Professionisten aufzuwenden haben wird. Sofern im Einzelfall dem Verkäufer aus besonderen Gründen geringere Kosten auflaufen, ist er gehalten, dies zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Trifft den Übergeber Verschulden an der Schlechterfüllung, so kommt ohnedies ein Schadenersatzanspruch in Betracht, wobei der konkret zu berechnende Schaden maßgebend ist.

Gerät der Verkäufer in **Verbesserungsverzug**, so kann der Käufer noch immer auf die 7/41 Erfüllung bestehen oder nach § 932 Abs 4 bei nicht geringfügigen Mängeln Vertragsauflösung begehren. In beiden Fällen ist die Frist des § 933 maßgeblich, wenn die Ware als Erfüllung

angenommen worden ist. Wird der Mangel vom Übergeber nur teilweise verbessert (**Teilverbesserung**), so kann der Übernehmer für den Restmangel Preisminderung begehren.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Durchführung von Verbesserung und Austausch finden sich für den Kauf von Waren in § 13 VGG, für digitale Leistungen in § 21 VGG. Nach § 13 Abs 1 VGG hat der Unternehmer beim Kauf von Waren die Verbesserung oder den Austausch innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem ihn der Verbraucher vom Mangel verständigt hat, und ohne Kosten oder erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher vorzunehmen, wobei die Art der Ware sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen sind. Nach § 13 Abs 2 VGG hat der Unternehmer im Fall des Austausches die mangelhafte Ware auf seine Kosten zurückzunehmen. Wurde die Ware vor Hervorkommen des Mangels entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck montiert oder installiert, so umfasst die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des mangelfreien Zustands bei Austausch und erforderlichenfalls auch bei Verbesserung (auch) die Entfernung der Ware und die Montage oder Installation der Ersatzware oder der verbesserten Ware oder die Übernahme der Kosten dafür (§ 13 Abs 3 VGG). Und § 12 Abs 4 VGG stellt klar, dass der Verbraucher kein Entgelt für den gewöhnlichen Gebrauch einer in der Folge ausgetauschten Ware schuldet (unten Rz 7/107 ff).

b. Preisminderung

7/42 Das Gestaltungsrecht der **Preisminderung führt zur Preisreduktion** und somit zur **Abänderung des Vertrages durch die Geltendmachung des Gestaltungsrechts**. Der bisherige Vertragsinhalt (mangelfreie Sache) wird durch die Preisminderung an die tatsächlich übergebene Sache (mangelhafte Sache) angepasst, der bisher vereinbarte Preis um den Minderungsbetrag reduziert. Das Ausmaß der Preisminderung berechnet sich zur Wahrung der subjektiven Äquivalenz nach der sog **relativen Berechnungsmethode**. Demnach verhält sich der vereinbarte Preis (P) zum geminderten Preis (p) wie der Wert der geschuldeten (mangelfreien) Sache (W), wie sie der Übernehmer erwerben wollte, zum Wert der tatsächlich erworbenen (mangelhaften) Sache (w).

$$\begin{array}{c} P \text{ (vereinbarter Preis)} : p \text{ (geminderter Preis)} \\ = \\ W \text{ (Wert in mangelfreiem Zustand)} : w \text{ (Wert in mangelhaftem Zustand)} \end{array}$$

Daraus resultiert **folgende Berechnungsformel für den geminderten Preis (p)**:

$$\begin{array}{c} \text{vereinbarter Preis} \quad \quad \quad \text{Wert in mangelhaftem Zustand} \\ \quad \quad \quad \swarrow \quad \quad \quad \nwarrow \\ \quad \quad \quad P \times w \\ \text{geminderter Preis} \rightarrow p = \frac{\quad}{W} \quad \quad \quad \swarrow \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad \quad \text{Wert in mangelfreiem Zustand} \end{array}$$

Bsp: B kauft ein Auto um 100 (P). Aufgrund von Rostschäden ist das Auto nur 80 wert (w). Ohne die Rostschäden wäre das Auto 120 wert (W). Der geminderte Preis beträgt 67, die Preisminderung 33. Dem B wird also der Vorteil eines (im Vergleich zum Wert des mangelfreien Autos) günstigen Kaufes durch die Anpassung des Preises nicht genommen. Er hat im Ergebnis ein Auto, das 80 wert ist, um 67 gekauft.

Entspricht der vereinbarte Preis dem objektiven Wert der geschuldeten Sache, so bedeutet dies, dass sich das Entgelt um die Differenz zum Wert der tatsächlich geleisteten Sache verringert oder erhöht. Nach *Reischauer* (JR⁴ § 932 Rz 384, 390 f) ist die Preisminderung nicht nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln, sondern entsprechend dem Gesetzeswortlaut angemessen festzusetzen und an der Wertdifferenz zwischen mangelfreier und mangelhafter Leistung zu orientieren. 743

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Ausübung und Berechnung der Preisminderung finden sich für den Kauf von Waren in § 14 VGG, für digitale Leistungen in § 22 VGG. Nach § 14 Abs 1 VGG kann der Verbraucher sein Recht auf Preisminderung durch formlose Erklärung ausüben, nach § 14 Abs 2 VGG bemisst sich beim Kauf von Waren die Preisminderung nach dem Verhältnis des Werts der an den Verbraucher übergebenen Ware zum Wert der mangelfreien Ware (unten Rz 7/111 ff).

c. Vertragsauflösung

Bei nicht geringfügigen Mängeln hat der Gewährleistungsberechtigte ein Gestaltungsrecht zur 7/44
Vertragsauflösung. Durch die Vertragsauflösung wird der Vertrag mit **obligatorischer extunc-Wirkung** aufgehoben. Auf Grund des Vertrages vollzogene Übereignungsakte sind sachenrechtlich weiter wirksam. Es besteht allerdings ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübertragung des Geleisteten nach § 1435. Hat der Übergeber aber einen Eigentumsvorbehalt gesetzt, so kann er nach Vertragsauflösung (auch) nach § 366 vindizieren. Ist die Sache nicht mehr rückstellbar, so hindert dies die Geltendmachung des Vertragsauflösungsrechts nicht, ob der rückstellungspflichtige Käufer Wertersatz schuldet, richtet sich nach bereicherungsrechtlichen Prinzipien.

Teilauflösung des Vertrages kommt nur bei Teilbarkeit der Obligation iW.S. in Betracht. Ist 7/45
beim Erwerb mehrerer Sachen die Leistung teilbar, so kann allenfalls für die eine Sache Verbesserung begehrt, für die andere Sache bei nicht geringfügigem Mangel Vertragsauflösung geltend gemacht werden; ist die Leistung unteilbar, so kann bei Vorliegen der Auflösungs Voraussetzungen für eine Sache der gesamte Vertrag aufgelöst werden, wenn das Gläubigerinteresse iSd § 920 wegfällt.

Bsp 1: Vertragsauflösung wegen Vorliegens eines nicht geringfügigen Mangels wurde daher zugelassen bei: Kleincomputer mit mangelhaftem Standardprogramm (1 Ob 531/77); Schwimmbecken samt Filteranlage mit Motor (2 Ob 558/77); Vibrationsgeräusche des Armaturenbrettes und mangelhafter die Fahrsicherheit beeinträchtigender Geradeauslauf eines PKW (7 Ob 194/05p); Heizleistung von höchstens 20°C bei PKW mit Klimaanlage (8 Ob 63/05f); fehlender Regendichtheit bei einem Oldtimer-Cabrio (10 Ob 108/07s); bloßer Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht

(Umänderung von drei PKW-Stellplätzen zu eigenständigen Wohnungseigentumsobjekten und Herstellung eines vertragsgemäßen Grundbuchsstandes), wenn sie die vertragskonforme Erbringung der Hauptleistung inzwischen jahrelang verzögerte und vom Käufer erst im Prozessweg erzwungen werden muss (7 Ob 31/18m); Insektenschutzsystem, bei welchem aufgrund eines Spalts Insekten eindringen können (8 Ob 13/21a).

Bsp 2: Vertragsauflösung wurde hingegen nicht zugelassen bei bloßen Vibrationsgeräuschen des Schalthebels eines fabrikneuen Audi A4 (1 Ob 14/05y), da darin kein nicht geringfügiger Mangel lag.

7/46 Das Vertragsauflösungsrecht kann vom Gewährleistungsberechtigten auch ausgeübt werden, wenn er die vom Partner erhaltene Leistung nicht mehr (in natura) zurückstellen kann, weil diese mittlerweile untergegangen ist. **Vertragsauflösung trotz Untergangs der Sache** ist also nach überwiegender Ansicht (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 932 Rz 19 und 73; *P. Bydliński/KBB*⁶ § 932 Rz 15; *Reischauer/R/L*⁴ § 932 Rz 137; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 932 Rz 40) möglich. Für die Frage einer allfälligen (Wert)Ersatzpflicht des Rückstellungspflichtigen ist zu differenzieren:

- Wurde die rückzustellende Sache **zufällig beschädigt** (zufälliger Untergang, Verarbeitung oder Weiterveräußerung in Unkenntnis des Mangels) lassen die Rsp und L (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 932 Rz 74; *Reischauer/R/L*⁴ § 932 Rz 326 ff mwN) die Vertragsauflösung ohnedies bereits zu. Ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch wäre nach der Saldotheorie zu bejahen, da nach dieser der Empfänger das Risiko des zufälligen Sachunterganges trägt, nach der von der überwiegenden L vertretenen Zwei-Konditionen-Theorie aber zu verneinen, sofern der Bereicherungsschuldner redlich war und keinen Vorteil aus der Sache gezogen hat. Diese beiden Theorien, die sich mit dem Bereicherungsausgleich bei der Rückabwicklung synallagmatischer Verträge beschäftigen, werden im Bereicherungsrecht im Lehrbuch Zivilrecht IV näher behandelt.
- Hat hingegen der **Rückstellungspflichtige den Sachuntergang zu vertreten** (zB Erwerber beschädigt die Sache oder lässt die Sache schuldhaft untergehen oder veräußert die Sache in Kenntnis seines Auflösungsrechts an einen Dritten), so besteht nach der älteren Rsp (4 Ob 589/69) das Auflösungsrecht nicht. Diese ältere Rsp stand allerdings im Gegensatz zur Jud zur Vertragsanfechtung, wo der OGH zutreffend judiziert, dass auch schuldhafte Sachzerstörung die Anfechtung nicht hindert. Die L (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 932 Rz 73; *P. Bydliński/KBB*⁶ § 932 Rz 15; *Reischauer/R/L*⁴ § 932 Rz 333; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 932 Rz 40) betont daher zutreffend, dass der Übernehmer selbst dann sein Vertragsauflösungsrecht geltend machen kann, wenn er die rückzustellende Sache schuldhaft beschädigt oder zerstört hat, allerdings kann der Auflösende bei Sorgfaltswidrigkeit dem Rückstellungsberechtigten ersatzpflichtig werden. In der jüngeren Rsp lässt auch der OGH Vertragsauflösung trotz

schuldhafter Vereitelung der Rückstellung durch den Auflösungsberechtigten (4 Ob 80/12m; RS0018593) sowie auch Vertragsauflösung trotz Weiterveräußerung der rückzustellenden Sache durch den Auflösungsberechtigten an einen Dritten in Kenntnis seines Auflösungsrechts (8 Ob 56/21z) zu.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Vertragsauflösung finden sich für den Kauf von Waren in § 15 VGG, für digitale Leistungen in §§ 23 - 26 VGG. Nach § 15 Abs 1 VGG kann der Verbraucher beim Kauf von Waren sein Recht auf Vertragsauflösung durch formlose Erklärung ausüben. Ist nur ein Teil der übergebenen Waren mangelhaft, so kann der Verbraucher den Vertrag nach § 15 Abs 2 VGG nur für diesen Teil der Waren auflösen; soweit allerdings vom Verbraucher vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass er den mangelfreien Teil behält, kommt dem Verbraucher ein Recht zur Auflösung des gesamten Vertrages zu. Und nach § 15 Abs 3 VGG hat der Verbraucher dem Unternehmer nach Auflösung des Vertrags die Ware auf dessen Kosten zurückzugeben und der Unternehmer hat dem Verbraucher den für die Ware gezahlten Preis zu erstatten; der Unternehmer kann die Rückzahlung allerdings solange verweigern, bis er entweder die Ware wieder zurückerhalten oder ihm der Verbraucher einen Nachweis über die Rücksendung der Ware erbracht hat (unten Rz 7/113 ff).

X. Gewährleistungsfrist und Verjährungsfrist

1. Nach § 933 ABGB

§ 933 ABGB lautet: „(1) Der Übergeber leistet Gewähr für jeden Mangel, der bei Übergabe der Sache vorliegt und innerhalb von zwei Jahren, bei einer unbeweglichen Sache innerhalb von drei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervorkommt. Bei Rechtsmängeln leistet der Übergeber Gewähr, wenn der Mangel bei Übergabe der Sache vorliegt.

(2) Bei Viehmängeln beträgt die Frist sechs Wochen. Sie beginnt bei Mängeln, für die eine Vermutungsfrist besteht, erst nach deren Ablauf.

(3) Die Rechte des Übernehmers aus der Gewährleistung sowie die Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung verjähren drei Monate nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Im Fall von Rechtsmängeln tritt die Verjährung zwei Jahre, bei einer unbeweglichen Sache drei Jahre nach dem Zeitpunkt ein, zu dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Wenn der Übernehmer dem Übergeber den Mangel innerhalb der Verjährungsfrist anzeigt, kann er den Mangel zeitlich unbeschränkt durch Einrede gegen die Entgeltforderung des Übergebers geltend machen.

(4) Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung der in Abs. 1 bis 3 vorgesehenen Fristen vereinbaren.“

§ 933 regelt die Frage der **zeitlichen Begrenzung von Gewährleistungsrechten bzw - 7/47 ansprüchen**, wobei einerseits zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln und andererseits zwischen Gewährleistungsfristen und Verjährungsfristen differenziert wird.

a. Sachmängel

Bei **Sachmängeln** ist die fristgerechte Geltendmachung von Gewährleistungsrechten bzw - 7/48 ansprüchen daran gebunden, dass

1. der Mangel im Zeitpunkt der *Übergabe* vorlag,
2. der Mangel innerhalb der *Gewährleistungsfrist* hervorgekommen ist und
3. der Mangel innerhalb der *Verjährungsfrist* gegen den Übergeber geltend gemacht wird (zur Perpetuierung der Einrede durch außergerichtliche Anzeige des Mangels vgl § 933 Abs 3 S 3). Gewährleistungsfrist und Verjährungsfrist beginnen jeweils mit Übergabe der Sache an den Übernehmer.

Für die Länge der **Gewährleistungsfrist** ist zwischen beweglichen Sachen, unbeweglichen Sachen und Viehmängeln zu differenzieren:

- Bei **beweglichen Sachen** beträgt die Gewährleistungsfrist **zwei Jahre**.
- Bei **unbeweglichen Sachen** beträgt die Gewährleistungsfrist **drei Jahre**. Die auf unbewegliche Sachen bezogene Drei-Jahres-Frist gilt auch dann, wenn es um Arbeiten an unbeweglichen Sachen geht; etwa bei Maurer- oder Dachdeckerarbeiten, Installationen oder wenn bewegliche Sachen mit einer unbeweglichen Sache verbunden werden (zB Errichtung eines Bauwerkes, Eindeckung des Daches, Einbau von Fenstern, nicht aber bloße Einrichtung). Umgekehrt gilt beim Kauf von beweglichen Sachen, die durch eine nicht mehr dem Veräußerer obliegende Tätigkeit Bestandteil von unbeweglichen Sachen werden sollen, die für bewegliche Sachen vorgesehene Zwei-Jahres-Frist.

Bsp 1: Liefert der Baumeister Y auch die Ziegel für den Rohbau, den er für B errichtet, so hat Y für den errichteten Bau (inkl Ziegel) drei Jahre Gewähr zu leisten.

Bsp 2: Erwirbt B hingegen die Ziegel im Baumarkt M, so beträgt die Gewährleistungsfrist zwei Jahre. Dies gilt auch, wenn B die Ziegel seinem Baumeister Y zur Verfügung stellt und dieser dann damit einen Rohbau für B errichtet. In diesem Fall hat der Verkäufer der Ziegel B zwei Jahre Gewähr zu leisten (für die Ziegel), der Baumeister Y dem B drei Jahre Gewähr zu leisten (für die erbrachte Arbeitsleistung).

- Bei **Viehmängeln** beträgt die Gewährleistungsfrist **sechs Wochen**.

Die Verjährungsfrist endet „drei Monate nach Ablauf der Gewährleistungsfrist“ (§ 933 Abs 3 S 1). Für Länge und Ende der **Verjährungsfrist** ist damit ebenso zwischen beweglichen Sachen, unbeweglichen Sachen und Viehmängeln zu differenzieren:

- Bei **beweglichen Sachen** beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre und drei Monate, also **27 Monate**.
- Bei **unbeweglichen Sachen** beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre und drei Monate, somit **39 Monate**.
- Bei **Viehmängeln** beträgt die Verjährungsfrist **sechs Wochen und drei Monate**.

Für den **Beginn der Gewährleistungsfrist** ist zwischen Sach- und Viehmängeln zu differenzieren:

- Bei **Sachmängeln** beginnt die Gewährleistungsfrist ab der vollständigen Übergabe an den Erwerber („Übergabe der Sache“) zu laufen (§ 933 Abs 1 S 1). Auf die Erkennbarkeit des Mangels kommt es nach der Rsp (7 Ob 12/17s; RS0018937) nicht an, dies gilt auch für verborgene (also dem Übernehmer nicht erkennbare) Mängel. Strittig ist die Rechtslage, wenn die Frage der Mangelhaftigkeit der Sache erst durch bzw nach Zeitablauf festgestellt werden kann und diese Zeitdauer länger als die konkrete Gewährleistungsfrist ist. Für diese Fälle wird daher eine vertragliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist vertreten, deren Lauf mit der sicheren Erkennbarkeit des Mangels beginnen soll (*P. Bydlinksi/KBB*⁶ § 933 Rz 12). Bei Sachmängeln an Liegenschaften ist die körperliche Übergabe maßgebend und nicht die Intabulation.

Bsp: Unklar ist in diesem Zusammenhang auch die rechtliche Einordnung von sog **Obsoleszenzen**. Jeder Käufer eines langlebigen Produktes verbindet mit dem Produkt auch die Erwartung der Langlebigkeit des Produktes – daher geht zB der Käufer eines Wäschetrockners davon aus, dass dieser bei normalem Gebrauch eine Lebensdauer von fünf, acht oder 12 Jahren hat. Mit dem Begriff Obsoleszenzen wird das Phänomen umschrieben, dass Hersteller von Produkten den Lebenszyklus ihrer Produkte durch den bewussten Einsatz von Material minderer Qualität verkürzen – zB der Produzent des Wäschetrockners baut bewusst Steckkontakte minderer Qualität ein, welche die Lebensdauer des Trockners erheblich verkürzen. In diesen Fällen wird das Produkt zwar nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist, aber doch erheblich vor Ablauf der erwarteten Lebensdauer des Produktes (insb durch Materialermüdung) unbrauchbar – zB der Wäschetrockner wird bereits drei Jahre nach dem Erwerb und damit ein Jahr nach Ablauf der Gewährleistungsfrist durch Korrosion der Steckverbindungen nach dem Erwerb unbrauchbar. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Käufer noch Gewährleistung geltend machen kann, obwohl die zweijährige Gewährleistungsfrist nach Übergabe bereits abgelaufen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob der Mangel im technischen Sinne ein Mangel im rechtlichen Sinne ist, was nur dann der Fall ist, wenn überhaupt eine bestimmte Lebensdauer eines Produktes vertraglich zugesagt ist – dafür finden sich im ABGB keine Anordnungen, im VGG haftet der Unternehmer hingegen nach § 6 Abs 1 Z 5 VGG auch für die „Haltbarkeit, ... die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich (ist) und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann“. Und zweitens stellt sich die Frage, ob auch für diese (Sach)Mängel die zweijährigen Gewährleistungsfristen des § 933 ABGB bzw § 28 VGG gelten. Bringt man auch auf diese Fälle die Fristenregelungen des § 933 ABGB bzw des § 28 VGG zur Anwendung, so kann der Käufer keine Gewährleistungsrechte geltend machen. Allerdings ist zu beachten, dass die Fristenregelungen des § 933 ABGB und § 28 VGG dispositiv sind und durch (auch konkludente) Parteienvereinbarung verlängert werden können (unten Rz 7/52).

- Bei **Viehmängeln** beginnt die Frist mit Ablieferung des Tieres; allerdings beginnt der Fristenlauf bei Mängeln, für die eine Vermutungsfrist besteht, erst nach deren Ablauf (§ 933 Abs 2).

Nach Ablauf der angeführten Verjährungsfristen kann der Übernehmer der mangelhaften Sache also keine Gewährleistungsrechte oder -ansprüche aktiv gegen den Übergeber geltend machen.

Bsp 1: Tritt ein bereits bei Übergabe vorhandener Sachmangel bei einer beweglichen Sache im 24. Monat nach Übergabe auf, so ist der Verkäufer gewährleistungspflichtig, tritt hingegen der bereits bei Übergabe vorhandene Sachmangel bei einer beweglichen Sache erst im 25. Monat nach Übergabe auf, so besteht keine Gewährleistungspflicht des Verkäufers – und für den im 24. Monat aufgetretenen Mangel steht dem Käufer für die Geltendmachung der daraus resultierenden Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche die 27-monatige Verjährungsfrist des § 933 Abs 3 ab Übergabe der Sache zur Verfügung. Nimmt aber etwa der Käufer den Verkäufer erst im 26. Monat nach Übergabe gewährleistungsrechtlich in Anspruch, so muss der Käufer beweisen, dass der Mangel auch innerhalb von 24 Monaten nach Übergabe hervorgekommen ist.

Bsp 2: Tritt ein bereits bei Übergabe vorhandener Sachmangel bei einer unbeweglichen Sache im 36. Monat nach Übergabe auf, so ist der Verkäufer gewährleistungspflichtig, tritt hingegen der bereits bei Übergabe vorhandene Sachmangel bei einer unbeweglichen Sache erst im 37. Monat nach Übergabe auf, so besteht keine Gewährleistungspflicht des Verkäufers – und für den im 36. Monat aufgetretenen Mangel steht dem Käufer für die Geltendmachung der daraus resultierenden Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche die 39-monatige Verjährungsfrist des § 933 Abs 3 ab Übergabe der Sache zur Verfügung. Nimmt aber etwa der Käufer den Verkäufer erst im 38. Monat nach Übergabe gewährleistungsrechtlich in Anspruch, so muss der Käufer beweisen, dass der Mangel auch innerhalb von 36 Monaten nach Übergabe hervorgekommen ist.

b. Rechtsmängel

7/49 Bei **Rechtsmängeln** existiert keine Gewährleistungsfrist, vielmehr ist die fristgerechte Geltendmachung von Gewährleistungsrechten (nur) daran gebunden, dass

1. der Mangel im Zeitpunkt der *Übergabe* vorlag und
2. der Mangel innerhalb der *Verjährungsfrist* gegen den Übergeber geltend gemacht wird (zur Perpetuierung der Einrede durch außergerichtliche Anzeige des Mangels vgl § 933 Abs 3 S 3). Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird (§ 933 Abs 3 S 2).

Die Verjährungsfrist endet bei einer beweglichen Sache „zwei Jahre, bei einer unbeweglichen Sache drei Jahre nach dem Zeitpunkt ..., zu dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird“ (§ 933 Abs 3 S 2). Für **Länge und Ende der Verjährungsfrist** ist damit ebenso zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu differenzieren:

- Bei **beweglichen Sachen** beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre, also **24 Monate**.
- Bei **unbeweglichen Sachen** beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre, also **36 Monate**.

Der **Beginn der Verjährungsfrist** ist für bewegliche und unbewegliche Sachen hingegen gleich geregelt. Anders als bei Sachmängeln, wo es für den Beginn der dortigen Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Übernehmer ankommt, gilt

für Rechtsmängel: Die Verjährungsfrist beginnt mit jenem „Zeitpunkt ...“, zu dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird“. Es genügt, wenn der Rechtsmangel unzweifelhaft ist, nicht erforderlich ist, dass der Dritte (zB Eigentümer der Sache) auch tatsächlich Ansprüche gegen den Erwerber erhebt (zB die Sache nach § 366 vindiziert).

c. Gerichtliche Geltendmachung, außergerichtliche Anzeige – Perpetuierung der Einrede der Schlechterfüllung

Nach **Ablauf der angeführten Verjährungsfristen** kann der Übernehmer der mangelhaften Sache also keine Gewährleistungsrechte oder -ansprüche aktiv gegen den Übergeber (gerichtlich) geltend machen, da die Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche mit dem Ablauf der Verjährungsfristen unklagbar geworden sind. 7/50

Sofern der Übernehmer dem Übergeber den Mangel innerhalb der Verjährungsfrist (zumindest außergerichtlich) **anzeigt**, so kann der Übernehmer der Entgeltforderung des Übergebers zeitlich unbeschränkt die Einrede der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache entgegenhalten. 7/51

(Perpetuierung der Einrede der Schlechterfüllung). Anzeige des Mangels perpetuiert also die Einrede der Schlechterfüllung. Diese Einrede ist für den Übernehmer dann von großer Bedeutung, wenn er seine Leistung (zB den Kaufpreis oder den Werklohn) noch nicht zur Gänze erbracht hat. In diesen Fällen kann der Übernehmer dem auf Bezahlung klagenden Übergeber die Einrede der Mangelhaftigkeit bzw des mangelhaft erfüllten Werkes zeitlich unbeschränkt entgegenhalten, er ist also mit seiner Einrede gerade nicht an die Gewährleistungsfristen des § 933 gebunden. IdS wird davon gesprochen, dass die Einrede der Schlechterfüllung bei Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist als „passiver Schutzschild“ dem Übernehmer gegenüber dem Übergeber zeitlich unbeschränkt zusteht, während die aktive Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte und -ansprüche an die Gewährleistungsfristen des § 933 gebunden ist.

Bsp: Der Werkbesteller hat den Mangel dem Werkunternehmer innerhalb der Gewährleistungsfrist außergerichtlich angezeigt und den Werklohn noch nicht zur Gänze bezahlt. Der Unternehmer klagt nun auf Zahlung des restlichen Werklohnes, worauf der Besteller ihm seine Gewährleistungsansprüche einredeweise entgegenhält. Die Einrede der Schlechterfüllung bei Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist ist als „passiver Schutzschild“ dem Übergeber gegenüber zeitlich unbeschränkt möglich.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen und -rechten finden sich in § 28 VGG, der sowohl für den Kauf von Waren als auch für digitale Leistungen gilt. Nach § 28 Abs 1 VGG verjähren die Rechte des Verbrauchers aus der Gewährleistung sowie die Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung drei Monate nach Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist. Nach § 28 Abs 2 VGG tritt bei Rechtsmängeln die Verjährung zwei Jahre nach dem Zeitpunkt ein, zu dem der Mangel dem Verbraucher bekannt wird; wobei die zweijährige Frist aber frühestens mit der Übergabe (§ 10 Abs 1 VGG) oder der Bereitstellung (§ 18 Abs 1 VGG) beginnt. In den Fällen des § 10 Abs 2 VGG und des § 18 Abs 2 VGG tritt die Verjährung überdies frühestens drei

Monate nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums ein. Und nach § 28 Abs 3 VGG kann der Verbraucher, wenn er dem Unternehmer den Mangel innerhalb der Verjährungsfrist anzeigt, den Mangel zeitlich unbeschränkt durch Einrede gegen die Entgeltforderung des Unternehmers geltend machen (unten Rz 7/131).

d. Verlängerung, Verkürzung der Fristen, Wahrnehmung

7/52 Abweichend von der zwingenden Vorschrift des § 1502 ermöglicht § 933 Abs 4 eine vertragliche **Verkürzung** oder **Verlängerung** der in § 933 vorgesehenen Verjährungsfristen. Eine **Verkürzung** der Fristen ist außerhalb von Verbrauchergeschäften bzw zulasten von Unternehmern unter Beachtung der §§ 864a und 879 zulässig.

7/53 Die in § 933 Abs 3 und 4 verankerten **Verjährungsfristen** sind nicht von Amts wegen, sondern bloß auf Einrede wahrzunehmen (§ 1501). Die Vorschriften über Unterbrechung und Hemmung des Fristenlaufes (§§ 1494 - 1497) finden Anwendung. Nach Ablauf der Verjährungsfristen bleiben nicht klagbare, aber vom Schuldner erfüllbare Naturalobligationen zurück.

e. Fristenlauf, Verbesserungsversuch, -zusage, Mangelanerkennntnis

7/54 (Fristgerechte) **Klage** durch den Übernehmer führt nach § 1497 zur **Unterbrechung des Fristenlaufes**. Auch **Vergleichs- oder Anerkenntnisverhandlungen** unterbrechen den Fristenlauf des § 933, wenn sie zum Erfolg führen oder bei Scheitern die Rechtsverfolgung gehörig fortgesetzt wird (analog § 1497).

7/55 **Verbesserungsversuche bzw -zusagen** des Übergebers sind nach redlicher Verkehrsauffassung als Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht zu werten. Ob die **Anerkennung der Mangelhaftigkeit** durch den Übergeber die Gewährleistungsfrist iSd § 1497 unterbricht, sie also ab dem Zeitpunkt des Anerkenntnisses neu zu laufen beginnt, oder ob ab einem solchen Anerkenntnis eine neue 30-jährige (allgemeine) Verjährungsfrist läuft, ist str (Nw bei *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 933 Rz 16 f; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 933 Rz 13; *Reischauer/R/L*⁴ § 933 Rz 107 ff; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 933 Rz 17). Während nach der Rsp (7 Ob 541/95) und einem Teil der L (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 933 Rz 17; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 933 Rz 13; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 933 Rz 17) die Gewährleistungsfrist neu zu laufen beginnt, vertritt etwa *Reischauer* (*/R/L*⁴ § 933 Rz 112), dass ab dem Anerkenntnis nicht mehr die kurzen Gewährleistungsfristen, sondern wieder die allgemeinen Verjährungsfristen laufen (inkl Zulässigkeit des Rücktritts nach § 918 bis zur neuerlichen vorbehaltlosen Übernahme der „verbesserten“ Sache).

Wurde aber **vertraglich** Vertragsauflösung oder Minderung vereinbart (Zusage des 7/56 Veräußerers), so laufen jedenfalls wieder die allgemeinen Verjährungsfristen für die Erfüllungsansprüche aus diesem neuen Vertrag. Auch für die Verbesserung selbst hat der Veräußerer (nach neuerlicher Übergabe der verbesserten Sache an den Übernehmer) innerhalb einer neuen Frist Gewähr zu leisten, sodass durch solche Versuche die Gewährleistungsfrist unterbrochen wird und nach hA (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 933 Rz 17; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 933 Rz 13; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 933 Rz 18; 5 Ob 126/12h) (frühestens) nach dem letzten Verbesserungsversuch neu und in voller Länge zu laufen beginnt. Die Unterbrechungswirkung bezieht sich allerdings nur auf den anerkannten Mangel, nicht die Gewährleistung „über die gesamte Sache“.

Bsp: B kauft ein neues Auto beim Autohändler A. Kurz nach dem Kauf bemerkt er, dass die Bremsen nicht erwartungsgemäß einwandfrei funktionieren. Er lässt die Bremsen von A reparieren, der Mangel lässt sich aber nicht aufs Erste zu seiner Zufriedenheit beseitigen. Mit neuer Übergabe des KFZ an B beginnt die Gewährleistungsfrist neu zu laufen und der Übernehmer kann gem § 932 Abs 4 Vertragsauflösung oder Preisminderung verlangen, weil er mehrere Verbesserungsversuche des Übergebers nicht hinnehmen muss. Stellt sich nach 26 Monaten ein Defekt der Scheibenwaschanlage heraus, so ist für diesen „Mangel“ die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen.

2. Verbraucherverträge

§ 9 KSchG lautet: „Gewährleistungsrechte des Verbrauchers können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden; beim Kauf von Waren sowie bei der Bereitstellung digitaler Leistungen ist das Verbrauchergewährleistungsgesetz zu beachten.“

In Verbraucherverträgen können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des 7/57 Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, daher sind mE auch vertragliche Vorwegvereinbarungen über eine **Verkürzung der Verjährungsfristen** grundsätzlich unzulässig.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich sowohl für den Kauf von Waren als auch digitalen Leistungen in § 3 VGG. Nach § 3 VGG sind Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes abweichen, unwirksam, es sei denn, die Vereinbarung wird erst geschlossen, nachdem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat.

3. „Garantie“

a. Rechtsgeschäftliche Garantie

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährleistung sind grundsätzlich dispositiv, 7/58 können also durch Parteienvereinbarung zugunsten des Übernehmers abgeändert bzw erweitert werden. Derartige Vereinbarungen werden häufig untechnisch „Garantie“ genannt.

Praktisch häufig ist die bloße Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch eine **Garantievereinbarung**. Fraglich ist, wie eine solche Garantievereinbarung auszulegen ist. Wird etwa bei Erwerb eines Fahrrades „3 Jahre Garantie“ vereinbart, so ist der Bedeutungsgehalt dieser Vereinbarung zu ermitteln. Im Wesentlichen sind **drei Möglichkeiten** denkbar, welche Bedeutung im Einzelfall vorliegt, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

- Der Veräußerer hat für Mängel einzustehen, die innerhalb der Garantiefrist von drei Jahren auftreten und vom Erwerber innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von zwei Jahren nach Ablauf der Garantiefrist von drei Jahren geltend gemacht werden. Nach hM ist iZw im Einklang mit § 915 diese für den Veräußerer ungünstigste Auslegung anzunehmen.

Bsp: Funktionieren nach zwei Jahren und sechs Monaten die Bremsen des Rades nicht mehr, so hat der Übergeber für diesen Mangel einzustehen, der Erwerber muss aber seine Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche vor dem Ablauf des fünften Jahres ab Übergabe geltend machen. Somit beginnt die Gewährleistungsfrist für den Mangel nicht mit Übergabe und auch nicht mit Auftreten oder der Anzeige des Mangels beim Veräußerer, sondern erst mit Ablauf der vereinbarten Garantiefrist (drei Jahre).

- Im zweiten Fall muss der Erwerber die Mängel, die innerhalb der Garantiefrist auftreten, innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist geltend machen.

Bsp: Funktionieren nach zwei Jahren und sechs Monaten die Bremsen des Rades nicht mehr, so hat der Übergeber für diesen Mangel einzustehen, der Erwerber muss aber seine Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche innerhalb von zwei Jahren ab Auftreten des Mangels geltend machen. Somit beginnt die Gewährleistungsfrist für den Mangel mit Auftreten und nicht erst mit Ablauf der vereinbarten Garantiefrist. Bei diesem Verständnis hätte der Erwerber Gewährleistung für alle Mängel, die innerhalb von drei Jahren auftreten und nicht bereits im Übergabezeitpunkt vorliegen müssen, zu leisten, doch muss der Erwerber seine Rechtsbehelfe innerhalb von zwei Jahren ab Auftreten der Mängel geltendmachen.

- Im dritten Fall hat der Veräußerer für alle Mängel einzustehen, die ab der Übergabe innerhalb der Garantiefrist vom Erwerber geltend gemacht werden. Hier wird (nur) die gesetzliche Gewährleistungsfrist verlängert.

Bsp: Funktionieren im dritten Jahr die Bremsen des Rades nicht mehr, so hat der Übergeber für diesen Mangel nur einzustehen, wenn er schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war und der Erwerber seine Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche vor dem Ablauf des dritten Jahres ab Übergabe geltend macht. Somit beginnt die Gewährleistungsfrist für den Mangel bereits mit Übergabe. Hier wurde (nur) die gesetzliche Gewährleistungsfrist von zwei auf drei Jahre verlängert.

7/59 Für die Praxis ist wichtig, dass die Vereinbarung einer **Garantie** nicht immer eine Verbesserung der Rechtsstellung des Erwerbers, sondern häufig auch eine Verschlechterung mit sich bringt. Garantiert nicht der Veräußerer, sondern eine dritte Person einen bestimmten

Erfolg (zB Produzentengarantie, sog „echte Garantie“) und wird diese Garantie mit dem Endabnehmer abgeschlossen, so ist der „Garantieanspruch“ des Endabnehmers aus dem Garantievertrag, der sich gegen den Produzenten richtet, vom Gewährleistungsanspruch des Endabnehmers, den er gegen seinen Vertragspartner (zB Verkäufer, Werkunternehmer) hat, zu unterscheiden.

b. Verbraucherverträge

§ 9a KSchG lautet: „(1) Verpflichtet sich ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher, eine Sache zu verbessern, auszutauschen, den Kaufpreis zu erstatten oder sonst Abhilfe zu schaffen, falls sie nicht die in der Garantieerklärung oder in der Werbung angegebenen Eigenschaften aufweist oder nicht die dort genannten Anforderungen erfüllt (Garantie), so ist er an die Zusagen in der Garantieerklärung und an den in der Werbung bekanntgemachten Inhalt der Garantie gebunden. Sind die Zusagen in der Garantieerklärung für den Verbraucher weniger vorteilhaft als die Angaben über die Garantie in der Werbung, so ist die Garantie zu den in der Werbung angegebenen Bedingungen verbindlich, sofern nicht die Werbung noch vor Vertragsabschluss mit der gleichen Wahrnehmbarkeit berichtigt wurde.

(2) Hat der Hersteller einer Sache dem Verbraucher eine Garantie über die Haltbarkeit der Sache für einen bestimmten Zeitraum gegeben, so hat der Verbraucher während dieses Zeitraums einen unmittelbaren Anspruch gegen den Hersteller auf Verbesserung oder Austausch der Sache.

(3) Die Garantieerklärung muss dem Verbraucher spätestens bei Übergabe der Sache auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden. Sie muss klar und verständlich formuliert sein. Sie muss auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinweisen, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt wird. Zudem muss die Garantieerklärung den Namen und die Anschrift des Garanten, die Sache, auf die sich die Garantie bezieht, die Garantiebestimmungen sowie das zur Inanspruchnahme der Garantie einzuhaltende Vorgehen enthalten.

(4) Ein Verstoß des Garanten gegen Abs. 3 berührt die Verbindlichkeit der Garantie nicht. Der Garant haftet überdies dem Verbraucher für den durch den Verstoß verschuldeten Schaden.“

Verpflichtet sich ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher, eine Sache zu verbessern, 7/60 auszutauschen, den Kaufpreis zu erstatten oder sonst Abhilfe zu schaffen, falls sie nicht die **in der Garantieerklärung oder in der Werbung angegebenen Eigenschaften aufweist oder nicht die dort genannten Anforderungen erfüllt (Garantie)**, so ist er an die Zusagen in der Garantieerklärung und an den in der Werbung bekanntgemachten Inhalt der Garantie gebunden (§ 9a Abs 1 S 1 KSchG). Sind die Zusagen in der Garantieerklärung für den Verbraucher weniger vorteilhaft als die Angaben über die Garantie in der Werbung, so ist die Garantie zu den in der Werbung angegebenen Bedingungen verbindlich, sofern nicht die Werbung noch vor Vertragsabschluss mit der gleichen Wahrnehmbarkeit berichtigt wurde (§ 9a Abs 1 S 2 KSchG). Hat der Hersteller einer Sache dem Verbraucher eine Garantie über die **Haltbarkeit der Sache für einen bestimmten Zeitraum** gegeben, so hat der Verbraucher während dieses Zeitraums einen unmittelbaren Anspruch gegen den Hersteller auf Verbesserung oder Austausch der Sache (§ 9a Abs 2 KSchG). Die Garantieerklärung muss nach § 9a Abs 3 KSchG dem Verbraucher spätestens bei Übergabe der Sache auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden, klar und verständlich formuliert sein, auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinweisen, dass diese

durch die Garantie nicht eingeschränkt wird, und auch den Namen und die Anschrift des Garanten, die Sache, auf die sich die Garantie bezieht, die Garantiebestimmungen und das zur Inanspruchnahme der Garantie einzuhaltende Vorgehen enthalten. Ein Verstoß des Garanten gegen die in § 9a Abs 3 KSchG angeführten Erfordernisse berührt allerdings die Gültigkeit der Garantie nicht, doch wird der Unternehmer dem Verbraucher für daraus resultierende Schäden ersatzpflichtig (§ 9a Abs 4 KSchG).

XI. Ausschluss der Gewährleistung

7/61 Ein Ausschluss der Gewährleistung erfolgt entweder durch gesetzliche Regelung oder durch Parteienvereinbarung.

1. Offenkundige Mängel

§ 443 ABGB lautet: „Mit dem Eigentum unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit. Andere Forderungen und Ansprüche, die jemand an den vorigen Eigentümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerber über.“

§ 928 ABGB lautet: „Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet außer dem Falle arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt (§ 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden.“

7/62 Nach § 928 S 1 ist die Gewährleistung in zwei Fällen ausgeschlossen:

- Bei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **offenkundigen Mängeln**, die in die Augen fallen. Diese Mängel müssen also schon ohne besondere Prüfung der Sache bei normaler Sorgfalt (§§ 1297, 1299) erkennbar sein (zB Risse an der Außenmauer des Hauses, eine deutlich erkennbare Delle am Auto). Schon aus diesem Grund ist § 928 nur auf den Spezieskauf, nicht aber den Gattungskauf anwendbar (außer die gesamte Gattung weist den Mangel auf).
- Bei Mängeln, die aus den **öffentlichen Büchern** zu ersehen sind (zB Grundbuch). Ein Altlastenatlas, in den sicherungs- oder sanierungsbedürftige Altlasten aufgenommen sind, ist allerdings kein öffentliches Buch iSd § 928.

7/63 Aus einem Größenschluss zu diesen beiden Fällen ergibt sich, dass Gewährleistung auch ausgeschlossen ist,

- wenn der **Mangel** dem Erwerber **bekannt** ist. § 1167, der als reine Verweisungsnorm gestaltet ist, verweist auf das allgemeine Gewährleistungsrecht. Da bei Abschluss des Werkvertrages das (erst künftig zu erstellende) Werk ja noch gar nicht besichtigt werden kann, der Mangel aber bereits im Vertragsschlusszeitpunkt offenkundig sein muss, ist nach hA (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 928 Rz 6; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1,02} § 928 Rz 5; 6 Ob 113/09z) § 928 auf Werkverträge nicht anwendbar. Werden in die Augen fallende Mängel bei Übergabe des Werks nicht gerügt, so stellt dies nicht einen schlüssigen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche dar, da § 928 keine dem § 377 UGB vergleichbare Rügeobliegenheit vorsieht.

Bsp: Unterlässt der Werkbesteller anlässlich einer vertraglich bedungenen Abnahme des Werkes die Rüge von Mängeln, die in die Augen fallen, liegt darin nach hA kein schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung solcher Mängel (abzulehnen daher 6 Ob 623/87).

Von den beiden, in § 928 S 1 angeführten Fällen bestehen allerdings folgende **Ausnahmen:** 7/64

Auch für offenkundige oder aus den öffentlichen Büchern ersichtlichen Mängeln hat der Übergeber Gewähr zu leisten, wenn

- er den **Mangel arglistig** verschwiegen hat,
- die Mangelfreiheit **ausdrücklich zugesichert** hat (§ 928 S 1) oder
- **Schulden und Rückstände** auf der Sache haften (§ 928 S 2). Schulden und Rückstände machen also auch dann gewährleistungspflichtig, wenn sie aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sind. Für Schulden und Rückstände besteht ein besonderer Gewährleistungsanspruch, der Veräußerer hat die Sache lastenfrei zu stellen (**Depurierungspflicht**).

Die widerlegliche Vermutung des § 928 S 2 ist so zu verstehen, dass sich der Erwerber einer 7/65

Sache mit der Übernahme von Servituten und fortlaufenden Lasten, jedoch nicht mit der Übernahme von Pfandrechten oder rückständigen Leistungen einverstanden erklärt, selbst dann nicht, wenn er von ihnen Kenntnis hatte. Der Verkäufer hat somit die Pflicht, solche Lasten zu beseitigen (**Depurierungspflicht**).

Bsp: Werden Liegenschaften verkauft, so bedeutet dies, dass Servituten und sonstige Lasten (zB Reallasten) unter § 928 S 1 fallen, eine Gewährleistungspflicht damit nur bei arglistigem Verschweigen oder ausdrücklicher Zusicherung besteht. Hypotheken oder Rückstände an Gebühren oder Steuern machen hingegen nach § 928 S 2 in jedem Fall (mangels anderweitiger Parteienvereinbarung) gewährleistungspflichtig, auch wenn sie aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind.

Nach § 189 Abs 2 EO und § 270 Abs 4 EO hat der Ersterer wegen eines Mangels der in der 7/66

Exekution ersteigerten Sachen keinen Anspruch auf Gewährleistung. Ob dies nur Sach- oder auch Rechtsmängel betrifft, ist streitig.

7/67 Bei **beidseitig unternehmensbezogenen Kauf-, Tausch- und Werklieferungsverträgen** besteht gem §§ 377, 381 UGB eine Rügeobliegenheit des Erwerbers, widrigenfalls die Leistung als genehmigt gilt. Die rechtzeitige Rüge der mangelhaften Lieferung wahrt die gesamte Gewährleistungsfrist. Bei Verletzung der Rügeobliegenheit verliert der Käufer sämtliche Rechte / Ansprüche wegen des Mangels aus Gewährleistung, Irrtum und auf Ersatz des Mangelschadens.

2. Verzicht des Übernehmers

§ 929 ABGB lautet: „Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat ebensowenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht getan hat.“

7/68 Der Übernehmer kann auf die Gewährleistungspflicht des Übergebers verzichten. Gewährleistungsverzichtserklärungen sind restriktiv auszulegen (§ 915). Nach der Rsp (RS0014900; krit jedoch *P. Bydlinksi/KBB*⁶ § 929 Rz 5a) schließt daher ein allgemeiner Gewährleistungsverzicht die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums nicht aus, doch ist bei Ausschluss der Haftung für einen „bestimmten Umstand“ Irrtumsanfechtung nicht möglich (3 Ob 111/09h; 8 Ob 98/08g; Unfallfahrzeug mit Ausschluss der Gewährleistung für die Beschaffenheit des KFZ). Der **Verzicht des Übernehmers** umfasst daher iZw nur den Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels nach (verschuldensunabhängigem) Gewährleistungsrecht, nicht aber auch einen Verzicht auf (verschuldensabhängige) Schadenersatzansprüche. Nach § 9 KSchG können die §§ 922 ff zulasten von Verbrauchern nicht abbedungen werden, ein Verzicht auf Gewährleistungsrechte bzw -ansprüche ist nur in Kenntnis des Mangels zulässig. **Weiterveräußerung der Sache in Kenntnis des Mangels** bzw Vertragsauflösungsrechts ist iZw nicht als konkludenter Verzicht anzusehen. Nach hA (*Riedler/Schw/Ko*⁵ § 879 Rz 11; *Ofner/Schw/Ko*⁵ § 929 Rz 17; *P. Bydlinksi/KBB*⁶ § 929 Rz 7; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1,02} § 929 Rz 14) ist ein gänzlicher Ausschluss des Gewährleistungsrechts bei der **Veräußerung fabrikneuer Sachen** sittenwidrig.

3. Kauf in Pausch und Bogen

§ 930 ABGB lautet: „Werden Sachen in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht übergeben; so ist der Übergeber, außer dem Falle, daß eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich.“

7/69 Bei einem Kauf von Sachen „**in Pausch und Bogen**“ entsteht man eine Gesamtsache iSd § 302, deren Umfang nur ungefähr beschrieben wird und deren Bestandteile nicht detailliert

erfasst werden, zu einem Pauschalpreis (zB Erwerb eines gesamten Warenlagers in Pausch und Bogen). Die Gewährleistungsrechte und -ansprüche sind stark eingeschränkt. Wurde jedoch eine bestimmte Eigenschaft oder Beschaffenheit vereinbart, die fehlt, so hat der Veräußerer für diese Mängel einzustehen.

4. Verbraucherverträge

§ 9 KSchG lautet: „Gewährleistungsrechte des Verbrauchers können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden; beim Kauf von Waren sowie bei der Bereitstellung digitaler Leistungen ist das Verbrauchergewährleistungsgesetz zu beachten.“

Das allgemeine Gewährleistungsrecht der §§ 922 - 933 ist zugunsten von Verbrauchern ^{7/70} **zwingend** gestellt. Vereinbarungen zulasten der Verbraucher sind vor deren Kenntnis des Mangels unwirksam. Für Verträge über den Kauf von Waren sowie über die Bereitstellung digitaler Leistungen sind die ebenfalls relativ zwingenden (§ 3 VGG) Bestimmungen des VGG zu beachten.

Anmerkung VGG 2022: „Parallelbestimmungen“ finden sich sowohl für den Kauf von Waren als auch digitalen Leistungen in § 3 VGG. Nach § 3 VGG sind Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes abweichen, unwirksam, es sei denn, die Vereinbarung wird erst geschlossen, nachdem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat.

5. Wohnungseigentumsverträge

In Verträgen zwischen Wohnungseigentumsbewerbern/Wohnungseigentümern und ^{7/71} Wohnungseigentumsorganisatoren darf Gewährleistung nicht durch Vereinbarungen beschränkt werden, welche geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber/Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken (§ 38 Abs 1 Z 4 WEG).

XII. Gewährleistung und Schadenersatz

§ 933a ABGB lautet: „(1) Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.

(2) Wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

(3) Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.“

7/72 Liefert der Schuldner mangelhaft, so verletzt er den Vertrag und ist (auch) gem § 933a Abs 1 schadenersatzpflichtig, sofern er **schuldhaft gehandelt** hat. Nach § 933a Abs 1 kann der Übernehmer wegen **des im Mangel selbst gelegenen Schadens** auch Schadenersatzansprüche gegen seinen Vertragspartner erheben, sofern diesen an der Schlechterfüllung des Vertrages Verschulden trifft. Es geht sowohl um Mängel, die der Übergeber schuldhaft herbeigeführt hat, als auch um solche, deren Beseitigung er vor der Übergabe schuldhaft unterlassen hat. **Mangelschaden** ist jener (idR Vermögens) Nachteil, den der Übernehmer durch den Umstand erleidet, dass die Sache mangelhaft ist (zB Minderwert der Sache; Verbesserungsaufwand). Hingegen sind **Mangelfolgeschäden** über den Mangelschaden hinausgehende Schäden, die der Gläubiger idR in seinem Vermögen oder an sonstigen Rechtsgütern wegen der Mangelhaftigkeit der Sache erlitten hat (zB Folgeschäden an sonstigen Rechtsgütern des Gläubigers).

Bsp: Der erworbene Kühlschrank erreicht die zugesagte Kühltemperatur nicht und ist daher mangelhaft. Der Minderwert des Kühlschranks ist Mangelschaden. Verderben in der Folge wegen zu hoher Temperaturen Gemüse und Obst, so liegen Mangelfolgeschäden vor.

7/73 Die „Rechtsfolgen“ des § 933a wurden mit jenen des Gewährleistungsrechts **harmonisiert**, sodass auch bei Geltendmachung des Schadenersatzanspruches wegen des **Mangelschadens** der Vorrang der Verbesserung und des Austauschanspruches zu berücksichtigen ist und Geldersatz nur nach Maßgabe jener Voraussetzungen verlangt werden kann, unter denen auch im Gewährleistungsrecht auf die sekundären Gewährleistungsbefehle der Preisminderung bzw Vertragsauflösung umgestiegen werden kann (§ 932 Abs 4). § 933a Abs 2 erfasst nur die Ersatzpflicht für Mangelschäden (10 Ob 94/08h) und bildet insofern die schadenersatzrechtliche „Parallelbestimmung“ zu § 932. Da der Anspruch auf Ersatz der **Mangelfolgeschäden** aber keine „Parallele“ zu den Gewährleistungsrechten/-ansprüchen des § 932 aufweist, weil er sich auf von der mangelhaften Sache verschiedene Schäden bezieht, gilt für diesen Schadenersatzanspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden weitestgehend allgemeines Schadenersatzrecht (*P. Bydlinski* in KBB⁶ § 933a Rz 10).

7/74 Der Schädiger hat das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, also den Übernehmer so zu stellen, wie dieser stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (= **Nichterfüllungsschaden**). Grundsätzlich ist der Nichterfüllungsschaden (das Erfüllungsinteresse) zu ersetzen, da – zumindest bei behebbaren Mängeln – Behebungspflicht des Verkäufers besteht. Der Käufer kann entweder den Ersatz der **Mangelbehebungskosten** oder die **Wertdifferenz** (zwischen mangelfreier und mangelhafter Leistung) oder **Rückerstattung (jenes Teiles) des Kaufpreises**, der durch den Mangel zu einem Schaden wird, verlangen. Bei nicht geringfügigen Mängeln kann der Übernehmer als Ersatz auch das bezahlte Entgelt gegen

Rückstellung der mangelhaften Sache verlangen (schadenersatzrechtliche Vertragsauflösung). Für die Verjährung des Schadenersatzanspruchs gelten die allgemeinen Regeln des § 1489. Dies hat für den Übernehmer wesentliche Vorteile, da die Gewährleistungsfrist idR ab Übergabe läuft, während die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch erst mit Kenntnis von Schaden (Mangel) und Schädiger zu laufen beginnt und idR drei Jahre, bei Unkenntnis vom Schadenseintritt 30 Jahre beträgt. Bei **anfänglich unbehebbar Mängeln** haftet der Übergeber hingegen unter Kausalitätsgesichtspunkten nach den Grundsätzen der anfänglichen schlichten Unmöglichkeit – mangels Garantiezusage – nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo nur auf den **Vertrauensschaden** (*Ofner/Schw/Ko*⁵ § 933a Rz 7; *P. Bydlinksi/KBB*⁶ § 933a Rz 8a), da der Veräußerer lediglich eine Aufklärungspflicht über die Mangelhaftigkeit der Sache verletzt hat (Rz 5/17) und niemand zur Herstellung eines unmöglichen Erfolges verpflichtet ist. Nach *Reischauer* (*/R/L*⁴ § 920 Rz 127 ff) und *Zöchling-Jud* (*/ABGB-ON*^{1.02} § 933a Rz 16) haftet der Schuldner auch hier auf den Nichterfüllungsschaden.

Nach § 933a Abs 3 ist die Beweislastumkehr gem **§ 1298** mit zehn Jahren befristet. Das **7/75** bedeutet, dass nach Ablauf von zehn Jahren der Übernehmer das Verschulden des Übergebers (nach § 1296) zu beweisen hat. Dies gilt für Mangel- und Mangelfolgeschäden.

Zu beachten ist: Ist die übergebene Sache (auch objektiv) fehlerhaft iSd § 5 PHG, so hat **7/76** der Übernehmer wegen der Mangelhaftigkeit der Sache

1. verschuldensunabhängige **Gewährleistungsrechte** und -ansprüche nach §§ 922 ff,
2. wegen des Mangelschadens und der erlittenen Mangelfolgeschäden **verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche** nach den §§ 933a, 1295 ff wegen Vertragsverletzung, wobei die schadenersatzrechtliche Prüfung ersatzfähiger Mangelschäden als auch Mangelfolgeschäden dem allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prüfungsschema der Verschuldenshaftung nach ABGB folgt (Rz IV/2/1 ff), und
3. wegen der an der fehlerhaften Sache verschiedenen Sachen erlittenen Sach- und Personenschäden verschuldensunabhängige Ersatzansprüche nach §§ 1 ff **PHG**. Die Ansprüche konkurrieren, soweit sie jeweils deckungsgleich sind.

XIII. Rückgriff in der Lieferkette

§ 933b ABGB lautet: „(1) Hat ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann, sofern auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 die

Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Übernehmers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Der Anspruch ist mit den dem Übergeber aus dessen Gewährleistungspflicht entstandenen Nachteilen beschränkt.

(2) Hat der Übergeber durch Verbesserung oder Austausch Gewähr geleistet, so umfasst sein Anspruch nach Abs. 1 auch den Ersatz des ihm durch die Verbesserung oder den Austausch entstandenen Aufwands, sofern er unverzüglich nach Bekanntgabe des Mangels durch den Übernehmer seinen Vormann zur Herstellung des mangelfreien Zustands aufgefordert hat und der Vormann dieser Aufforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachgekommen ist.

(3) Ansprüche nach Abs. 1 verjähren drei Monate nach Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht, spätestens aber fünf Jahre, nachdem der Rückgriffspflichtige seine Leistung erbracht hat. Die Verjährung wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreits gehemmt.

(4) Eine Vereinbarung, mit der ein Anspruch nach Abs. 1 ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nur verbindlich, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Übergeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt.“

7/77 Nach § 933b Abs 1 kann der **Unternehmer, der einem Verbraucher Gewähr geleistet hat**, von seinem Vormann, wenn dieser ebenfalls Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Gewährleistungsfristen des § 933 die Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für diesen Unternehmer im Verhältnis zu seinem Vormann und für das Verhältnis dieses Vormannes zu dessen Vormann etc. Voraussetzung des **Rückgriffsanspruches „in der Kette“** ist, dass „das letzte Glied in der Lieferkette“ ein Verbraucher ist und die Vormänner jeweils Unternehmer iSd KSchG sind.

Bsp: Erwirbt ein Gebrauchtwagenhändler B von dem privaten A einen PKW und verkauft er diesen an C weiter und wird B dem C gewährleistungspflichtig, so steht B der Rückgriff nach § 933b gegen A nicht zu.

7/78 Inhaltlich entspricht der Rückgriffsanspruch den Gewährleistungsrechten zwischen den jeweils beteiligten Vertragspartnern. Auch der Letztverkäufer kann daher von seinem Vormann Verbesserung, Austausch, Preisminderung bzw Vertragsauflösung verlangen, wobei auch im Regressweg der Vorrang der Verbesserung bzw des Austausches entsprechend den allgemeinen Regeln des § 932 zu beachten ist. Rügepflichten nach §§ 377 f UGB sind zu berücksichtigen. Der Anspruch ist nach § 933b Abs 1 mit den dem Übergeber aus dessen Gewährleistungspflicht entstandenen Nachteilen beschränkt. Hat der Übergeber durch Verbesserung oder Austausch Gewähr geleistet, so umfasst sein Anspruch nach Abs 1 auch den Ersatz des ihm durch die Verbesserung oder den Austausch entstandenen Aufwandes, sofern er unverzüglich nach Bekanntgabe des Mangels durch den Übernehmer seinen Vormann zur Herstellung des mangelfreien Zustands aufgefordert hat und der Vormann dieser Aufforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachgekommen ist (§ 933b Abs 2).

Bsp: Hat der Produzent A dem Händler B und dieser dem Verbraucher C geliefert und hat B dem Verbraucher C die mangelhafte Sache verbessert (Aufwand von € 10.000,-), obwohl A mit einem eigenen Aufwand von € 7.000,- verbessern hätte können, so ist der Anspruch nach § 933b Abs 1 mit

€ 7.000,- begrenzt (der dem Übergeber aus dessen Gewährleistungspflicht entstandene Nachteil). Hat B unverzüglich nach Bekanntgabe des Mangels den A zur Herstellung des mangelfreien Zustandes aufgefordert und ist dieser der Aufforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachgekommen, so kann B die gesamten € 10.000,- fordern (Ersatz des ihm entstandenen Aufwandes).

Die Geltendmachung von Regressansprüchen in der Kette wird allerdings **zeitlich in zweifacher Hinsicht beschränkt**. Erstens müssen Regressansprüche von jedem Unternehmer innerhalb von **drei Monaten** ab Erfüllung seiner eigenen Gewährleistungspflicht gegen seinen Vormann gerichtlich geltend gemacht werden (**relative Verjährungsfrist**). Und zweitens ist die Haftung jedes Rückgriffspflichtigen spätestens nach **fünf Jahren**, nachdem dieser seine eigene Leistung erbracht hat, verjährt (**absolute Verjährungsfrist**), allerdings wird (auch) diese Frist durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreites gehemmt. § 933b ist nach der L (*Offner/Schw/Ko*⁵ § 933b Rz 7; *P. Bydlinski/KBB*⁶ § 933b Rz 8; *Zöchling-Jud/ABGB-ON*^{1.02} § 933b Rz 17) analog anwendbar, wenn der Letztverkäufer Schadenersatz gem § 933a an den Verbraucher geleistet hat.

Eine **Vereinbarung**, mit der der Rückgriff des § 933b ausgeschlossen oder beschränkt werden soll, ist nur verbindlich, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Übergeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt (§ 933b Abs 4).

XIV. Annex: Positive Vertragsverletzung (positive Forderungsverletzung, Schlechterfüllung)

Unter **positiver Vertragsverletzung** werden von einem Teil der L (Nw bei *Reidinger/Mock/Schw/Ko*⁵ § 918 Rz 21; *P. Bydlinski/KBB*⁶ Vor §§ 918 ff Rz 2; *Reischauer/R/L*⁴ Vor §§ 918 ff Rz 26 ff) jene Fälle zusammengefasst, in denen der Schuldner entweder seine Leistung mangelhaft erbringt und dadurch sonstige Güter des Gläubigers schädigt (zB Tod der Hühner durch das verdorbene gelieferte Futter; sog Mangelfolgeschäden) oder der Schuldner anlässlich der Erfüllung Schutzpflichten gegenüber dem Gläubiger verletzt (zB anlässlich der Lieferung eines Schrankes fährt der Tischler im Hof des Gläubigers dessen Hund nieder, worauf dieser verendet; sog Begleitschäden). Positive Vertragsverletzung führt zu Schadenersatzansprüchen wegen Vertragsverletzung (ex contractu) und untersteht somit den **Grundsätzen der Vertragshaftung**, was zur Folge hat, dass der Schuldner für Gehilfen nach **§ 1313a** haftet, auch für fahrlässiges Irreführen und Nichterfüllung haftbar gemacht werden kann und (bei Verletzung von Erfolgsverbindlichkeiten) **§ 1298** innerhalb der Zehnjahresfrist des § 933a Abs 3 anzuwenden ist.

7/82 Nach *Reischauer* (/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 26 ff) ist die positive Forderungsverletzung hingegen eine dem österreichischen Recht fremde Kategorie und überhaupt entbehrlich. Schädigung durch Schlechtleistung (zB Lieferung verdorbenen Viehfutters – Tod der gefütterten Tiere, Mangelfolgeschäden) und Zerschlagen eines Fensters anlässlich einer (mangelhaften oder mangelfreien) Leistung seien Grundverschiedenes. Nicht zu den (deliktischen) Schutzpflichten zählt die Problematik der fehlerhaften Haupt- oder Nebenleistung (Schlechtleistung) mit ihren Folgen (zB die fehlerhafte Maschine verletzt den Besteller [Mangelfolgeschaden]) (*Reischauer*/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 54). Die ihrer Natur nach nicht den Inhalt einer Haupt- oder Nebenleistung betreffenden Schutzpflichten sind nach *Reischauer* aber deliktischen Ursprunges (zB Monteur beschädigt beim Zusammenkehren oder Verlassen des Hauses mit der Leiter einen Gegenstand; die Kundschaft stürzt beim Verlassen des Hauses einer Kanzlei infolge verkehrswidrigen Zustandes des Raumes). Der Vertragspartner hat hier wegen Verletzung der allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten einzustehen (*Reischauer*/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 50), wobei sich die Haftung für Gehilfen nach § 1313a aus der ratio dieser Norm ergibt, nämlich aus der Interessenverfolgung gegenüber dem Geschädigten (*Reischauer*/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 331). § 1298 ist aber bei bloßen Schutzpflichtverletzungen nach *Reischauer* (/R/L⁴ Vor §§ 918 ff Rz 55) nicht anzuwenden.

Bsp: So ist zB Verbrennen des Bodens beim Schweißen eines Heizkörpers bloß Schutzpflichtverletzung, der Schädiger haftet ex delicto, Austreten von Wasser wegen mangelhafter Schweißarbeit dagegen Verletzung des Leistungsinteresses, weil Dichtschweißen geschuldet ist, der Schädiger haftet ex contractu. Werden Sandstrahlarbeiten durchgeführt, so hat diese Leistung die metallische Blankheit des zu bearbeitenden Materials zum Vertragsinhalt, nicht jedoch die Nichtschädigung der in der Nähe parkenden Autos. Ist das Material nicht blank, so liegt Schlechtleistung vor, der Schädiger haftet ex contractu, werden parkende Autos beschädigt, so wurden Schutzpflichten verletzt, der Schädiger haftet ex delicto.

XV. Annex: Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG)

7/83 Mit 1. Jänner 2022 ist das **Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG)** BGBl I 2021/175 in Kraft getreten. Dieses GRUG brachte

- Änderungen im **ABGB**, wo Adaptierungen im allgemeinen Gewährleistungsrecht der **§§ 932, 933 und 933b ABGB** vorgenommen wurden (zu § 932 Rz 7/27 ff; zu § 933 Rz 7/47 ff; zu § 933b Rz 7/77 ff),
- Änderungen in den schon bisher vorhandenen Spezialbestimmungen des **KSchG**, wo es zur Einfügung der neuen Bestimmungen der **§§ 7c, 7d und 9a KSchG** (zu § 9a oben Rz 7/60 kommt, die **§§ 8, 9, 13a, 28a und 41a KSchG** (zu § 8 oben Rz 7/38; zu § 9 oben Rz 7/68) geändert werden und **§ 9b KSchG** entfällt,

- das ganz neue Verbrauchergewährleistungsgesetz (**VGG**), das in 31 Paragraphen die Vorgaben der europäischen Warenkauf-Richtlinie (WKRL) und der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL) transformiert und als ganz neues eigenes Sondergesetz in das österr Recht implementiert wurde, welches ein eigenständiges Sondergewährleistungsrecht für Verbraucherverträge über den Kauf von Waren und Verträge über digitale Inhalte enthält. Als Sondernormen verdrängen die Regelungen des VGG in ihrem Anwendungsbereich jene des ABGB und KSchG. Enthält das VGG jedoch zu bestimmten Rechtsfragen keine Aussage, so gelten wiederum ergänzend die allgemeinen gewährleistungsrechtlichen Normen des KSchG und ABGB. Insbesondere im VGG ist dabei zusätzlich zu beachten, dass die jeweiligen nationalen Normen des VGG auf die europäischen Richtlinienbestimmungen der WKRL bzw der DIRL zurückzuführen sind. Treten daher bei der Interpretation dieser Normen Zweifelsfragen auf, so ist zu beachten, dass das **Interpretationsmonopol** für die jeweiligen Richtlinienbestimmungen ausschließlich beim **EuGH** liegt, was auch zur Folge haben kann, dass dessen Verständnis eines Begriffes, einer Rechtsfolge oder sonstigen Anordnung durchaus vom (bisher etablierten) Rechtsverständnis des österr Rechtsanwenders abweichen kann.

1. Regelungsstruktur des VGG

Das VGG umfasst **31 Paragraphen** und regelt in Anlehnung an die Regelungsabfolge der ^{7/84} WKRL und der DIRL die Rechtsfragen rund um die vertragswidrige Erfüllung von Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern über den Kauf von Waren oder die Bereitstellung digitaler Inhalte. Das VGG gliedert sich in 4 Abschnitte.

- Der **1. Abschnitt** enthält Allgemeine Bestimmungen (§§ 1 - 8 VGG),
- der **2. Abschnitt** enthält (besondere) Bestimmungen über die „Gewährleistung beim Warenkauf“ (§§ 9 - 15 VGG),
- der **3. Abschnitt** enthält (besondere) Bestimmungen über die „Erfüllung, Gewährleistung und Leistungsänderung bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen“ (§§ 16 - 27 VGG) und
- der letzte und **4. Abschnitt** umfasst die „Verjährungs- und Schlussbestimmungen“ (§§ 28 - 31 VGG).

Zu beachten ist einerseits, dass die **spezielleren Regelungen des VGG** den allgemeineren „Parallelregelungen“ des ABGB bzw KSchG vorgehen – daher verdrängt zB

die einjährige Vermutungsfrist des § 11 VGG die sechsmonatige Vermutungsfrist des § 924 ABGB. Und zu beachten ist andererseits, dass die Regelungen des ABGB bzw KSchG selbstverständlich insoweit zur Anwendung gelangen, als das VGG keine Regelungen zu den einschlägigen Fragen enthält.

2. Die allgemeinen Bestimmungen des VGG - §§ 1 - 8 VGG

a. Personeller, sachlicher, zeitlicher Geltungsbereich des VGG - §§ 1, 2 VGG

§ 1 VGG lautet: „(1) Dieses Bundesgesetz gilt für zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) geschlossene Verträge

1. über den Kauf von Waren – das sind bewegliche körperliche Sachen – einschließlich solcher, die noch herzustellen sind, sowie
2. über die Bereitstellung digitaler Leistungen
 - a) gegen eine Zahlung oder
 - b) gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten des Verbrauchers, es sei denn, der Unternehmer verarbeitet diese ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Leistungen oder zur Erfüllung von rechtlichen Anforderungen.

(2) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Verträge über

1. den Kauf lebender Tiere,
2. Dienstleistungen, die keine digitalen Dienstleistungen sind, auch wenn der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln,
3. elektronische Kommunikationsdienste im Sinn von Art. 2 Z 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 321 vom 17.12.2018 S. 36, ausgenommen nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste im Sinn von Art. 2 Z 7 dieser Richtlinie,
4. Gesundheitsdienstleistungen im Sinn von Art. 3 lit. a der Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. Nr. L 88 vom 4.4.2011 S. 45,
5. Glücksspieldienstleistungen, die elektronisch oder mit einer anderen Kommunikationstechnologie auf individuellen Abruf des Verbrauchers erbracht werden und einen geldwerten Einsatz erfordern, wie Lotterien, Kasinospiele, Pokerspiele und Wetten, einschließlich Spielen, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzen,
6. Finanzdienstleistungen im Sinn von Art. 2 lit. b der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. Nr. L 271 vom 9.10.2002 S. 16,
7. Software, die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quelloffenen Lizenz anbietet, sofern der Verbraucher keine Zahlung leistet und die vom Verbraucher hingegebenen personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität dieser speziellen Software verarbeitet werden,
8. die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn diese der Öffentlichkeit auf eine andere Weise als durch Signalübermittlung als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung, wie etwa einer digitalen Kinovorführung, zugänglich gemacht werden,
9. digitale Inhalte, die gemäß der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. Nr. L 345 vom 31.12.2003 S. 90, von öffentlichen Stellen bereitgestellt werden,
10. Waren, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden.

(3) § 7 gilt auch für Verträge nach Abs. 1, die zwischen zwei Unternehmern geschlossen werden.“

7/85 **Der personelle Anwendungsbereich des VGG** erfasst nur „zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG)“ geschlossene Verträge. Für die Begriffe „Unternehmer“ und

„**Verbraucher**“ kommen aufgrund des Legalverweises in § 1 VGG die Legaldefinitionen des **§ 1 KSchG** zur Anwendung, sodass sich der personelle Geltungsbereich zB mit jenem des KSchG, des VKrG bzw des FAGG deckt. Zusätzlich und im Gegensatz zum KSchG gelten aber die Regelungen des VGG nur für solche Verträge, bei denen der Unternehmer als Anbieter (also als Verkäufer oder Bereitsteller) und der Verbraucher als Nachfrager (also als Käufer oder als Bezieher oder Nutzer) auftritt. Damit ist für die Anwendung der §§ 1 ff VGG auch – obwohl dies im Gesetzestext des § 1 VGG (bedauerlicherweise) nicht explizit zum Ausdruck kommt – eine **spezifische Rollenverteilung der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen** erforderlich: Der **Verkäufer** muss **Unternehmer** sein, der **Käufer** muss **Verbraucher** sein (sog „Business-to-Consumer“[B2C]-Verträge). Nicht erfasst werden damit aus personeller Sicht sowohl Verträge über den Verkauf von beweglichen Sachen durch einen Verbraucher an einen Unternehmer („C2B“), zwischen zwei Unternehmern („B2B“ – siehe aber § 1 Abs 3 VGG mit Bezug auf § 7 VGG) oder zwei Verbrauchern („C2C“). Diesbezüglich bleibt es bei den Normen des ABGB, FAGG, KSchG, UGB etc.

Bsp 1: Verkauft also der Unternehmer A dem Verbraucher B sein KFZ (Ware), so gelten das VGG und ergänzend das KSchG, das ABGB, das UGB etc.

Bsp 2: Verkauft jedoch der Verbraucher B dem Unternehmer A sein KFZ (Ware), so gelten zwar das ABGB, das KSchG und das UGB, nicht jedoch das VGG.

Bsp 3: Verkauft der Verbraucher A dem Verbraucher B sein KFZ (Ware), so gilt zwar das ABGB, nicht aber gelten KSchG, VGG oder UGB.

Bsp 4: Verkauft der Unternehmer A dem Unternehmer B eine Ware mit digitalen Elementen oder eine digitale Leistung, so gelten zwar ABGB und UGB, nicht jedoch das VGG, doch kommt kraft § 1 Abs 3 VGG (nur) die Norm des § 7 VGG (Aktualisierungspflicht des Verkäufers) auch auf B2B-Verträge zur Anwendung.

Der **sachliche Anwendungsbereich** erfasst nach § 1 Abs 1 Z 1 VGG erstens Verträge „über **den Kauf von Waren** – das sind bewegliche körperliche Gegenstände – einschließlich solcher, die noch herzustellen sind“, sodass der entgeltliche Erwerb des Eigentumsrechts an beweglichen (§ 293 ABGB) körperlichen (§ 292 ABGB) Sachen (§ 285 ABGB) erfasst wird – dies unabhängig davon, ob die Ware im Erwerbszeitpunkt bereits fertig produziert ist oder erst hergestellt werden muss (sog Werklieferungsvertrag). Und das VGG gilt zweitens nach § 1 Abs 1 Z 2 VGG auch für Verträge „über die **Bereitstellung digitaler Leistungen** a) gegen eine Zahlung oder b) gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten des Verbrauchers, es sei denn, der Unternehmer verarbeitet diese ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Leistungen oder zur Erfüllung von rechtlichen Anforderungen“ (zu den Legaldefinitionen der Begriffe „digitale Leistungen“ bzw „digitale Dienstleistung“ vgl § 2 Z 1 und 2 VGG). **§ 1 Abs 2 Z 1 - 10 VGG** nimmt die dort aufgezählten Verträge vom Anwendungsbereich des VGG aus (zB Kauf von lebenden Tieren, Gesundheits-, Glückspiel-, Finanzdienstleistungen, Erwerb von

Waren, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden).

Bsp 1: In den sachlichen Anwendungsbereich des VGG (Waren) fallen somit zB der Eigentumserwerb des Verbrauchers vom Unternehmer an Möbeln, Nahrungsmitteln, Papier, Kraftfahrzeugen, Büchern, erlegten Tieren.

Bsp 2: In den sachlichen Anwendungsbereich des VGG (Waren) fallen somit zB der Eigentumserwerb des Verbrauchers vom Unternehmer an digitalen Inhalten bzw Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen.

Bsp 3: Nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des VGG fallen hingegen Kauf- bzw Werklieferungsverträge über unbewegliche Sachen (Liegenschaften; § 293 ABGB), über unkörperliche Sachen (zB nicht verbriefte Forderungen, Patente, Lizenzen; § 292 ABGB), alle anderen Vertragstypen wie zB reine Werkverträge, Mietverträge, Leasingverträge, Schenkungsverträge, Auftragsverträge oder Verträge über analoge Dienstleistungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Für all diese Fälle bleibt es auch weiterhin bei den Gewährleistungsregelungen der §§ 922 ff ABGB und den Sonderregelungen des KSchG.

Bsp 4: Das VGG gilt auch nicht für jene Sonderkonstellationen, welche nach § 1 Abs 2 Z 1 - 10 VGG vom Geltungsbereich des VGG ausdrücklich ausgenommen sind. A kauft beim gewerblichen Landwirt B ein lebendes Huhn oder Schwein zum privaten Verzehr. Da es sich um den Kauf lebender Tiere handelt, fällt der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des VGG (§ 1 Abs 2 Z 1 VGG).

Bsp 5: Kauft A vom Landwirt B hingegen ein fertiges Brathuhn oder eine gegrillte Schweinsstelze, so findet das VGG Anwendung.

§ 29 VGG lautet: „(1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2022 in Kraft.

(2) Dieses Bundesgesetz ist auf Verträge über den Kauf von Waren (§ 1 Abs. 1 Z 1) anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 geschlossen werden.

(3) Dieses Bundesgesetz ist mit Ausnahme des § 27 auf die Bereitstellung digitaler Leistungen (§ 1 Abs. 1 Z 2) anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 erfolgt. § 27 ist auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 geschlossen werden.“

7/87 Der **zeitliche Geltungsbereich** der neuen Vorschriften des VGG ergibt sich aus § 29 VGG.

Das VGG gilt daher nicht für **Warenkaufverträge**, die vor dem 1. Jänner 2022 abgeschlossen wurden, dies gilt auch, wenn sich der Leistungserbringungszeitraum in das Kalenderjahr 2022 hinein erstreckt (arg § 29 Abs 2 VGG). Für die **Bereitstellung digitaler Leistungen** gilt das VGG mit Ausnahme des § 27 VGG, „wenn diese nach dem 31. Dezember 2021 erfolgt“, wogegen § 27 VGG nur auf Verträge anzuwenden ist, „die nach dem 31. Dezember 2021 geschlossen werden“. Damit gilt das VGG ab 1. Jänner 2022 auch für die Bereitstellung digitaler Leistungen, wenn diese auf Basis eines vor dem 1. Jänner 2022 geschlossenen Vertrages erbracht werden, wogegen § 27 VGG nur für die Bereitstellung digitaler Leistungen zur Anwendung gelangt, die auf der Basis von Verträgen erfolgt, die nach dem 31. Dezember 2021 geschlossen werden.

b. Zwingendes Recht - § 3 VGG

§ 3 VGG lautet: „Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes abweichen, sind unwirksam, es sei denn, die Vereinbarung wird erst geschlossen, nachdem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat.“

§ 3 VGG stellt die gesamten Bestimmungen aller Abschnitte des VGG zugunsten des 7/88

Verbrauchers zwingend, sodass von den im VGG verankerten Schutzbestimmungen nicht durch vertragliche Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Anderes gilt freilich ab dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat; ab diesem Zeitpunkt sind vom VGG zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Vereinbarungen, die der Verbraucher dann ja in Kenntnis des Mangels schließt, wirksam. Zu beachten ist allerdings, dass nach **§ 10 Abs 4 VGG** bei gebrauchten Waren die Gewährleistungsfrist vertraglich auf ein Jahr verkürzt werden kann, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird. Bei Kraftfahrzeugen ist eine solche Verkürzung nur wirksam, wenn seit dem Tag der ersten Zulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist.

c. Die allgemeine Gewährleistungspflicht des Unternehmers - §§ 4 - 8 VGG

Die §§ 4 - 8 VGG regeln die Frage, **ob, wann und für welche Eigenschaften des** 7/89 **Vertragsgegenstandes der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher gewährleistungsrechtlich einzustehen** hat. Damit regeln diese Normen implizit auch den Tatbestand der Vertragsgemäßheit bzw der Vertragswidrigkeit der später geleisteten Ware bzw digitalen Leistungen. Die §§ 4 - 8 VGG gelten dabei **übergreifend** sowohl für Waren als auch digitale Leistungen. Die **Rechtsfolgen** für die Vertragswidrigkeit der **Ware** sind dann daran anschließend im 2. Abschnitt des VGG (**§§ 12 - 15 VGG**), für **digitale Leistungen** im 3. Abschnitt des VGG (**§§ 20 - 27 VGG**) geregelt.

§ 4 VGG „Gewährleistungspflicht des Unternehmers“ lautet: „Der Unternehmer leistet Gewähr, dass die von ihm übergebene Ware oder die von ihm bereitgestellte digitale Leistung dem Vertrag entspricht, also keinen Mangel aufweist. Er haftet somit dafür, dass die von ihm erbrachte Leistung die vertraglich vereinbarten Eigenschaften (§ 5) sowie die objektiv erforderlichen Eigenschaften (§ 6) hat, dass gegebenenfalls die Aktualisierungspflicht nach § 7 erfüllt wird und dass im Fall des § 8 die Montage, Installation oder Integration sachgemäß durchgeführt wird.“

§ 5 VGG „Vertraglich vereinbarte Eigenschaften“ lautet: „Der Unternehmer haftet dafür, dass die Ware oder die digitale Leistung die vertraglich vereinbarten Eigenschaften hat. Sie muss insbesondere, soweit zutreffend,

1. ihrer Beschreibung im Vertrag entsprechen sowie die Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstigen Merkmale aufweisen, die sich aus dem Vertrag ergeben,
2. sich für einen bestimmten, vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Unternehmer spätestens bei Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Unternehmer zugestimmt hat,

3. den Anforderungen des Vertrags entsprechend mit Zubehör und Anleitungen – einschließlich solchen zur Montage oder Installation – ausgestattet sein und im Fall einer digitalen Leistung auch mit Kundendienst bereitgestellt werden und
4. wie im Vertrag bestimmt, aktualisiert werden.“

§ 6 VGG „Objektiv erforderliche Eigenschaften“ lautet: „(1) Der Unternehmer haftet überdies dafür, dass die Ware oder die digitale Leistung zusätzlich zu den vertraglich vereinbarten Eigenschaften die objektiv erforderlichen Eigenschaften (Abs. 2, 3 und 4) hat. Das gilt 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.

(2) Die Ware oder die digitale Leistung muss

1. 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,
2. wenn der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss eine Warenprobe oder ein Warenmuster zur Verfügung gestellt hat, der Qualität und der Beschreibung dieser Probe oder dieses Musters entsprechen,
3. wenn der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss eine Testversion oder eine Vorschau der digitalen Leistung zur Verfügung gestellt hat, dieser Testversion oder dieser Vorschau entsprechen,
4. soweit zutreffend, mit jenem Zubehör – einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitungen und anderen Anleitungen – ausgestattet sein, dessen Erhalt der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, und
5. die Menge, Qualität, Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität, Sicherheit und sonstigen Merkmale aufweisen, die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich sind und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann.

(3) Eine öffentliche Erklärung (Abs. 2 Z 5) ist nicht zu berücksichtigen, wenn der Unternehmer beweist, dass

1. er sie nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,
2. sie bis Vertragsabschluss in derselben Weise wie jener, in der sie abgegeben wurde, oder in einer vergleichbaren Weise berichtigt wurde oder
3. sie die Entscheidung über den Erwerb der Ware oder der digitalen Leistung nicht beeinflussen konnte.

(4) Bei digitalen Leistungen muss die neueste bei Vertragsabschluss verfügbare Version bereitgestellt werden, sofern nichts anderes vereinbart wurde; für eine solche Vereinbarung gelten die in Abs. 1 zweiter Satz genannten Wirksamkeitserfordernisse nicht.“

7/90 Nach der einleitenden Bestimmung des **§ 4 VGG** haftet der Unternehmer dafür, dass die von ihm an den Verbraucher übergebene Ware oder die bereitgestellte digitale Leistung die vertraglich (subjektiv) vereinbarten Eigenschaften (§ 5 VGG) und die objektiv erforderlichen Eigenschaften (§ 6 VGG) im Zeitpunkt der Übergabe aufweist, dass eine allfällige Aktualisierungspflicht (§ 7 VGG) erfüllt und eine allfällige Montage, Installation oder Integration (§ 8 VGG) sachgemäß durchgeführt wird. Jede Abweichung der übergebenen Ware bzw digitalen Leistung von diesen angeführten vier Kriterien begründet Mangelhaftigkeit iSd **§ 4 VGG**. Hierbei bestehen wesentliche **Parallelen** zum Begriff des Mangels nach dem ABGB, wo ebenfalls auf die „bedungenen“ (subjektiven) oder „gewöhnlich vorausgesetzten“ (objektiven)

Eigenschaften abgestellt wird (sog **subjektiver bzw objektiver Mangelbegriff**; dazu näher Rz 7/9).

Nach **§ 5 VGG** haftet der Unternehmer also zunächst dafür, dass die Ware oder digitale Leistung die vertraglich vereinbarten Eigenschaften hat (**subjektiver Mangelbegriff – vertraglich vereinbarte Eigenschaften**). Sie muss insbesondere, soweit zutreffend,

- ihrer **Beschreibung im Vertrag** entsprechen sowie die Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität (zu den Legaldefinitionen vgl § 2 VGG) und sonstigen Merkmale aufweisen, die sich aus dem Vertrag ergeben,
- sich für den vom Verbraucher bei Vertragsabschluss bekanntgegebenen **Zweck**, dem der Unternehmer zugestimmt hat, eignen,
- den Vertragsanforderungen entsprechend mit **Zubehör und Anleitungen** (inklusive Montage- oder Installationsanleitungen) ausgestattet und – im Falle einer digitalen Leistung – mit Kundendienst bereitgestellt werden und
- vertragsgemäß **aktualisiert** werden (dazu näher § 7 VGG)

Zusätzlich zu den in § 5 VGG dargelegten vertraglichen Erfordernissen haftet der Unternehmer nach **§ 6 VGG** aber „überdies dafür, dass die Ware oder die digitale Leistung zusätzlich zu den vertraglich vereinbarten Eigenschaften die objektiv erforderlichen Eigenschaften (Abs. 2, 3 und 4) hat“ (**objektiver Mangelbegriff – objektiv erforderliche Eigenschaften**). Damit muss die Ware/digitale Leistung auch die in § 6 angeführten objektiven Qualitätsmerkmale aufweisen, also zB für die Zwecke geeignet sein, für die derartige Waren oder digitale Leistungen üblicherweise verwendet werden (§ 6 Abs 2 Z 1 VGG), wenn der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss eine Warenprobe oder ein Warenmuster zur Verfügung gestellt hat, der Qualität und der Beschreibung dieser Probe oder dieses Musters entsprechen (§ 6 Abs 2 Z 2 VGG) bzw Menge, Qualität, Haltbarkeit (zu Obsoleszenzen oben Rz 7/48), Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität, Sicherheit und sonstigen Merkmale aufweisen, die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich sind und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen, die vom Unternehmer oder einem seiner Vormänner oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann (§ 6 Abs 2 Z 5 VGG) etc. Solche **öffentlichen Erklärungen** sind nach § 6 Abs 3 VGG (ähnlich § 922 Abs 2 letzter S; oben Rz 7/12) nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie der Unternehmer

- nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,

- sie bis Vertragsschluss in derselben Weise wie jener, in der sie abgegeben wurde, oder in einer vergleichbaren Weise berichtigt wurde oder
- sie die Entscheidung über den Erwerb der Ware oder der digitalen Leistung nicht beeinflussen konnte,

wobei den **Unternehmer die Beweispflicht** trifft. Bei digitalen Leistungen hat der Unternehmer gemäß § 6 Abs 4 VGG, sofern keine abweichenden Vereinbarungen vorliegen, für die Bereitstellung der neuesten bei Vertragsschluss verfügbaren Version zu sorgen. Die in § 6 Abs 2 bis 4 VGG angeführten Kriterien gelten nur dann nicht, wenn und 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. Dabei reicht es nicht aus, dass der Verbraucher generell darüber informiert wird, dass Abweichungen von objektiv erforderlichen Eigenschaften vorliegen, und er dem in der Folge zustimmt. Vielmehr müssen sich die Information und die Zustimmung auf eine bestimmte, konkretisierte Abweichung beziehen. „Ausdrückliche und gesonderte“ Zustimmung erfordert, dass der Verbraucher seine Zustimmung durch ein „aktives und eindeutiges Verhalten“ zum Ausdruck bringt, wie zB „das Anklicken eines Kästchens“ oder die „Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion“ (ErlzRV 949 BlgNR 27. GP 20).

§ 7 VGG „Aktualisierungspflicht“ lautet: *„(1) Bei Waren mit digitalen Elementen sowie bei digitalen Leistungen haftet der Unternehmer auch dafür, dass dem Verbraucher während der in Abs. 2 bestimmten Zeiträume – nach vorheriger Information – jene Aktualisierungen zur Verfügung gestellt werden, die notwendig sind, damit die Ware oder die digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht. Das gilt nicht, soweit der Verbraucher bei Vertragsabschluss einer Abweichung von der Aktualisierungspflicht ausdrücklich und gesondert zustimmt, nachdem er von dieser Abweichung eigens in Kenntnis gesetzt wurde.*

(2) Die Aktualisierungspflicht besteht,

- 1. wenn die digitale Leistung nach dem Vertrag einmal oder mehrmals einzeln bereitzustellen ist, während des Zeitraums, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und deren digitaler Elemente beziehungsweise der digitalen Leistung und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann, oder*
- 2. wenn die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, während der gesamten Dauer dieser Bereitstellungspflicht, bei Waren mit digitalen Elementen jedoch mindestens für zwei Jahre nach deren Übergabe.*

(3) Wenn der Verbraucher eine Aktualisierung, die ihm gemäß Abs. 1 zur Verfügung gestellt wurde, nicht innerhalb einer angemessenen Frist installiert, haftet der Unternehmer nicht für einen etwaigen Mangel, der allein auf das Unterbleiben dieser Aktualisierung zurückzuführen ist, sofern

- 1. der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und über die Folgen eines Unterbleibens ihrer Installation informiert hat und*
- 2. das Unterbleiben oder die nicht sachgemäße Durchführung der Installation durch den Verbraucher nicht auf eine mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.“*

7/93 Handelt es sich um eine Ware mit **digitalen Elementen oder digitale Leistungen**, so haftet der Unternehmer nach **§ 7 VGG** überdies dafür, dass dem Verbraucher – nach vorheriger

Information – jene Aktualisierungen zur Verfügung gestellt werden, die notwendig sind, damit die Ware oder die digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht (**Aktualisierungspflicht**).

Wird der Verbraucher aber bei Vertragsschluss von einer Abweichung von der Aktualisierungspflicht eigens in Kenntnis gesetzt und stimmt er dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zu, so gilt die Aktualisierungspflicht insoweit nicht. Die Zeiträume, während derer vom Unternehmer die entsprechende Aktualisierung bereitgestellt werden muss, bestimmen sich nach § 7 Abs 2 VGG. Unterlässt der Verbraucher jedoch die Installation der vom Unternehmer bereitgestellten Aktualisierung, haftet der Unternehmer gemäß § 7 Abs 3 nicht für einen etwaigen Mangel, sofern zusätzlich die Z 1 und 2 erfüllt sind.

§ 8 VGG „Unsachgemäße Montage, Installation oder Integration“ lautet: „(1) Ist der Unternehmer nach dem Vertrag zur Montage oder Installation der Ware verpflichtet, so haftet er auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Ware verursachten Mangel. Dasselbe gilt, wenn die Montage oder Installation vom Verbraucher vorzunehmen war, aber aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer mitgelieferten Anleitung unsachgemäß durchgeführt wurde. 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.

(2) Hat der Unternehmer die digitale Leistung in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert, so 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.“

§ 8 VGG erstreckt die Haftung des Unternehmers auf **unsachgemäße Montage, Installation oder Integration** 7/94. Ist der Unternehmer nach dem Vertrag (auch) zur Montage oder Installation der Ware verpflichtet (**Montageklausel**), haftet er nach § 8 Abs 1 S 1 VGG auch für einen dabei durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Ware verursachten Mangel (vgl dazu auch oben Rz 7/15 f). Dasselbe gilt nach § 8 Abs 1 S 2 VGG, wenn die Montage oder Installation nach den vertraglichen Gegebenheiten zwar Sache des Verbrauchers ist, dieser dabei jedoch aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer beigestellten Anleitung unsachgemäß vorgeht, wodurch die Ware einen Mangel davonträgt (sog **IKEA-Klausel**). In beiden Fällen hat der Unternehmer für den Mangel gewährleistungsrechtlich einzustehen. Damit entspricht die Bestimmung im Wesentlichen dem früheren § 9a KSchG (oben Rz 7/16). Zusätzlich stellt § 8 Abs 1 S 3 VGG klar, dass bei Waren mit digitalen Elementen der Unternehmer einen Fehler in der Anleitung auch dann zu verantworten hat, wenn die Anleitung nicht von ihm, sondern vom Anbieter des digitalen Elements mitgeliefert wurde. § 8 Abs 2 VGG enthält eine weitgehend gleichgelagerte Regelung für den Fall einer unsachgemäßen Integration der bereitgestellten digitalen Leistung in die digitale Umgebung des Verbrauchers.

3. Gewährleistung beim Warenkauf - §§ 9 - 15 VGG

§ 9 VGG lautet: „(1) Dieser Abschnitt ist auf Verträge über den Kauf von Waren (§ 1 Abs. 1 Z 1) anzuwenden.

(2) Bei Waren mit digitalen Elementen ist dieser Abschnitt dann auch auf die in den Waren enthaltenen oder mit ihnen verbundenen digitalen Leistungen anzuwenden, wenn diese aufgrund des Vertrags mit den Waren bereitzustellen sind, unabhängig davon, ob die Bereitstellung durch den Unternehmer oder einen Dritten geschieht. Im Zweifel gilt die Bereitstellung der digitalen Leistungen als vom Vertrag umfasst.

(3) Auf körperliche Datenträger, die nur als Träger digitaler Inhalte dienen, ist dieser Abschnitt nicht anzuwenden.“

7/95 Der 2. Abschnitt des VGG enthält in den §§ 9 - 15 VGG eigene (Rechtsfolge)Bestimmungen über die Gewährleistung beim Warenkauf. **§ 9 VGG** stellt zunächst den Anwendungsbereich dieses 2. Abschnittes klar, der Waren im weiteren Sinne (Abs 1), Waren mit digitalen Elementen (Abs 2), nicht aber bloß körperliche Datenträger (Abs 3) oder eben rein digitale Leistungen erfasst. Die folgenden Regelungen enthalten Anordnungen über

- **Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist** (§ 10 VGG),
- die **Vermutung bei Hervorkommen eines Mangels** und die **Beweislast** (§ 11 VGG) und
- in den §§ 12 - 15 VGG die Anordnungen über die **Rechtsfolgen**, welche aus der Mangelhaftigkeit der Leistung resultieren können. Dabei regelt § 12 VGG die Frage, wann dem Verbraucher welche Rechtsbehelfe zukommen, bevor die anschließenden Regelungen die einzelnen Rechtsbehelfe dann inhaltlich konkretisieren –
 - § 13 VGG – **Verbesserung** und **Austausch**,
 - § 14 VGG – **Preisminderung** und
 - § 15 VGG – **Auflösung des Vertrags**.

a. Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist

§ 10 VGG lautet: „(1) Der Unternehmer leistet Gewähr für jeden Mangel, der bei Übergabe der Ware vorliegt und innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervorkommt.

(2) Wenn bei einer Ware mit digitalen Elementen die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, leistet der Unternehmer 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.

(3) Bei Rechtsmängeln leistet der Unternehmer Gewähr, wenn der Mangel bei Übergabe der Ware vorliegt. Im Fall des Abs. 2 leistet der Unternehmer auch Gewähr für jeden Rechtsmangel an der digitalen Leistung, der zu Beginn oder während des Bereitstellungszeitraums beziehungsweise – im Fall einer Bereitstellungspflicht von weniger als zwei Jahren – zu einem Zeitpunkt innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe der Ware vorliegt.

(4) Bei gebrauchten Waren kann die Gewährleistungsfrist vertraglich auf ein Jahr verkürzt werden, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird. Bei Kraftfahrzeugen ist eine solche Verkürzung nur dann wirksam, wenn seit dem Tag der ersten Zulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist.“

Nach § 10 Abs 1 VGG hat der Unternehmer beim **Warenkauf** für jeden Mangel Gewähr zu leisten, „der bei Übergabe der Ware vorliegt und innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervorkommt“. Maßgebend sind also – ebenso wie im Rahmen des § 933 ABGB (oben Rz 7/47 ff) – einerseits das Vorhandensein des Mangels schon im Zeitpunkt der Übergabe und andererseits das Hervorkommen des Mangels in der Zwei-Jahresfrist nach faktischer Übergabe, also der realen Ausfolgung der Sache an den Verbraucher. 7/96

Handelt es sich um **Waren mit digitalen Elementen**, bei welchen die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist (zB Smartphone oder Smartwatch samt Betriebssystem), so leistet der Unternehmer nach § 10 Abs 2 VGG 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. 7/97

Besondere Anordnungen enthält § 10 Abs 3 VGG für **Rechtsmängel**, für welche nur angeordnet wird, dass es auch für die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Rechtsmängel auf das Vorliegen des Mangels – ebenso wie § 933 ABGB (oben Rz 7/49) – bei Übergabe der Ware bzw bei Rechtsmängeln an digitalen Leistungen auf das Auftreten bzw Hervorkommen innerhalb der Bereitstellungsfrist bzw innerhalb der Zwei-Jahresfrist ankommt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass § 10 Abs 3 VGG – ebenso wie § 933 ABGB (oben Rz 7/49) – keine Gewährleistungsfrist für Rechtsmängel anordnet. Eine Befristung der Gewährleistungsrechte bei Rechtsmängeln wird also nicht hier angeordnet, sondern wird erst über die Verjährungsbestimmung in § 28 Abs 2 VGG bewirkt, die primär auf die Mangelkenntnis des Verbrauchers abstellt. 7/98

Nach § 10 Abs 4 VGG kann die **Gewährleistungsfrist bei gebrauchten Waren** vertraglich auf ein Jahr verkürzt werden, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wurde, bei einem KFZ gilt dies jedoch nur, wenn seit dessen Erstzulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist. 7/99

b. Vermutungsfrist und Beweislast

§11 VGG „Vermutung bei Hervorkommen des Mangels; Beweislast“ lautet: „(1) Bei einem Mangel, der innerhalb eines Jahres nach Übergabe der Ware hervorkommt, wird vermutet, dass er bereits bei

Übergabe vorgelegen ist. Diese Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Ware oder des Mangels unvereinbar ist.

(2) Wenn bei einer Ware mit digitalen Elementen die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, so trägt bei Hervorkommen eines Mangels während des in § 10 Abs. 2 genannten Zeitraums der Unternehmer die Beweislast dafür, dass die digitale Leistung während dieses Zeitraums dem Vertrag entsprochen hat.“

7/100 Während § 924 S 2 ABGB eine sechsmonatige Vermutungsfrist enthält, normiert § 11 Abs 1 VGG eine **einjährige Vermutungsfrist**. Kommt also bei einem Warenkauf iSd § 9 VGG innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Übergabe ein Mangel hervor, so „wird vermutet, dass er bereits bei Übergabe vorgelegen ist“. Die Vermutung kommt aber nicht zur Anwendung, wenn sie „mit der Art der Ware oder des Mangels unvereinbar ist“ (zB verdorbene Milch acht Monate nach Kauf). § 11 Abs 2 VGG enthält wiederum die „Parallelnormen“ für Waren mit **digitalen Elementen**, die **fortlaufend** bereitgestellt werden.

c. Die Gewährleistungsbefehle im Einzelnen

§ 12 VGG „Rechte aus der Gewährleistung“ lautet: „(1) Wenn die Ware mangelhaft ist, kann der Verbraucher unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen entweder die Herstellung des mangelfreien Zustands verlangen oder den Preis mindern oder den Vertrag auflösen.

(2) Der Verbraucher kann – vorbehaltlich der Abs. 3 und 4 – zunächst nur die Herstellung des mangelfreien Zustands verlangen. Dabei kann der Verbraucher zwischen Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden) und Austausch der Ware wählen, es sei denn, die gewählte Abhilfe wäre unmöglich oder für den Unternehmer, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind unter anderem der Wert der mangelfreien Ware, die Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe für den Verbraucher verbundenen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen.

(3) Der Unternehmer kann die Herstellung des mangelfreien Zustands verweigern, wenn ihm sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für ihn mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind unter anderem der Wert der mangelfreien Ware und die Schwere des Mangels zu berücksichtigen.

(4) Das Recht, den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen, hat der Verbraucher nur dann, wenn

1. der Mangel derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Vertragsauflösung gerechtfertigt ist,
2. der Unternehmer die Herstellung des mangelfreien Zustands – sei es unberechtigt, sei es nach Abs. 3 berechtigt – verweigert,
3. sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird,
4. der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs. 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat oder
5. ein Mangel auftritt, obwohl der Unternehmer versucht hat, den mangelfreien Zustand herzustellen.

(5) Der Verbraucher kann den Vertrag nicht auflösen, wenn der Mangel nur geringfügig ist. Zweifel über die Geringfügigkeit des Mangels gehen zu Lasten des Unternehmers.“

§ 12 VGG trifft die Grundsatzregelung über die einzelnen Gewährleistungsbefehle und legt ^{7/101} deren Verhältnis zueinander im Sinne der schon aus § 932 ABGB bekannten **Hierarchie der Gewährleistungsbefehle** fest.

§ 12 Abs 1 VGG listet zunächst allgemein die Handlungsmöglichkeiten des Verbrauchers bei ^{7/102} Mangelhaftigkeit der Ware präambelhaft auf, unterscheidet aber noch nicht zwischen den beiden Gewährleistungsbefehlen der ersten Stufe.

Erst **§ 12 Abs 2 VGG** normiert den – auch aus § 932 Abs 2 ABGB bekannten – **Primat der Verbesserung oder des Austausches**. ^{7/103} Ebenso wie nach § 932 ABGB liegt dabei das **Recht zur Wahl** zwischen den beiden Befehlen der ersten Stufe grundsätzlich beim **Verbraucher**, „es sei denn, die gewählte Abhilfe wäre unmöglich oder für den Unternehmer, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden“. Bei der Beurteilung des Unverhältnismäßigkeitseinwandes des Unternehmers sind unter anderem der Wert der mangelfreien Ware, die Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe für den Verbraucher verbundenen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen.

§ 12 Abs 3 VGG gibt dem Unternehmer das Recht, den **Verbraucher auf die sekundären** ^{7/104} **Gewährleistungsbefehle zu verweisen**, wenn die Gewährleistungsbefehle der ersten Stufe **unmöglich** sind oder für den Unternehmer mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden wären. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind hier ebenfalls der Wert der mangelfreien Ware sowie die Schwere des Mangels (nicht auch die Unannehmlichkeiten des alternativen Behelfs für den Verbraucher) zu berücksichtigen. Die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes kann zB aus dem Umstand resultieren, dass sich die Waren an einem anderen Ort befinden als dem, von dem aus sie ursprünglich geliefert wurden, woraus dem Verkäufer unverhältnismäßige Versand- und Beförderungskosten entstehen würden.

§ 12 Abs 4 VGG normiert – ähnlich wie § 932 ABGB (dazu oben Rz 7/31 ff und 7/38 ff) – die ^{7/105} **Voraussetzungen zur Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbefehle Preisminderung bzw Vertragsauflösung durch den Verbraucher**, wobei sich die Regelungsabfolge der Z 1 - 5 am chronologischen Ablauf bei der Mängelbehebung orientiert. Der **Verbraucher** hat nach § 12 Abs 4 Z 1 - 5 VGG das **Recht, den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen**, wenn

- „der **Mangel derart schwerwiegend** ist, dass eine **sofortige Preisminderung oder Vertragsauflösung** gerechtfertigt ist,“ (Z 1). In der Sache geht es dabei iaR um Vertrauensverlust, der sich entweder aus der Person des Unternehmers, aber auch

aus der Natur des Mangels ergeben kann (zB Lieferung eines fabrikneuen Mountainbikes mit gänzlich unzureichenden Bremsen).

- „der Unternehmer die Herstellung des mangelfreien Zustands – sei es unberechtigt, sei es nach Abs. 3 berechtigt – verweigert“ (Z 2) – erfasst ist also jede **Verweigerung** der Mangelbehebung durch den Unternehmer, unabhängig davon, ob die Verweigerung berechtigt oder unberechtigt erfolgt ist.
- „sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird“ (Z 3). Erfasst sind jene Fälle, in welchen sich aus den Erklärungen des Unternehmers oder aus sonstigen Umständen ergibt, dass der Unternehmer den **Mangel nicht, nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher **beheben wird**. Der erste Fall „aus den Erklärungen des Unternehmers“ deckt sich inhaltlich hinsichtlich des gänzlichen Unterbleibens der Mangelbehebung mit dem Tatbestand der unberechtigten Verweigerung nach Z 2.
- „der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs. 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat“ (Z 4). Diese Bestimmung deckt zwei unterschiedliche Fallkonstellationen ab: Einerseits erfasst die Bestimmung den Fall, dass der Unternehmer seiner Pflicht zur Mangelbehebung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist nicht nachgekommen ist – damit ist der **Verbesserungsverzug** erfasst. Andererseits erfasst die Bestimmung den Fall, dass der Unternehmer den Mangel zwar behoben hat, er dabei aber seiner Pflicht zur **Rücknahme** der ausgetauschten Ware nach § 13 Abs 2 VGG oder zur **Entfernung** der Ware bzw zur **Montage** oder Installation der Ersatzware oder der Übernahme der Kosten dafür nach § 13 Abs 3 VGG nicht nachgekommen ist. Auch in diesem Fall (Mangelbehebung zwar erfolgt, aber unter Verabsäumung der Nebenpflichten Rücknahme, Entfernung, Montage) stehen dem Verbraucher trotz erfolgter Verbesserung oder geschehenen Austausches die Gewährleistungsbefehle der zweiten Stufe zu. Da hier der eigentliche Mangel an der Sache selbst durch Verbesserung oder Austausch ja bereits behoben wurde, wird die Rechtsfolge dieser Bestimmung daher in aller Regel infolge bloßer Geringfügigkeit der Vertragswidrigkeit nicht in einer Vertragsauflösung, sondern nur in einer Preisminderung liegen können, welche sich – abweichend von der in § 14 VGG verankerten relativen Berechnungsmethode – zumeist wohl mit den Kosten für die

Rücknahme der mangelhaften Ware (§ 13 Abs 2) oder mit den Entfernungs- und Montagekosten (§ 13 Abs 3) beziffert wird.

- „ein Mangel auftritt, obwohl der Unternehmer versucht hat, den mangelfreien Zustand herzustellen“ (Z 5). Erfasst sind sowohl der **fehlgeschlagene Verbesserungsversuch des Unternehmers** (neuerliches Auftreten desselben Mangels) als auch das Auftreten eines anderen (schon bei Übergabe vorhanden gewesenen) Mangels sowie ein erst durch den Verbesserungsversuch hervorgerufener Mangel. Wie viele Verbesserungsversuche der Verbraucher zu akzeptieren hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Gemäß **§ 12 Abs 5 VGG** hat der Verbraucher bei einem bloß **geringfügigen Mangel** – der ^{7/106} allerdings im Zweifel nicht angenommen wird – **kein Recht auf Vertragsauflösung**.

§ 13 VGG „Verbesserung und Austausch“ lautet: „(1) Der Unternehmer hat die Verbesserung oder den Austausch innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem ihn der Verbraucher vom Mangel verständigt hat, und ohne Kosten oder erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher vorzunehmen, wobei die Art der Ware sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen sind.

(2) Im Fall des Austausches hat der Unternehmer die mangelhafte Ware auf seine Kosten zurückzunehmen.

(3) Wenn die Ware vor Hervorkommen des Mangels entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck montiert oder installiert wurde, so umfasst die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des mangelfreien Zustands bei Austausch und erforderlichenfalls auch bei Verbesserung die Entfernung der Ware und die Montage oder Installation der Ersatzware oder der verbesserten Ware oder die Übernahme der Kosten dafür.

(4) Der Verbraucher schuldet kein Entgelt für den gewöhnlichen Gebrauch einer in der Folge ausgetauschten Ware.“

§ 13 VGG regelt die näheren Modalitäten der Durchführung von Verbesserung bzw. Austausch. ^{7/107}

Gemäß **§ 13 Abs 1 VGG** hat der Unternehmer die Verbesserung oder den Austausch **innerhalb einer angemessenen Frist** (beginnend ab dem Zeitpunkt der Verständigung durch den Verbraucher), **ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher** und unentgeltlich, also **ohne Kosten** für den Verbraucher vorzunehmen. Dem Verbraucher dürfen daher **keine Versand-, Beförderungs-, Arbeits-, Materialkosten** oder auch Kosten für die Prüfung des Vorliegens eines Mangels (**Mangelerhebungskosten**) angelastet werden.

Beim Austausch muss der Unternehmer nach **§ 13 Abs 2 VGG** die mangelhafte Ware auf ^{7/108} seine Kosten **zurücknehmen**, also für deren – für den Verbraucher kostenfreien – Abtransport sorgen.

7/109 In Umsetzung des EuGH-Urteils *Weber/Putz* (EuGH C-65/09 & C-87/09) hält nunmehr **§ 13 Abs 3 VGG** fest, dass der Unternehmer, sofern die Ware vor Hervorkommen des Mangels installiert oder montiert wurde, auch die **Entfernung der Ware** und die **Montage/Installation** der Ersatzware bzw verbesserten Ware oder die **Übernahme der Kosten** dafür schuldet.

7/110 Für den **gewöhnlichen Gebrauch der in der Folge ausgetauschten Sache** schuldet der Verbraucher kein Entgelt (**§ 13 Abs 4 VGG**), also weder Benützungsentgelt noch sonstigen „Wertausgleich“ für die durch den zwischenzeitigen (seit der Übergabe der Sache durch den Unternehmer bis zur Abholung der Sache durch den Unternehmer) normalen Gebrauch der Sache eingetretene Wertminderung.

§ 14 VGG „Preisminderung“ lautet: „(1) Der Verbraucher kann sein Recht auf Preisminderung durch Erklärung ausüben, die an keine bestimmte Form gebunden ist.

(2) Die Preisminderung bemisst sich nach dem Verhältnis des Werts der an den Verbraucher übergebenen Ware zum Wert der mangelfreien Ware.“

7/111 Nach **§ 14 Abs 1 VGG** kann der Verbraucher sein Recht auf **Preisminderung** durch eine **formfreie**, also nicht an eine bestimmte Form gebundene **Erklärung** ausüben. Zu beachten ist jedoch, dass diese Erklärung **empfangsbedürftig** ist, sodass die Preisminderungserklärung des Käufers dem Verkäufer iSd Empfangstheorie des § 862 ABGB zugehen muss.

7/112 Das **Ausmaß der Preisminderung** bemisst sich „nach dem Verhältnis des Werts der an den Verbraucher übergebenen Ware zum Wert der mangelfreien Ware“ (§ 14 Abs 2 VGG), was der schon aus dem ABGB bekannten relativen Berechnungsmethode entspricht (oben Rz 7/42 f).

§ 15 VGG „Auflösung des Vertrags“ lautet: „(1) Der Verbraucher kann sein Recht auf Vertragsauflösung durch Erklärung ausüben, die an keine bestimmte Form gebunden ist.

(2) Ist nur ein Teil der übergebenen Waren mangelhaft, so kann der Verbraucher den Vertrag nur für diesen Teil der Waren auflösen. Das gilt nicht, soweit vom Verbraucher vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass er den mangelfreien Teil behält.

(3) Nach Auflösung des Vertrags hat der Verbraucher dem Unternehmer die Ware auf dessen Kosten zurückzugeben und hat der Unternehmer dem Verbraucher den für die Ware gezahlten Preis zu erstatten. Der Unternehmer kann die Rückzahlung verweigern, bis er entweder die Ware wieder zurückerhalten oder ihm der Verbraucher einen Nachweis über die Rücksendung der Ware erbracht hat.“

7/113 Schon aus § 12 Abs 5 VGG resultiert, dass der Verbraucher ein Recht zur **Vertragsauflösung** nur hat, wenn ein **nicht geringfügiger Mangel** vorliegt. § 15 regelt – daran anknüpfend – die Modalitäten der Vertragsauflösung.

Nach **§ 15 Abs 1 VGG** kann der Verbraucher sein Recht auf **Vertragsauflösung** durch eine **formfreie**, also nicht an eine bestimmte Form gebundene **Erklärung** ausüben. Ein bestimmter Wortlaut der Erklärung ist nicht erforderlich, entscheidend ist nur, dass der Käufer mit seiner Erklärung für den Käufer klar erkennbar seinen Entschluss zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag beenden möchte. Der Inhalt der Erklärung des Käufers ist nach der Vertrauens Theorie aus der Perspektive eines objektiv-redlichen Erklärungsempfängers (des Verkäufers) zu ermitteln. Für den Zugang der Erklärung des Käufers beim Verkäufer gilt die Empfangstheorie (§ 862 ABGB). 7/114

Ist nur ein Teil der übergebenen Waren mangelhaft, so steht dem Verbraucher nur ein Recht zur Auflösung des vom Mangel betroffenen Teiles des Vertrages zu (**Teilauflösung**), was Teilbarkeit des Vertrages voraussetzt. Soweit vom Verbraucher aber „vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass er den mangelfreien Teil behält“, kommt auch ein Gesamtauflösungsrecht in Betracht (§ 15 Abs 2 VGG; zur teilweisen Vertragsauflösung bei Nicht-Geringfügigkeit des Mangels im ABGB vgl Rz 7/33 und 7/44 f). 7/115

Nach Vertragsauflösung bestehen **wechselseitige Rückgabeanprüche** (§ 15 Abs 3 VGG). Der Verbraucher hat dem Unternehmer die Ware auf dessen Kosten zurückzugeben. Der Unternehmer hat dem Verbraucher den für die Ware gezahlten Preis zu erstatten, wobei der Unternehmer diese Rückzahlung verweigern kann, bis er entweder die Ware wieder zurückerhalten oder ihm der Verbraucher einen Nachweis über die Rücksendung der Ware erbracht hat. 7/116

Außerordentlich wichtig ist letztlich der Umstand, dass in den Gesetzesmaterialien zum VGG (ErlzRV 949 BgNR 27. GP 28) ausdrücklich betont wird, dass Rechtsbehelfe und Rechtsinstitute, die dem Verbraucher nach allgemeinem Zivilrecht parallel zu den Gewährleistungsbehelfen zur Verfügung stehen (zB **Irrtumsanfechtung, Sittenwidrigkeit, laesio enormis oder Schadenersatz**) unberührt bleiben und bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen weiterhin alternativ zu den Handlungsmöglichkeiten nach dem VGG geltend gemacht werden können. 7/117

4. Gewährleistung bei digitalen Leistungen - §§ 16 - 27 VGG

Die Regelungen des **3. Abschnitts** des VGG umfassen die (besonderen) Bestimmungen über die „**Erfüllung, Gewährleistung und Leistungsänderung bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen**“ (§§ 16 - 27 VGG), wobei derartige Verträge über die 7/118

Bereitstellung digitaler Leistungen nur in den Anwendungsbereich des VGG fallen, wenn diese Bereitstellung der digitalen Daten gegen eine Zahlung oder gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten des Verbrauchers erfolgt, es sei denn, der Unternehmer verarbeitet diese persönlichen Daten ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Leistungen oder zur Erfüllung von rechtlichen Anforderungen (§ 1 Abs 1 Z 2 VGG). Die Normen der §§ 16 - 27 VGG sind überaus detailreich und sollen hier nur überblicksartig dargestellt werden, sodass die nachfolgende Darstellung jeweils nur einige wichtige Teilaspekte der angeführten Regelungen aufgreift. Aufbau und Regelungsfolge der §§ 16 - 27 VGG orientieren sich prinzipiell am 2. Abschnitt des VGG, wobei eben auf die jeweiligen Besonderheiten digitaler Leistungen Bedacht genommen wird.

7/119 **§ 16 VGG** regelt den **sachlichen Anwendungsbereich** der §§ 17 - 27 VGG und stellt in § 16 Abs 3 VGG insbesondere klar, dass dieser 3. Abschnitt des VGG auch für körperliche Datenträger gilt, welche nur als Träger digitaler Daten dienen. Hingegen ist dieser Abschnitt auf in Waren enthaltene oder mit Waren verbundene digitale Leistungen, soweit diese in den 2. Abschnitt des VGG, also die dortigen Regelungen über den Warenkauf fallen, nicht anzuwenden (zB Smartphone oder Smartwatch samt Betriebssystem).

7/120 **§ 17 VGG** greift die Frage der **Erfüllung des Vertrages** auf. So hat zB der Unternehmer die digitale Leistung, sofern nichts anderes vereinbart wurde, unverzüglich nach Vertragsabschluss bereitzustellen.

7/121 **§ 18 VGG** regelt **Gewährleistungsumfang** und **Gewährleistungsfrist**. Wenn die digitale Leistung nach dem Vertrag einmal oder mehrmals einzeln bereitzustellen ist, leistet der Unternehmer Gewähr für jeden Mangel, der bei Bereitstellung vorliegt und innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervorkommt. Bei Rechtsmängeln leistet der Unternehmer Gewähr, wenn der Mangel bei Bereitstellung vorliegt. § 18 Abs 2 enthält Sonderanordnungen für die fortlaufende Bereitstellung digitaler Leistungen.

7/122 **§ 19 VGG** regelt die **Vermutung bei Hervorkommen des Mangels** und die **Beweislast**. So wird zB, wenn die digitale Leistung nach dem Vertrag einmal oder mehrmals einzeln bereitzustellen ist und innerhalb eines Jahres nach Bereitstellung ein Mangel hervorkommt, vermutet, dass er bereits bei Bereitstellung vorgelegen ist (Abs 1). Nach Abs 4 hat 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.

§ 20 VGG umschreibt die **Rechte des Verbrauchers aus Gewährleistung** – Herstellung des mangelfreien Zustands, Preisminderung, Vertragsauflösung, wobei auch hier der Verbraucher auf die sekundären Gestaltungsrechte Preisminderung bzw Vertragsauflösung nur in den in § 20 Abs 4 Z 1 - 5 VGG angeführten Fällen zugreifen kann und Vertragsauflösung einen nicht geringfügigen Mangel voraussetzt. 7/123

§ 21 VGG konkretisiert die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des mangelfreien Zustandes. 7/124

§ 22 VGG regelt die Preisminderung, wobei Abs 3 klarstellt, dass der Verbraucher, wenn die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, den Preis nur für jenen Zeitraum mindern kann, in dem die digitale Leistung mangelhaft war. 7/125

§ 23 VGG normiert nur den Umstand, dass der Verbraucher sein Recht zur **Vertragsauflösung** durch formfreie Erklärung ausüben kann. 7/126

§ 24 VGG konkretisiert die **Pflichten des Unternehmers nach Vertragsauflösung**, also zB zur Rückzahlung der vom Verbraucher bereits geleisteten Zahlungen (Abs 1), aber auch das Recht des Unternehmers, den Zugang des Verbrauchers zur digitalen Leistung zu unterbinden (Abs 3; zB Sperre des Zugangs zum Nutzerkonto). 7/127

§ 25 VGG normiert die **Pflichten des Verbrauchers nach Vertragsauflösung**, welcher die digitale Leistung nicht mehr nutzen oder Dritten zur Verfügung stellen darf (Abs 1), einen körperlichen Datenträger, auf dem die digitalen Inhalte bereitgestellt wurden, dem Unternehmer auf dessen Kosten unverzüglich zurückzusenden hat, sofern ihn der Unternehmer dazu binnen 14 Tagen ab Zugang der Auflösungserklärung auffordert (Abs 2). Der Verbraucher schuldet dem Unternehmer dabei kein Entgelt für die Nutzung der digitalen Leistung für den Zeitraum, in dem diese mangelhaft war (Abs 3). 7/128

§ 26 VGG konkretisiert die **Fristen und Zahlungsmittel** für die **Erstattung durch den Unternehmer**. Soweit der Unternehmer zur Rückzahlung an den Verbraucher verpflichtet ist, hat er diese kostenfrei und unverzüglich, spätestens jedoch binnen 14 Tagen ab Zugang der Preisminderungs- oder Auflösungserklärung zu leisten (Abs 1) und dabei prinzipiell dasselbe Zahlungsmittel zu verwenden, dessen sich der Verbraucher für die Abwicklung seiner Zahlung bedient hat (Abs 2). 7/129

7/130 Und **§ 27 VGG** enthält ausführliche Regelungen für jenen Fall der **nachträglichen Änderung einer durch den Unternehmer bereitgestellten digitalen Leistung**, wenn der Unternehmer dem Verbraucher die digitale Leistung nach dem Vertrag **fortlaufend** über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen hat. In diesen Fällen kann der Unternehmer – über die in § 5 Z 4 und § 7 vorgesehenen Aktualisierungen hinaus – die digitale Leistung nachträglich nur nach Maßgabe der in § 27 Abs 1 Z 1 - 4 VGG angeführten Voraussetzungen ändern. Der Verbraucher ist allerdings zur kostenfreien Auflösung des Vertrags innerhalb von 30 Tagen nach dem Zeitpunkt der Änderung bzw der entsprechenden Information nach § 27 Abs 2 iVm Abs 1 Z 4 VGG berechtigt, wenn durch die Änderung sein Zugang zur digitalen Leistung oder deren Nutzung nicht nur geringfügig beeinträchtigt werden. Der Regelung des § 27 VGG entgegenstehende Vorwegvereinbarungen zu Lasten des Verbrauchers sind unwirksam (§ 27 Abs 5 VGG).

5. Verjährung - § 28 VGG

§ 28 VGG „Verjährung“ lautet: „(1) Die Rechte des Verbrauchers aus der Gewährleistung sowie die Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung verjähren drei Monate nach Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist.

(2) Bei Rechtsmängeln tritt die Verjährung zwei Jahre nach dem Zeitpunkt ein, zu dem der Mangel dem Verbraucher bekannt wird; die zweijährige Frist beginnt aber frühestens mit der Übergabe (§ 10 Abs. 1) oder der Bereitstellung (§ 18 Abs. 1). In den Fällen des § 10 Abs. 2 und des § 18 Abs. 2 tritt die Verjährung überdies frühestens drei Monate nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums ein.

(3) Wenn der Verbraucher dem Unternehmer den Mangel innerhalb der Verjährungsfrist anzeigt, kann er den Mangel zeitlich unbeschränkt durch Einrede gegen die Entgeltforderung des Unternehmers geltend machen.“

7/131 Gemäß § 28 Abs 1 VGG verjähren die Rechte des Verbrauchers aus der Gewährleistung sowie die Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung **drei Monate nach Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist** (dazu ausführlicher Rz 7/96 ff und 7/121). Damit müssen Sachmängel – ebenso wie nach § 933 ABGB (dazu ausf oben Rz 7/48) – 1. im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen (§ 10 Abs 1 VGG), 2. innerhalb der Gewährleistungsfristen hervorkommen und 3. innerhalb der Verjährungsfristen geltend gemacht werden.

7/132 Gemäß § 28 Abs 2 VGG gilt für **Rechtsmängel** (nur) eine Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Kenntnis des Mangels, frühestens aber mit Übergabe oder Bereitstellung (Abs 2). Damit müssen Rechtsmängel – ebenso wie nach § 933 ABGB (dazu ausf oben Rz 7/49) – 1. im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen (§ 10 Abs 3 VGG), und 2. innerhalb der Verjährungsfristen geltend gemacht werden.

Die in § 28 Abs 3 VGG vorgesehene **Perpetuierung** der **einredeweisen Geltendmachung** ^{7/133} des Mangels durch **Mangelanzeige** innerhalb der Verjährungsfrist entspricht der Rechtslage zu § 933 Abs 3.



WIEDERHOLUNG

GEWÄHRLEISTUNG

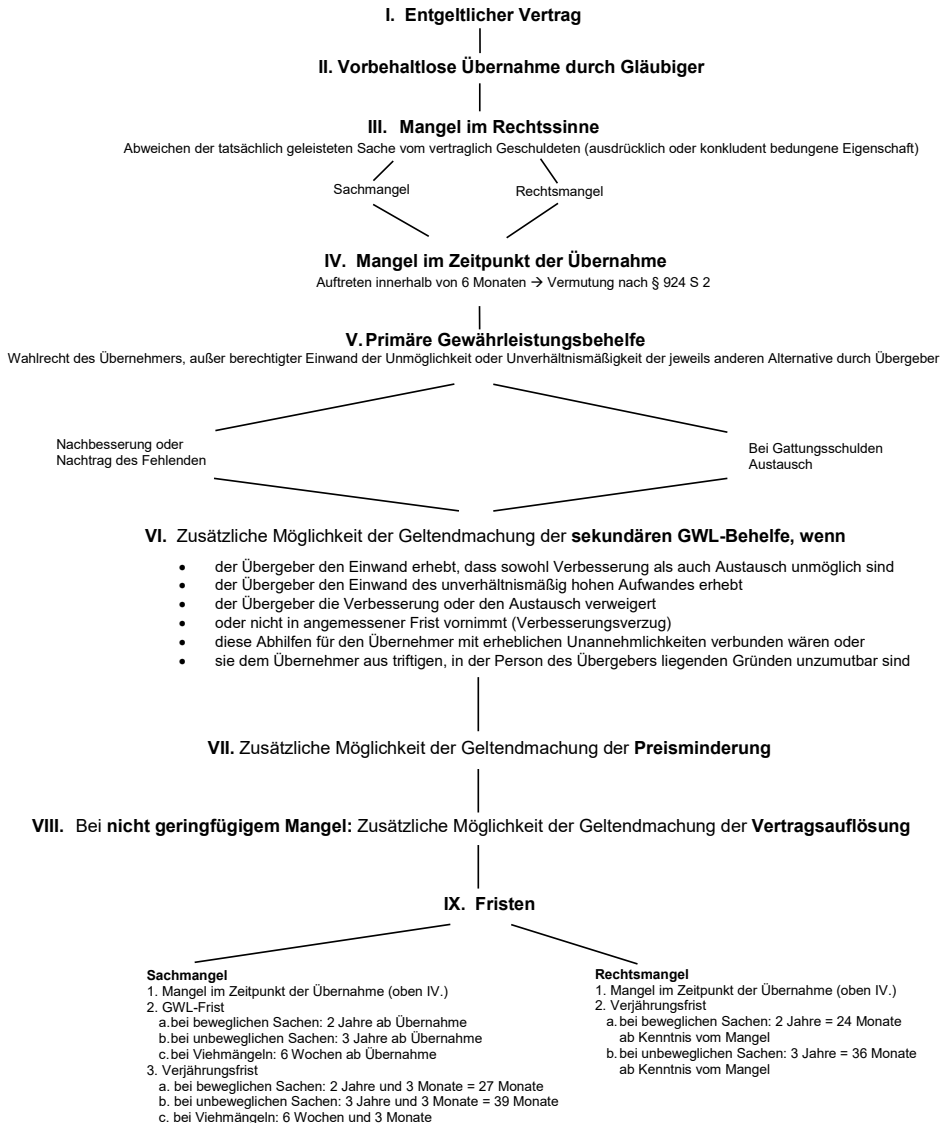
Erörtern Sie nachstehende Aspekte/Begriffe/Rechtsinstitute und deren Funktionsweise/ Zielsetzung im jeweiligen Regelungskontext:

- ☐ Anwendungsbereich der §§ 922 ff ABGB, §§ 8 ff KSchG und §§ 1 ff VGG
- ☐ anwendbare Gewährleistungsnormen im B2B, B2C, C2B und C2C-Bereich
- ☐ Sondergewährleistungsnormen im ABGB
- ☐ Regelungsstruktur des VGG
- ☐ Sach-/Rechtsmangel
- ☐ objektiver/subjektiver Mangelbegriff nach ABGB und VGG
- ☐ Vorliegen einer Aliud-Lieferung
- ☐ Weiterfressermangel
- ☐ offenkundige Mängel
- ☐ Vermutung der Mangelhaftigkeit im ABGB und VGG
- ☐ Voraussetzungen der sekundären Gewährleistungsbehelfe im ABGB und VGG
- ☐ Verbesserungsort nach ABGB, KSchG und VGG
- ☐ Verbesserung beim Verbrauchergeschäft nach VGG und KSchG
- ☐ Verbesserung – Ein- und Ausbaurkosten im ABGB und VGG
- ☐ Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes nach ABGB und VGG
- ☐ Aufwandsersatz bei voreiliger Selbstverbesserung
- ☐ mehrfache Verbesserungsversuche
- ☐ Preisminderung nach ABGB und VGG
- ☐ Vertragsauflösung iZm zufälligem Sachuntergang bzw Weiterveräußerung
- ☐ Gewährleistungs- und Verjährungsfrist im ABGB und VGG
- ☐ Ein- und Ausbaurkosten nach ABGB und VGG
- ☐ „echte Garantie“
- ☐ Depurierungspflicht
- ☐ Konkurrenz Gewährleistung/Schadenersatz beim Mangelschaden
- ☐ Mangelfolgeschaden
- ☐ Regress beim unternehmerischen Vormann
- ☐ Verhältnis von Gewährleistung, Irrtum, laesio enormis, Schadenersatz
- ☐ IKEA-Klausel
- ☐ Gewährleistungsausschluss bei fabrikneuen/gebrauchten Sachen



VISUALISIERUNG

Gewährleistung - ABGB





7/136

VISUALISIERUNG

Gewährleistung - VGG

