

Gewährleistungsfristen im ABGB – Beginn, Lauf und Besonderheiten

Johannes Olischar, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Sachmängel und Rechtsmängel
- III. Natur der Fristen
- IV. Die „Ablieferung der Sache“
- V. Das Problem der (Nicht)Erkennbarkeit des Sachmangels bei der Ablieferung
 - A. Das Problem
 - B. Lehre und Rechtsprechung
 - C. Das GewRAG 2001
 - D. Lösungsansatz
- VI. „Bekanntwerden“ eines Rechtsmangels
- VII. Besonderheiten und ihre Auswirkungen auf den Fristenlauf
 - A. Vereinbarung eines späteren Beginns des Fristenlaufes
 - B. Vereinbarung einer Verlängerung der Frist
 - C. Anerkenntnis eines Mangels
 - D. Vergleichsverhandlungen

I. Einleitung

„Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht“ ordnet das ABGB in § 922 Abs 1 Satz 1 an und unterscheidet in § 933 Sach-, und Rechtsmängel. Während die Gewährleistungsbehelfe für beide Arten von Mängeln die gleichen sind, regelt das ABGB die Fristen zur Geltendmachung der Rechte aus der Gewährleistung unterschiedlich lang, es sieht auch unterschiedliche Zeitpunkte für den Beginn des Laufes der Gewährleistungsfristen vor. Ein Überblick:¹⁾

II. Sachmängel und Rechtsmängel

Sachmängel sind Mängel, die der Substanz der Sache anhaften²⁾. Der Sachbegriff ist weit³⁾: alles „Brauchbare“ ist Sache im Sinne des Gesetzes⁴⁾. Ein Sach-

1) Aus bauwirtschaftlicher Sicht steht das Werkvertragsrecht im Vordergrund. Aufgrund des Verweises des § 1167 ABGB auf die für „*entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen*“ gibt es aus gewährleistungsrechtlicher Sicht keine Unterschiede mehr zwischen Kauf- und Werkverträgen.

2) So schon OGH 5 Ob 775/82.

3) Vgl § 285 ABGB.

4) Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 285 Rz 1 ABGB.

mangel liegt zum Beispiel vor, wenn ein Minus übergeben (und übernommen) wird, ein Aliud oder nicht die geschuldete Qualität.

Hingegen liegt ein Rechtsmangel vor⁵⁾, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die geschuldete Rechtsposition verschafft⁶⁾. § 923 ABGB, der die „Fälle der Gewährleistung“ definiert, nennt das Fehlen von bestimmten (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten (rechtlichen) Eigenschaften, das Vorliegen von Lasten, oder die fehlende Verfügungsmacht des Veräußerers⁷⁾. Der Begriff der „Belastungen“ ist weit zu verstehen. Nicht nur privatrechtliche Lasten sind erfasst, wie zum Beispiel alle Arten von Dienstbarkeiten oder Pfandrechte, auch öffentlich-rechtliche Einschränkungen der Verfügbarkeit sind gemeint⁸⁾. Zum Beispiel liegt ein Rechtsmangel vor, wenn eine versprochene oder vorausgesetzte Bau- oder Betriebsanlagenbewilligung nicht vorliegt, wenn eine Liegenschaft entgegen anderer Zusage kein Baugrund ist oder wenn die Benutzung eines Kinderspielturms behördlich untersagt wurde⁹⁾.

Ob ein Sach- oder ein Rechtsmangel vorliegt, ist für die Länge der Frist nicht ausschlaggebend: für beide Arten von Mängeln steht der gleiche Zeitraum zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen zur Verfügung. Unterschieden wird nur, ob bewegliche, oder unbewegliche Sachen (sach- oder rechtsmängel-)behaftet sind: bei unbeweglichen Sachen stehen drei Jahre zur Verfügung, geht es dagegen um bewegliche Sachen zwei¹⁰⁾. Sind an Sachen vorgenommene Arbeiten mangelhaft, richtet sich die Länge der Gewährleistungsfrist nach der Art der bearbeiteten Sache: mangelhafte Arbeiten an unbeweglichen Sachen sind innerhalb der 3-jährigen Frist geltend zu machen¹¹⁾.

Gemeinsam ist beiden Arten auch, dass nur für jene Mängel Gewähr zu leisten ist, die im Zeitpunkt der „Übergabe“ vorhanden sind¹²⁾.

Keine Gemeinsamkeiten gibt es hingegen offenbar beim Beginn des Fristenlaufes: die Frist zur Geltendmachung von Sachmängeln beginnt „mit dem Tag der Ablieferung der Sache“, von Rechtsmängeln hingegen „erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird“¹³⁾.

Verlängerungen oder Verkürzungen¹⁴⁾ der Fristen sind grundsätzlich möglich, weil die Bestimmungen des §§ 922 – 933 ABGB dispositiver Natur

5) Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 8a zur exakten Abgrenzung.

6) Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 8 unter Verweis auf OGH 6 Ob 312/97v Wobl 1998/229.

7) § 923 ABGB.

8) Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 8a.

9) SZ 70/127.

10) Im gegenständlichen Zusammenhang nicht relevant sind Viehmängel, die daher in der Folge außer Acht gelassen werden.

11) Siehe schon OGH HS 1844.

12) Vgl § 924 ABGB.

13) § 933 Abs 1 ABGB.

14) Nicht jedoch im Geltungsbereich des KSchG: siehe § 9 Abs 1 Satz 2 leg cit, der eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen ausdrücklich ausschließt, ausgenommen für gebrauchte beweglichen Sachen, für die die Frist auf ein Jahr verkürzt werden kann. Reischauer hält auch im Geltungsbereich des KSchG einen vollständigen Ausschluss der gewährleistungsrechtlichen Regelungen „zugunsten“ der §§ 918 – 921 ABGB für zulässig. Siehe Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918–933 ABGB Rz 12.

sind¹⁵⁾. Zulässig sind auch Vereinbarungen über den Beginn des Fristenlaufes¹⁶⁾. Auch Verzicht auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ist möglich, unter Umständen auch konkludent¹⁷⁾.

III. Natur der Fristen

Bis zum GewRÄG 2001 bestand Unklarheit, ob die Gewährleistungsfristen als Präklusivfristen zu verstehen waren, oder als Verjährungsfristen. Der Unterschied ist vor allem für die Praxis nicht unerheblich: Präklusion muss von Amts wegen wahrgenommen werden, Verjährung hingegen nur über Einrede. Nach dem Verstreichen einer Fallfrist ist grundsätzlich das Recht erloschen, tritt Verjährung ein, besteht eine Naturalobligation weiter. Der Gesetzestext ließ beide Auslegungen zu.

Der historische Gesetzgeber des ABGB wollte Verjährungsfristen normieren, hingegen jener der III. Teilnovelle Präklusivfristen¹⁸⁾. Die Rechtsprechung folgte dieser Auffassung¹⁹⁾. In der Lehre war man sich nicht einig²⁰⁾.

Klarheit brachte die Gesetzesänderung, die die Gewährleistungsfristen nun ausdrücklich als Verjährungsfristen normiert, dies wird schon durch die Überschrift zu § 933 ABGB („Verjährung“) unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht²¹⁾.

Neu ist auch die gesetzliche Regelung, dass Gewährleistungsfristen einvernehmlich verlängert werden können; bis zur Novellierung wurde das zwar von der Rechtsprechung akzeptiert, allerdings bestand ein deutliches Spannungsverhältnis zu § 1502 ABGB²²⁾, der sowohl die „Entsagung“ der Verjährung im Vorhinein, als auch deren „Verlängerung“ verbietet²³⁾.

IV. Die „Ablieferung der Sache“

Wann etwas „abgeliefert“ sein soll, ist auf den ersten Blick nicht eindeutig. Das ABGB spricht im Zuge der Regelung der Gewährleistung nämlich stets von der „Übergabe“. § 924 ABGB erklärt, dass für jene Mängel Gewähr geleistet wer-

15) § 927 ABGB erlaubt selbst einen vollständigen Verzicht auf die Gewährleistung; die Reichweite derartiger Erklärungen ist durch Auslegung zu ermitteln und grundsätzlich restriktiv auszulegen: auf das Fehlen einer nur schlüssig zugesagten Eigenschaft erstreckt sich auch ein umfassender Gewährleistungsverzicht nicht. Vgl zB OGH 9 Ob 50/10h.

16) OGH obiter dictum in 1 Ob 800/76: „bei Vereinbarung einer vom Gesetz abweichenden Frist stand es den Vertragsparteien natürlich frei, den Beginn der Frist mit einem bestimmten Datum zu vereinbaren.“

17) Zum Beispiel durch das sachliche Eingehen auf eine Mängelrüge, ohne auf deren Verspätung hinzuweisen: OGH 5 Ob 560/83; in der Regel ist ein konkludenter Verzicht wegen vorhandener Sachmängel allerdings nur dann anzunehmen, wenn der Übernehmer die mangelhafte Sache in Kenntnis ihrer Mängel ohne jeden Vorbehalt als Erfüllung annimmt oder erklärt, dass er die Leistung billige oder annehme: OGH 7 Ob 159/75, zuletzt offenbar OGH 6 Ob 113/09z.

18) Krejci, Die Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 131 mwN.

19) So schon OGH 3 Ob 309/25; zuletzt offenbar OGH 1 Ob 119/00g.

20) Für Präklusion zum Beispiel Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁰ 190, für Verjährung etwa Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 ABGB Rz 2.

21) Siehe auch Karasek, ÖNORM B 2110³ Rz 2196.

22) Siehe auch OGH 3 Ob 110/11i.

23) Vgl auch ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 19.

den müsse, die „bei der Übergabe vorhanden“ sind. § 925 ABGB stellt die Vermutung der Erkrankung eines Tieres „vor der Übergabe“ an, wenn die Krankheit innerhalb einer bestimmten Frist ausbricht, § 926 ABGB setzt für diese Vermutung Bedingungen und erwähnt ebenfalls die „Übergabe“. Desgleichen § 930 ABGB („Übergabe“ in Pausch und Bogen). Nur in § 933 ABGB wird der Begriff „Ablieferung“ verwendet. Es liegt also nahe, unter der „Ablieferung“ die „Übergabe“ zu verstehen²⁴).

„Übergabe“ ist aber ursprünglich ein sachenrechtlicher Begriff. Die „Übergabe“ ist der Modus, ohne den – von Sonderregelungen einmal abgesehen²⁵) – Eigentum an beweglichen Sachen nicht übertragen wird²⁶).

Das ABGB kennt mehrere Arten der Übergabe, sie werden in §§ 426 ff ABGB geregelt. Die körperliche Übergabe von Hand zu Hand stellt die Regel dar, mit ihr erlangt der Erwerber den unmittelbaren Besitz an der Sache²⁷). Ist sie untunlich, kann die Übergabe auch durch Zeichen erfolgen, darüber hinaus kann die Übergabe beweglicher Sachen auch durch Erklärung erfolgen, zum Beispiel durch Besitzkonstitut oder die Übergabe kurzer Hand.

Durch die Übergabe durch Erklärung verbleibt die übergebene Sache in der tatsächlichen Gewahrsame des Erklärenden, der Übernehmer erlangt lediglich mittelbaren Besitz an ihr. Setzte man also die „Ablieferung“ des § 933 ABGB mit der sachenrechtlichen Übernahme aller Fälle der §§ 426 ff ABGB gleich, wäre eine Sache „abgeliefert“, sobald er Übernehmer den Besitz an ihr erlangt hätte, und damit die rechtliche Gewalt über sie. Auf die tatsächliche Gewahrsame käme es dann nicht an.

Das entspricht allerdings nicht der Absicht des historischen Gesetzgebers. Im Herrenhausbericht zur III. Teilnovelle zum ABGB heißt es wörtlich, dass es „für die Gewährleistungsansprüche wegen physischer Mängel der Natur der Sache entspreche, die Frist mit dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in welchem der Erwerber den Gegenstand tatsächlich empfängt [...]“²⁸).

Damit ist klargestellt, dass die tatsächliche Gewahrsame an der erhaltenen Sache entscheidend ist. „Abgeliefert“ im Sinne des § 933 Abs 1 ABGB ist eine Sache daher, wenn der Übernehmer sie erhält²⁹).

Daran haben auch die seither ergangenen Novellierungen des ABGB nichts geändert: die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum GewRÄG 2001 verstehen unter der „Ablieferung“ nach wie vor jenen Zeitpunkt, in dem der Übernehmer die Sache „in den Händen hält“³⁰).

24) Das GewRÄG 2001 hat an der Diktion nichts geändert; auch in der bis zu seinem Inkrafttreten geltenden Fassung sprach § 933 ABGB von der „Ablieferung“.

25) Zum Beispiel bei erbrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge; hier erfolgt die Eigentumsübertragung durch die Einantwortung bzw die Eintragung im Firmenbuch.

26) An unbeweglichen und rechtlich selbständigen Sachen wird das Eigentum durch Eintragung übertragen, § 431 ABGB.

27) Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 426 ABGB Rz 2.

28) 175 Mat 297, abgedruckt in Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2, 577.

29) Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 90. Der Oberste Gerichtshof hat bereits am 16.12.1919 zu I Rv 332/19 ausgesprochen, dass Ablieferung im Sinne des § 933 ABGB „durchaus nicht gleichbedeutend mit Übergabe im Sinn der § 925ff“ ABGB sei.

30) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 20, unter Verweis auf Art 5 Abs 1 Satz 1 der Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 171/1999.

Den Grund des Abstellens auf den Erhalt nennt der historische Gesetzgeber auch ausdrücklich: mit dem Empfang eines Gegenstandes ist der Erwerber nämlich „in der Lage, ihn zu prüfen“³¹⁾.

Der Begriff der „Ablieferung“ wurde daher, wie der Oberste Gerichtshof erkennt, bewusst gewählt, um Missverständnisse zu vermeiden. Während nämlich durch die „Übergabe“ eine Sache „in die rechtliche Gewalt des Übernehmers“ gelange, komme sie mit der Ablieferung in dessen *tatsächliche Gewalt*. Nur diese gewähre die – vom historischen Gesetzgeber als wesentlich erachtete – Möglichkeit, die Sache „auf ihre Eigenschaften zu prüfen.“³²⁾

Das setzt voraus, dass die Sache „vollständig und in endgültiger Beschaffenheit“ abgeliefert wird³³⁾, weil dem Unternehmer die Prüfung vorher nicht möglich ist. Demgemäß kommt es auch bei unbeweglichen Sachen nicht auf den Zeitpunkt der Einverleibung des Eigentumsrechts des Käufers im Grundbuch an, sondern auf die körperliche Übergabe³⁴⁾. Der Oberste Gerichtshof hat daher auch festgehalten, dass die Übergabe eines Kaufgegenstandes durch Besitzkonstitut keine Ablieferung der Sache im Sinne des § 933 Abs 1 ABGB ist³⁵⁾.

Daraus folgt auch: wenn unter „Ablieferung“ jener Zeitpunkt verstanden wird, ab oder in dem der Unternehmer die Sache „in seinen Händen“ hält, und sie untersuchen kann, ist eine förmliche Übernahme nicht erforderlich, weil nur die „tatsächliche Gewalt“ maßgeblich ist³⁶⁾.

Daher gilt eine Sache oder ein Werk auch als abgeliefert im Sinne des § 933 ABGB, wenn der Unternehmer mit ihrer, bzw seiner Nutzung beginnt, und zwar unabhängig davon, ob er Mängelrügen erhoben hat oder nicht.

Das gilt auch dann, wenn eine förmliche Übernahme vereinbart war, aber nicht stattgefunden hat. In solchen Fällen nimmt die Rechtsprechung an, dass von einer ursprünglich vereinbarten förmlichen Übernahme stillschweigend einvernehmlich abgegangen wurde und lässt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt des Nutzungsbeginns³⁷⁾ zu laufen beginnen. Sogar kann auch eine schlüssige Übernahme einer Sache oder eines Werks – denn so wäre eine Ingebrauchnahme wohl zu qualifizieren – eine „Ablieferung“ im gewährleistungsrechtlichen Sinn sein.

Da in der Praxis aber eine Übergabe durch Erklärung nicht selten vorkommt, stellt sich die Frage, wann in solchen Fällen von der „Ablieferung“ der Sache oder des Werks im gewährleistungsrechtlichen Sinn auszugehen ist, weil damit der Lauf der Gewährleistungsfrist beginnt. Die Rechtsprechung sieht die „Ablieferung“ mit jenem Zeitpunkt nach der Erklärung als erfolgt an, an dem erstmals eine Überprüfung der Sache oder des Werks möglich ist, mit diesem Zeitpunkt beginnt auch der Fristenlauf³⁸⁾. Ist ein Mangel bekannt oder erkenn-

31) 175 Mat 297, abgedruckt in *Klang*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2, 577.

32) OGH 8 Ob 172/70.

33) OGH 1 Ob 662/85 JBl 1986, 245, sowie OGH 5 Ob 504/96 ecolex 1998, 127 (mit Anmerkung von *Wilhelm*. Zuletzt offenbar OGH 5 Ob 96/10y.

34) So etwa OGH 1 Ob 536/90 JBl 1990, 648. Vgl auch OGH 8 Ob 172/70.

35) OGH 1 Ob 782/79.

36) Ein Werk ist „abgeliefert“, wenn es in die Verfügungsmacht des Auftraggebers gekommen ist und dieser die Erfüllung des Auftrages zur Kenntnis nimmt: *Karasek*, ÖNORM B2110³ Rz 2200.

37) OGH 1 Ob 573/95, sowie OGH 8 Ob 2350/96p.

38) OGH 1 Ob 782/79.

bar, beginnt er mit der Erklärung, was einleuchtend ist, weil es in solchen Fällen einer Untersuchung nicht bedarf³⁹⁾.

Besonderes gilt, wenn der Übergang der Preisgefahr nicht mit der Ablieferung zusammenfällt, wie etwa beim Annahmeverzug oder beim Versendungskauf. In solchen Fällen ist der Zeitpunkt des Gefahrenüberganges maßgebend⁴⁰⁾: Im ersten Fall erfolgt dieser mit dem ordnungsgemäßen Anbieten der Leistung zum bedungenen Zeitpunkt⁴¹⁾, wenn der Übernehmer nicht reagiert oder die Übernahme unberechtigt ablehnt, im zweiten Fall in der Regel mit der Übergabe der Sache an den Überbringer⁴²⁾.

Der Tag der Ablieferung ist nach der Rechtsprechung übrigens in den Fristenlauf nicht einzurechnen, wohl aber der Postlauf bei Klagseinbringung⁴³⁾.

V. Das Problem der (Nicht)Erkennbarkeit des Sachmangels bei der Ablieferung

A. Das Problem

Die Verknüpfung des Beginns des Laufes der Gewährleistungsfrist mit der Ablieferung ist schlüssig, wenn man die Idee des historischen Gesetzgebers berücksichtigt: nur die mit der Ablieferung vermittelte tatsächliche Gewissenslage über die Sache versetzt den Übernehmer in der Lage, die Sache auf ihre Mängelfreiheit hin zu überprüfen⁴⁴⁾.

Es obliegt daher dem Übernehmer, die Sache zu untersuchen, um zu erheben, ob sie mangelbehaftet ist. Nicht geregelt ist, unter welchem Aufwand die Prüfung stattzufinden hat und welcher Sorgfaltsmaßstab anzuwenden ist. Es scheint nahezuliegen, auf die allgemein im rechtsgeschäftlichen Verkehr geforderte Sorgfalt abzustellen⁴⁵⁾: der Übernehmer wird mit durchschnittlicher Sorgfalt und ebensolchem Aufwand vorzugehen haben. Sogenannte offene Mängel werden dabei zu erkennen sein, das sind nach der Rechtsprechung solche, die bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung zutage gefördert wurden, oder, falls eine solche nicht vorgenommen wurde, bei ihr hätten zutage gefördert werden können⁴⁶⁾. Offene Mängel sind auch solche, die auch ohne Untersuchung erkannt werden können.

Eine Sache kann aber auch so beschaffen sein, dass auch bei sachgerechter Untersuchung Mängel daran nicht erkennbar sind, oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand, oder dass eine sachgerechte Untersuchung zur Zerstörung der Sache führen würde. Ein unverhältnismäßiger Aufwand kann dem Übernehmer nicht obliegen, schon gar nicht die Zerstörung der Sache; beides wäre absurd. In solchen

39) Gleiches soll nach *Reischauer* für die Übergabe durch Zeichen gelten: *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 3b, der eingangs auch darauf hinweist, dass der vereinbarte Übergangszeitpunkt auch jener sein kann, der die erste Überprüfungsöglichkeit zulasse.

40) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 14.

41) *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168a Rz 13.

42) Vgl § 429 ABGB.

43) So schon SZ 13/166.

44) 175 Mat 297, abgedruckt in *Klang*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2, 577.

45) In diesem Sinne *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 141.

46) OGH 3 Ob 540/79.

Fällen ist der Unternehmer, auch wenn er die Sache erhält, nicht in der Lage, einen Mangel festzustellen.

B. Lehre und Rechtsprechung

Ein beachtlicher Teil der Lehre sprach sich daher bald dafür aus, die Frist zur Geltendmachung jener Sachmängel, die ihrer Natur nach typischerweise nicht, oder nur mit unverhältnismäßigen oder unüblichen Aufwand erkannt werden können, erst mit jenem Zeitpunkt laufen zu lassen, in dem der Mangel erkennbar ist⁴⁷⁾. P. Bydlinsky nennt als Beispiel einen Materialfehler an einem Wasserrohr, der auch bei sorgfältiger Untersuchung durch einen Fachmann nicht erkannt werden kann⁴⁸⁾.

Die Rechtsprechung hat diese Meinungen stets abgelehnt. Der Oberste Gerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die Erkennbarkeit eines Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des Laufes der Frist zur Geltendmachung der Gewährleistung von Sachmängeln ist⁴⁹⁾. Sie beginnt daher grundsätzlich mit der Ablieferung, gleichgültig, ob ein Sachmangel zu diesem Zeitpunkt erkennbar ist oder nicht⁵⁰⁾. Das gilt auch für geheime Mängel⁵¹⁾.

Anders sieht die Rechtsprechung die Lage nur dann, wenn einer Sache bestimmte Eigenschaften zugesichert werden, wobei eine konkludente Vereinbarung einer besonderen Eigenschaft ausreicht⁵²⁾. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes liegt in einer solchen Zusicherung die stillschweigende Vereinbarung der Parteien, den Lauf der Gewährleistungsfrist erst mit der Erkennbarkeit des Vorliegens, bzw. Nichtvorliegens dieser Eigenschaft⁵³⁾ beginnen zu lassen⁵⁴⁾. Der

47) Wilhelm, Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBl 1975, 180 FN 42, der seine Meinung allerdings später geändert hat, siehe: Beginn der Gewährleistungsfrist, Anm. zu OGH 2 Ob 535/90, ecolex 1991, 84; P. Bydlinsky, Zum Beginn des Fristenlaufes im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 237ff, der darauf hinweist, dass in solchen Fällen Rechtssicherheitserwägungen in den Hintergrund treten, und dass dem Unternehmer kein Vorwurf gemacht werden können, seine Obliegenheiten verletzt zu haben. Auch Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 ABGB Rz 3a, mit dem Argument, dass in derartigen Fällen die Prüfungsmöglichkeit nicht zur Mangelfeststellung führen könne, und die Prüfung daher sinnlos sei. Sinnlos dürfe dem Gesetz nicht unterstellt werden. Krejci, Reform des Gewährleistungsrechtes 131ff (143). AA Kurschel, unter Hinweis darauf, dass das Gewährleistungsrecht nach dem Verlauf einer gewissen Zeit keine Streitigkeiten mehr über beiderseits erfüllte Verträge zulassen wolle: Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989) 100.

48) P. Bydlinsky, RdW 1986, 238.

49) Siehe schon OGH 1 Ob 782/79.

50) So bereits OGH 1 Ob 169/58.

51) OGH 5 Ob 57/82.

52) Erstmals offenbar OGH 2 Ob 528/53. Im zu entscheidenden Fall war die volle Milchergiebigkeit einer Kuh zugesichert worden. Ob die Kuh diese Eigenschaft erfüllt, kann erst nach dem Kalben festgestellt werden. In der – stillschweigend erfolgten – Zusicherung der vollen Milchergiebigkeit sah der Oberste Gerichtshof die stillschweigende Vereinbarung des Beginnes des Fristenlaufes mit dem Zeitpunkt des Kalbens.

53) Teilweise wurden Zusicherungen von bestimmten Eigenschaften auch als unechter Garantievertrag, oder zumindest als Anbot zu einem solchen, gewertet und als bloße Gewährleistungsabrede verstanden. OGH 8 Ob 365/65.

54) OGH 5 Ob 53/12y. AA Wenusch, aus dessen Sicht es nicht um zugesicherte Eigenschaften geht, sondern um eine zugesicherte Haltbarkeit, bzw. Lebensdauer. Die Gewährleistungsfrist verlängere sich um genau diese. Wenusch, Anmerkung zu OGH 4 Ob 202/16h, ZRB 2017, 19.

Mangel muss mit Sicherheit erkannt werden können⁵⁵). In verschiedenen, später ergangenen Entscheidungen sprach das Höchstgericht von einer stillschweigenden „Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist“⁵⁶), nahm zuletzt aber wieder einen späteren Beginn des Fristenlaufes an⁵⁷).

Allerdings kommt eine konkludente Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist trotz Zusicherung besonderer Eigenschaften nicht in Betracht, wenn (neben der Zusicherung bestimmter Eigenschaften) ausdrücklich eine bestimmte Gewährleistungsfrist vereinbart wurde⁵⁸).

Diese Rechtsprechung folgt im Wesentlichen der Überlegung, dass die Zusicherung einer besonderen Eigenschaft wertlos wäre, wenn ihr Fehlen innerhalb der gesetzlichen Frist nicht hervorkommen könnte.

C. Das GewRÄG 2001

Im Zuge der letzten Reform des Gewährleistungsrechtes, mit der auch die Verkaufsgüterrichtlinie⁵⁹) umgesetzt wurde, hat man das Problem der verborgenen Mängel, die während der gesetzlichen Gewährleistungsfrist nicht hervorkommen können, neuerlich diskutiert. Den Materialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Teile des Gewährleistungsrechts als veraltet ansah, es konnte „die im Rechts- und Wirtschaftsleben auftretenden Bedürfnisse nicht mehr angemessen befriedigen“⁶⁰). Ferner wird dort ausgeführt, dass auch „die Behandlung verdeckter Mängel“ als unzureichend angesehen werde⁶¹).

Allerdings wurde an dem Beginn des Fristenlaufes nichts geändert, der Zeitpunkt der Ablieferung sollte auch weiterhin auch für verborgene Mängel ausschlaggebend sein⁶²). Die „darin in manchen Fällen für den Übernehmer gelegene Härte“ sollte durch „die deutliche Verlängerung der Frist (für bewegliche Sachen) spürbar gemildert“ werden. An dem Grundsatz, dass die Frist bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften erst im Zeitpunkt der sicheren Erkennbarkeit des Mangel zu laufen beginne, sollte sich nichts ändern⁶³). Allerdings wurde mit der Novelle auch ein neuer § 924 in das ABGB eingeführt, der eine Vermutung der Mangelhaftigkeit normiert, falls der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Der Gesetzgeber sah darin auch eine Erleichterung für den Übernehmer, dem die Beweisführung der Mangelhaftigkeit „vor allem bei komplizierten technischen Geräten“ schwer falle⁶⁴).

Welser/Jud wiesen darauf hin, dass die Anknüpfung des Beginns des Fristenlaufes an die Erkennbarkeit eines Mangels mit deutlichen Schwierigkeiten

55) SZ 63/171, SZ 70/702, auch OGH 8 Ob 33/04t.

56) OGH 7 Ob 604/82, zur kaufmännischen Rügepflicht beim Handelskauf; auch OGH 4 Ob 202/16h.

57) OGH 3 Ob 105/17p.

58) So schon OGH 7 Ob 604/82. Allerdings verneinte der Oberste Gerichtshof in diesem Fall auch die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft. In OGH 4 Ob 202/16h hielt das Höchstgericht an der Ablehnung einer stillschweigenden Verlängerung der Garantiefrist fest, weil in einer Klausel in AGB die Gewährleistungspflicht „auf die Dauer der gesetzlichen Fristen“ beschränkt wurde.

59) RL 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf.

60) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 6.

61) Ebendort.

62) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 20.

63) Ebendort.

64) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 14.

behaftet sei: Probleme bei der Bestimmung des Zeitpunktes (objektive Erkennbarkeit, oder subjektives Erkennen durch den Erwerber), bei der Frage, welche Anstrengungen dem Erwerber zur Auffindung des Mangels zugemutet werden könnten, oder, dass das Abstellen auf die Erkennbarkeit dazu führe, dass unterschiedliche Fristenläufe an ein und derselben Sache möglich wären, sprächen dagegen. Die Rechtssicherheit hingegen spräche für die Beibehaltung der bisherigen Regelung⁶⁵).

Auch die Rechtsprechung hat ihre Meinung zum Beginn des Fristenlaufes beibehalten, und dies im Wesentlichen mit dem klaren Wortlaut des § 933 ABGB, und dem, aus den Materialien (zur dritten Teilnovelle und zum GewRÄG 2001) eindeutig hervorgehendem Willen des Gesetzgebers begründet. Wesentlich erscheint, dass sich auch der Verfassungsgerichtshof mit der unterschiedlichen Behandlung des Beginns des Fristenlaufes bei Sach- und Rechtsmängeln befasst, und – unter Hinweis auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes und die Erläuterungen zur RV des GewRÄG 2001 – eine unsachliche Differenzierung verneint hat. Dem Argument, dass Mängel an modernen komplexen technischen Geräten – ebenso wie verborgene Mängel – im Zeitpunkt der Ablieferung nicht erkannt werden könnten, ist der Verfassungsgerichtshof nicht gefolgt. In einer „typisierenden Betrachtung“ treffe diese Behauptung auf die „Kategorie des Sachmangels“ nicht zu⁶⁶).

D. Lösungsansatz

Unbestreitbar ist, dass die Formulierung des § 933 Abs 1 ABGB ebenso eindeutig ist, wie der Wille des Gesetzgebers. Es liegt weder eine planwidrige Lücke vor, noch eine überschießende Regelung. Demnach ist kein Raum für eine analoge Anwendung der Regelung des Beginns des Laufes der Frist zur Geltendmachung von Rechtsmängeln auf, bei der Ablieferung nicht erkennbare Sachmängel, noch für eine teleologische Reduktion. Eine Änderung der Rechtsprechung zu den verborgenen Mängeln ist demnach nicht zu erwarten.

Dennoch ist die Regelung unbefriedigend, weil bei genauerem Hinsehen dem Willen des historischen Gesetzgebers (der dritten Teilnovelle zum ABGB) nicht entsprochen wurde: wenn die Gewährleistungsfrist für Sachmängel mit der Ablieferung der Sache beginnen soll, weil der Übernehmer ab diesem Zeitpunkt die Sache prüfen kann, dann kam es dem Gesetzgeber auf die Möglichkeit an, einen Sachmangel zu erkennen. Damit hat er aber Sach- und Rechtsmängel im Ergebnis gleich behandelt, mit der Verwendung des Terminus „Ablieferung“ wollte er augenscheinlich nur vermeiden, dass auf die sachenrechtliche „Übergabe“ abgestellt wurde, die häufig den Übernehmer gerade nicht in die Lage versetzt, einen Mangel erkennen zu können. Der Gesetzgeber des GewRÄG 2001 hatte offenbar bloß den Terminus „wenn er die Sache in Händen hält“ im Auge und scheint die ursprüngliche Intention nicht gesehen zu haben.

Daher erscheint es sachgerecht, zumindest *de lege ferenda*, die Gewährleistungsfrist für jene Sachmängel, die im Zeitpunkt ihrer Ablieferung typischerweise nicht erkannt werden können, erst mit ihrer Erkennbarkeit zu laufen beginnen zu lassen⁶⁷). Für „herkömmliche“ Sachmängel, also solche, die bei sach-

65) Welser/Jud, Zur Reform des Gewährleistungsrechtes 133ff (143).

66) VfGH G 418/2015.

67) So schon Krejci, Reform des Gewährleistungsrechtes 131ff (144).

gerechter Prüfung aufgedeckt werden können, muss es demnach bei dem Zeitpunkt der „Ablieferung“ bleiben. Diese Lösung steht auch in Einklang mit dem Grundgedanken des Verjährungsrechtes: § 1478 ABGB lässt Verjährung eines Rechtes eintreten, „das an sich schon hätte ausgeübt werden können“. Dass es auf die Möglichkeit der Rechtsausübung ankommt⁶⁸⁾, bedeutet, dass das Gesetz Säumigkeit des Berechtigten verlangt. Eine solche setzt wiederum voraus, dass der Berechtigte von seinem Recht weiß, was im gegebenen Zusammenhang nur denkbar ist, wenn er Kenntnis von einem Mangel erlangen kann⁶⁹⁾.

In konsequenter Fortsetzung der Rechtsprechung zur Erkennbarkeit des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft muss es auf jenen Zeitpunkt ankommen, in dem der Sachmangel mit hinreichender Sicherheit erkannt werden konnte, nicht auf jenen, in dem der Erwerber tatsächlich Kenntnis erlangt hat; in Anlehnung an die bisherige Judikatur wird durchschnittlich zumutbare Sorgfalt zu verlangen sein.

Natürlich würde dies dazu führen, dass ein Übergeber deutlich länger mit Gewährleistungsforderungen rechnen müsste, als bisher. Das in diesem Zusammenhang häufig gegen das Abstellen auf die Erkennbarkeit des Sachmangels gebrachte Argument, der Übergeber müsse irgendwann sicher sein dürfen, vom Übernehmer nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, überzeugt nicht: erstens hat er den vollen Preis, bzw Werklohn für eine mangelhafte Sache oder Leistung erhalten, und ist schon aus diesem Grund nicht schutzwürdig. Zweitens liegt der Beweis des Mangels und – im Falle des Hervorkommens später als sechs Monate nach der Ablieferung – seines Vorhandenseins bereits im Zeitpunkt der Übergabe beim Übernehmer; mit dem Verlauf der Zeit wird dieser Beweis nicht leichter. Drittens ist vor allem bei Sachen, die eine lange Lebensdauer aufweisen müssen, nicht einzusehen, dass der Übergeber schon deutlich vor deren Verstreichen aus seiner Verantwortung entlassen werden soll⁷⁰⁾. P. Bydlinsky weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Übergeber gerade in solchen Fällen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht davon ausgehen dürfe, ordnungsgemäß erfüllt zu haben⁷¹⁾.

VI. „Bekanntwerden“ eines Rechtsmangels

„Bekannt“ ist ein Rechtsmangel, wenn der Übernehmer ihn erkennen kann. Nach der Rechtsprechung ist das der Fall, wenn Umstände vorliegen, nach denen mit der Möglichkeit der Durchsetzung eines von einem Dritten erhobenen Anspruches zu rechnen ist.

Das ist nicht schon der Zeitpunkt, in dem der Dritte sein Recht geltend macht. Das bloße Glaubhaftmachen eines Anspruches reicht nämlich nicht aus,

68) Entscheidend ist die objektive Möglichkeit der Rechtsausübung, auf subjektive Umstände ist nicht Bedacht zu nehmen: Bydlinsky in Rummel, ABGB³ § 1478 ABGB Rzz 2 und 4.

69) Gerade dieses Problem stellt sich auch in Fällen der Obsoleszenz, also dem vom Hersteller einer Sache geplanten, vorzeitigen und vom Übernehmer unerwarteten Ende der Gebrauchsfähigkeit einer Sache. Siehe hierzu weiterführend Koziol, Obsoleszenzen im österreichischen Recht (2016).

70) Vgl Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechtes, Rz 9/21.

71) P. Bydlinsky, Kurzkommentar zum ABGB, § 933 Rz 12.

weil dies zur Rechtsdurchsetzung „zu wenig Grundlage bietet“⁷²⁾. Vielmehr kommt es darauf an, wann es dem Übernehmer möglich ist, durch ernsthafte Prüfung den Rechtsmangel zu erkennen⁷³⁾.

VII. Besonderheiten und ihre Auswirkungen auf den Fristenlauf

Die Frist zur Geltendmachung von Sachmängeln beginnt, wie oben ausgeführt, mit der Ablieferung der mangelhaften Sache oder des mangelhaften Werkes, bzw mit der Beendigung der daran vorgenommenen Arbeiten.

Von diesem Grundsatz gibt es einige, der Praxis geschuldete, Abweichungen:

A. Vereinbarung eines späteren Beginns des Fristenlaufes

Das Gewährleistungsrecht ist dispositiv, folglich sind auch davon Vereinbarungen der Parteien über einen, von § 933 ABGB abweichenden, Beginn des Fristenlaufes zulässig. Demnach muss es sowohl möglich sein, dessen Beginn mit einem genau festgelegten Zeitpunkt anzusetzen, als auch, ihn an den Eintritt bestimmter Ereignisse zu knüpfen.

B. Vereinbarung einer Verlängerung der Frist

Aus demselben Grund können Gewährleistungsfristen auch einvernehmlich verlängert werden. Wird eine bestimmte Frist vereinbart, tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist⁷⁴⁾.

C. Anerkenntnis eines Mangels

Erkennt der Übergeber einen, vom Übernehmer behaupteten Mangel an, tritt die Rechtslage in jenes Stadium zurück, in dem sie sich vor der Ablieferung befunden hatte⁷⁵⁾. Dem Übernehmer stehen sodann wieder sämtliche Gewährleistungsbehelfe offen.

Das Anerkenntnis bewirkt auch, dass die Fristen zur Geltendmachung der Rechte aus der Gewährleistung unterbrochen werden. Die Unterbrechung führt dazu, dass die Fristen neu zu laufen beginnen⁷⁶⁾, es stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt:

Folgende Entwicklungen scheinen denkbar:

1. Der Übergeber erkennt den Mangel an,
 - a) unternimmt einen Verbesserungsversuch und schließt diesen scheinbar erfolgreich ab. Hier beginnt die Gewährleistungsfrist mit der Vollendung der Verbesserung (neu) zu laufen⁷⁷⁾. Zeigt sich also später, dass die Verbesserung nicht erfolgreich war, weil der seinerzeit anerkannte Mangel wieder auftritt, kann der Übernehmer binnen

⁷²⁾ So Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 3c.

⁷³⁾ Erstmals offenbar OGH 7 Ob579/94, ausführlich 6 Ob 353/04m RZ 2005, 229 mit weiteren Ausführungen.

⁷⁴⁾ So schon OGH 7 Ob 128/55.

⁷⁵⁾ OGH 6 Ob 126/01z.

⁷⁶⁾ SZ 50/85, Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 5.

⁷⁷⁾ So bereits OGH 1 Ob 621/55.

zwei bzw drei Jahren ab der Beendigung der Mängelbehebungsarbeiten seine Rechte aus der Gewährleistung geltend machen. Das gilt auch, wenn die Verbesserung zu einem neuen Mangel führt⁷⁸⁾.

- b) unternimmt einen Verbesserungsversuch und scheitert: in diesem Fall ist sofort klar, dass der Mangel nicht behoben wurde. Der Fristenlauf beginnt mit Beendigung des erfolglosen Versuches⁷⁹⁾.
 - c) sagt die Verbesserung zu, sie kommt innerhalb einer angemessenen Frist nicht zustande. Der Lauf der Gewährleistungsfrist beginnt, sobald die angemessene Frist verstrichen⁸⁰⁾ ist.
 - d) sagt keine Verbesserung zu und unternimmt auch keinen Verbesserungsversuch: die Frist muss mit dem Anerkenntnis zu laufen beginnen.
2. Der Übergeber sagt zunächst die Verbesserung zu, verweigert sie aber später, oder
3. lehnt die Verbesserung gleich ab.

Die Folgen der beiden, zuletzt genannten, Fälle sind die gleichen: auch hier weiß der Übernehmer sofort, dass der Mangel nicht behoben wird. Die Gewährleistungsfrist beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem klar wird, dass die Verbesserung nicht erfolgt⁸¹⁾, bzw in dem der Übernehmer Kenntnis von der Verbesserungsverweigerung des Unternehmers hat⁸²⁾.

Die Begründung für den Neubeginn des Fristenlaufes im Fall der Verbesserungszusage liegt in dieser selbst: die Zusage ist ein eigenes, neues Rechtsgeschäft, aus dem dem Übernehmer ein neuer Erfüllungsanspruch erwächst⁸³⁾.

Diese Rechtsfolgen sind nicht nur an ausdrückliche Mängelanerkenntnisse geknüpft. Sie treten auch bei schlüssigen Anerkenntnissen ein, zum Beispiel wenn der Übergeber (nur) zusagt, bestimmte Mängel zu verbessern⁸⁴⁾ oder auch ohne besondere Zusage stillschweigend Mängelbehebungsarbeiten an seinem Gewerk unternimmt⁸⁵⁾. Auch wiederholte (stillschweigende) Verbesserungsversuche wurden als Anerkenntnis eines Mangels und der daraus folgenden Gewährleistungspflicht gesehen⁸⁶⁾.

Der Oberste Gerichtshof nimmt in solchen Fällen an, dass die Vertragsparteien konkludent den Neubeginn des Fristenlaufes vereinbaren wollen⁸⁷⁾.

Allerdings liegt in einer, nach einer Mängelbehauptung abgegebenen Ankündigung, das Werk zu überprüfen, keine Verbesserungszusage und damit auch kein Anerkenntnis. Das Gleiche gilt für die Zurücknahme einer behauptet mangelbehafteten Sache unter Vorbehalt⁸⁸⁾. Auch die Erklärung des Werkunter-

78) OGH 10 Ob 105/05x.

79) Erstmals offenbar SZ 34/161.

80) So OGH 7 Ob 541/95 bzw 7 Ob 542/95.

81) OGH 8 Ob 519/85.

82) OGH 1 Ob 607/83.

83) OGH 8 Ob 172/70, unter Verweis auf EvBl 1940/309 und 8 Ob 13/68. AA Reischauer, der das Vorliegen der Voraussetzungen eines konstitutiven Anerkenntnisses, und des Vertragsabschlusswillens überhaupt verneint. Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 5.

84) OGH 1 Ob.621/55.

85) Schon OGH 7 Ob 627/77.

86) OGH 1 Ob 531/77.

87) OGH 7 Ob 741/80.

88) OGH 1 Ob 699/87.

nehmers, dass er nur zur Behebung der von ihm zu verantwortenden Mängel und dies auch nur im Rahmen seiner gesetzlichen Verpflichtungen bereit sei, wurde nicht als Anerkenntnis qualifiziert⁸⁹⁾.

D. Vergleichsverhandlungen

Vergleichsverhandlungen unterbrechen nach allgemeiner Meinung die Frist, sofern sie zum Abschluss eines Vergleiches führen, oder falls ein solcher scheitert, der Gewährleistungsberechtigte seine Ansprüche gehörig fortsetzt. Begründet wird dies mit der analogen Anwendung der Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung nach § 1497 ABGB auf die Gewährleistungsfristen⁹⁰⁾. Zu beachten ist dabei, dass für die Rechtsprechung schon dann Vergleichsverhandlungen aufgenommen werden, wenn der Übernehmer Ansprüche behauptet, und der Übergeber diese in einer Stellungnahme nicht vollständig ablehnt⁹¹⁾.

Allerdings werden die Unterbrechungsfolgen nicht konsequent angewendet, weil die Gewährleistungsfrist nach dem Scheitern der Verhandlungen nicht von neuem zu laufen beginnen soll, sondern die Klage innerhalb angemessener Frist einzubringen ist, um die Verjährung der Ansprüche abzuwenden⁹²⁾. Richtigerweise wird man von einer Hemmung des Fristenlaufes sprechen müssen⁹³⁾.

Reischauer stellt einvernehmliche Versuche außergerichtlicher Sachverhaltsklärung ernsthaft geführten Vergleichsgesprächen gleich⁹⁴⁾. Der Oberste Gerichtshof bejaht auch in solchen Fällen die Unterbrechung der Gewährleistungsfrist, sofern sich aus dem Einvernehmen der Parteien ergibt, dass sie (weitere) Maßnahmen zur Behebung eines bestimmten Mangels nicht ausschließen wollen.⁹⁵⁾

89) OGH 1 Ob 573/95.

90) OGH 3 Ob 53/56 et mult; allerdings sah man die Gewährleistungsfristen zunächst noch als Präklusivfristen an, Verjährung von Gewährleistungsansprüchen war daher von Amts wegen zu beachten. In den dieser Entscheidung folgenden Erkenntnissen wurde die analoge Anwendung des § 1497 ABGB auch auf bestimmte andere Präklusivfristen anerkannt (zB OGH 8 ObA 250/95). Zuletzt offenbar (schon zur Rechtslage nach dem GewRAG 2001) OGH 8 Ob 124/16t; hier ging es jedoch um eine Verbesserungszusage, der OGH bejahte (konsequent) den Neubeginn der Gewährleistungsfrist aufgrund einer Verbesserungszusage.

91) OGH 3 Ob 110/11i.

92) OGH 2 Ob 52/68 uvam.

93) Siehe OGH 1 Ob 592/88, der in dieser Entscheidung auch von einer Fristenhemmung, und nicht von einer Unterbrechung ausgeht. So auch das Höchstgericht, dass aus der Aufnahme von Vergleichsverhandlungen eine Ablaufhemmung der Gewährleistungsfrist ableitet (OGH 3 Ob 110/11i).

94) Reischauer in Runnigel, ABGB³ § 933 Rz 5.

95) OGH 1 Ob 140/00w. In dieser Entscheidung sprach der OGH allerdings aus, dass die Frist (neu) zu laufen beginne, wenn endgültig klar sei, dass weitere Maßnahmen zur Mängelbeseitigung nicht in Betracht kämen.