

AUFSÄTZE

Und immer, immer wieder: Der verdeckte/versteckte/geheime Mangel (auch: „Anlagemangel“¹⁾)

In der Baubranche – aber keinesfalls nur dort – ist das Gewährleistungsrecht von seltsamen Mythen und schlichten Unrichtigkeiten betroffen. Einer der immer wieder spukenden Geister ist der verdeckte Mangel, der so lange erschienen ist, bis er auch in die Judikatur Eingang gefunden hat ...

Deskriptoren: Gewährleistung, (versteckte) Mängel; §§ 922 ff.

Von Hermann Wenusch

1. Vorbemerkung

Als (gewährleistungsrechtlicher) Mangel soll hier jede Abweichung vom Geschuldeten verstanden werden.² Bei der Verwendung des Begriffes „Mangel“ ist jedenfalls Vorsicht angezeigt: Als solcher wird nämlich manchmal nur ein gewährleistungsrechtlich relevanter Mangel verstanden, manchmal jedoch jeder Fehler (Defekt), jedes Defizit oder jede Unzulänglichkeits (maW: ein Abweichen von dem, was von der Allgemeinheit als „in Ordnung“ befunden wird)³ bei oder auch vor Übergabe (zu einer Zeit also, zu der Gewährleistung noch ausscheidet).⁴

2. Das Okulte der Mängel

§ 928 ABGB lautet: *„Fallen die Mängel einer Sache in die Augen [...], 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“*. Der Gesetzestext mag nun – wie es auch hier vertreten wird – so interpretiert wer-

den, dass Mängel, die für die Gewährleistung erheblich sein sollen, bei der Übergabe okult sein müssen zu diesem Zeitpunkt sichtbare „Fehler“⁵ würden dem entsprechend ausscheiden ...

Die Judikatur nimmt aber im Gegenteil – soweit ersichtlich – seit jeher⁶ in ständiger Rechtsprechung an, dass § 928 ABGB nicht (erst) auf den Zeitpunkt der Übergabe abzielt: *„Der bei in die Augen fallenden, also ohne weiteres erkennbaren (offenkundigen) Mängeln angeordnete Gewährleistungsausschluß bezieht sich nur auf eine schon vor oder bei Vertragsabschluß besichtigte, schon dabei mit dem offenkundigen Mangel behaftete Sache“*.⁷ Ursprünglich anderes sollte für den Werkvertrag gelten, weil da ein Abstellen auf den Vertragsabschluss denklogisch ausscheidet: *„Beim Werkvertrag ist für die Beurteilung, ob die Mängel in die Augen fallen, naturgemäß nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern der der Ablieferung des Werkes maßgebend“*.⁸ Später wurde offenbar erkannt, dass dieser Widerspruch zwischen Kauf- und Werkvertrag nicht sachgerecht sein kann, und die Judikatur dahin geändert, dass § 928 ABGB auf Werkverträge überhaupt nicht anwendbar sei: *„Ist das Werk erst in der Zukunft herzustellen, können künftige, in die Augen fallende Mängel bei der Vertragsgestaltung noch nicht berücksichtigt werden, so dass der Zweck des Gewährleistungsausschlusses für offenkundige Mängel nicht greift“*.⁹

1 In der Judikatur taucht das Phänomen, des „geheimen Mangels“ auch als „Anlagemangel“ auf: ZB OGH 24.02.2009, 9 Ob 3/09w: *„Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe [...] Der Mangel darf zwar nicht erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sein, es genügt aber gerade bei geheimen Mängeln, wenn der Mangel im maßgeblichen Zeitpunkt bereits latent (= seiner Anlage nach) vorhanden war“* (Hervorhebung durch den Verfasser).
2 Vgl OGH 26.06.2014, 8 Ob 57/14m: *„Eine Mangelhaftigkeit im Sinne einer Vertragswidrigkeit besteht in einer qualitativen oder quantitativen Abweichung der Leistung vom vertraglich Geschuldeten“*.
3 Vgl OGH 26.06.2014, 8 Ob 57/14m: *„Die Vertragswidrigkeit eines Leistungsgegenstands ist nicht abstrakt, sondern immer aufgrund des konkreten Veräußerungsvertrags zu beurteilen“*.

4 Zu den „Begriffsverwirrungen“ siehe zB Wenusch, Nachlese: OGH 29.06.2000, 8 Ob 97/00y, ZRB 2014 S VI f.
5 Der Begriff wird gewählt, um eine Verwechslung mit gewährleistungsrechtlich relevanten Mängeln zu vermeiden.
6 Siehe zB OGH 24.04.1926, 2 Ob 262/26 (veröffentl: SZ 8/130): *„§ 928 ABGB bezieht sich bloß auf die dem Käufer beim Kaufabschlusse bekannten oder erkennbaren Mängel“*.
7 OGH 03.05.1994, 1 Ob 555/94.
8 OGH 23.02.1966, 7 Ob 41/66.
9 OGH 14.01.2010, 6 Ob 113/09z; die Frage der Anwendbarkeit des § 928 ABGB für Werkverträge wurde allerdings ausdrücklich offen gelassen.

Die Literatur hat sich dem weitgehend kritiklos angeschlossen:

- „Die Offenkundigkeit des Mangels muss zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen“.¹⁰
- „Bei Werkverträgen ist die Augenfälligkeitsregel des § 928 im allg unanwendbar. Das Werk ist erst in der Zukunft herzustellen, u es kann daher bei der Vertragsgestaltung ein etwaiger künftiger augenfälliger, in seiner konkreten Ausformung noch unbekannter Mangel nicht erfasst u daher auch nicht berücksichtigt werden“.¹¹
- „Der in § 928 angeordnete Gewährleistungsausschluss betrifft nach hM nur eine schon vor oder bei Vertragsabschluss **besichtigte** und dabei mit einem offenkundigen Mangel behaftete Sache“.¹²
- „Ein **augenfälliger** („offenkundiger“) Mangel lieg[t] nur dann vor, wenn der Übernehmer vor Vertragsabschluss [...] eine negative Eigenschaft des Vertragsgegenstandes ohne weiteres erkennen konnte [...]“.¹³

Dies kann aber wohl nicht richtig sein! Liegt ein „in die Augen fallender“¹⁴ Fehler schon bei Vertragsabschluss vor, so wird der betreffende Gegenstand mitsamt dessen Vertragsinhalt – es kann damit eine Vertragswidrigkeit also gar nicht vorliegen, womit § 928 ABGB jeder Anwendungsbereich entzogen würde – eine solche Interpretation scheidet also aus!^{15,16}

Denkt man die §§ 924¹⁷ bis 927 ABGB, die in der Stammfassung – quasi als Apposition – allesamt Sonderregelungen für den Kauf von Vieh enthalten, weg, so schließt § 928 ABGB thematisch an § 922 f ABGB an, wo das Rechtsinstitut der Gewährleistung definiert wird. Es wäre sehr seltsam, wenn der Gesetzgeber in § 923 ABGB von „beigelegten Eigenschaften“ spricht und im thematisch daran anschließenden § 928 ABGB

den Fall regelt, dass (mehr oder weniger) gleichzeitig (jedenfalls vor der später stattfindenden Ablieferung) Abweichendes augenfällig wird.

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass „in die Augen fallend“ subjektiv und individuell verstanden werden muss: Dem Übernehmer muss sich der Fehler unmittelbar erschließen können – es reicht nicht, dass es bei einer Untersuchung zu Tage getreten wäre, weil es – außerhalb des § 377 UGB – keine Untersuchungs- oder Rügepflicht gibt.

Dass es keine Untersuchungspflicht beim Vertragsabschluss gibt (nicht einmal im Bereich des UGB!), ist übrigens ein weiteres Argument dagegen, § 928 ABGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beziehen: Die Bestimmung ginge nicht nur bei Werkverträgen (oder allen anderen Verträgen über erst zukünftige Dinge) ins Leere, sondern auch in allen jenen Fällen, in denen der Vertragsgegenstand bei Vertragsabschluss eben einfach nicht besichtigt wird. Sie wäre also zum Teil auf den „Handkauf“¹⁸ beschränkt.

Nicht gegen die hier vertretene Auffassung kann eingewandt werden, dass sich dadurch eine unnötige Eskalation ergeben würde, weil bei in die Augen fallenden Fehlern der potentielle Erwerber vor die Wahl gestellt würde zu übernehmen oder die Sache zurückzuweisen: „Der Besteller kann sich aber seine Haftungsansprüche auch für solche Mängel dadurch sichern, dass er sich bei der Übernahme deren Geltendmachung vorbehält. Er braucht nicht die Übernahme des Werkes abzulehnen“.¹⁹ Fast schon kurios mutet es an, dass die Rechtsprechung im Endeffekt zum selben Ergebnis, wie die hier vertretene Auffassung gelangt: „Unterlässt der Werkbesteller anlässlich einer vertraglich bedungenen Abnahme des Werkes die Rüge von Mängeln, die in die Augen fallen,

10 Zöchling-Jud, in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 928 (Stand 1.1.2016, rdb.at).

11 ZB Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 ABGB.

12 Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 928 Rz 6 (Hervorhebung im Original).

13 P. Bydliński in Koziol et al, ABGB Kurzkommentar⁵ § 928 Rz 2 (Hervorhebungen im Original).

14 Vgl dazu OGH 29.01.2008, 1 Ob 15/08z: „Von „in die Augen fallenden“ Mängeln kann regelmäßig nur dann gesprochen werden, wenn diese auch ohne nähere Überprüfung nicht zu übersehen sind, nicht aber wenn es einer zielgerichteten Untersuchung bzw einer Besichtigung im Detail bedarf, mag diese auch von einem Laien durchgeführt werden können“.

15 Vgl OGH 07.06.1990, 7 Ob 546/90: „Ein Gesetz muss im Zweifel so ausgelegt werden, dass der aufgestellten Norm ein Anwendungsgebiet zukommt“. Dies wird scheinbar auch erahnt: Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 928 Rz 1: „Dies ist auch entbehrlich, da solche offenkundigen Mängel in der Regel bereits bei der Vereinbarung des Kaufpreises berücksichtigt werden“. Der daraus gezogene Schluss „Ausgehend von diesem Argument muss die Offenkundigkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben sein“, ist allerdings kaum nachvollziehbar.

P. Bydliński in Koziol et al, ABGB Kurzkommentar⁵ § 928 Rz 1: „Es wäre daher zumindest missverständlich, die Vorschriften als gesetzliche Gewährleistungsausschlüsse zu qualifizieren, da Ausschlüsse das Vorhandensein eines Mangels voraussetzen. Ein solcher fehlt jedoch, wenn und soweit der Übergeber nichts Besseres schuldet. § 928 enthält somit wohl Auslegungszweifelsregeln“.

16 Vgl auch OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a: „Dass sich ein außerhalb von Verbrauchergeschäften grundsätzlich zulässig Gewährleistungsausschluss auch auf geheime Mängel beziehen muss, ergibt sich schon daraus, dass andernfalls für die Regelung des § 929 ABGB praktisch kein Anwendungsbereich bestünde, wird doch bei offenkundigen Mängeln schon nach § 928 ABGB in der Regel nicht gehaftet“.

17 In der Stammfassung, die mit der 3 TN ersatzlos aufgehoben wurde: „Wenn ein Stück Vieh binnenvier und zwanzig Stunden nach der Uebernahme erkrankt oder unfällt; so wird vermutet, daß es schon vor der Übernahme krank gewesen sei“. Nachdem § 924 ABGB dann Jahrzehnte lang unbelegt war, hat er seinen heutigen Inhalt erst mit dem GewRÄG erhalten.

18 Zum Begriff: Welsch (Hrsg) Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht.

19 OGH 23.02.1966, 7 Ob 41/66.

liegt darin ein schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung solcher Mängel“.²⁰ Weshalb so kompliziert, wo es doch durch die direkte Anwendung des § 928 ABGB so einfach ginge?

Dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Mängel zunächst nicht sichtbar sind, geht übrigens wohl auch aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, das eine Beweislastumkehr vorsieht, wenn ein Mangel innerhalb von sechs Monaten hervortritt: Was erst hervortritt muss zunächst verborgen sein!

3. Die Gewährleistungsfrist bei „verborgenen“ Mängeln

Wie gezeigt wurde, müssen Fehler okult sein, um gewährleistungsrechtlich als Mangel angesehen werden zu können.

Die Gewährleistungsfrist beginnt gemäß § 933 (1) ABGB mit der Übergabe.²¹ In die Augen fallende Fehler, die nicht gerügt werden, scheiden als (gewährleistungsrechtliche) Mängel aus (siehe oben). Werden Fehler gerügt und erfolgt eine Verbesserungszusage, so „kommt zwischen den Vertragsteilen eine neue Vereinbarung

über die behaupteten Mängel und deren Verbesserung zustande, woraus ein neuer Erfüllungsanspruch erwächst“.²² Erfolgt auf die Rüge keine Verbesserungszusage, so kann entweder die Übernahme verweigert werden oder es sind die gewährleistungsrechtlichen Behelfe zu nutzen.

Fällt bei der Übergabe ein Mangel nicht in die Augen, so beginnt dessen ungeachtet die Gewährleistungsfrist, weil es eben nicht auf die Erkennbarkeit des Mangels ankommt.²³ Zu Recht lehnt die Judikatur ein Hinausschieben des Fristbeginns bei „verdeckten Mängeln“ ab.²⁴ Konsequenterweise muss ein Gewährleistungsverzicht „geheime Mängel“²⁵ umfassen.

Anderes soll bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften gelten: „Der Fristbeginn der dreijährigen Verjährungsfrist des § 933 ABGB wird bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben“.²⁶

Eine Auseinandersetzung mit diesem Thema würde den Rahmen dieser Abhandlung aber sprengen.

Zusammenfassung

Bei der Verwendung des Begriffs „Mangel“ ist Vorsicht geboten, weil dieser völlig unterschiedliche Bedeutungen haben kann: Einerseits (im Gewährleistungsrecht) „Abweichung vom Vertrag“, andererseits (im allgemeinen Sprachgebrauch) „technische Unzulänglichkeit“ bzw. „Fehler“ – diese beiden Bedeutungen dürfen keinesfalls gleichgesetzt werden!

Eine Vertragswidrigkeit des Vertragsgegenstandes muss bei der Übergabe verborgen sein, um von einem Mangel im gewährleistungsrechtlichen Sinn zu sprechen.

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übergabe – es spielt keine Rolle, ob die Vertragswidrigkeit (= Mangel) sichtbar ist oder nicht.

20 OGH 02.07.1987, 6 Ob 623/87.

21 Anders als zB in §§ 924 und 933a ABGB spricht das hier Gesetz von „Ablieferung“ und nicht von „Übergabe“. Begründet dürfte dies vielleicht darin sein, dass es Fälle gibt, in denen keine Übergabe möglich ist – so etwa bei einem Feuerwerk oder Gesang. In der Literatur wird – soweit ersichtlich – die unterschiedliche Wortwahl jedenfalls nicht thematisiert – vielmehr werden die beiden Begriffe gleich gesetzt.

22 OGH 22.09.2015, 4 Ob 123/15i.

23 Vgl dazu zB OGH 30.06.2005, 3 Ob 150/04m.

24 OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h: „Das auch in der jüngeren Lehre

(vgl zuletzt ausführlich Koziol, *Obsoleszenzen im österreichischen Recht* [2016] Rz 126 ff) geforderte generelle Hinausschieben des Fristbeginns bei verdeckten Mängeln widerspräche dem klaren Gesetzeswortlaut“.

25 Vgl OGH 28.07.2010, 9 Ob 50/10h: „Nach gesicherter Rechtsprechung erstreckt sich ein umfassend abgegebener Gewährleistungsverzicht grundsätzlich auch auf geheime [...] Mängel“ - „auch“ ist dabei allerdings unzutreffend, weil indiziert, dass es auch andere als „geheime Mängel“ gibt.

26 OGH 09.08.2012, 5 Ob 53/12y.