

# Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer

Bauwerke sind im Allgemeinen nicht besonders vergänglich (auch wenn es sich dabei nicht um die ägyptischen Pyramiden handelt). Daher sind besonders in der Baubranche Haltbarkeitszusagen, die weit über die gesetzliche Gewährleistungsfrist hinaus gehen, keine Seltenheit. Es stellt sich die Frage, mit welchem Rechtsbehelf vorzugehen ist, wenn sich nach Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist herausstellt, dass die zugesagte Haltbarkeit nicht erreicht wird.

**Deskriptoren:** Gewährleistung, Gewährleistungsfrist, Eigenschaftszusage, Garantie, Brauchbarkeit, Lebensdauer, Haltbarkeit, Versicherung, Zusicherung, Mangel, Hervortreten eines Mangels; § 922 ff ABGB.

Von Hermann Wenusch

## 1. Vorbemerkung

Als (gewährleistungsrechtlicher) Mangel soll hier jede Abweichung vom Geschuldeten verstanden werden.<sup>1</sup> 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 Unzulänglichkeit auch vor Übergabe (zu einer Zeit also, zu der Gewährleistung noch ausscheidet)<sup>2</sup> und manchmal ein Abweichen von dem, was von der Allgemeinheit als „in Ordnung“ befunden wird.<sup>3</sup>

## 2. Die Gewährleistungsfrist bei „verborgenen“ Mängeln

Die Gewährleistungsfrist beginnt gemäß § 933 Abs 1 ABGB mit der Übergabe.<sup>4</sup> In die Augen fallende Fehler, die nicht gerügt werden, scheiden als (gewährleistungs-

rechtliche) Mängel aus.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Zu Recht lehnt die Judikatur ein Hinausschieben des Fristbeginns bei „verdeckten Mängeln“ ab.<sup>7</sup>

Anderes soll bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften gelten: „Der Fristbeginn der [...] Verjährungsfrist [...] wird bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben.“<sup>8</sup>

Wesentlich ist aber jedenfalls nicht, wann der Mangel tatsächlich erkannt wird, sondern ob der Mangel überhaupt erkannt werden kann.<sup>9</sup> Bei genauer Analyse stellt sich heraus, dass nicht ausschlaggebend ist, ob „irgendeine Eigenschaft“ zugesichert wurde, sondern ob diesbezüglich ein Zeitbezug hergestellt wird. Dies ist etwa der Fall, wenn eine bestimmte Haltbarkeit (zB „10.000 Ein- und Ausschaltzyklen“) oder Lebensdauer (zB „mindestens fünf Jahre“) zugesagt wird. Obwohl eine bestimmte Haltbarkeit oder Lebensdauer die praktisch wichtigsten Fälle sein dürften, sind noch weitere Zeitbezüge denkbar (zB „kompatibel mit der übernächsten Version“).

Tatsächlich wird dieser notwendige Zeitbezug, das „Erkennen-Können“, oft nicht erkannt und das Hauptau-

\* Die vorliegende Abhandlung schließt an an Wenusch, Und immer, immer wieder: Der verdeckte/versteckte/geheime Mangel (auch: „Anlagemangel“), ZRB 2017, 87.

1 Vgl OGH 26.6.2014, 8 Ob 57/14m: „Eine Mangelhaftigkeit im Sinne einer Vertragswidrigkeit besteht in einer qualitativen oder quantitativen Abweichung der Leistung vom vertraglich Geschuldeten“.

2 Zu den „Begriffsverwirrungen“ siehe zB Wenusch Nachlese: OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y, ZRB 2014 S VI f.

3 Vgl OGH 26.6.2014, 8 Ob, 57/14m: „Die Vertragswidrigkeit eines Leistungsgegenstands ist nicht abstrakt, sondern immer aufgrund des konkreten Veräußerungsvertrags zu beurteilen“.

4 Anders als zB in den §§ 924 und 933a ABGB spricht das Gesetz hier 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 Lit wird – soweit ersichtlich – die unterschiedliche Wort-

wahl jedenfalls nicht thematisiert – vielmehr werden die beiden Begriffe gleich gesetzt.

5 Siehe dazu Wenusch, Und immer, immer wieder: Der verdeckte/versteckte/geheime Mangel (auch: „Anlagemangel“), ZRB 2017, 87 Pkt 2.

6 Vgl dazu zB OGH 30.6.2005, 3 Ob 150/04m.

7 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“.

8 OGH 9.8.2012, 5 Ob 53/12y.

9 Vgl OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h: „[W]enn das Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft während des Laufes der gesetzlichen Gewährleistungsfrist gar nicht hervorkommen kann“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

genmerk bloß auf die Zusage („*zugesagte Eigenschaft*“) gelegt.<sup>10</sup> Dies kann schon deshalb nicht richtig sein, weil Eigenschaften auch schlüssig zugesagt werden können: Damit wäre die Gewährleistungsfrist in jedem Fall verlängert, weil das, was „gewöhnlich vorausgesetzt“ wohl auch „schlüssig zugesagt“ ist.<sup>11</sup>

Die Zusage einer bestimmten Haltbarkeit bzw Lebensdauer bedeutet im Gewährleistungsrecht natürlich nicht, dass die betroffene Sache „jedenfalls“ so lange hält: Die Sache muss nur ursprünglich (dh bei Übergabe) in einem solchen Zustand sein, dass unter „gewöhnlichen Umständen“ das Erreichen der zugesagten Haltbarkeit bzw Lebensdauer sicher gestellt ist.

An dieser Stelle ist auf eine Selbstverständlichkeit hin zu weisen, die allerdings (vor allem in der Baupraxis)<sup>12</sup> sehr häufig übersehen wird: Die Gewährleistungsfrist ist von der Lebensdauer zu unterscheiden. Plakatives Beispiel dafür ist Frischmilch, die nur ein paar Tage haltbar ist, bei der die Gewährleistungsfrist aber natürlich trotzdem zwei Jahre beträgt.

Fraglich ist, ob die Gewährleistungsfrist erst später beginnt, oder ob sie dem entgegen doch schon mit der Übergabe beginnt, aber um die zugesagte Haltbarkeit bzw Lebensdauer verlängert wird. Wenn die Judikatur von „*Der Fristbeginn [...] wird [...] auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben*“ spricht, scheint das darauf hinzuweisen, dass die Gewährleistungsfrist tatsächlich nicht schon mit der Übergabe, sondern erst später beginnen soll. Vielleicht wurde diese Formulierung aber nur gewählt, weil zu Beginn der entsprechenden Rsp<sup>13</sup> gemäß § 1502 ABGB keine „*längere Verjährungsfrist, als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden*“ darf – das Hinausschieben des Fristendes wird ja auf eine entsprechende schlüssige Vereinbarung gestützt (siehe dazu sogleich) und die Möglichkeit der Gewährleistungsfristverlängerung erst viel später kam.

Dass diese Frage, ob die Gewährleistungsfrist verlängert wird oder nur später beginnt, nicht bloß von theoretischem Interesse ist, wird offenbar, wenn man unterstellt, dass die Frist für die Beweislastumkehr zugleich mit der Gewährleistungsfrist beginnt – beginnt diese tatsächlich später, so beginnt (und endet) auch die Frist für die Beweislastumkehr später: Wird eine Lebensdauer von fünf Jahren zugesagt und hält die betroffene Sache bloß 59 Monate, was allerdings erst nach 64 Monaten hervor tritt, so hätte der Übergeber dann noch immer zu beweisen, dass die Sache bei Übergabe in einem Zustand war, der prinzipiell<sup>14</sup> eine fünfjährige Lebensdauer sichergestellt hätte, wenn die Gewährleistungsfrist tatsächlich erst mit dem Ende der zugesagten Lebensdauer begänne. In der Tat dürfte die Judikatur sich der Problematik einfach nicht bewusst gewesen sein. An anderer Stelle wird nämlich sehr wohl davon gesprochen, dass eine „*stillschweigende Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist*“<sup>15</sup> vorliegt.

Richtig dürfte jedenfalls sein, dass die Gewährleistungsfrist um die zugesagte Haltbarkeit bzw Lebensdauer verlängert wird. Der Judikatur folgend wird aber in den weiteren Ausführungen keine gesteigerte Obacht auf die Formulierung gelegt.

Wie immer dem auch sei, es dürfte selbst dann, wenn man annimmt, dass die Gewährleistungsfrist erst später beginnt, kein Grund dazu bestehen, den Beginn des Fristlaufs für die Beweislastumkehr und die Gewährleistungsfrist „gleich zu schalten“: Der Gesetzgeber behandelt die beiden Fristen an unterschiedlichen Orten und es kann wohl nicht sachgerecht erscheinen, den Übernehmer von einer Beweislast für den Zustand einer Sache zu entlasten, welche sich bereits geraume Zeit in seiner Obhut befindet.

Fraglich ist, ob die gesamte gesetzliche Gewährleistungsfrist jedenfalls um die zugesagte Haltbarkeit bzw

10 So offensichtlich die zit E OGH 9.8.2012, 5 Ob 53/12y: „*deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird*“ (Hervorhebung durch den Verfasser) – nicht: erkannt werden kann! Es handelt sich dabei allerdings nur um einen Zurückweisungsbeschluss, der eher kursorisch begründet ist. Nichts desto weniger trägt auch diese Entscheidung sicher zur Verbreitung des Rechtssatzes RIS-Justiz RS0018982 (T11) bei – zuletzt OGH 17.5.2017, 7 Ob 12/17s: „*Nach ständiger Rechtsprechung ist selbst die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs [...], außer es werden besondere Sacheigenschaften zugesichert (RIS-Justiz RS0018982 [T10, T11], RS0018909)*“.

11 Anders sieht dies möglicher Weise die Judikatur. ZB OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a, SZ 2006/19: „*Ein vertraglicher Gewährleistungsverzicht erstreckt sich nicht [...] auf das Fehlen ausdrücklich oder schlüssig zugesicherter Eigenschaften*“ (Hervorhebung durch den Verfasser); OGH 28.07.2010, 9 Ob 50/10h, SZ 2010/91: „*Auf das Fehlen einer auch nur schlüssig zugesicherten Eigenschaft erstreckt sich selbst ein umfassender Gewährleistungsverzicht nicht*“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Setzt man

„schlüssig zugesagt“ und „gewöhnlich vorausgesetzt“ gleich, würde das nämlich bedeuten, dass ein Gewährleistungsverzicht überhaupt nur für benannte Eigenschaften vereinbart werden kann.

12 Die ÖNORM B 2110 behandelt in Pkt 11 die „*Schlussfeststellung*“, die knapp vor dem Ende der Gewährleistungsfrist stattfinden soll. Der Autor hat oftmals festgestellt, dass anlässlich einer solchen festgestellte Unzulänglichkeiten von den Betroffenen ohne Diskussion beseitigt werden – dies offenbar, weil die Gewährleistungsfrist mit einer zugesagten Lebensdauer gleich gesetzt wird.

13 Soweit ersichtlich OGH 18.1.1966, 8 Ob 365/65, SZ 39/7.

14 Das bedeutet hier: Ohne Auftreten eines nicht zu erwartenden schädigenden Ereignisses.

15 OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h. Diese Entscheidung ist übrigens ein weiterer Beleg dafür, dass die Worte nicht auf die Waagschale zu legen sind. Der genaue Wortlaut „*stillschweigende Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist bis zur Erkennbarkeit des Mangels*“ ist nämlich in jedem Fall unzutreffend, weil das – streng genommen – bedeuten würde, dass keine Klage mehr geführt werden kann, weil die Gewährleistungsfrist ja mit der Mangelerkennung geendet hat.

Lebensdauer verlängert wird (was hinsichtlich des Endes der Gewährleistungsfrist damit übereinstimmt, dass die gesetzliche Gewährleistungsfrist erst mit dem Ablauf der zugesagten Haltbarkeit oder Lebensdauer zu laufen beginnt). Oder wird sie entsprechend verkürzt, wenn vor der zugesagten Haltbarkeit bzw Lebensdauer erkannt (oder bloß erkennbar?) wird, dass diese nicht erreicht wird. MaW: Steht mit dem Erkennen, dass die zugesagte Haltbarkeit bzw Lebensdauer nicht erreicht wird, nur mehr die gesetzliche Gewährleistungsfrist zur Verfügung?<sup>16</sup>

Wird zB bei einer Isolierung (= unbewegliche Sache) eine fünfjährige Dichtheit zugesagt, so könnte die Gewährleistungsfrist insgesamt acht Jahre nach Ablieferung (zugesagte Lebensdauer zuzüglich dreijähriger Gewährleistungsfrist) enden. Endet die Gewährleistungsfrist aber schon sieben Jahre nach der Ablieferung, wenn sich vier Jahre nach der Ablieferung eine Undichtheit zeigt? Oder vielleicht schon nach sechs Jahren, wenn man bereits nach drei Jahren erkennt, dass die zugesagte Lebensdauer nicht erreicht werden wird (obwohl noch gar keine Undichtheit vorliegt)? Hier sei der Vollständigkeit halber daran erinnert, dass auch bei einer zugesagten Haltbarkeit bzw Lebensdauer der Mangel zum Zeitpunkt der Ablieferung vorliegen muss.<sup>17</sup>

Da bei Sachmängeln (nur solche werden hier behandelt) die Gewährleistungsfrist prinzipiell unabhängig von der Erkennbarkeit eines Mangels mit der Ablieferung zu laufen beginnt, wollte der Gesetzgeber die Frist zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen (die ja verschuldensunabhängig sind) offensichtlich eher kurz halten. Nachdem die Gewährleistungsfrist außerdem bloß eine Verjährungsfrist ist und kein Grund ersichtlich ist, weshalb der Übernehmer mit seinem Wissen über die Mangelhaftigkeit „hinter dem Berg halten“ dürfen soll, beginnt die Verjährungsfrist wohl zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem erkannt wird, dass die Haltbarkeit bzw Lebensdauer nicht erreicht wird. Darauf, ob vielleicht zuvor erkennbar ist, dass die zugesagte Haltbarkeit bzw Lebensdauer nicht erreicht wird, kommt es wohl nicht

an, weil keine Pflicht zur laufenden Überprüfung gegeben ist. Im Ergebnis kommt es wohl auf den Zeitpunkt an, in dem die Mangelhaftigkeit hervortritt.

Begründet wird die Verlängerung der Gewährleistungsfrist übrigens nicht mit einer gesetzlichen Bestimmung, sondern damit, dass bei Zusicherung einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer eine stillschweigende Verlängerung der Gewährleistungsfrist anzunehmen ist. Da eine schlüssige Vereinbarung nicht mit einer ausdrücklichen in Widerspruch stehen darf, folgt daraus: „Eine in der Zusicherung bestimmter Eigenschaften gelegene, stillschweigende Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist bis zur Erkennbarkeit des Mangels kommt dann nicht in Betracht, wenn ausdrücklich eine bestimmte andere Gewährleistungsfrist vereinbart wurde“.<sup>18</sup>

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang vielleicht, dass es die Judikatur nicht so streng nimmt, wenn eine schlüssige Zusicherung mit einem Gewährleistungsausschluss kollidiert – dann soll der Gewährleistungsausschluss nämlich nicht gelten: „Ein vertraglicher Gewährleistungsverzicht erstreckt sich daher nicht auf das Fehlen ausdrücklich oder schlüssig zugesicherter Eigenschaften“.<sup>19</sup>

### 3. Mängel und deren Hervortreten

Ein Mangel im gewährleistungsrechtlichen Sinn muss zunächst verborgen sein – daran wurde einleitend erinnert.<sup>20</sup> Tritt ein Mangel schließlich niemals hervor („zu Tage“), so sind weitere Überlegungen wohl überflüssig. Der Vollständigkeit halber sei aber angemerkt, dass ein Mangel, der niemals hervor tritt, nicht unbedingt ein unerheblicher Mangel<sup>21</sup> ist. Ein Feuerwerk, das unzulässige Chemikalien enthält, ist nicht bloß unerheblich mangelhaft, nur weil der Mangel nach seinem Abbrennen, das trotzdem den restlichen (wohl: optischen) Erwartungen entspricht, gar nicht mehr „hervortreten“ kann.

Dass ein Mangel hervor tritt, kann auf für den Übernehmer „unangenehme“ Folgeerscheinungen zurück zu führen sein: Ein lockerer Bolzen in einem Motor führt

16 Die Summe der beiden Fristen wird dann um jenen Zeitraum gekürzt, in dem vor Ende der zugesagten Haltbarkeit bzw Lebensdauer erkannt wird, dass diese schließlich nicht erreicht wird.

17 Die Judikatur scheint „Mangel“ und „Hervortreten des Mangels“ nicht richtig zu unterscheiden. In OGH 24.2.2009, 9 Ob 3/09w wurde zB geurteilt: „Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe, es sei denn, die Gefahr wäre schon vorher auf den Erwerber übergegangen. 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 [...] Hier: Lockerer Befestigungsbolzen im Motorraum eines Gebraucht-PKW, der durch „Weiterfressen“ zu einem massiven Motorschaden und

zur Fabrunfähigkeit des PKW führte“. Der Mangel war in diesem Fall der lockere Befestigungsbolzen. Dieser Mangel ist aber erst durch den Motorschaden hervorgekommen.

18 OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h.

19 OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h, SZ 2010/91.

20 Siehe Wenusch Und immer, immer wieder: Der verdeckte/versteckte/geheime Mangel (auch: „Anlagemangel“), ZRB 2017, 87. Irreführend daher OGH 23.4.1980, 3 Ob 540/79, SZ 53/63: „Ein verborgener Mangel ist ein Mangel, der [...] dem Käufer bei Ablieferung der Ware auch tatsächlich nicht bekannt geworden ist“.

21 Zum Begriff: Goriani in Welsch (Hrsg) Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 344 f: „Mangel der von so geringer Intensität ist, dass er im Verkehr gar nicht als solcher empfunden, sondern toleriert wird“.

zu einem „kapitalen“ Motorschaden;<sup>22</sup> eine durchlässige Feuchtigkeitsisolierung führt dazu, dass das Mauerwerk durchfeuchtet wird; ein Tanzboden wird aufgrund des nicht geeigneten Materials rasch völlig unansehnlich;<sup>23</sup> der „gespannte“ Einbau eines Fensters führt zu einem Sprung in dessen Scheibe. Solche Folgeerscheinungen sind aber nicht zwingend für das Hervortreten eines Mangels – ein solcher kann auch zufällig entdeckt werden, ohne dass „etwas passiert“: Bei Grabungsarbeiten, die mit der Gebäudeisolierung in gar keinem Zusammenhang stehen, stellt zB deren Übernehmer zufällig fest, dass sie bloß ein- und nicht vertragskonform zweilagig ausgeführt wurde, ohne dass es zu irgendwelchen Feuchtigkeitsschäden gekommen wäre.

Die „unangenehmen“ Folgeerscheinungen könnten als „Mangelfolgeschaden“ angesehen werden: Als solches wird der Schaden verstanden, „*der durch die mangelhafte Leistung verursacht wurde [...]. Der Schadenersatz richtet sich nach schadenersatzrechtlichen Regeln und setzt somit Verschulden des Übergebers am Mangel voraus*“.<sup>24</sup> Da die Beseitigung der Folgeerscheinungen möglicherweise viel „teurer“ ist als die Behebung des „billigen“ (ursprünglichen) Mangels, wäre eine solche Auffassung wohl ziemlich unangenehm für den Übernehmer ... Die Judikatur unterscheidet nicht zwischen Mangel und Folgeerscheinungen – vielmehr werden letztere als „der Mangel“ angesehen. Die Rede ist davon, dass die Folgeerscheinung der Mangel sei und der bei Übergabe vorliegende Fehler bloß die „Mangelanlage“ war. Durch den „Anlagemangel“<sup>25</sup> sei der spätere Mangel bereits „*latent schon bei der Übergabe vorhanden*“ gewesen – der latent vorhandene Mangel hat sich dann „*weiter gefressen*“.<sup>26</sup> Problematisch ist dies wohl dann, wenn ein aleatorisches Element hinzu tritt: Die Sicherung einer Mutter in einem Getriebe ist defekt. Die Mutter löst sich, obwohl dies nicht passieren muss und sogar ziemlich unwahrscheinlich ist. Sie fällt zufällig zwischen zwei Zahnräder, wodurch das Getriebe zerstört wird; dabei handelt es sich um ein absolut unwahrscheinliches Ereignis – viel

wahrscheinlicher wäre es, dass die Mutter im Gehäuse bloß einfach zu Boden fällt, ohne Schaden anzurichten. Diese Überlegung ruft wohl § 1311 ABGB ins Gedächtnis: „*Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet*“.

Die defekte Sicherung war zwar kausal für die Zerstörung des Getriebes, nur darf daraus nicht geschlossen werden, dass es genauso hat kommen müssen (Rückschaufehler [„hindsight bias“]).<sup>27</sup>

Es ist zu beachten: Der Übernehmer soll hinsichtlich des Risikos eines Defekts nicht besser gestellt werden, als der Übergeber – er erhält (ohne entsprechende Zusage) nicht eine Garantie „dazu“, die auch der letztere nicht gehabt hat.<sup>28</sup>

#### 4. Der geheime Mangel „frisst“

An dieser Stelle gilt es zunächst, sich der Definition des gewährleistungsrechtlichen Mangels zu besinnen: „*Eine Leistung ist nur dann mangelhaft im Sinne des § 922 ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, das heißt dem Vertragsinhalt, zurückbleibt*“<sup>29</sup> (zum Vertragsinhalt gehört bekanntlich nicht nur das Vereinbarte, sondern eben auch, was „*vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden*“<sup>30</sup> ist).

Die einzelnen Elemente des Vertragsinhalts (die Eigenschaften der Sache) können danach unterschieden werden, ob sie konstruktiver oder funktionaler Natur sind. Konstruktive Elemente beschreiben einen Zustand, funktionale Elemente eine Funktion – im allgemeinen wohl eine Brauchbarkeit oder Verwendbarkeit.<sup>31</sup>

Sowohl konstruktive, als auch funktionale Eigenschaften einer Sache verändern sich mit der Zeit – nichts währt für ewig: Konstruktive Eigenschaften „verschlechtern“ sich mit der Zeit, ohne dass von der Sache irgend ein Gebrauch gemacht wird: Frischmilch verdirbt nach ein paar Tagen, Obst etwas später und Tiefkühlgemüse erst sehr viel später. Funktionale Eigen-

22 Sachverhalt aus OGH 24.2.2009, 9 Ob 3/09w.

23 Sachverhalt aus OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y.

24 Zum Begriff: *Goriani* in Welser (Hrsg) Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 345.

25 So zuletzt OGH 23.4.2015, 1 Ob 71/15w, SZ 2015/36.

26 So OGH 24.2.2009, 9 Ob 3/09w; 23.4.2015, 1 Ob 71/15w, SZ 2015/36.

27 Die Wahrscheinlichkeit von Geschehnissen, die tatsächlich eingetreten sind, werden überschätzt – „das hat ja kommen müssen“!

28 Vgl zB OGH 25.01.1990, 7 Ob 732/89: „*Normale Verschleißerscheinungen und Abnutzungserscheinungen sind [...] keine Fehler im Rechtsinn. Beim Gebrauchtwagenkauf müssen Mängel innerhalb eines gewissen Rahmens hingenommen werden, insbesondere dem Alter und den gefahrenen Kilometern entsprechende Verschleißmängel und Abnutzungserscheinungen, weil die gewöhnliche Beschaffenheit normale Verschleißerscheinungen und das Risiko*

*auch größerer Reparaturen nicht ausschließt*“ (dazu ist anzumerken, dass die Begriffe „*Fehler*“ und „*Mängel*“ im Sinne einer klaren Begrifflichkeit gegen einander ausgetauscht werden müssen); 22.8.1996, 1 Ob 2218/96z: „*Beim Gebrauchtwagenkauf müssen Mängel innerhalb eines gewissen Rahmens hingenommen werden*“ (statt des Begriffs „*Mängel*“ wäre zB „*technische Unzulänglichkeiten*“ besser); 18.10.2007, 2 Ob 189/07v: „*Bei Fahrzeugen älteren Baujahrs mit hohem Kilometerstand können nicht alle innerhalb eines halben Jahres auftretenden Mängel generell auf den Zeitpunkt der Übergabe bezogen werden*“ (statt des Begriffs „*Mängel*“ wäre zB „*technische Unzulänglichkeiten*“ besser).

29 OGH 10.10.1990, 2 Ob 535/90, SZ 63/171.

30 § 923 ABGB.

31 In den Worten des § 922 Abs 1 ABGB: „*dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann*“.

schaften „verschlechtern“ sich (auch) durch den Gebrauch – einmal mehr und einmal weniger: Ein Streichholz „funktioniert“ nach einmaligem Gebrauch nicht mehr, ein Autoreifen später und die Teile eines Gebäudes wohl vielfach erst nach sehr langer Zeit.<sup>32</sup> Die Haltbarkeit (Lebensdauer) und die Brauchbarkeit eines Produkts sind in jedem (sic!) Fall beschränkt.

Hinsichtlich des Vertragsinhalts ist zunächst zu ermitteln, welche Eigenschaften augenblicklich vereinbart wurden. Dann ist aber sofort zu fragen, für welche Dauer diese bestehen sollen.

Natürlich kann die Eigenschaft der Haltbarkeit auch schlüssig vereinbart werden.<sup>33</sup>

Wird die Lieferung eines Parkettbodens als Tanzfläche in einer Diskothek vereinbart, so wird damit keine Haltbarkeit versprochen.<sup>34</sup>

„Dass ein neuer Kfz-Motor bei üblicher Beanspruchung mehr als 23 Monate **funktionsfähig** ist, wird im Verkehr erwartet, sofern kein Hinweis auf die Notwendigkeit bestimmter Kontroll- oder Wartungsmaßnahmen erfolgt. Erleidet ein solcher Motor nach 23 Monaten einen Totalschaden [...], fehlt es dem Motor an einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft im Sinne des § 922 Abs 1 Satz 2 ABGB“.<sup>35</sup>

Wenn die Entscheidung dann davon spricht, dass ein Mangel („Anlagemangel“, in der Judikatur taucht dieser Begriff statt des „*geheimen Mangels*“ auf<sup>36</sup>) latent schon bei der Übergabe vorhanden war, weil das Eindringen von Öl durch einen undicht gewordenen Dichtungsring zu einem „Weiter fressen“ (Beschädigung anderer Motorteile) und schließlich zum Totalschaden geführt hat, so ist dies entbehrlich, weil es am Thema vorbei geht: Es liegt unzweifelhaft ein funktionaler Mangel vor, weil der Motor eben nicht mehr als 23 Monate (die vorausgesetzte Lebensdauer) „hält“; der Grund, aus dem er dies nicht tut, ist unerheblich, solange es sich nicht um eine unerwartete Beanspruchung handelt.

Zu erwähnen dabei ist, dass sich jeder funktionale Mangel auf einen konstruktiven zurückführen lässt: Wäre genau jener Teil (oder noch detaillierter: die Stelle des

betreffenden Teiles), dessen Versagen als Lebensende der Sache anzusehen ist, anders „konstruiert“ worden, so wäre der Defekt nicht aufgetreten (im obigen Beispiel: der Dichtungsring, der schließlich den Motorschaden herbeiführt). Umgekehrt muss nicht jeder konstruktive Mangel auch zu einem funktionalen Mangel führen – ein bestimmter konstruktiver Mangel kann in einem Fall (zufällig!) zu einem funktionalen Mangel führen, in einem andern Fall aber (zufällig!) nicht.<sup>37</sup>

Das Problem: Ob der Motor mehr als 23 Monate hält, das merkt man eben erst nach 23 Monaten (auch wenn es sich vielleicht durch akribische Untersuchung schon früher feststellen ließe)! Wendet man die oben dargestellte Regel der Judikatur an, dass die Gewährleistungsfrist erst beginnt, sobald der Mangel erkannt werden kann, so bedeutet dies, dass eine gewährleistungsrechtliche Klage auch lange nach Ablauf der mit Übergabe beginnenden zwei- oder dreijährigen Frist noch Erfolg haben kann: Bei Lebensmitteln beginnt die Gewährleistungsfrist<sup>38</sup> also erst mit dem Ablaufdatum. Bei Frischmilch, deren Haltbarkeit bloß ein paar Tage dauert, wäre das ein kaum wahrnehmbarer Umstand – bei Konserven mit einer viele Monaten dauernden Haltbarkeit wird es aber merklich ...

Immerhin: Bei einem bestimmten Ablaufdatum ist zumindest diesbezüglich Klarheit gegeben. Bei schlüssig vereinbarten Haltbarkeiten dürfte die Unsicherheit aber ziemlich unangenehm sein: Welche Laufleistung eines Motors oder Dauer der Farbechtheit eines Anstrichs wurde schlüssiger Vertragsinhalt?

Insbesondere bei Bauleistungen wird eine Haltbarkeit, die die gesetzliche Gewährleistungsfrist wesentlich überschreitet, sehr häufig anzunehmen sein.

## 5. Geteilte Gewährleistung

So gut wie alle Sachen haben mehrere Eigenschaften, die sich in zwei Gruppen einteilen lassen: quantitative und qualitative. Eine Konservendose hat zB eine bestimmte Einwaage und der Inhalt hat eine bestimmte Beschaffen-

32 Siehe dazu zB den Nutzungsdauerkatalog baulicher Anlagen und Anlagenteile des SV-Landesverbandes Steiermark und Kärnten.

33 Vgl zB OGH 11.02.1997, 10 Ob 2066/96p: „Die Festlegung der geschuldeten Eigenschaften kann auch stillschweigend erfolgen. In manchen Fällen wird ein auffallend niedriger Kaufpreis ein Indiz dafür sein, dass bestimmte negative Eigenschaften des Kaufgegenstandes nach der Vorstellung der Parteien keinen Mangel darstellen sollten und somit auch keine Gewährleistungsansprüche auslösen“.

34 OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y: „Das Begehren des Beklagten auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien – wenn auch im Gefolge einer Warnpflichtverletzung durch die Klägerin – gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw. geliefert wurde [...]. Am deutlichsten zeigt dies das Beispiel des Parkettbodens, der nach den Feststellungen in bester Qualität und Ausführung verlegt wurde,

sodass klar ist, dass eine Verbesserung des Werkes nur in der Herstellung eines bislang nicht vereinbarten Bodens bestehen kann“.

35 OGH 23.4.2015, 1 Ob 71/15w, SZ 2015/36; Hervorhebung durch den Verfasser.

36 ZB OGH 24.2.2009, 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).

37 Vgl das obige Beispiel der Mutter, die das Getriebe zerstört.

38 Dazu, ob die Gewährleistungsfrist „als solches“ oder nur hinsichtlich der Genießbarkeit beginnt, siehe unten.

heit. Beides lässt sich zum Zeitpunkt der Übergabe ermitteln: Eine Füllmenge von 400 g ist etwas Anderes als eine von 415 g und weiße Bohnen sind etwas anderes als steirische Käferbohnen. Auf den ersten Blick würde man wohl annehmen, dass die Gewährleistungsfrist hinsichtlich beider Eigenschaften mit der Übergabe zu laufen beginnt, auch wenn man allfällige Vertragswidrigkeiten nicht sieht – das wurde oben dargestellt. Es gibt aber durch die Angabe des Haltbarkeitsdatums auch eine ausdrückliche zugesagte Eigenschaft, hinsichtlich derer die Gewährleistungsfrist erst viel später beginnen soll – auch das wurde oben dargestellt. Soll es wirklich mehrere Fristen geben?

Es geht nämlich noch viel differenzierter: Es kann „Verschleißteile“ mit einer kurzen Haltbarkeit geben und auch sonst verschiedene Teile mit unterschiedlicher Lebenserwartung. Glühlämpchen in den Scheinwerfern eines Automobils brennen irgendwann einmal durch, der Zahnriemen reißt irgendwann, wenn er nicht zeitgerecht ausgetauscht wird, und die Pleuellager sind irgendwann einmal – wenn auch nach sehr langer Zeit – ausgeschlagen.

Soll es tatsächlich hinsichtlich jedes Teils bzw. hinsichtlich jeder Eigenschaft eine eigene Gewährleistungsfrist geben oder ist das Erreichen der „längsten“ Haltbarkeit der Beginn einer „einheitlichen“ Gewährleistungsfrist? Hier ist abermals zu betonen: Haltbarkeit und Gewährleistungsfrist ist zu unterscheiden! Nur weil zB die Gewährleistungsfrist in zehn Jahren beginnt, weil zugesagt wird, dass das Blech der Karosserie keinesfalls in zehn Jahren durchrostet, müssen die Glühlämpchen nicht so lange halten. Läuft die einheitliche Gewährleistungsfrist noch, so müssen aber alle Glühlämpchen „ihre“ (dh die von ihnen jeweils zu erwartende) Haltbarkeit aufweisen ...

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang wohl, ob die Sache als teilbar anzusehen ist.<sup>39</sup> Auch wenn die Frage der Teilbarkeit eine des Einzelfalls ist,<sup>40</sup> wird man doch davon ausgehen können, dass sehr häufig von einer unteilbaren Leistung auszugehen<sup>41</sup> ist: Wohl kaum jemand kommt auf die Idee, zB ein Automobil als (im rechtlichen Sinn) teilbar anzusehen.

Nach der Judikatur<sup>42</sup> tritt die Rechtslage „in das Stadium vor der Ablieferung zurück“, wenn ein Mangel be-

hoben wird. Ohne die Teilbarkeit zu thematisieren wird aber ausgesprochen, dass dies „nur bezüglich des [...] anerkannten Mangels“ gelte.<sup>43</sup> Die Judikatur hat also scheinbar kein Problem mit einer Mehrzahl von Gewährleistungsfristen ...

Weiter soll darauf hier aber nicht eingegangen werden, weil dies den Umfang dieser Abhandlung bei Weitem sprengen würde.

## 6. Mögliche Lösungen des Dilemmas

Weder nahezu „ewige“ Gewährleistungsfristen, noch eine unüberschaubare Anzahl an unterschiedlichen Gewährleistungsfristen bei einem einzigen Erwerbsvorgang dürften im Interesse der Rechtsanwendung sein.

Das Hervortreten des Mangels als Mangelfolgeschaden zu betrachten, wird dem Problem nicht gerecht, weil trotz der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB wohl in zu vielen Fällen die Zusage einer Haltbarkeit bzw Lebensdauer sanktionslos „verpuffen“ würde.

Man könnte versuchen, zu unterscheiden, ob eine Eigenschaft bloß „gewöhnlich vorausgesetzt“, „vereinbart“ oder „zugesichert“ ist – Vereinbarungen und Zusicherungen könnte man dann abermals danach unterscheiden, ob sie ausdrücklich oder schlüssig erfolgen. Eine solche – wohl fast kindlich anmutende – Haarspalterei ist wohl kaum zielführend: Eine Unterscheidung danach, ob etwas „schlüssiger Vertragsinhalt“ oder bloß „gewöhnlich Vorausgesetztes“ ist, verbietet sich schon aufgrund des Wortlautes des § 923 ABGB. „Zusichern“ und „vereinbaren“ ist wohl synonym und schließlich werden gerade die offensichtlichsten und selbstverständlichsten Dinge oft deshalb nicht ausdrücklich erwähnt, weil sie als „vollkommen logisch“ vorausgesetzt werden.

Überhaupt erscheint es, dass das Problem einer nicht erfüllten Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer prinzipiell nicht mit dem Rechtsbehelf der Gewährleistung zu lösen ist. Dies kann höchstens dann der Fall sein, wenn sich innerhalb der „gewöhnlichen“ Gewährleistungsfrist offenbart, dass die zugesagte Haltbarkeit oder Lebensdauer nicht erreicht wird (dies auch dann, wenn das tatsächliche („verfrühte“) Ende der Haltbarkeit oder Lebensdauer erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist erreicht sein wird).

39 Vgl dazu zB OGH 28.1.1997, 4 Ob 5/97g: „Ist ein Teil einer als unteilbar behandelten Sache mit einem unbehebbar Mangel behaftet, so kann der Vertrag nicht teilweise, sondern nur allenfalls zur Gänze gewandelt oder es kann Preisminderung verlangt werden“.

40 Vgl OGH 27.8.2013, 4 Ob 112/13v: „Die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls erfolgende Beurteilung der Teilbarkeit der Vertragserfüllung wirft aber regelmäßig keine erheblichen Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO auf“.

41 Vgl OGH 3.11.1987, 5 Ob 584/87: „Die Frage der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Erfüllung ist nach dem Willen beider Partei-

en beziehungsweise nach dem dem Kontrahenten bei Vertragsabschluss bekannten oder erkennbaren Willen einer Partei zu beurteilen“.

42 ZB OGH 13.6.2006, 10 Ob 105/05x.

43 OGH 9.4.2015, 7 Ob 103/14v (Zurückweisungsbeschluss): „Demnach haben die im Kellergeschoss aufgetretenen und erfolgreich sanierten Mängel den Lauf der Gewährleistungsfrist des § 933 Abs 1 ABGB betreffend die Mängel am Dachboden nicht unterbrochen“.

In Frage kommt eine „echte“ (hier: zweipersonale) Garantie („zur Verstärkung der eigenen Leistungspflicht“<sup>44</sup>) – nicht jedoch eine „Garantiezusage“, weil es sich dabei bloß um eine Modifikation der Gewährleistung handelt:<sup>45</sup> Der Veräußerer haftet verschuldensunabhängig für den zugesagten Erfolg.<sup>46</sup>

Nur am Rande sei an dieser Stelle bemerkt, dass durch die Garantiezusage gegebenenfalls der Übergeber einen Nachteil übernimmt, der ansonsten vom Übernehmer zu tragen wäre. Durch die verlängerte Gewährleistung wird der Übernehmer gleichsam „versichert“. Umgangssprachlich könnte man es so ausdrücken: „Der Veräußerer verkauft eine Versicherung(spolizze) dazu“ – was tatsächlich § 1288 ABGB entspricht: „Der Versicherer haftet dabey für den zufälligen Schaden“. Dabei ist nicht von Bedeutung dass die Bestimmungen zum Versiche-

rungsvertrag im ABGB durch das VersVG weitgehend überholt angesehen werden<sup>47</sup> – das VersVG betrifft wohl nur „selbständige“ Risikoübernahmen, ohne bezügl. „Grundgeschäft“.<sup>48</sup>

Dieser Ansatz lässt die Gewährleistungsfrist unverändert und führt trotzdem dazu, dass der Erwerber „geschützt“ ist, wenn die zugesagte Haltbarkeit bzw Lebensdauer nicht erreicht wird. Es kommt nicht zu einer „Zersplitterung“ der Gewährleistungsfristen und es wird auch das seltsame Ergebnis vermieden, das entsteht, wenn man zwar prinzipiell von einer schlüssigen Vereinbarung einer verlängerten Gewährleistungsfrist ausgeht, aber in einem Einzelfall ausdrücklich eine kurze Frist vereinbart wird (was die Annahme einer schlüssigen Vereinbarung eben ausschließt – siehe oben).

## Zusammenfassung

Die Gewährleistungsfrist ist eine Verjährungsfrist, die nichts mit der Haltbarkeit bzw Lebensdauer der betroffenen Sache zu tun hat.

Der Satz „Der Fristbeginn der Verjährungsfrist wird bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben“ ist irreführend, weil der Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit nur dann von Bedeutung ist, wenn es sich um die Zusicherung einer bestimmten **Haltbarkeit** bzw **Lebensdauer** handelt.

Jedenfalls ist zu bedenken, dass ein Mangel konstruktiver oder funktionaler Natur sein kann: Wird die zugesagte Haltbarkeit oder Lebensdauer nicht erreicht, so ist dies ein

Mangel und es spielt keine Rolle, aus welchem Grunde dies passiert.

Will man die Zusage einer bestimmten Haltbarkeit bzw Lebensdauer mit dem Gewährleistungsrecht lösen, so stößt man auf eine Vielzahl von Problemen: Das Ende der Gewährleistung ist unklar, das Ende der Beweislastumkehr ebenso. Fraglich ist auch, ob es eine Mehrzahl von Gewährleistungsfristen gibt.

Eine entsprechende Zusage sollte nicht nach Gewährleistungsrecht beurteilt werden, sondern als (echte) Garantie (bzw Versicherung).

### Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch,  
kanzlei@ra-w.at

44 Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 880a (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 17.

45 OGH 21.3.1985, 8 Ob 637/84: „Vom „echten“ Garantievertrag zu unterscheiden ist die besonders in Kaufverträgen häufig vorkommende sogenannte Garantiezusage (der „unechte“ Garantievertrag), worunter bloße Gewährleistungsabreden verstanden werden“.

46 Der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass eine solche Garantie formfrei erfolgen kann, weil das Schriftlichkeitserfordernis dafür

wohl nur – nicht zuletzt aufgrund der Ähnlichkeit zur Bürgschaft – im dreipersonalen Verhältnis gefordert wird.

47 Stefula in Klang, ABGB<sup>3</sup> §§ 1287-1292 Rz 5; Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1292 Rz 2.

48 Tatsächlich muss es eigentlich verwunderlich erscheinen, dass Garantie und Versicherung – soweit ersichtlich – niemals in Verbindung gebracht werden, obwohl es sich um im Ergebnis sehr ähnliche Dinge handelt.