

Festschrift

GEORG KARASEK

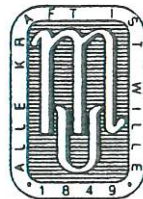
herausgegeben von

Mag. Clemens M. Berlakovits

Mag. Wolfgang Hussian

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Sonderdruck



Wien 2018

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

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 ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung des Autors sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@manz.at
www.manz.at

Der verdeckte Mangel

Rudolf Lessiak, Wien

Übersicht:

- I. Fragestellung
- II. Der Meinungsstand
 - A. Überblick
 - B. Detaillierte Darstellung der Judikatur
- III. Zur „Unerkennbarkeit“ im Übergabezeitpunkt als Anknüpfungspunkt
 - A. Unerkennbarkeit wegen Unzumutbarkeit der (zielführenden) Untersuchung?
 - B. Unerkennbarkeit im konkreten Einzelfall und „typische“ Unerkennbarkeit
 - C. Absolute Unmöglichkeit der Erkennbarkeit im Übergabezeitpunkt
- IV. Zum Anknüpfungspunkt der „ausdrücklichen“ Eigenschaftszusage
- V. Dispositivregel und subjektive Äquivalenz
- VI. Ergänzende Vertragsauslegung?
- VII. Analogie zum Rechtsmangel?
- VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Fragestellung

Ist ein Mangel, sohin die Abweichung der tatsächlichen von der geschuldeten Leistung, im Zeitpunkt der Leistungsübernahme nicht erkennbar, so spricht man von einem „verdeckten“ (oder „verborgenen“) Mangel. Zur Frage, ob diese Unerkennbarkeit des Mangels Auswirkungen auf Beginn oder Ende der Gewährleistungsfrist hat, ist die Position des Jubilars¹⁾ (zumindest bei Mängeln an unbeweglichen Sachen) eindeutig, wenn er ausführt:

„Ist die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen, besteht vielfach der Irrglaube, dass der Mangel dennoch erfolgreich geltend gemacht werden kann. Auch für verborgene Mängel beginnt bei Bauwerkverträgen die Gewährleistungsfrist mit der Übernahme der Leistung zu laufen“.

Folgende Fragen sind die Hauptthemen dieser Arbeit:

- Wirkt sich die Unerkennbarkeit des Mangels auf Beginn oder Dauer der Gewährleistungsfrist aus?
- Wann ist überhaupt „Unerkennbarkeit“ anzunehmen?
- Ist bei „Ausdrücklichkeit“ die Zusicherung der vom Mangel betroffenen Eigenschaft anders zu beurteilen, als bei stillschweigend zugesicherten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften?
- Kann ergänzende Vertragsauslegung für diese Thematik genutzt werden?
- Ist eine analoge Anwendung der für den Rechtsmangel geltenden Regelungen zulässig?

1) ÖNORM B 2110 Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm³ (2016) Rz 2205.

Nebenthemen, wie die Frage, ob diesbezüglich eine Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen geboten erscheint²⁾, werden im passenden Kontext ebenfalls erörtert.

Aktueller Anlass bei Zusage dieses Themas an die Herausgeber dieser Festschrift war die OGH-Entscheidung 4 Ob 202/16h vom 20.12.2016. Dort ging es zentral um die Frage, ob auch beim nicht erkennbaren Sachmangel ohne abweichende Vereinbarung im Einzelfall die Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB ab Übergabe oder erst ab Erkennbarkeit des Mangels zu laufen beginnt. Die Aktualität dieser OGH-E ist unverändert.

Durch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen auf zwei Jahre hat sich die praktische Bedeutung der mit dem Phänomen des verdeckten Mangels verbundenen Rechtsfragen im Bauvertrag nicht spürbar verringert. Die langfristigen, regelmäßig zwei oder drei Jahre übersteigenden Erwartungen an die Lebensdauer der eingesetzten Materialien verbunden mit in den letzten 20 Jahren deutlich gesteigerten technischen Anforderungen und erhöhter Komplexität im Baugeschehen haben dazu geführt, dass Mängel im Zusammenhang mit Bauleistungen zu den häufigsten Fällen gehören, in denen sich die Judikatur mit der Behauptung eines verdeckten Mangels befassen muss. Jedenfalls haben sie die Paradebeispiele verdeckter Mängel aus der Judikatur, das waren Viehmängel und Mängel an Kraftfahrzeugen, inzwischen eindeutig an Bedeutung verdrängt. So steigt die Zahl der Fälle, in denen sich der OGH mit verdeckten Mängeln im Bauvertragsrecht zu befassen hat.

II. Der Meinungsstand

A. Überblick

Nach der Judikatur ist die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung des Beginns des Fristenlaufs³⁾. Hingegen beginnt bei Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren Eigenschaft und diesbezüglicher Garantie für einen bestimmten Zeitraum die Gewährleistungsfrist erst in dem Zeitpunkt zu laufen, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet⁴⁾. In zahlreichen Entscheidungen findet sich dieser Rechtssatz ohne die Einschränkung „und diesbezüglicher Garantie für einen bestimmten Zeitraum“⁵⁾.

Ein Teil der Lehre⁶⁾ folgt dieser Judikatur. Überwiegend wird dies mit einer stillschweigenden Verlängerung der Gewährleistungsfrist begründet⁷⁾. An-

2) So etwa *Karasek*. ÖNORM B 2110 Rz 2205, sowie ausdrücklich das Berufungsgericht in dem in FN 49 geschilderten Fall unter Berufung auf SZ 63/37.

3) RIS-Justiz RS0018937; RS0018982.

4) RIS-Justiz RS0018909.

5) Vgl in der detaillierten Darstellung der Judikatur unter II.B, insbesondere im Text bei FN 68, 69, 73 uva.

6) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 376; *Ofner in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 933 Rz 10; *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933 Rz 10 (Stand 01.01.2016), jeweils mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes.

7) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 376 mwN.

dere Autoren lehnen die Lösung über eine Vertragsauslegung ab⁸⁾ und wenden die für Rechtsmängel geltende Regelung, dass die Frist erst ab Kenntnis des Übernehmers vom Mangel zu laufen beginnt, analog auf jene Sachmängel an, die sich typischerweise erst nach Übergabe⁹⁾ oder erst nach Fristablauf¹⁰⁾ (Ab-
lauf der ab Übergabe gerechneten Frist) zeigen.

Dem Standpunkt, dass bereits durch Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, sofern diese Zusicherung „ausdrücklich“ erklärt wird, die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist für den der Zusicherung widersprechenden Sachmangel vom Zeitpunkt der Übergabe auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels erfolgt, halte ich entgegen, dass es auf die „Ausdrücklichkeit“ der Eigenschaftszusage für den Fristenlauf nicht ankommt.

In dieser Arbeit wird von mir argumentiert, dass die Eigenschaftszusage nur für die Frage relevant ist, ob Mangelhaftigkeit vorliegt. Eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist (oder der Dauer der Gewährleistungsfrist) lässt sich nach meinem hier vertretenen Standpunkt nur rechtfertigen, wenn im Wege einfacher Vertragsauslegung eine Parteienvereinbarung festgestellt werden kann, welche die Anwendung der Dispositivregelung des § 933 ABGB verdrängt.

Da mE die Position, wonach nicht die Eigenschaftszusage, sondern ausschließlich die Vereinbarung einer Abweichung von den Regelungen des § 933 ABGB relevant ist, bereits aus vereinzelt Entscheidungen der Judikatur ableitbar ist und ich weiters meine, dass der OGH in keinem der von mir durchgearbeiteten, mehr als 50 Fälle mit dieser von mir hier vertretenen Position zu einem

8) *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 (154); *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 933 ABGB Rz 12; *P. Bydlinski*, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBl 2005, 681 (690); *Wrbka*, Gewährleistung und geplante Obsoleszenz (2015) 86ff; *Koziol*, Obsoleszenzen im österreichischen Recht (2016) Rz 133ff; Zur Rechtslage vor dem GewRÄG vgl *P. Bydlinski*, RdW 1986, 235 (238 f); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 3a mwN; *Böhler*, Grundwertungen zur Mängelrüge (2000) 53f, die dann allerdings – zur Rechtslage vor dem GewRÄG – auch beim nicht erkennbaren Sachmangel eine absolute Frist von drei Jahren ab Übergabe in analoger Anwendung der Frist für unbewegliche Sachen anwendet. *Mayrhofer* in *Ehrenzweig*, Schuldrecht I³ 451 wird wohl überwiegend den Vertretern der Analogiethese zugeordnet – die er aber mE nicht ausdrücklich bejaht. Sein zustimmendes Zitat von *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1 557, der darauf abstellt, dass „in der Zusicherung einer Eigenschaft, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, eine stillschweigende Hinausschiebung des Fristenbeginns“ liegt, sohin auf eine vereinbarte Abweichung von der Dispositivregel abstellt, entspricht eher dem Standpunkt der Abweichung vom Dispositivrecht durch stillschweigende Vereinbarung als der Analogiethese.

9) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 3a. So auch noch *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 235. Das von den beiden genannten Autoren für ihre Lösung der Gesetzesanalogie zentrale Argument, andernfalls würde die gesetzliche Haftungsanordnung sinnlos (so *Reischauer*) bzw der Übernehmer „vollkommen rechtlos“ (so *P. Bydlinski*) gestellt, übersieht, dass auch bei Erkennbarkeit nach dem Übergabezeitpunkt aber bei noch offener Frist, gerechnet ab Übergabe, lediglich die Frist zur Geltendmachung verkürzt würde, ohne dass das Recht verloren geht. Diesen Mangel der „Analogiethese“ vermeidet *P. Bydlinski*, wenn er in der Folge nur mehr auf Mängel abstellt, die sich „ihrer Art nach, also typischerweise, erst nach Fristablauf zeigen“.

10) *P. Bydlinski* in *KBB*⁴ § 933 ABGB Rz 12.

von seinen vorliegenden Entscheidungen abweichenden Ergebnis gekommen wäre, zugleich aber eine nicht auf die Wiedergabe der Leitsätze beschränkte Darstellung der Judikatur sehr anschaulich die Bandbreite dieser Judikatur in der Verknüpfung einer „Eigenschaftszusage“ mit der Frage des Fristbeginns zeigt, beginne ich mit einer detaillierten Darstellung der einschlägigen Entscheidungen des OGH aus rund 90 Jahren. Dabei werden auch bisher unveröffentlichte bzw nur mit ihrer Entscheidungsnummer in den einschlägigen Rechtssätzen genannte Entscheidungen referiert.

B. Detaillierte Darstellung der Judikatur

Die erste hier erörterte OGH-E¹¹⁾ aus der langen Kette von Entscheidungen zum „verdeckten Mangel“ ist nach dem Sachverhalt ein Paradebeispiel für die bis heute diskutierte Frage, ob die ausdrückliche Zusicherung einer Eigenschaft dann, wenn ihr Fehlen bei Übergabe nicht oder nur mit sehr erheblichem Aufwand erkennbar war, Auswirkungen auf den Beginn der Gewährleistungsfrist hat.

In jenem Fall hatte der Verkäufer eines Kraftfahrzeugs (unter anderem) die „Bruch- und Schweißfreiheit“ garantiert. Den gegen den Kaufpreiszahlungsanspruch eingewendeten Gewährleistungsanspruch, weil (unter anderem) der rechte und linke Zylinder gebrochen waren¹²⁾, hielten alle drei Instanzen für unbeachtlich.

Der OGH bestätigte ausdrücklich die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, „dass die Tatsache allein, dass das Fehlen bestimmter Mängel zugesichert wurde, ohne ausdrückliche Festsetzung einer Garantiefrist, die gesetzliche Gewährleistungsfrist zu verlängern nicht instande war. Ebenso wenig wenn es sich um Mängel handelte, die nicht sofort wahrzunehmen waren. Dem muss zugestimmt werden, weil sonst der Gesetzeszweck, die Geltendmachung von Gewährleistungsmängeln im allgemeinen Verkehrsinteresse auf eine kürzere Zeit zu beschränken, vereitelt würde“. Dies unter ausdrücklicher Ablehnung der von Ehrenzweig¹³⁾ vertretenen, gegenteiligen Position, dass die ausdrückliche Vereinbarung einer längeren Gewährleistung nicht erforderlich sei, wenn der Veräußerer die Haftung für eine Eigenschaft übernahm, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden konnte.

Die in SZ IX/210 ausdrücklich abgelehnte Position Ehrenzweigs¹⁴⁾, wurde in der Folge¹⁵⁾ von der Judikatur übernommen. In der überwiegenden Mehrheit der Entscheidungen, die auf diese Thematik eingehen, erfolgte dies so, dass zunächst der Grundsatz, die Erkennbarkeit des Mangels beim Sachmangel sei keine Voraussetzung des Beginns des Fristenlaufs, betont und dann die vorgenannte Ausnahme von diesem Grundsatz referiert wurde. Dabei fällt auf, dass diese

11) Ob III 366/27 vom 20.04.1927, SZ IX/210.

12) Soweit sich dies aus dem wiedergegebenen Sachverhalt und seiner Darstellung in der Literatur rekonstruieren lässt, nach Ablauf der Gewährleistungsfrist wegen vorhandener Schweißnähte im Motor.

13) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1920) § 323 IV/3d (Seite 213f).

14) Ebenso Gschmitzer in Klang² IV/1 557.

15) Zunächst über den Umweg der Übernahme der Position Piskos, soweit dieser Ehrenzweig folgt – siehe dazu gleich in der folgenden OGH-E SZ 26/282.

Ausnahme in keinem der von mir durchgearbeiteten Judikate¹⁶⁾ dazu geführt hat, dass der OGH tatsächlich nach Ablauf einer ab Übergabe berechneten Gewährleistungsfrist den Gewährleistungsanspruch zuerkannt hat. Trotz Beibehaltung dieser durchgängigen Bezugnahme auf den genannten Grundsatz¹⁷⁾ in nahezu allen Entscheidungen und Referat der genannten Ausnahme in vielen Fällen, zeigt die genauere Lektüre dieser umfangreichen Judikatur doch eine gewisse Bandbreite der Argumentation, die zugleich die Basis der in dieser Arbeit dargestellten Lösungsansätze bildet.

Nach dem Sachverhalt in SZ 26/282¹⁸⁾ war eine trächtige Nutzkuh gekauft worden, die erst mehr als sechs Wochen nach dem Tag der Übergabe kalbte. Dass diese Kalbin aufgrund eines organischen Defekts eine so geringe Milchleistung erbrachte, dass sie als Nutztier unbrauchbar war, konnte erst nach Ablauf der sechswöchigen Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB festgestellt werden. Da daher auch die auf Gewährleistung gestützte Klage kurz (weniger als vier Wochen) nach Ablauf dieser Gewährleistungsfrist eingebracht worden war, wies das Erstgericht die Klage ab. Die Oberinstanzen gaben den dagegen gerichteten Rechtsmitteln nur insoweit Folge, als die Entscheidung aufgehoben und dem Erstgericht die Feststellung aufgetragen wurde, ob eine bestimmte Milchleistung beim Kaufabschluss bedungen und eine damit verbundene (stillschweigende) Vereinbarung des Inhaltes anzunehmen sei, dass die Gewährleistungsfrist erst im Zeitpunkt des Kalbens zu laufen beginne. Dies unter Berufung auf *Pisko*¹⁹⁾, der insoweit *Ehrenzweig* folgt, als er aus der ausdrücklichen Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft eine stillschweigende Vereinbarung der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist ableitet.

-
- 16) Das waren über 50 Entscheidungen aus rund 90 Jahren. Dabei schließe ich natürlich nicht aus, dass ich die eine oder andere Entscheidung übersehen habe. Auch habe ich Entscheidungen nicht berücksichtigt, die mir nur im Leitsatz ohne Sachverhalt zugänglich waren und in denen auch der Leitsatz nur den vorgenannten Grundsatz, allenfalls mit seiner Ausnahme, enthielt, ohne dass erkennbar war, ob der Gewährleistungsanspruch im konkreten Fall durch diese Ausnahme vor der Verfristung bewahrt worden war und erfolgreich geltend gemacht werden konnte. Stand dieser Arbeit ist der 31.05.2018.
- 17) Konsequenterweise ist der OGH auf Basis dieser Position *Ehrenzweigs* geblieben, auch wenn er dafür in den ersten diesbezüglichen Entscheidungen nicht *Ehrenzweig*, sondern *Pisko* und in der Folge *Gschmitzer* zitiert – wenngleich mit jenen Stellen, an denen sich diese beiden Autoren ausdrücklich auf *Ehrenzweig* berufen.
- 18) 2 Ob 528/53 vom 18.11.1953.
- 19) In Klang II¹ 581. Dort hält *Pisko* zunächst fest: „Die kurzen Fristen des § 933 erfahren auch dann keine Verlängerung, wenn der Mangel während des Laufes der Frist nicht hervor kommt und nach der Sachlage gar nicht hervorkommen kann“ (S 577). Nach Erläuterung, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist durch Vereinbarung verschoben werden könne und dass diese Vereinbarung „nicht gerade ausdrücklich getroffen werden müsse“ (S 581) differenziert *Pisko* danach, ob die Freiheit der Sache von bestimmten Mängeln oder ob eine Eigenschaft zugesichert sei und führt aus: „Die bloße – keine Fristangabe enthaltende – Zusicherung der Freiheit der Sache von bestimmten Mängeln berührt weder die Dauer noch den Beginn der gesetzlichen Fristen“ (unter Zitat von SZ IX/210). Dann fährt er fort: „Dagegen liegt in der Zusicherung einer Eigenschaft, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, eine stillschweigende Hinausschiebung des gesetzlichen Fristbeginns auf den Zeitpunkt, in dem das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft feststeht oder wahrscheinlich wird“ (unter Zitat der in SZ IX/210 abgelehnten Position *Ehrenzweigs*).

Nach meinem Verständnis deshalb, weil die Unerkennbarkeit im Zeitpunkt der Übergabe beiden Vertragsparteien bewusst ist. Das leite ich im vorliegenden Fall aus dem Sachverhalt ab. Dies ergibt sich mE auch aus dem von *Ehrenzweig* gebildeten Beispiel, dem wiederum *Pisko* folgt. Schon in dieser Entscheidung kam es dem OGH für die Frage der Fristverschiebung mE nicht primär auf die Zusage der Eigenschaft an. Denn dass beim Verkauf einer Kalbin als Nutztier eine Milchleistung gewöhnlich vorausgesetzt und daher vereinbart sei, die sie als Nutztier brauchbar macht, ließ sich aus dem festgestellten Sachverhalt mit einfacher Vertragsauslegung wohl unmittelbar ableiten. Nahe liegt es nach dem von mir in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt, dass es dem OGH auf die Feststellung jener Vereinbarungsinhalte ankam, aus denen sich eine stillschweigend getroffene Vereinbarung über die Abweichung von § 933 ABGB ableiten lässt, die der OGH im bloßen Umstand, dass diese Eigenschaft Vertragsinhalt geworden (sohin zugesichert war) nicht erkennen konnte.²⁰⁾

Auf diesen speziellen Fall des Viehmangels, in dem es nahe lag, aus der Zusicherung einer Eigenschaft zugleich die stillschweigende Vereinbarung der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist abzuleiten, blieb diese Position der Judikatur (jedenfalls zunächst) beschränkt. Denn in 1 Ob 169/58²¹⁾ war ein Fall zu beurteilen, in dem statt des zugesagten neuen Motors bloß ein generalüberholter Motor in den LKW der Klägerin eingebaut worden war. Das Berufungsgericht hielt die Wandlungsklage für fristgerecht und führte aus (Zitat nach dem Text der OGH-E):

„Da erst die fachkundige Zerlegung des Motors durch einen Fachmann Klarheit in der Frage, ob neuer oder generalüberholter Motor, hätte schaffen können, sei das Fehlen der von der Klägerin behaupteten Eigenschaft als ein verborgener, geheimer Mangel anzusehen, sodass die Frist zur Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs erst vom Tage der Kenntnis des geheimen Mangels zu laufen begonnen habe.“

Der OGH verwarf diese Rechtsansicht und hielt dem Berufungsgericht entgegen:

„Insoweit die Klage Gewährleistungsansprüche geltend macht, ist entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes die sechsmonatige Frist für die Geltendmachung solcher Ansprüche nicht gewahrt, weil sie nicht erst vom Tage zu laufen beginnt, da die Klägerin ... vom Mangel, das ist der Tatsache, dass der vom Beklagten gelieferte Motor kein neuer Motor, sondern ein „altes Modell“ gewesen sei, Kenntnis erhielt, sondern, wie das Gesetz sich unmissverständlich ausdrückt, vom Tage der Ablieferung der Sache ... Es entscheidet also der Zeitpunkt der körperlichen Übergabe. Der Beginn des Laufes der Gewährleistungsfristen wird nicht dadurch hinausgeschoben, dass im angegebenen Zeitpunkt der Ablieferung die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war (Gschnitzer bei Klang² IV 552f)“.

Mit der von Gschnitzer ebendort (auf Seite 557, unter Übernahme der Position Ehrenzweigs) vertretenen Meinung: „Dagegen liegt in der Zusicherung einer Eigenschaft, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, eine stillschweigende Hinausschiebung des gesetzlichen Fristbe-

20) Diese OGH-E ist in keinem der drei von mir oben (FN 3 und FN 4) zum Thema verdeckter Mangel genannten Rechtssätze RIS-Justiz RS0018909, RS0018937 und RS0018982 angeführt, sondern (gemeinsam mit 5 Ob 222/70) in einem eigenen Rechtssatz RIS-Justiz RS0018993.

21) OGH vom 14.05.1958.

ginns auf den Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet“ befasste sich der OGH in dieser Entscheidung nicht. Meines Erachtens ganz zu Recht. Denn während es in den von *Gschnitzer* und *Ehrenzweig* gebildeten Beispielen beiden Vertragsparteien bei Vertragsabschluss offensichtlich bewusst war,²²⁾ dass ein Mangel an der zugesicherten Eigenschaft innerhalb der (dort) sechswöchigen Gewährleistungsfrist nicht erkennbar werden konnte, sodass die stillschweigende Vereinbarung der Abweichung von der Dispositivnorm mit guten Gründen vertretbar war, fand sich im jetzt gegenständlichen Sachverhalt des verkauften Motors kein Anhaltspunkt für eine solche stillschweigende Zusicherung. Das entspricht meiner in dieser Arbeit vertretenen Position, dass die Zusicherung der vom verdeckten Mangel betroffenen Eigenschaft für sich allein genommen den Beginn der Gewährleistungsfrist nicht verschiebt und eine solche Verschiebung erst eintreten kann, wenn eine privatautonome Vereinbarung hinzutritt, welche die Dispositivnorm des § 933 ABGB verdrängt – mag dies auch stillschweigend erfolgen.

In SZ 39/7²³⁾ ging es darum, ob für eine Dachfolie die Zusicherung der Haltbarkeit für dieselbe Dauer wie für ein Presskiesdach (zumindest fünf Jahre) erfolgt sei. Der OGH bejahte dies, bestätigte aber die Abweisung der vor Ablauf dieser fünf Jahre auf Gewährleistung gestützten Klage. Da im konkreten Fall die erste Erkennbarkeit des verfahrensgegenständlichen Mangels mehr als sechs Monate vor Klagseinbringung lag (obgleich eine Frist von fünf Jahren noch offen war), sei für den Kläger auch dadurch nichts gewonnen, dass in der Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren Eigenschaft die Hinausschiebung des gesetzlichen Fristenbeginnes auf den Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestatte, folge.

Diese (ausdrückliche) Haltbarkeitszusage legte der OGH „nach Treu und Glauben“ aus und setzte fort:

„Denn in der Zusicherung dieser nicht sofort feststellbaren Eigenschaft lag nur die Hinausschiebung des gesetzlichen Fristenbeginnes auf den Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattete (vgl Klang² zu § 933 ABGB 557 [Anm 71]). Eine Vereinbarung des Inhaltes, dass ein allfälliger Mangel ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seines Hervorkommens und seiner Erkennbarkeit innerhalb einer Frist von mindestens fünf Jahren geltend gemacht werden könne, kann aus den festgestellten Äußerungen bei Vertragsabschluss keinesfalls abgeleitet werden.“

Der OGH legte hier – wie gerade der Verweis auf *Gschnitzer* belegt – der ausdrücklichen Eigenschaftszusage den weiteren stillschweigenden Erklärungswert bei, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist verschoben, nicht jedoch die Dauer dieser Frist verlängert sei. Der OGH blieb sohin im Rahmen einfacher Vertragsauslegung, sodass von einer ergänzenden Vertragsauslegung, welche die sonst anwendbare Dispositivnorm verdrängt, in dieser OGH-E keine Rede sein kann²⁴⁾. Vielmehr stellte der OGH ausdrücklich auf die „feststellbaren Äu-

22) Auch wenn dieser Umstand dem Verkäufer nur bewusst sein musste, so durfte der Käufer der Kuh als redlicher Erklärungsempfänger doch davon ausgehen, dass der Verkäufer seine Eigenschaftszusage mit diesem Wissen abgegeben hatte und durfte sie daher auch so – als stillschweigende Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist – verstehen.

23) 8 Ob 365/65 vom 18.01.1966.

24) So aber *Graf*, Vertrag und Vernunft (1997) 211, der diese OGH-E (und die sie bestätigenden Folgeentscheidungen) daher unzutreffend als „Beispiel für eine Verdrängung an und für sich anwendbaren Gesetzes durch die Vertragsergänzung“ nennt.

ßerungen bei Vertragsabschluss“, sohin auf den konkret feststellbaren Parteiwillen ab.

In 8 Ob 34/68²⁵⁾ ging es erneut um eine trächtige Kalbin. Der OGH wiederholte im Hinblick auf die sechswöchige Gewährleistungsfrist, dass die Gewährleistungsfrist erst zu laufen beginne, wenn ein sicheres Erkennen des Mangels möglich sei. Dies wiederum unter Verweis auf *Ehrenzweig* und *Gschritzer*, sohin auf jene Position, die auf das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist abstellt²⁶⁾. Auf den erkennbaren Parteiwillen musste der OGH in diesem Fall nicht eingehen. Für den gegenständlichen Aufhebungsbeschluss genügte es, dass noch Feststellungen fehlten, ob überhaupt ein Mangel vorliege. Denn hier ging es um ein gegenüber der Trächtigkeitsszusage allenfalls (das war noch festzustellen) verspätetes Abkalben und den deshalb wegen erhöhter Fütterungskosten ohne Milchertrag geltend gemachten Schadenersatzanspruch.

Ebenso führte der OGH²⁷⁾ in Abweisung eines Schadenersatzanspruchs wegen nicht ordnungsgemäßer Führung eines Gewährleistungsprozesses, in dem es im Wesentlichen darum ging, ab wann die sechswöchige Gewährleistungsfrist für die Geltendmachung eines angeborenen Charaktermangels eines verkauften Pferdes geltend gemacht werden müsse, aus, dass in der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Sache, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, eine stillschweigende Hinausschiebung des gesetzlichen Fristbeginns auf den Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, anzunehmen sei. Das war im vorliegenden Fall jedoch nur insoweit relevant, als mit dieser vertretbaren Rechtsansicht ein auf die Verspätung der Einbringung der Gewährleistungsklage gestützter Schadenersatzanspruch abgewiesen wurde, ohne dass geprüft wurde, ob diese behauptete Verspätung überhaupt ursächlich für den Prozessverlust des Klägers gewesen war. Einem Gewährleistungsanspruch hat daher die vom OGH referierte Position der Verschiebung des Fristbeginns auch in diesem Fall nicht zum Erfolg verholfen.

Die in RIS-Justiz RS0018909 zitierte Entscheidung 7 Ob 288/74²⁸⁾ lässt sich wohl nur insoweit auf die Thematik der Auswirkungen der Erkennbarkeit des Mangels auf den Fristenlauf beziehen, als der OGH am Ende seiner Begründung meinte, dass für den einen Zahlungsanspruch einklagenden Architekten nichts gewonnen sei, wenn man den von den Beklagten erhobenen Einwand als Wandlungsanspruch qualifiziere, da dieser Wandlungsanspruch nach Meinung des OGH berechtigt sei. Denn aus dem Sachverhalt könnte man ableiten, dass dieser Einwand im Zeitpunkt seiner Erhebung schon verfristet war. Das blieb aber in dieser Entscheidung offen, da der OGH (mit ausführlicher Begründung) davon ausging, dass Nichterfüllung des Architektenvertrages vorlag und die Beklagten die Verweigerung der Zahlung auf den (nach Ansicht des OGH berechtigten) Einwand der Nichterfüllung des Vertrages durch den Architekten stützten.

In der in RIS-Justiz RS0018982 zitierten Entscheidung 3 Ob 92/76²⁹⁾ hatte sich der Revisionswerber in seiner Wiederaufnahmsklage darauf berufen, dass er über die Beschaffenheit der gegenständlichen Tischrechner getäuscht worden

25) OGH vom 13.02.1968.

26) Siehe insbesondere im Text bei FN 121 und FN 122.

27) 5 Ob 222/70 vom 11.11.1970.

28) OGH vom 19.12.1974.

29) OGH vom 11.08.1976.

war und im Zeitpunkt des Ersturteils nicht hätte wissen können, dass die Geräte zum Rechnen nicht zu verwenden seien. Wegen der in diesem Fall relevanten irrtumsrechtlichen Thematik kam es vor dem OGH auf die Erkennbarkeit des Mangels nicht mehr an, sodass sich der OGH darauf beschränkte, unter Berufung auf *Gschnitzer* auszuführen, dass die „Präklusivfristen des § 933 ABGB schon mit der Ablieferung (der körperlichen Übergabe) der Sache [beginnen]..., was hier bedeuten würde, dass die Gewährleistungsfrist bei Erhebung der Wiederaufnahmsklage längst verstrichen war“.

Ebenso kam es in der in RIS-Justiz RS0018982 zitierten Entscheidung 1 Ob 800/76³⁰⁾ auf die Erkennbarkeit des Mangels am gegenständlichen PKW nicht an. Denn der OGH nahm eine (vereinbarte) Garantiezusage an, bei der der Beginn des Laufs der Garantiefrist datumsmäßig festgelegt war und kam – unter Anwendung der Unklarheitenregel des § 915 ABGB – zum Ergebnis, dass nach dem Inhalt der abgegebenen Garantieerklärung die Gewährleistungsfrist nach Ablauf der Garantiefrist noch in voller Länge zur Verfügung stehen sollte.

In 1 Ob 782/79³¹⁾ hatte ein Kühlpult infolge Verwendung nicht geeigneter Materialien Mängel, die bei Übergabe (jedenfalls für den Laien) nicht erkennbar waren. Der OGH betonte, dass die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung des Fristenlaufes sei. Nach Betonung der „Absicht des Gesetzes, die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche im Interesse der Verkehrssicherheit auf relativ kurze Zeiträume zu beschränken“, führte er weiters aus: „Es bedürfte jedenfalls einer konkreten Vereinbarung der Parteien, die grundsätzlich dispositive Gewährleistungsfrist ... zu erstrecken“. Der OGH erörterte ausführlich die mit einer massiven Verlängerung des Zeitraums der Haftung für gewährleistungsrechtliche Ansprüche verbundene Rechtsunsicherheit und Risikoerhöhung für den Übergeber. Dennoch ging es im Ergebnis – ausweislich des Sachverhalts und der Erörterungen des OGH über die (im vorliegenden Fall streitige) Ermittlung des Zeitpunkts des Fristbeginns im Sinne des § 933 ABGB – um den Beginn der Gewährleistungsfrist. Der OGH verneinte eine Abweichung von der Anknüpfung an den Zeitpunkt der Übergabe und beurteilte die Gewährleistungsansprüche daher als verfristet.

Die Entscheidungen 1 Ob 615/80³²⁾, 5 Ob 552, 553/81³³⁾ und 2 Ob 553, 554/83³⁴⁾ erwähne ich nur zur Vollständigkeit der Darstellung der in RIS-Justiz RS0018909, RS0018937 und RS0018982 zitierten Judikatur. In der erstgenannten Entscheidung stellte der OGH klar, dass auch bei einer Eigentumswohnung die dreijährige Gewährleistungsfrist mit der körperlichen Übergabe und nicht erst mit der bücherlichen Umschreibung begann. In der zweitgenannten Entscheidung unterwarf der OGH Installationsarbeiten, die im Ergebnis zur Herstellung einer Heizungsanlage führten, der dreijährigen Gewährleistungsfrist, deren Lauf der OGH mit Vollendung des Werks beginnen ließ. In der drittgenannten Entscheidung stellte der OGH klar, dass beim Sachmangel § 933 ABGB den Beginn des Fristenlaufes an die Ablieferung der Sache anknüpfe, ohne dass das Gesetz nach der Art des Mangels differenziere. Verdeckte Mängel spielten in diesen Fällen keine Rolle.

30) OGH vom 19.01.1977.

31) OGH vom 09.01.1980.

32) OGH vom 12.11.1980.

33) OGH vom 28.04.1981.

34) OGH vom 17.01.1984.

In SZ 55/151³⁵⁾ führte der OGH aus, dass verborgene Mängel, die der sofortigen Rügepflicht nach § 377 UGB nicht unterliegen, keineswegs über die in § 933 ABGB bestimmten Gewährleistungsfristen hinaus geltend gemacht werden könnten. Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts sei es für den Fristablauf gleichgültig, ob der Mangel während des Laufes der Frist hervorkam. Nur bei der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft des Kaufgegenstandes, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden könnte, schiebe sich der Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt hinaus, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestatte. Unter Umständen könne allerdings eine vertragliche Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist in Betracht kommen, wenn der Mangel nach der Sachlage während des Laufes der Frist gar nicht hervorkommen konnte. Dies könne auch schlüssig durch die Einräumung einer Garantiefrist zum Ausdruck kommen. Eine derartige besondere Gewährleistungsabrede (unechter Garantievertrag) liege im vorliegenden Fall nicht vor. Es kam sohin auch in diesem Fall zu keiner Verlängerung der Gewährleistungsfrist, weil eine entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht festgestellt werden konnte. Ein Hinausschieben des Beginns des Fristenlaufs auf den Zeitpunkt, ab dem der Mangel festgestellt werden konnte, spielte deshalb im vorliegenden Fall keine Rolle, weil die dafür vorausgesetzte „Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft des Kaufgegenstandes“, die der OGH hier offensichtlich als ausdrückliche Zusicherung versteht, ebenfalls nicht vom Sachverhalt gedeckt war.

In SZ 55/159³⁶⁾ stellte der OGH klar, dass es im vorliegenden Fall „gleichgültig [sei], ob der Mangel geheim war, weil eine gegenteilige bestimmte Eigenschaft nicht zugesichert war“. Dass sich der Lauf der Gewährleistungsfrist durch die fehlende Erkennbarkeit des Mangels bei Übergabe verändere, wird daher eingeschränkt auf den Fall einer „Zusage“ jener Eigenschaft, die vom Mangel betroffen ist. Das kann mE nur in dem Sinne gemeint sein, dass die „Ausdrücklichkeit“ der Zusage für ihre allfällige Relevanz für die Gewährleistungsfrist gefordert wird. Denn dass die Zusage der Eigenschaft (sei es ausdrücklich, schlüssig, aufgrund der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Sache etc) bereits erforderlich ist, damit überhaupt ein Mangel vorliegt, war auch in diesem Fall selbstverständlich.

In 5 Ob 57/82³⁷⁾ ging es um die Wasserversorgungsanlage einer Wohnhausanlage, deren Drucksteigerungsanlage nach den Anforderungen der einschlägigen ÖNORM deutlich zu klein dimensioniert war, und die daher auch nur „weniger als ein Viertel der erforderlichen Leistung“ erbringen konnte. Nach den Feststellungen war „die mangelhafte Kapazität der Wasserversorgungsanlage im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (gemeint: der einzelnen Käufer der Wohneinheiten) nicht erkennbar gewesen“. Der OGH teilte die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass auch bei „geheimen Mängeln“ der Lauf der Gewährleistungsfrist mit der körperlichen Übergabe der Sache beginnt und keine „Hinausschiebung“ der Frist dadurch eintritt, dass im Zeitpunkt der Übergabe der Sache die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich gewesen sei. Da es noch an genauen Feststellungen fehlte, wann die tatsächliche Überga-

35) 7 Ob 604/82 vom 14.10.1982.

36) 7 Ob 622/82 vom 28.10.1982.

37) OGH vom 18.01.1983.

be erfolgt war, hatte das Berufungsgericht dem Erstgericht aufgetragen, diesen Zeitpunkt präzise festzustellen. Denn die bisherige Feststellung „Herbst 1977“ reiche nicht aus, um zu prüfen, ob bei Einbringung der Klage am 26.09.1980 die dreijährige Gewährleistungsfrist noch offen gewesen sei.

Vereinzelt blieb der Standpunkt des OGH³⁸⁾, für die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist alternativ auf die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder auf die fehlende Erkennbarkeit des Mangels im Übergabezeitpunkt abzustellen³⁹⁾. Doch auch hier folgerte der OGH bereits daraus, dass ab Erkennbarkeit des Mangels der gelieferten Weinfässer die Gewährleistungsfrist verstrichen war, den Verlust der Gewährleistungsansprüche.

In 5 Ob 2/83⁴⁰⁾ konnte sich der OGH mit der Begründung begnügen, dass auch bei Liegenschaften die Fristen des § 933 ABGB bei Sachmängeln mit der physischen Übergabe zu laufen beginnen und dass die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs sei. Denn – abweichend von der Rechtsansicht des Berufungsgerichts – meinte der OGH, dass bereits bei Übergabe die „äußere Beschaffenheit der Sache“ auf Mängel schließen ließ, sodass es nicht darauf ankam, ob deren Tragweite bereits erkennbar war. Daher lag nach Meinung des OGH kein verdeckter Mangel vor.

In 8 Ob 579/86⁴¹⁾ stellte der OGH klar, dass durch Anbringung von Etiketten, die auf eine technische Norm verweisen, keine „echte Garantie“ begründet würde. Das sei vielmehr die „bei Kaufverträgen häufig vorkommende „Garantie-zusage“ ... worin gewöhnlich nicht mehr als die ausdrückliche Übernahme der an sich wirksamen Gewährleistungspflichten oder deren Erweiterung oder Verlängerung zu erblicken ist“. Auch das Vorbringen, dass den gelieferten Leitern auch „geheime Mängel“ anhafteten, konnte nach Meinung des OGH zu keinem für die Beklagte günstigeren Ergebnis führen, „weil die auch für den Handelskauf geltende Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB ... bei Sachmängeln ab dem Zeitpunkt der „Ablieferung“ also mit dem Zeitpunkt, in dem der Erwerber die Sache tatsächlich erhält, beginnt, ... und die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs darstellt ..., der Lauf der Gewährleistungsfrist somit auch bei geheimen Mängeln mit der körperlichen Übergabe der Sache und nicht erst im Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels beginnt“.

Auf die Thematik der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist bei ausdrücklicher Eigenschaftszusage in Verbindung mit einem bei Übergabe nicht erkennbaren Mangel ging der OGH in diesem Fall nicht ein.

In 2 Ob 510/87⁴²⁾ ging es um die mangelnde Tragfähigkeit der Decken eines Hauses, auf die bei Übergabe kein äußerer Hinweis bestand. Der Verkäufer hatte ausdrücklich die Haftung übernommen, dass der Kaufgegenstand „frei von verborgenen Mängeln“ sei. Die Unterinstanzen wiesen das Gewährleis-

38) 1 Ob 823/82 vom 12.01.1983.

39) So wörtlich in dieser OGH-E: „Nur bei Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, oder dann, wenn deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, schiebt sich der Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt hinaus, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet“ – wobei in den in dieser OGH-E dafür zitierten Entscheidungen und Literaturstellen diese beiden Voraussetzungen kumulativ gefordert werden, sodass die Annahme eines bloß redaktionellen Versehens („oder“ statt „und“) naheliegt.

40) OGH vom 06.03.1984.

41) OGH vom 09.10.1986.

42) OGH vom 29.09.1987.

tungsbegehren ab, weil sie diese Zusage nur auf Rechtsmängel bezogen, daher den festgestellten Sachmangel einem vereinbarten allgemeinen Haftungsausschluss für Sachmängel unterstellten und weil ein allfälliger Gewährleistungsanspruch (bei Fristberechnung ab dem Tag der Übergabe) verfristet sei. Der OGH gab dem Aufhebungsantrag Folge, trug weitere Feststellungen zur Frage auf, ob die vorgenannte, ausdrückliche Haftungsübernahme tatsächlich nur Rechtsmängel oder auch Sachmängel betreffen sollte und führte (unter Zitat von Vorjudikatur) zur Fristenfrage aus, es

„wird auch die Parteiabsicht hinsichtlich des Umfanges dieser Haftung zu erforschen und darauf Bedacht zu nehmen sein, dass bei Zusage bestimmter Eigenschaften einer Sache der Verkäufer auch im Falle des vereinbarten Ausschlusses der Gewährleistung haftet. In diesem Fall wäre auch der Einwand des Beklagten bezüglich des Ablaufes der Gewährleistungsfrist zu behandeln, da auch diese Frage im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Bei Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren bestimmten Eigenschaft beginnt nämlich der Lauf der Gewährleistungsfrist erst in dem Zeitpunkt, in dem der Mangel mit Sicherheit erkannt werden kann“.

Das ist mE ein klarer Hinweis darauf, dass es bei der Beurteilung der Eigenschaftszusage darauf ankommt, ob die Parteien beabsichtigten, mit dieser Zusage zugleich die Dispositivregelung des § 933 ABGB – sei es hinsichtlich des Beginns oder der Dauer der Gewährleistungsfrist – zu ändern. Denn dass die Tragfähigkeit des Daches im vorliegenden Fall eine zugesicherte Eigenschaft war, bedurfte keiner weiteren Erhebung in erster Instanz. Erst wenn die vom OGH aufgetragenen Erhebungen zum Ergebnis kämen, dass die Haftungsübernahme für verborgene Mängel auch Sachmängel erfassen sollte, konnte sich die vom OGH gestellte Frage nach der „Parteiabsicht hinsichtlich des Umfanges dieser Haftung“ stellen. Ein Mehr oder Weniger an übernommener Haftung liegt aber gerade darin, dass durch privatautonome Vereinbarung der von der Dispositivnorm durch Festlegung von Beginn und Dauer der Gewährleistungsfrist festgelegte Haftungsumfang insgesamt verändert wird. Eine solche Veränderung erfolgt auch ohne Verlängerung der Gewährleistungsfrist, wenn ihr Beginn hinausgeschoben wird, da durch eine solche Verschiebung des Fristbeginns insgesamt die Zeitperiode verlängert wird, in welcher der Übergeber für Gewährleistungsmängel, sohin verschuldensunabhängig, haftet.

In der in RIS-Justiz RS0018982 zitierten Entscheidung 3 Ob 535/87⁴³⁾ war die Gewährleistungsklage deshalb rechtzeitig, weil sie innerhalb von drei Jahren ab Bezug des vom Mangel betroffenen Hauses eingebracht worden war. Diesen Zeitpunkt beurteilte der OGH als relevanten Übergabezeitpunkt für den Beginn des Fristenlaufs, sodass es auf die Möglichkeit, diesen Mangel bei Übergabe zu entdecken, nicht ankam.

Die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises für einen mit Diäthylenglykol versetzten Wein war nicht nur in beiden Unterinstanzen, sondern auch vor dem OGH⁴⁴⁾ erfolgreich. Der Einwand der Verfristung des Gewährleistungsanspruchs scheiterte jedoch nicht an der Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe, sondern daran, dass die tatsächliche Übergabe nicht – wie das der Beklagte vermeint hatte – mit Konkretisierung der Weinsorten, sondern erst mit Ausfolgung des Weines an den Kläger (nach Erledigung der zollamtlichen Formalitäten etc) erfolgt war.

43) OGH vom 16.12.1987.

44) 8 Ob 677/88 vom 22.02.1990.

Bei einem Bauwerkvertrag mit mangelhaften Fenstern und Außentüren war nach dem Sachverhalt streitig, ob es sich um verdeckte Mängel handelte oder nicht. Der OGH⁴⁵⁾ führte aus, dass die dreijährige Gewährleistungsfrist auch für Arbeiten an unbeweglichen Sachen gilt und diese Frist mit Ablieferung der Sache zu laufen beginne. Der Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist werde nicht dadurch hinausgeschoben, dass in einem angegebenen Zeitpunkt die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war. Auf die Frage, ob ein verdeckter Mangel überhaupt vorlag und – was wohl in der Folge zu prüfen gewesen wäre – ob es eine ausdrückliche Eigenschaftszusage gab, die vom Mangel betroffen war, musste der OGH jedoch nicht eingehen. Denn im vorliegenden Fall ließ sich eine „Verbesserungszusage“ des Gewährleistungspflichtigen feststellen, die einen allenfalls sonst eingetretenen Ablauf der Gewährleistungsfrist verhinderte.

Die Entscheidung eines verstärkten Senats in 1 Ob 536/90⁴⁶⁾ wird primär für den Durchbruch der inzwischen durch das GewRÄG in § 933a Abs 1 ABGB normierten vollen Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz zitiert⁴⁷⁾. Doch hat sich in dieser Entscheidung der OGH auch ausführlich mit dem Fristenlauf bei verborgenen Mängeln befasst und weist darauf hin, dass die Judikatur „allerdings stets in Fällen von Viehmängeln oder der Bemängelung beweglicher Sachen unter Berufung auf *Gschnitzer* ... bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, die erst längere Zeit nach der Ablieferung festgestellt werden könnten, den Beginn der Gewährleistungsfrist bis zu dem Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, hinausgeschoben [hat]; auch eine (stillschweigende) vertragliche Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist könne in Betracht kommen, sofern der Mangel nach der Sachlage während der Frist gar nicht hervorkommen konnte“.

Das scheint der OGH im Falle von Mängeln, die in „langer Frist“ geltend zu machen sind, was im Entscheidungszeitpunkt nur für unbewegliche Sachen galt, anders zu sehen, wenn er weiter ausführt:

„Die Argumente, die für eine Hinausschiebung des Fristbeginnes sprechen, wie etwa die Besonderheiten bei trächtigem Vieh oder jahreszeitlich bedingten Erscheinungen (z.B. Frost), können wohl bei der kurzen (sechsmonatigen) Frist ins Treffen geführt werden, nicht aber auch bei der dreijährigen Frist im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachen bzw Arbeiten an solchen“.

Daraus zu folgern, dass sich bei Gewährleistungsansprüchen für unbewegliche Sachen, darüber hinaus durch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre bei beweglichen Sachen durch das GewRÄG, die Diskussion über eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist bei verdeckten Mängeln erübrigt und sich daher diese Diskussion auf Viehmängel mit ihrer sechswöchigen Gewährleistungsfrist beschränkt⁴⁸⁾, liegt mE nahe⁴⁹⁾. Doch letzt-

45) 7 Ob 727/87 vom 21.12.1987.

46) OGH vom 07.03.1990.

47) Teils ist sie auch nur in diesem Teil abgedruckt – vgl etwa *ecolex* 1990, 279.

48) Dort im Sinne der Judikatur beschränkt auf landwirtschaftliche Nutztiere und allenfalls auch beschränkt auf Krankheiten, sodass sonstige Sachmängel eines Tieres dieser kurzen Frist nicht unterliegen etc – siehe die Nachweise zum Meinungsstand etwa bei *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933 Rz 7 (Stand 01.01.2016).

49) Das Berufungsgericht in dem zu 2 Ob 124/02b ergangenen Aufhebungsbeschluss des OGH vom 24.03.2004 hat den verstärkten Senat in der vorgenannten OGH-E 1 Ob 536/90 (SZ 63/37) für unbewegliche Sachen genau so verstanden. In jenem Fall hatte

lich kam es in dieser OGH-E nicht auf diese Unterscheidung zwischen kurzen und langen Gewährleistungsfristen an, da die behaupteten Mängel bereits mehr als drei Jahre vor Klageeinbringung erkennbar geworden waren, sodass auch im Sinne der bisherigen Judikatur⁵⁰⁾ der Gewährleistungsanspruch verfristet war (wenngleich der OGH beide Argumente, sohin die lange Frist und die Erkennbarkeit mehr als drei Jahre vor Klageeinbringung anführt).

In SZ 63/171⁵¹⁾ befasste sich der OGH mit den Folgen eines verdeckten Mangels, weil das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Revision damit begründet hatte, dass der „Frage des Beginnes der Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln (ohne dass eine besondere Zusicherung erfolgt sei), deren Vorhandensein im Ablieferungszeitpunkt und während der Garantiefrist nicht oder nur auf vollkommen unwirtschaftliche Weise festgestellt werden könne, im Hinblick auf die in letzter Zeit vertretenen abweichenden Lehrmeinungen für die Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukomme“.

Der OGH folgte dieser Einschätzung über die Zulässigkeit der Revision. Den vom OGH geteilten Standpunkt der Lehre⁵²⁾ sowie einzelne der oben wiedergegebenen Entscheidungen fasste der OGH dahingehend zusammen, dass „der in § 933 Abs 1 ABGB für Sachmängel an den Tag der Ablieferung der Sache geknüpfte Beginn der Gewährleistung nicht dadurch hinausgeschoben [werde], dass in diesem Zeitpunkt die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war“. Anschließend referierte er die gegenteilige Lehrmeinung⁵³⁾, deretwegen das Berufungsgericht die Revision zugelassen hatte, und lehnte sie insgesamt wie folgt ab:

das Erstgericht einen verdeckten, bei Übergabe nicht erkennbaren Mangel (die verwendete Grundierung unterlag einem hydrolytischen Abbauprozess) angenommen und die binnen drei Jahren ab Erkennbarkeit des Mangels eingebrachte Klage als fristgerecht beurteilt. Das Berufungsgericht hat die Gewährleistungsklage als verspätet beurteilt, „weil nach der Entscheidung des verstärkten Senates SZ 63/37 der Gewährleistungsfristenlauf bei unbeweglichen Sachen auch bei verborgenen Mängeln immer mit der Übergabe beginne. Die Abnahme der Arbeiten der Beklagten sei am 22.11.1993 erfolgt, die am 27.11.1996 beim Erstgericht eingelangte Klage sei somit nach Ablauf der Verjährungsfrist erhoben worden, weshalb sich der Kläger nicht mehr auf die Gewährleistung berufen könne“ (Zitat nach Wiedergabe der BerufungsE in der OGH-E). Der OGH befasste sich mit diesen divergierenden Rechtsansichten der Unterinstanzen nicht. Er hob das Berufungsurteil auf, da aus seiner Sicht zur Beurteilung der ebenfalls geltend gemachten Verletzung einer Warnpflicht noch Feststellungen zu treffen waren, ob für die Beklagte „als Fachmann die Untauglichkeit des verwendeten Stoffes für Schwimmbäder bei vertragsgemäßer Vorlage eines österreichischen Prüfzeugnisses erkennbar gewesen wäre“. Ebenso wie das Berufungsgericht versteht *Karasek* (ÖNORM B 2110, Rz 2205) den OGH in SZ 63/37. Die beiden von *Karasek* weiters zitierten OGH-E 2 Ob 535/90 (dazu gleich im Folgenden) und 8 Ob 59/12b (siehe dazu im Text bei FN 71) decken mE jedoch nicht den Standpunkt, dass der Ansatz einer Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist, wenn eine ausdrückliche Eigenschaftszusicherung erfolgt, deren Verletzung im Übergabezeitpunkt nicht erkennbar sei, auf unbewegliche Sachen keine Anwendung finde.

50) Die schon bisher und auch in der Folge bei Erörterung einer Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist durch den Sonderfall der ausdrücklichen Eigenschaftszusage nicht unterschieden hat, ob der unerkennbare Mangel an einer beweglichen oder an einer unbeweglichen Sache aufgetreten war.

51) 2 Ob 535/90 vom 10.10.1990.

52) *Gschmitzer* in *Klang*² IV/1 553.

53) *Mayrhofer* in *Ehrenzweig*, *Schuldrecht* I³ 451; *P. Bydlinski*, *RdW* 1986, 235ff und *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*², § 933 Rz 3a.

„Dem vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Die klare Anordnung des § 933 Abs 1 ABGB über den Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln unterscheidet zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln nicht; der Gesetzeswortlaut spricht eindeutig für die Richtigkeit der oben wiedergegebenen Rechtsprechung“.

Weder entspräche es „der Natur der Sache“ den Fristenlauf erst ab Erkennbarkeit des Mangels zu prüfen, noch sei eine analoge Anwendung der Regelung über den Beginn des Fristenlaufes bei Rechtsmängeln möglich, „weil eine planwidrige Regelungslücke offenbar nicht vorliegt“.

Auch eine teleologische Reduktion der Regelung über den Fristenlauf bei Sachmängeln sei abzulehnen. Auch dies ist mE völlig zutreffend, weil auch die teleologische Reduktion das Vorliegen einer Lücke, das ist das planwidrige Fehlen einer Ausnahmegvorschrift, welches die Materialien zum GewRÄG gerade verneinen, voraussetzt⁵⁴).

Unter Betonung, dass für Sachmängel der „durch den Tag der Ablieferung bestimmte Beginn der Gewährleistungsfrist aber nicht schon dadurch allein hinausgeschoben wird, dass in diesem Zeitpunkt die Erkennung des Mangels noch nicht möglich war“, sah sich der OGH nicht veranlasst, von seiner ständigen Rechtsprechung abzugehen, wonach „bei Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren Eigenschaft die Gewährleistungsfrist erst in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, weil in derartigen Fällen regelmäßig ein (zumindest stillschweigendes) Abgehen der Vertragsteile von der dispositiven Regelung des Gesetzes anzunehmen ist“.

Auch hier ist davon auszugehen, dass der OGH nur auf eine „ausdrückliche“ Zusicherung abstellt. Zugleich verstehe ich diese Betonung einer konkreten Vereinbarung, welche die dispositive Regelung des § 933 verdrängt, als Ansatz für den von mir in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt, dass es in Wahrheit nicht auf die Zusicherung der „Eigenschaft“ ankommt, sondern auf den Erklärungsinhalt dieser Zusicherung unter dem Aspekt, ob die Vertragsparteien mit Vereinbarung dieser Zusicherung zugleich von der dispositiven Fristenregelung des § 933 ABGB abweichen wollten.

Auch in diesem Fall blieb der Gewährleistungsanspruch erfolglos, weil die (ausdrückliche) Zusicherung, aus der man ein Abgehen von der gesetzlichen Gewährleistungsfrist hätte ableiten können, nicht vorlag.

In einem weiteren Fall⁵⁵), ließ der OGH den von den Unterinstanzen wegen eines vereinbarten Gewährleistungsausschlusses abgelehnten Gewährleistungsanspruch bereits an seiner Verfristung scheitern. Die zugesagte Eigenschaft war, dass dieses Bild von einem bestimmten Maler stammte – was in Wahrheit nicht zutraf. Der Sachverhalt rückt diesen Fall zwar durchaus in die Nähe der bei Übergabe unerkennbaren Mängel. Der OGH ging jedoch auf diese Thematik nicht ein und führte zur Verfristung des Gewährleistungsanspruchs nur aus:

„... dass nach nunmehr gesicherter Rechtsprechung ... auch bei geheimen Mängeln die Gewährleistungsfrist mit der körperlichen Übergabe der Sache und nicht erst im Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels in Lauf gesetzt wird. Der Mangel lag bereits bei Übergabe des Bildes an den Ersteher vor. Von einem stillschweigend vereinbar-

54) Vgl zur teleologischen Reduktion als Lückenfüllung nur Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 480 und mit ihm die hA.

55) 7 Ob 603/91 vom 19.12.1991.

ten Hinausschieben des gesetzlichen Fristbeginnes auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels kann keine Rede sein. Die Klägerin hätte daher gegenüber dem Ersterer aus dem Titel der Gewährleistung keine Rückabwicklungspflicht getroffen. Es erübrigen sich sohin Erwägungen über die Zulässigkeit des Ausschlusses der Gewährleistung.“

Zutreffend stellte der OGH in dieser Entscheidung nicht darauf ab, ob eine bestimmte Eigenschaft zugesichert worden sei. Daher ist mE die Schlussfolgerung konsequent, dass es vielmehr darauf ankommt, ob (allenfalls zugleich) eine das Dispositivrecht modifizierende Vereinbarung – mag sie auch stillschweigend erfolgt sein – getroffen wurde.

Eine mehr als sechs Monate nach Übergabe eines PKWs eingebrachte Gewährleistungsklage, die im Wesentlichen auf das Verschweigen eines Vorschadens des verkauften PKWs und die Angabe eines unrichtigen Kilometerstands gestützt war, beurteilte der OGH⁵⁶⁾ als verfristet. Beide Mängel waren zwar bei Übergabe nicht erkennbar, doch betonte der OGH, dass „die Frist zur Geltendmachung von Sachmängeln ... auch dann von der Ablieferung an zu laufen [beginnt], wenn sie bei Übergabe der Sache nicht erkennbar waren“. Lediglich wenn die Verkäuferin „die Unfallfreiheit bzw eine bestimmte Fahrleistung garantiert hätte“, hätte die Gewährleistungsfrist erst mit dem Zeitpunkt der sicheren Erkennbarkeit des Mangels zu laufen begonnen. Das war im vorliegenden Fall nicht erwiesen. Hier lag nach dem Sachverhalt zwar eine ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft, nämlich ein bestimmter Kilometerstand, vor. Doch auch wenn dies der OGH nicht erörtert, geht er doch eindeutig davon aus, dass die auf Zusicherung einer Eigenschaft beschränkte Zusage, selbst wenn sie ausdrücklich erfolgt, für sich allein nicht ausreicht, um die Dispositivregel des § 933 ABGB zu ändern. Anders – nach dem Verständnis des OGH – offenbar bei einer echten Garantieerklärung, deren Inhalt dann zwar ebenfalls auszulegen ist, die aber typisch nicht nur die Haftung für das Vorliegen bestimmter Eigenschaften regelt, sondern auch von den dispositiven Regelungen des Gewährleistungsrechts (im Regelfall hinsichtlich der Dauer der verschuldensunabhängigen Haftung, aber auch zur Frage, in welchem Zeitpunkt der Mangel vorliegen muss, sodass auch eine Regelung über einen vom Gesetz abweichenden Beginn der Gewährleistungsfrist denkbar ist) abweicht.

In einem Zurückweisungsbeschluss beließ es der OGH⁵⁷⁾ bei der Feststellung, dass der Beginn des Laufes der Gewährleistungsfristen auch nicht dadurch hinausgeschoben werde, dass im angegebenen Zeitpunkt der Ablieferung die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war. Ein näheres Eingehen auf die Frage, ob eine ausdrückliche Eigenschaftszusage erforderlich sei, konnte sich der OGH schon deshalb ersparen, weil die Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe nicht festgestellt worden war.

Auch bei einer auf Gewährleistung und Schadenersatz gestützten Klage wegen einer mangelhaften Sanitär- und Garagenentlüftungsanlage kam es letztlich vor dem OGH⁵⁸⁾ nicht auf die Frage an, ob der Mangel verdeckt und dadurch der Beginn der Gewährleistungsfrist verschoben worden sei. Vielmehr vermisste der OGH noch Feststellungen zum tatsächlichen Zeitpunkt der Übergabe, weshalb er die Entscheidung des Berufungsgerichts aufhob.

56) 1 Ob 545/92 vom 18.03.1992.

57) 7 Ob 1585/94 vom 05.10.1994.

58) 1 Ob 573/95 vom 22.11.1995.

Bei einer Zahlungsklage für gelieferte Baumaterialien, die jedoch nicht vom Lieferanten einzubauen waren, sodass die sechsmonatige Gewährleistungsfrist Anwendung fand, beurteilte der OGH⁵⁹⁾ den Einwand der Gewährleistung als verfristet. Der Beginn des Laufes der Gewährleistungsfristen werde grundsätzlich nicht dadurch hinausgeschoben, dass im Zeitpunkt der Ablieferung die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war. Die Erkennbarkeit des Mangels sei grundsätzlich keine Voraussetzung des Beginnes des Fristenlaufes. Allfällige Gewährleistungsansprüche, die sich aus nicht innerhalb der sechsmonatigen Frist ab Ablieferung der Baumaterialien beim Beklagten gerügten Mängeln ergeben könnten, seien daher verfristet und könnten der Werklohnklage nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden. Dazu zitierte der OGH zustimmend SZ 63/171 mit ausdrücklicher Ablehnung der teilweise widersprechenden Lehre, ging aber auf die Thematik einer Fristverlängerung wegen verdeckten Mangels nicht weiter ein.

In 8 Ob 2350/96p⁶⁰⁾ ging es nur um das im ersten Teil des RS0018982 genannte Thema des Beginns der Gewährleistungsfrist mit körperlicher Übergabe. Dazu stellte der OGH klar, dass diese Übergabe bei Aufnahme der Nutzung des Werkes durch den Werkbesteller anzunehmen sei. Unerkennbare Mängel spielten nach dem wiedergegebenen Sachverhalt hier keine Rolle.

In 1 Ob 2005/96a⁶¹⁾ ging es um mangelhafte Bautischlerarbeiten. Die verfahrensgegenständlichen Mängel (Verwendung einer anderen Lasur und einer anderen Furnierung als vereinbart) waren dem Laien nicht erkennbar. Das Berufungsgericht hielt die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche trotz Unerkennbarkeit der Mängel für verfristet. Auch der OGH hielt eine Berufung auf die beiden vorgenannten Mängel wegen Ablaufs der dreijährigen Gewährleistungsfrist ab Übergabe für verfristet. Dementsprechend beschränkte er die nach seinem Aufhebungsbeschluss noch in erster Instanz zu treffenden Feststellungen auf die Berechnung einer Preisminderung für andere (im Urteil näher beschriebene) Mängel, bei denen wegen fortgesetzter Verbesserungsversuche die Verfristung noch nicht eingetreten war.

In SZ 70/202⁶²⁾ hatte der Beklagte gegen die Zahlungsklage (unter anderen Gründen) eingewendet, dass die in seiner Kanzlei installierte Software fehlerhaft und für seine betrieblichen Zwecke nicht oder kaum geeignet sei. Er sei deshalb vom Vertrag zurückgetreten. Streitig war im für unsere Fragestellung relevanten Bereich, ob die Leistung bereits vor Abschluss der Einschulung abgeliefert war. Diesfalls wäre der Einwand der Gewährleistung verfristet. Die Unterinstanzen gaben der Zahlungsklage im Wesentlichen Folge. Das Berufungsgericht führte aus, dass die Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln ab der vollständigen Ablieferung laufe. Der Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels sei nach herrschender Ansicht nicht maßgeblich. Bloß nach Zusicherung einer bei Ablieferung nicht feststellbaren Eigenschaft werde der Fristbeginn kraft konkludenter Parteiendisposition auf jenen Zeitpunkt verlegt, ab dem eine Mangelwahrnehmung mit Sicherheit möglich sei. Hier sei daher der Zeitpunkt der Erkennbarkeit gerügter Mängel nicht entscheidungswesentlich.

59) 7 Ob 2129/96f vom 17.07.1996.

60) OGH vom 30.01.1997.

61) OGH vom 25.02.1997.

62) 5 Ob 504/96 (5 Ob 505/96) vom 14.10.1997.

Der OGH gab dem Aufhebungsbegehren Folge. Er betonte, dass der erkennende Senat den allgemeinen rechtlichen Erörterungen des Berufungsgerichts zu den Voraussetzungen des Fristenlaufs bei Sachmängeln nicht entgegengetrete. Sie entsprächen der ständigen Rechtsprechung des OGH. Danach komme es, soweit nicht eine besondere Sacheigenschaft zugesichert wurde, nicht auf die Erkennbarkeit des Mangels an. Allein auf dieser Grundlage könne jedoch noch nicht abschließend beurteilt werden, ob der Beklagte allenfalls vorhandene Softwaremängel tatsächlich verspätet geltend gemacht hätte.

Der OGH führte aus:

„Sollte dem Beklagten die behauptete Softwareeigenschaft einer 100 %-igen Datenkonvertierung zugesichert worden sein, so wäre die Gewährleistungsfrist ab der Erkennbarkeit des Fehlens einer solchen Eigenschaft, jedenfalls aber nicht vor vollständiger Ablieferung des Programms, in Gang gesetzt worden.“

Schließlich kam der OGH zum Ergebnis, dass noch Feststellungen erforderlich seien, um das Vorliegen der „vollständigen Ablieferung“ zu beurteilen und hielt fest:

„Wäre eine für die Programmbedienung ausreichende Einschulung des Kanzleipersonals des Beklagten tatsächlich am 13. Juli 1985 beendet gewesen, wäre damit die vollständige Ablieferung erfolgt und dadurch die Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt worden. Nur unter dieser Voraussetzung wäre der im Hauptprozess einredeweise geltend gemachte Gewährleistungsanspruch nach dem Inhalt der Erörterungen im angefochtenen Urteil verfristet: Ob eine für die Programmbedienung ausreichende Einschulung des Kanzleipersonals des Beklagten bereits am 13. Juli 1985 beendet war, steht indes noch nicht fest, weil das Berufungsgericht die Beweisrüge des Beklagten in diesem Punkt unerledigt ließ. Sollte sich herausstellen, dass die Software erst zu einem bestimmten Zeitpunkt nach dem 13. Juli 1985 vollständig abgeliefert wurde, könnten die festgestellten und dann allenfalls rechtzeitigen Mängelrügen des Beklagten das einredeweise Wandlungsrecht doch perpetuiert haben.“

Dass die Vertreter des Standpunktes, die Unerkennbarkeit des Mangels verschiebe den Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit, diese OGH-E als Beleg für diesen Standpunkt zitieren⁶³⁾, ist nachvollziehbar. Denn das scheint aus dieser OGH-E im erstzitierten Textblock auch tatsächlich zu folgen – sofern man dem Nachsatz „jedenfalls aber nicht vor vollständiger Ablieferung des Programms“ nicht die Bedeutung beimisst, die er dann (ausweislich des Folgezitats) auch hatte. Denn danach kam es nicht mehr darauf an, ob mit Abschluss der Einschulung des Personals die behaupteten Mängel auch erkennbar geworden wären. War mit Abschluss dieser Einschulung die Ablieferung erfolgt, so war damit der Lauf der Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt und daher bei Erhebung des Einwands verfristet – ohne dass den Ausführungen des OGH zu entnehmen ist, ob es darauf ankäme, ab wann nach Abschluss dieser Einschulung der Mangel tatsächlich erkennbar wurde bzw erkannt worden war.

Auch dass der OGH den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Fristbeginn ausdrücklich „nicht entgegentritt“ legt den Schluss nahe, dass es für die Verschiebung des Fristbeginns nicht bloß auf die ausdrückliche Zusicherung einer Eigenschaft ankomme, sondern darauf, ob die getroffene Vereinbarung – mag dieser Vereinbarungsinhalt auch von der Eigenschaftszusage mitumfasst sein – nicht nur die Zusage der Eigenschaft, sondern auch die Veränderung der

63) Vgl etwa P. Bydlinski in KBB⁴ § 933 ABGB Rz 12.

Dispositivnorm umfassen sollte, sodass (wie dies das Berufungsgericht ausführt) der „Fristbeginn kraft konkludenter Parteiendisposition“, sohin zwar schlüssig, aber dennoch kraft Vereinbarung, gegenüber dem in der Dispositivnorm vorgesehenen Zeitpunkt der Übergabe verschoben werde.

In 1 Ob 231/98x⁶⁴) konnte nach dem Sachverhalt eine „Eigenschaftszusage“ keine Rolle spielen. Denn der Mangel der gegenständlichen Motorreparatur lag darin, dass die Kolbenringe falsch in den Motor eingebaut worden waren. Der OGH verneinte einen aus der fehlerhaften Motorreparatur abgeleiteten Gewährleistungsanspruch. Denn dieser „wäre zufolge § 933 Abs 1 ABGB verfristet. Nach ständiger Rechtsprechung (zuletzt SZ 70/202 mwN; RIS-Justiz RS0018982) wird die Gewährleistungsfrist bereits mit der körperlichen Übergabe in Gang gesetzt. Der Beginn des Laufs der Gewährleistungsfrist wird auch nicht dadurch hinausgeschoben, dass die Entdeckung des Mangels im Zeitpunkt der Ablieferung noch gar nicht möglich war.“

Auch aus dieser Entscheidung wird mE im Ergebnis klar, dass für die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist eben mehr vorliegen muss, als eine besonders gravierende Abweichung vom geschuldeten Leistungs-Soll. Wollte man daher aus der „Ausdrücklichkeit“ einer Eigenschaftszusage ableiten, dass damit zugleich der Beginn der Gewährleistungsfrist beim unerkennbaren Mangel verschoben werde, dann müsste dies auch in Fällen wie dem vorliegenden Sachverhalt gelten, in denen die Verletzung des geschuldeten Leistungsstandards so gravierend ist, dass der gesamte Leistungserfolg vereitelt wird. Das tut der OGH jedoch richtigerweise nicht. Mit meinem hier vertretenen Standpunkt, dass es für die Veränderung des Beginns der Gewährleistungsfrist nicht auf die „Ausdrücklichkeit“ einer Zusage und ein damit in der Bildung der subjektiven Äquivalenz der Vertragsparteien unterstelltes, besonderes Gewicht dieser Eigenschaft ankomme, sondern ausschließlich darauf, dass die Parteien eine Abweichung von § 933 ABGB vereinbart haben, lässt sich dies konfliktfrei vereinbaren. Denn die selbstverständlich vorausgesetzte „Eigenschaft“ der Motorreparatur, dass die Kolbenringe fachgerecht und nicht „falsch“ eingebaut werden, hat ebensowenig Auswirkungen auf die Gewährleistungsfrist, wie eine ausdrückliche Zusage, dass diese Kolbenringe fachgerecht eingebaut werden.

Auf die Frage, ob die Eigenschaftszusicherung „ausdrücklich“ erfolgt sei und welchen Inhalt die Eigenschaftszusage konkret hatte, insbesondere ob sie auch eine, allenfalls konkludente, Veränderung des Beginns der Gewährleistungsfrist umfasste, kam es daher in diesem Fall nicht an.

In 7 Ob 82/99f⁶⁵) ging es um Mängel an Arbeiten zur Sanierung eines Daches und Obergeschoßes. Der OGH stellte für den Beginn der Gewährleistungsfrist auf die „Überlassung zum Gebrauch“ ab und beurteilte daher die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche als verfristet. Auf die Frage der Erkennbarkeit dieser Mängel wurde in diesem Fall ebenso wenig eingegangen wie auf die Thematik ausdrücklicher Eigenschaftszusagen.

Zum Verkauf eines „Brainscanners“, bei dem als Gewährleistungsmangel (verkürzt gesagt) geltend gemacht wurde, dass er wirkungslos sei, weil er keine der zugesagten therapeutischen Eigenschaften habe, führte der OGH⁶⁶) aus, dass

64) OGH vom 19.01.1999.

65) OGH vom 09.06.1999.

66) 1 Ob 122/99v vom 29.06.1999.

die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung nicht sofort feststellbarer Eigenschaften erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginne, in dem deren Fehlen mit Sicherheit erkennbar sei. Das sei zwar bei Übergabe des „Brainscanners“ nicht der Fall gewesen, doch kam es auch hier letztlich auf diese allenfalls mögliche Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist nicht an. Denn der Fristablauf sei nur dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn er aus den Prozessakten klar hervorgehe. Das sei hier nicht der Fall, sodass es Sache der Verkäuferin gewesen wäre, eine allfällige Verfristung des Gewährleistungsrechts einzuwenden. Da sie dies nicht getan hatte, blieb eine allfällige Verfristung im Verfahren unbeachtlich.

In 3 Ob 150/02h⁶⁷⁾ wurde für ein Trockenlegungssystem eine „Gewährleistungsgarantie“ abgegeben. Die darauf gestützte Klage, dass die zugesagte Absenkung des Durchfeuchtungsgrades nicht erreicht werden konnte, war in allen drei Instanzen erfolgreich. Auch in diesem Fall maß der OGH der Garantieerklärung die Wirkung zu, dass nach Ablauf der Garantiefrist noch die gesetzliche Gewährleistungsfrist zur Verfügung stünde, sodass die Klage rechtzeitig eingebracht war.

Dass es auf die „Ausdrücklichkeit“ der Zusicherung ankommen soll, ist vielen Entscheidungen nur mittelbar zu entnehmen. So der nächsten OGH-E⁶⁸⁾, in der sich die Gewährleistungsansprüche einwendende Beklagte für die Zusicherung der Haltbarkeit der hergestellten Produkte auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Werkvertrags berief, bei dem „per definitionem ein Erfolg geschuldet werde“.

Der OGH führt hier aus, dass die Gewährleistungsfrist auch dann mit der Ablieferung der Sache beginne, wenn der Mangel zu diesem Zeitpunkt vom Gewährleistungsberechtigten nicht erkannt werden konnte und setzt fort:

„Nur bei Zusicherung einer bei Ablieferung nicht feststellbaren Eigenschaft – insofern ist der Revisionswerberin zuzustimmen – ist der Fristbeginn kraft konkludenter Parteidisposition auf jenen Zeitpunkt verlegt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet“.

Dass damit allerdings eine ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft gemeint sei, folgt aus den weiteren Ausführungen des OGH, wenn er meint, für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft würde der Hinweis auf die Rechtsnatur des Werkvertrages allein wohl nicht ausreichen. Damit lässt es der OGH nicht genügen, dass die vom Mangel betroffenen Eigenschaften „vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind“ (§ 923 ABGB).

In diesem Fall scheiterte der Gewährleistungseinwand schon daran, dass der OGH daran festhält, die Zusicherung einer Eigenschaft habe „nur zur Folge, dass sich der Fristbeginn bis zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Fehlens dieser Eigenschaft verschiebt. Eine Fristverlängerung ist damit nicht verbunden“. Da im vorliegenden Fall die Gewährleistungsfrist von sechs Monaten ab Erkennbarkeit des Mangels bei Klagseinbringung bereits abgelaufen war, blieb der Gewährleistungseinwand erfolglos.

In seiner nächsten Entscheidung⁶⁹⁾ führte der OGH – abweichend vom Berufungsgericht – aus, dass die Frage, ob der Ablauf der Gewährleistungsfrist binnen sechs Monaten nach Ablieferung der Sache bei einem zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbaren Mangel von Amts wegen wahrzunehmen sei, keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung sei. Er ließ daher die Revision nicht

67) OGH vom 24.06.2003.

68) 8 Ob 33/04t vom 11.11.2004.

69) 3 Ob 150/04m vom 30.06.2005.

zu, führte jedoch aus, dass es „insofern besondere Sacheigenschaften nicht zugesichert wurden“ auf die Erkennbarkeit des Mangels für den Fristenlauf nicht ankomme. Dagegen beginne die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung nicht sofort feststellbarer Sacheigenschaften erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem deren Fehlen mit Sicherheit erkennbar sei. Eine solche Zusicherung liege hier jedoch nicht vor – weshalb auch in diesem Fall die auf die fehlende Erkennbarkeit des Mangels bei Ablieferung gestützte Behauptung, dass die Gewährleistungsfrist bei Klagseinbringung noch offen war, erfolglos blieb.

In 6 Ob 94/09f⁷⁰⁾ beschränkte sich der OGH in seiner Begründung zur Zurückweisung der Revision hinsichtlich der Thematik des verdeckten Mangels auf das Zitat einzelner Entscheidungen der Vorjudikatur, wonach auch bei verborgenen Mängeln die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs nach § 933 Abs 2 ABGB sei und betonte, dass der OGH entgegen der unter anderem von *P. Bydlinski* vertretenen Auffassung „auch für sich typischerweise erst nach mehreren Jahren zeigende Materialfehler [daran] festgehalten“ habe. Die Durchbrechung dieses Grundsatzes im Falle (ausdrücklicher) Eigenschaftszusagen erwähnt der OGH in diesem Fall nicht.

Ebenso wies der OGH⁷¹⁾ die Revision des sich auf Gewährleistungsansprüche stützenden Klägers zurück. Nach dem Sachverhalt ging es um nicht frostsichere Dachziegel. Präzise hält der OGH fest, dass der geschuldete Vertragsgegenstand durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten (konkret vereinbarten) Eigenschaften bestimmt werde. Ich betone dies unter dem Aspekt, dass hier der OGH – ganz im Sinne des § 923 ABGB – die unterschiedlichen Gründe für die Aufnahme einer Sacheigenschaft ins Leistungs-Soll gleichrangig nebeneinander stellt, was ich als Bestätigung des in dieser Arbeit vertretenen Standpunkts⁷²⁾ verstehe, dass keine wertungsmäßige Differenzierung dahingehend zu erfolgen hat, ob eine Eigenschaft ausdrücklich zugesichert worden ist oder ob sie deshalb zum Leistungs-Soll gehört, weil sie gewöhnlich vorausgesetzt oder stillschweigend zugesichert wurde.

Da der OGH im konkreten Fall davon ausging, dass die Frostsicherheit gar nicht geschuldet war, musste er sich auch nicht mit der Frage befassen, welche Auswirkungen die fehlende Erkennbarkeit dieser Eigenschaft hatte. Doch lässt sich eine gewisse Skepsis des erkennenden Senats gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zur Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist bei verdeckten Mängeln an zugesicherten Eigenschaften erkennen, wenn er ausführt:

„Es muss daher nicht geprüft werden, ob die von der Klägerin referierte Rechtsprechung, wonach bei nicht sofort feststellbaren Eigenschaften im Fall ausdrücklicher oder konkludenter Zusicherung einer Eigenschaft die Gewährleistungsfrist erst mit dem Zeitpunkt zu laufen beginne, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestatte (vgl. RIS-Justiz RS0018909), überhaupt (noch) Gültigkeit hat. Allgemein muss der Beginn der Gewährleistungsfrist leicht und vorhersehbar festgestellt werden können, weshalb dieser Zeitpunkt nicht dadurch hinausgeschoben werden darf, dass bei Übergabe die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war (RIS-Justiz RS0018982; RS0018937).“

Diese Skepsis hatte der OGH nicht, als er wenig später⁷³⁾ wiederum eine Revision zurückwies, weil sich das Berufungsgericht im Rahmen der Rechtspre-

70) OGH vom 02.07.2009.

71) 8 Ob 59/12b vom 28.06.2012.

72) Siehe unten IV.

73) 5 Ob 53/12y vom 09.08.2012.

chung des OGH gehalten habe. Im Sachverhalt ging es um Mängel an einem Einfamilienhaus, unter anderem auch um die Frostsicherheit eines Fundaments.

Während das Berufungsgericht diese Abreden als „unechte Garantierklärung“ beurteilte, führte der OGH aus, dass in der bloßen Zusicherung bestimmter Eigenschaften einer Kaufsache und der damit verbundenen Übernahme der Gewährleistung nicht mehr zu sehen sei „als die ausdrückliche Übernahme an sich wirksamer Gewährleistungspflichten oder deren Erweiterung oder Verlängerung“. Keine Bedenken hatte der OGH gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, dass der Fristbeginn der dreijährigen Verjährungsfrist des § 933 ABGB im vorliegenden Fall wegen Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben wurde. Das scheint darauf hinzudeuten, dass in dieser OGH-E tatsächlich ein Gewährleistungsanspruch gestützt auf diese von der Judikatur wiederholt wiedergegebene Durchbrechung der Fristenregelung des § 933 ABGB erfolgreich war. Das war hier dennoch nicht der Fall. Denn (wie dies der OGH betont) war im Revisionsverfahren nur mehr die Forderung nach dem Deckungskapital für den (nicht durch den Preisminderungsanspruch der Höhe nach begrenzten) Schaden der Mängelbehebungskosten, sohin ein Schadenersatzanspruch, verfahrensgegenständlich. Daher befasste sich der OGH ausgiebig mit der Frage, ab wann dem geschädigten Kläger der Schaden erkennbar war. Dabei ging es im vorliegenden Fall vor allem darum, ob dem Kläger das Wissen eines eingeschalteten Bauarbeiters zuzurechnen sei – was der OGH letztlich verneinte. Auf dieser schadenersatzrechtlichen Basis – der OGH spricht hier auch ausdrücklich von der „Beurteilung der Rechtzeitigkeit der klagsweisen Geltendmachung der Gewährleistungs-/Schadenersatzansprüche“ – bleibt es daher bei meinem Befund, dass auch in dieser OGH-E der in ständiger Rechtsprechung vertretene Grundsatz von der Durchbrechung der Fristenregelung bei ausdrücklich zugesicherter Eigenschaft und nicht erkennbarem Mangel keinem Gewährleistungsanspruch zum Erfolg verholfen hat⁷⁴).

Ebenso blieb in 7 Ob 103/14v⁷⁵) der geltend gemachte Gewährleistungsanspruch erfolglos. Der OGH betonte, dass nach ständiger Rechtsprechung bei verborgenen Sachmängeln die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs nach § 933 Abs 1 ABGB sei, „außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert ... Nach den Feststellungen wurden weder im Kaufvertrag noch aufgrund mündlicher Zusagen besondere Sacheigenschaften zugesichert“. Damit ist wohl klargestellt, dass der OGH in diesem Fall wiederum nur die „ausdrückliche“ Zusicherung für eine allfällige Durchbrechung des von ihm einleitend zitierten Verfristungsgrundsatzes anerkennt – die im vorliegenden Fall nicht verwirklicht war.

Einen Gewährleistungsanspruch, der auf einen Klebemangel eines Parkettbodens zurückzuführen war, beurteilte der OGH⁷⁶) als verfristet. Da es sich

74) Das ist zu berücksichtigen, wenn gerade diese OGH-E für die „Ausnahme“ vom Grundsatz der Unerheblichkeit der Erkennbarkeit eines Mangels bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften zitiert wird – so etwa *P. Bydlinski*, Verbesserung und Verjährung, JBl 2018, 2 (in FN 126).

75) OGH vom 09.04.2015.

76) 3 Ob 153/16w vom 23.11.2016.

bei der Dauerhaftigkeit der Verklebung nicht um eine „besonders zugesicherte Eigenschaft“ handle, käme der Erkennbarkeit des Mangels keine Bedeutung zu. Dass daher die Erkennbarkeit dieses Mangels erst nach Ablauf der dreijährigen Gewährleistungsfrist eingetreten sei, sei unbeachtlich.

In 3 Ob 142/16b⁷⁷⁾ referierte der OGH, dass „nach ständiger Rechtsprechung – die nach den Materialien zum Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz BGBl I 2001/48 unverändert aufrecht bleiben sollte (ErläutRV 420 BlgNR 21.GP 20) – bei verborgenen Sachmängeln die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs nach § 933 Abs 1 ABGB ist (RIS-Justiz RS0018937, RS0018982), außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert (RIS-Justiz RS0018982 [T10, T11], RS0018909). Dies wird unter Ablehnung gegenteiliger Lehrmeinungen auch für sich typischerweise erst nach mehreren Jahren zeigende Materialfehler judiziert (6 Ob 94/09f mwN).“ Da im konkreten Fall keine Zusicherung besonderer Sacheigenschaften festgestellt werden konnte, begann die zweijährige Gewährleistungsfrist für die verkauften Dachplatten bereits im Zeitpunkt der Übergabe und war im Zeitpunkt des Bekanntwerdens der Dichtheitsmängel der Dachplatten längst abgelaufen.

In einem Zurückweisungsbeschluss⁷⁸⁾ führte der OGH unter Berufung auf Vorjudikatur zwar aus, dass der Beginn der Verjährungsfrist des § 933 Abs 1 ABGB bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben werde. Da jedoch die gegenständlichen Mängel mehr als zwei Jahre vor Änderung des (rechtzeitig eingebrachten) Feststellungsbegehrens in ein Leistungsbegehren aufgetreten waren, sohin zum Zeitpunkt der Klagsänderung die hier anwendbare zweijährige Verjährungsfrist bereits abgelaufen war, und der OGH in diesem Fall der Feststellungsklage keine Unterbrechungswirkung zuerkannte, blieb die Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs erfolglos.

In der OGH-E⁷⁹⁾, die Anlass zu dieser Arbeit war, hatte der OGH mangelhafte Dachziegel (Verfärbungen und Risse) zu beurteilen.

Eine wegen der rund sechs Jahre nach Errichtung des Dachs erstmals erkennbaren Mängel (Verfärbungen und Risse) der Dachziegel eingebrachte Klage auf Verbesserung war in erster und zweiter Instanz erfolgreich. Dabei ging das Berufungsgericht von einer in den AGB der Beklagten enthaltenen ausdrücklichen Zusicherung aus, dass das verwendete Material zumindest jene Eigenschaften habe, die bei sachgerechter und zweckbedingter Anwendung davon erwartet werden könnten und führte weiters aus: „Das sei bei Dachziegeln eine zumindest 20-jährige Haltbarkeit“.

Zur Behauptung der Klägerin, ein Mitarbeiter der Beklagten habe ihr zugesichert, dass „das Dach jahrzehntelang halten würde“ wurde in den Unterinstanzen (aus rechtlichen Gründen, die der OGH nicht teilte) keine Feststellung getroffen. Der OGH folgte der Revision, welche die Auslegung der Klausel durch das Berufungsgericht als verfehlt bekämpfte, weil die Gewährleistung in eben dieser Klausel ausdrücklich auf die „gesetzlichen Fristen“ beschränkt gewesen sei, insoweit, als er dem Aufhebungsbegehren Folge gab.

77) OGH vom 23.11.2016.

78) 3 Ob 180/16s vom 13.12.2016.

79) 4 Ob 202/16h vom 20.12.2016.

Zunächst ging der OGH ausführlich auf den Meinungsstand in Lehre und Judikatur zum verdeckten Mangel ein⁸⁰). Es sei daran festzuhalten, dass die Frist des § 933 Abs 1 ABGB auch bei verdeckten Mängeln in der Regel schon mit der Ablieferung beginne. Die Erkennbarkeit des Mangels sei keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs, außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert. An dieser Rechtsprechung habe der OGH trotz Kritik im Schrifttum auch für sich typischerweise erst nach mehreren Jahren zeigende Materialfehler festgehalten. Das auch in der jüngeren Lehre geforderte generelle Hinausschieben des Fristbeginns bei verdeckten Mängeln widerspräche dem klaren Gesetzeswortlaut, der zwischen Sachmängeln (Ablieferung) und Rechtsmängeln (Erkennen) differenziert. Aus den Materialien zur Gewährleistungsreform ergäbe sich, dass sich der Gesetzgeber auch bei verborgenen Sachmängeln bewusst gegen ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit entschieden habe. Die darin in manchen Fällen für den Übernehmer gelegene Härte werde durch die deutliche Verlängerung der Frist für bewegliche Sachen spürbar gemildert. Zwar sollte die Rechtsprechung zur Fristverlängerung bei Zusage einer bestimmten Eigenschaft, die nicht schon bei Übergabe feststellbar ist, weiter gelten. Eine entsprechende Regelung für sonstige verdeckte Mängel wurde aber gerade nicht getroffen. Diese Differenzierung sei auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unproblematisch, weil es dem Gesetzgeber freistehe, insofern eine typisierende Betrachtung anzustellen⁸¹).

Bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften beginne die Gewährleistungsfrist zwar „unter Umständen“ erst mit Erkennbarkeit des Mangels. Ein solcher Fall liege hier aber nach den getroffenen Feststellungen nicht vor. Die Rechtsprechung gründe sich auf die Überlegung, dass dann, wenn das Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft während des Laufes der gesetzlichen Gewährleistungsfrist gar nicht hervorkommen kann, in der Zusicherung dieser Eigenschaft typischerweise eine stillschweigende Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist enthalten sei, weil die Zusicherung sonst für den Vertragspartner weitgehend wertlos wäre. Der OGH habe auch ausgesprochen, dass eine solche stillschweigende Verlängerung nicht in Betracht komme, wenn (trotzdem) eine bestimmte Gewährleistungsfrist ausdrücklich vereinbart wurde.

Ein solcher Fall liege hier vor. Zwar könne der Hinweis auf den „Stand der Technik“ in den AGB der Beklagten unter Umständen als Zusicherung einer Eigenschaft verstanden werden. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht jedoch die Regelung, wonach die Gewährleistungspflicht der Beklagten auch in diesem Fall auf die „Dauer der gesetzlichen Fristen“ beschränkt ist. Damit konnte die AGB-Klausel in ihrer Gesamtheit nicht im Sinne eines Hinausschiebens des Beginns der Gewährleistungsfrist verstanden werden. Die Begründung des Berufungsgerichts trage daher die stattgebende Entscheidung nicht. Dann führt der OGH aus:

„Somit kommt es aber entscheidend darauf an, ob der Mitarbeiter der Beklagten der Klägerin tatsächlich eine jahrzehntelange Haltbarkeit zugesagt hat. Die Wirksamkeit

80) Im nachfolgenden Referat der Ausführungen des OGH wird auf die Wiedergabe der sehr ausführlichen Zitate verzichtet. Denn die zitierte Judikatur ist vollständig in dieser Arbeit wiedergegeben. Auf die zitierte Literatur wird ebenfalls in dieser Arbeit eingegangen.

81) Siehe dazu den VfGH in G418/2015 vom 11.10.2016 und die Darstellung dieses Erkenntnisses im Text bei FN 95.

einer solchen Erklärung wäre durch den gegen § 10 Abs 3 KSchG verstößenden Formvorbehalt in den AGB der Beklagten nicht berührt (7 Ob 131/06z, SZ 2007/2; RIS-Justiz RS0121954, RS0121435 [T3]). Die Zusage wäre als stillschweigende Verlängerung der Gewährleistungsfrist zu verstehen gewesen, weil sonst deren Nichteinhaltung sanktionslos bliebe. Dabei kann offen bleiben, welche konkrete Fristverlängerung ein redlicher Besteller aus einer pauschal auf jahrzehntelange Haltbarkeit gerichteten Erklärung ableiten könnte: Wird das Dach – wie hier – nach nur fünf Jahren undicht, ist die Frist jedenfalls noch offen.“

Aus diesen Gründen seien die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben. Es sei eine Feststellung (gegebenenfalls auch Negativfeststellung) zu treffen, ob der Mitarbeiter der Beklagten die behauptete Haltbarkeitszusicherung gemacht habe. Sei dies der Fall, bestünde der Verbesserungsanspruch zu Recht.

Damit setzt der OGH mE den bereits in den Ausgangspositionen von *Ehrenzweig*⁸²⁾ sowie *Gschnitzer*⁸³⁾ begründeten und in der Judikatur in 2 Ob 528/53⁸⁴⁾; 8 Ob 365/65⁸⁵⁾, 2 Ob 510/87⁸⁶⁾, 2 Ob 535/90⁸⁷⁾, 7 Ob 603/91⁸⁸⁾, 1 Ob 545/92⁸⁹⁾ und 5 Ob 504/96 (5 Ob 505/96)⁹⁰⁾ begonnenen Weg fort, vom bloßen Abstellen auf die Frage, ob eine bestimmte Eigenschaft zugesichert worden sei, überzugehen auf die Prüfung, ob in dieser Eigenschaftszusicherung – im vorliegenden Fall in der Zusicherung einer jahrzehntelangen Haltbarkeit – tatsächlich (auch) eine Vereinbarung enthalten sei, mit der die Vertragsparteien die gesetzliche Gewährleistungsregelung hinsichtlich des Fristenlaufs abändern wollten⁹¹⁾.

Einer weiteren OGH-E⁹²⁾ ist nur zu entnehmen, dass die Revisionswerberin dem Berufungsgericht vorgehalten habe, es sei zu Unrecht vom Vorliegen „versteckter“ Mängel ausgegangen. In seiner Begründung der Zurückweisung der ao Revision führte der OGH aus, das Berufungsgericht habe „die gerügten Mängel nämlich nicht als verborgene Mängel qualifiziert, sondern die Gewährleistung deshalb für nicht ausgeschlossen erachtet, weil es sich um ausdrücklich zugesagte Eigenschaften handle“. Den mir dankenswerterweise von einem der Parteienvertreter zur Verfügung gestellten Urteilen der Unterinstanzen ist zu entnehmen, dass es um die Reichweite des Haftungsausschlusses durch eine Besichtigungsklausel im Hinblick auf verdeckte Mängel und ausdrücklich zugesagte Eigenschaften ging – sohin nicht um die hier gegenständlichen Fragestellungen der Gewährleistungsfrist.

Bei einem im Dezember 2002 übergebenen Bürogebäude wurden im November 2011 Mängel festgestellt, die schließlich Gegenstand einer im September 2014 eingebrachten Klage waren. Der OGH⁹³⁾ führte unter Berufung auf die Vorjudikatur aus, dass die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs sei, „außer

82) Siehe dazu ausführlich im Text bei FN 122.

83) Siehe dazu ausführlich im Text bei FN 121.

84) Siehe oben im Text bei FN 18.

85) Siehe oben im Text bei FN 23.

86) Siehe oben im Text bei FN 42.

87) Siehe oben im Text bei FN 51.

88) Siehe oben im Text bei FN 55.

89) Siehe oben im Text bei FN 56.

90) Siehe oben im Text bei FN 62.

91) Dazu ausführlich im Text bei FN 143.

92) 4 Ob 238/16b vom 28.03.2017.

93) 7 Ob 12/17s vom 17.05.2017.

es werden besondere Sacheigenschaften zugesichert“. Die Übergabe sei im Jahr 2002 erfolgt. Anhaltspunkte, die gegen eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche sprächen, seien nicht ersichtlich. Im Anschluss an die Erörterung der ebenfalls geltend gemachten Schadenersatzansprüche führte der OGH jedoch aus, dass vom Erstgericht noch weitere Erhebungen und Feststellungen zu in den Jahren 2005 und 2006 (sohin lange vor Einschaltung des Sachverständigen im Jahr 2011) geführten Diskussionen über vorhandene Mängel und ihre Behebungen durchzuführen seien. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes, das in dieser damaligen Auseinandersetzung keinen Anhaltspunkt für eine verjährungsauslösende Erkennbarkeit des Schadens gesehen hatte, meinte der OGH, dass es hier noch einer Verbreiterung der Tatsachengrundlage bedürfe. So trug der OGH dem Erstgericht (unter anderem) auf, festzustellen, „wann und welche Mängel des Lichtschutzes sich bereits nach der Übergabe manifestierten und ob sie (erkennbar) der Planung oder der Ausführung zuzurechnen waren; aufgrund welcher Aufforderungen die Erstbeklagte welche Mängelbehebungsversuche durchführte und ob diese (erkennbar) Planungs- oder Ausführungsmängel betrafen“.

Im Ergebnis blieb der Gewährleistungsanspruch trotz der vom OGH wiedergegebenen Kriterien für die Verschiebung des Fristenbeginns erfolglos. Bei Prüfung der Gewährleistungsansprüche stellte der OGH ausdrücklich (nur) auf die im Jahr 2002 erfolgte Übergabe ab und hielt fest, dass es gerade keinen Anhaltspunkt gegen eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche gäbe. Die Aufträge an das Erstgericht erteilte der OGH nach ausführlicher Erörterung der in diesem Verfahren in Konkurrenz mit Gewährleistungsansprüchen geltend gemachten Schadenersatzansprüchen. Seine Ausführungen legen nahe, dass es dabei nicht um die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist, sondern um die (im Verfahren ebenfalls eingewendete) Verjährung der Schadenersatzansprüche ging.

In einem Zurückweisungsbeschluss⁹⁴⁾ hielt der OGH dem Vorbringen des Revisionswerbers, dass ein versteckter Mangel regelmäßig erst nach Verstreichen von Gewährleistungsfristen erkennbar würde und er daher Gewährleistungsansprüche gegen seinen Verkäufer nicht mehr hätte geltend machen können, entgegen, dass bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt werde, der Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben werde. Daher sei von der behaupteten Unmöglichkeit, Gewährleistungsansprüche gegen den Baustoffhändler geltend zu machen (wegen des deckungsgleichen vertraglichen Anspruchs gegen den Baustoffhändler hatte das Berufungsgericht den verfahrensgegenständlichen Schadenersatzanspruch verneint) keine Rede.

Der VfGH hatte sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Sach- und Rechtsmängeln unter dem Aspekt des Beginns des Fristenlaufs zu befassen⁹⁵⁾. Nach ausführlicher Erörterung der Grundsätze der vorstehend geschilderten Judikatur kam der VfGH zum Ergebnis, dass die Differenzierung zwischen Sachmängeln einerseits und Rechtsmängeln andererseits hinsichtlich der Verjährungsfristen sachlich begründet sei. Sie liege innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums und sei nicht unsachlich. Die Regelung verstoße auch weder gegen den Gleichheitsgrundsatz noch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art 18 B-VG.

94) 3 Ob 105/17p vom 20.09.2017.

95) G418/2015 vom 11.10.2016.

III. Zur „Unerkennbarkeit“ im Übergabezeitpunkt als Anknüpfungspunkt

A. Unerkennbarkeit wegen Unzumutbarkeit der (zielführenden) Untersuchung?

Die Problematik der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist wegen „Unerkennbarkeit“ des Mangels im Übergabezeitpunkt beginnt mit der Frage, in welchen Fällen diese „Unerkennbarkeit“ überhaupt anzunehmen ist.

Wenngleich das Gesetz auf die „Ablieferung“ und damit auf jenen Zeitpunkt abstellt, ab dem der Erwerber die Sache im Normalfall in seiner physischen Gewahrsame hat, sodass er sie auf Mängel untersuchen könnte, ist es doch der Normalfall, dass eine solche Untersuchung und Feststellung von Mängeln erst einige Zeit nach Ablieferung stattfindet – wenngleich noch weit entfernt vom Ende der Gewährleistungsfrist. Davon geht auch das Gesetz aus. Denn die Feststellung eines Mangels im Ablieferungszeitpunkt wird wegen des Verhältnisses der §§ 918ff ABGB zu den §§ 922ff ABGB die Gewährleistungsfrist schon deshalb nicht auslösen, weil der Übernehmer die Möglichkeit hat, die mangelhafte Leistung zurückzuweisen⁹⁶). Auch in diesen Fällen, in denen sich die Erkennbarkeit des Mangels notwendig gegenüber der Ablieferung verzögert – etwa weil das gelieferte Gerät erst ausgepackt, zusammengebaut und in Betrieb genommen werden muss – wird keine entsprechende Verschiebung des Beginns der Gewährleistung auf einen späteren Zeitpunkt vertreten.⁹⁷) Gleiches gilt in jenen Fällen, in denen die Untersuchung im Zeitpunkt der Ablieferung zwar technisch möglich, aber aus welchen Gründen immer – sei es auch Zumutbarkeit der Untersuchung – danach (wenngleich stets noch in offener Gewährleistungsfrist) stattfindet.

In den hier gegenständlichen Fällen, in denen die Erkennbarkeit des Mangels erst nach Ablauf einer mit Ablieferung der Sache beginnenden Gewährleistungsfrist eintritt, bejaht ein Teil der Lehre die Unerkennbarkeit auch dann, wenn das Vorhandensein des Mangels im Ablieferungszeitpunkt „nicht oder nur mit unverhältnismäßigem oder unüblichem Aufwand“⁹⁸) bzw „nicht oder nur auf vollkommen unwirtschaftliche Weise“⁹⁹) festgestellt werden kann.

Das von *Reischauer* gebildete Beispiel des Kaufs von Skiern „im Sommer“¹⁰⁰) hat durch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen auf zwei Jahre zwar massiv an Bedeutung verloren. Es eignet sich jedoch so gut, um die Unrichtigkeit des Ansatzes darzulegen, dass die massiv erschwerte Feststellbarkeit des Mangels während offener Gewährleistungsfrist den Beginn der Gewährleistungsfrist verschiebt, dass ich unten¹⁰¹) dennoch nä-

96) Für die hA *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 307 mwN.

97) Was aber zu Recht anders gesehen wird für die Frist für die Geltendmachung einer Mängelrüge nach § 377 UGB, der ausdrücklich auf die Feststellbarkeit „bei ordnungsgemäßigem Geschäftsgang nach Ablieferung durch Untersuchung“ abstellt.

98) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 3a; *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 (154).

99) *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 235 (237).

100) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 3a. Gemeint wohl: Nach Schließung der Liftanlagen wegen Schneemangels aber mehr als sechs Monate vor Wiedereröffnung der Skisaison.

101) Siehe im Text bei FN 105.

her auf dieses Beispiel eingehe. Im Bauvertragsrecht mit den dort typischen langfristigen Erwartungen an die Lebensdauer der eingesetzten Materialien hat diese Frage der in offener Gewährleistungsfrist nur mit erheblichem, allenfalls sogar unwirtschaftlichem Aufwand feststellbaren Mängel ihre Bedeutung nicht eingebüßt. Das zeigt etwa das von *P. Bydlinski*¹⁰²⁾ für die neue Rechtslage gebildete Beispiel. Er nennt „Dachziegel, die zumindest 30 Jahre lang halten sollen, werden aufgrund eines Produktionsfehlers (falsche Materialzusammensetzung) nach fünf Jahren undicht“.

Dass dann, wenn die Judikatur eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist in diesen Fällen verneint, „der Übernehmer in vielen Fällen faktisch von vornherein rechtlos gestellt wird“¹⁰³⁾ ist unzutreffend und verkennt – soweit es um die Frage der „Zumutbarkeit“ der Feststellung des Mangels geht – die Bedeutung der verschuldensunabhängigen Gewährleistungshaftung in der Bildung der subjektiven Äquivalenz der Vertragsparteien.

Geht man vom unstreitigen Standpunkt aus, dass die wechselseitigen Leistungszusagen und daher auch die Zusagen über die Eigenschaften des Leistungsgegenstandes zentrale Bedeutung für die Bemessung der Gegenleistung und damit für die Bildung der subjektiven Äquivalenz der Parteien haben, dann liegt es nahe, auch die Frage, welche Risiken mit den übernommenen Leistungspflichten verbunden sind, in diese Bildung der subjektiven Äquivalenz (Bewertung von Leistung und Gegenleistung) einzubeziehen¹⁰⁴⁾.

Zu diesen in die wechselseitige Willensbildung einfließenden Risiken gehört zunächst einmal die Dauer, für welche der Gewährleistungspflichtige dem Risiko ausgesetzt ist, für Abweichungen des Leistungs-Ist vom Leistungs-Soll in die (verschuldensunabhängige) Haftung genommen zu werden.

Diese Frage, wie lange die Gewährleistungshaftung aufrecht bleibt, ist mE strikt zu trennen von der Frage, wie lange die zugesagte Eigenschaft bestehen soll. Denn es liegt im Wesen der Befristung des Gewährleistungsanspruchs, dass die Sache nicht nur bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist mangelhaft ist, sondern der Mangel, sohin die Abweichung zwischen „Gesolltem“ und „Geleistetem“ auch nach Fristablauf noch vorliegt. Diese Differenz, sohin der Gewährleistungsmangel, kann nur nach Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden – besteht aber auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist weiter. Denn wenn die zugesagte Eigenschaft einer bestimmten Lebensdauer der gelieferten Sache bereits vor Ablauf der Gewährleistungsfrist endet, dann stellt sich die Frage des Rechtsverlustes durch Fristablauf schon deshalb nicht, weil mit Ablauf der „zugesagten Lebensdauer“ kein Mangel mehr besteht. Die über die Gewährleistungsfrist hinausreichende Haltbarkeitszusage ist daher (für

102) Verbesserung und Verjährung, JBl 2018, 2 (16).

103) So *P. Bydlinski*, Verbesserung und Verjährung, JBl 2018, 2 (16).

104) Wollte man die analoge Anwendung der für den Rechtsmangel geltenden Regelung mit dem Erfordernis der Erhaltung der subjektiven Leistungsäquivalenz begründen, wird ausgeblendet, dass in die Bildung der subjektiven Äquivalenz auch die mit einer Leistungszusage verbundenen Risiken einfließen. Dieses Risiko der verschuldensunabhängigen Haftung ist daher mE so in die subjektive Äquivalenz eingestellt, wie es bei Anwendung der dispositiven Regel zu bewerten ist. Sohin mit einem ab Übergabe laufenden, eindeutig begrenzten Haftungszeitraum von zwei oder drei Jahren beim Sachmangel. Den Parteien steht es frei, in ihrer Äquivalenzbildung davon abzuweichen – sie müssen es nur konkret vereinbaren. Siehe zur diesbezüglichen Position *Koziols* im Text bei FN 131.

sich allein genommen) kein Ansatzpunkt für eine Verschiebung des Beginns oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Das Haftungsrisiko des Gewährleistungspflichtigen ist zugleich der Vorteil des Gewährleistungsberechtigten, in diesem Zeitraum Mängel verschuldensunabhängig geltend machen zu können. Bei der Bildung der subjektiven Äquivalenz wird die Dauer dieser Haftung bewertet. Dazu sieht § 933 ABGB zwei dispositive Regelungen zur Anpassung vor: den Beginn und die Dauer der Frist. Von beiden Dispositivregelungen können die Vertragsparteien abweichen, verschieben damit aber zugleich die subjektive Äquivalenz ihrer Leistungen.

Zu dieser Bildung der subjektiven Äquivalenz gehört auch die Frage, mit welchem Aufwand es dem Gewährleistungsberechtigten möglich ist, eine Mangelhaftigkeit der Leistung innerhalb der Gewährleistungsfrist, sohin ohne Veränderung der Dispositivregelung, festzustellen.

Lässt sich der Gewährleistungsberechtigte Eigenschaften zusagen, die er innerhalb der nach der Dispositivregelung berechneten Gewährleistungsfrist nur mit außergewöhnlich hohem Aufwand feststellen kann, dann ist es seine Entscheidung, ob er diesen Aufwand verringert, indem er eine Vereinbarung aushandelt, die den Beginn der Gewährleistungsfrist auf einen Zeitpunkt verschiebt, ab dem ihm die Erkennbarkeit des Mangels mit geringerem Aufwand möglich ist.

Das Beispiel des Skikaufs im Sommer bestätigt diese Überlegungen. Wer nach Ende der Skisaison neue Ski kauft, um sie erst mehr als ein halbes Jahr später erstmals zu benützen, tut dies evident wegen des gewaltigen Preisnachlasses beim Verkauf solcher Sportgeräte nach Saisonende. Der Verkäufer setzt den Preis so tief, weil er die Ware loswerden will und das Risiko von Reklamationen während der Sommermonate als gering einschätzt. Will der Käufer das Risiko, dass sich das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist herausstellt, nicht übernehmen, dann muss er eben den erhöhten Aufwand der Überprüfung in der Gewährleistungsfrist auf sich nehmen. Angesichts der zahlreichen, im Wesentlichen ganzjährig benutzbaren Gletscherskigebiete kann von einer Unmöglichkeit dieser Überprüfung keine Rede sein¹⁰⁵⁾ – wie dies *Reischauer* in diesem von ihm gebildeten Beispiel annimmt.

Die Unbilligkeit, die von der gegenteiligen Literatur befürchtet wird, träte gerade dadurch ein, dass der Schnäppchenjäger im Beispiel des Skikaufs den Vorteil des Preisverfalls nach Saisonende lukriert und zugleich das vom Übergabe bei Beurteilung seiner eigenen Leistung einkalkulierte Risiko des Haftungsanspruchs massiv erhöht wird, weil ohne entsprechende Parteienvereinbarung der Beginn des Fristenlaufs und damit die Gesamtdauer des verschuldensunab-

105) Da ich dieses zugegeben eher realitätsferne Beispiel des verdeckten Mangels durch Skikauf im Sommer aufgegriffen habe, erlaube ich mir den Hinweis, dass hier bestimmte „Eigenschaftszusagen“ zumindest nicht ganz absurd sind. Man denke etwa an die Zusage, dass der eingebaute Rocker, mit dem der Krümmungsradius des Skis individuell verändert werden kann, auch bei höheren Geschwindigkeiten hält, er sich dann aber bei den ersten schnellen Schwüngen auf einem der beiden Skier löst, was auch bei einem geübten Fahrer die Laufruhe empfindlich stört. Oder die Zusage, dass die Leichtbindung, mit der man am Tourenski ein paar Gramm einzusparen hofft, auch beim Körpergewicht des Käufers „hält“ und sich bei den ersten Schwüngen das Gegenteil herausstellt.

hängigen Einstehenmüssens massiv verlängert werden, da der Käufer gewährleistungsrechtlich so gestellt wird, als hätte er in der Höchstpreisphase gekauft.

Ebenso wenig unerkennbar ist der Mangel im vorgenannten, von *P. Bydlinski* gebildeten Beispiel des Dachziegels, der durch falsche Materialzusammensetzung undicht wird. Da der Mangel im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden, sohin zumindest angelegt gewesen sein muss, ist davon auszugehen, dass sich auch dieser im Beispiel *P. Bydlinskis* auf falsche Materialzusammensetzung zurückzuführende Mangel (mit entsprechend hohem technischen Aufwand) jedenfalls innerhalb der dreijährigen Gewährleistungsfrist hätte feststellen lassen.

Daher hatte auch der OGH in seiner am Beginn der analysierten Judikaturkette stehenden Entscheidung¹⁰⁶⁾ trotz des evident hohen Aufwands, bei Übergabe festzustellen, dass der Motor des verkauften Fahrzeugs frei von Schweißnähten sei, keinen Zweifel an der Möglichkeit der „sofortigen Untersuchung des Automobils“ und verneinte eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist.

Die Beurteilung eines Mangels als „unerkennbar“, weil er innerhalb der Gewährleistungsfrist mit gegenüber üblichem Aufwand erhöhtem, also „unüblichem“ Aufwand oder auf „unwirtschaftliche Weise“ oder nur mit „unverhältnismäßigem“ Aufwand (wobei offen bleibt, wozu dieser Aufwand ins Verhältnis zu setzen wäre, ohne in die Bildung der subjektiven Äquivalenz einzugreifen) feststellbar wäre, ist unzutreffend. Die hier abgelehnte Position verkennt, dass die bei Bildung der Äquivalenz ganz entscheidende Gewichtung von Eigenschaftszusagen auch die Berücksichtigung des mit dieser Eigenschaftszusage verbundenen Risikos für den Übergeber (das zugleich der Vorteil für den Übernehmer ist) umfasst. Mangels abweichender privatautonomer Regelung bleibt es daher bei der vom Gesetzgeber für die Bildung der subjektiven Äquivalenz redlicher Vertragsparteien unterstellten Annahme des Beginns der Gewährleistungsfrist bei Übergabe.

Daher hat der Übernehmer in solchen Fällen den erhöhten Aufwand einer Mangelfeststellung entweder einzukalkulieren, oder er verschiebt die von der Dispositivregelung unterstellten Risikoannahmen für die Bildung der subjektiven Äquivalenz, indem er Abweichendes (Änderung des Fristbeginns und/oder Änderung des Fristenlaufs) vereinbart.

B. Unerkennbarkeit im konkreten Einzelfall und „typische“ Unerkennbarkeit

Ausdrücklich *de lege ferenda* hat *Krejci*¹⁰⁷⁾ empfohlen, den Fristenlauf bei Sachmängeln, die im Hinblick auf ihre Erkennbarkeit den Rechtsmängeln gleichen, an die für Rechtsmängel geltende Regelung anzugleichen. Als Voraussetzung für diese Gleichartigkeit nennt er:

„Es muss sich um Sachmängel handeln, die ihrer Natur nach typischerweise nicht schon ab dem Zeitpunkt der Ablieferung erkennbar sind. Dabei kann es nicht um die subjektive Erkennbarkeit für den Gewährleistungsberechtigten gehen, sondern um objektive Kriterien, die schon aus der Natur der Sache erhellen“.

*Welser/Jud*¹⁰⁸⁾ kommen nach ausführlicher Erörterung der diesbezüglichen Lehre und Judikatur zur gegenteiligen Empfehlung:

106) Ob III 366/27 vom 20.04.1927.

107) Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 143f.

108) Zur Reform des Gewährleistungsrechtes, Gutachten zum 14. ÖJT (2000) 143.

„Zusammenfassend ist zu sagen, dass auch *de lege ferenda* an der objektiven Anknüpfung (bei der Übergabe) festgehalten werden sollte, weil die Rechtssicherheit dies verlangt“.

Dieser Empfehlung ist der Gesetzgeber des GewRÄG 2001 gefolgt. Ausweislich der Gesetzesmaterialien zum GewRÄG¹⁰⁹⁾ hat der Gesetzgeber auch beim verdeckten Mangel die gesetzliche Regelung hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln bewusst nicht geändert.

Dennoch halten die Vertreter des Standpunktes, dass auch beim „typischerweise“ im Ablieferungszeitpunkt nicht erkennbaren Mangel der Beginn der Frist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels verschoben wird, diese Position aufrecht¹¹⁰⁾. Dies ist unzutreffend. Das vom Gewährleistungsrecht zentral verfolgte Ziel, die Möglichkeit der verschuldensunabhängigen Geltendmachung von Störungen der subjektiven Äquivalenz, die durch eine Differenz zwischen Leistungs-Soll und Leistungs-Ist entstehen, rechtssicher und objektiv nachvollziehbar zu begrenzen, würde sonst – folgte man den vorgenannten Positionen – nachhaltig verfehlt. Die mit der Anknüpfung an einen eindeutig und objektiv feststellbaren Zeitpunkt, nämlich den Zeitpunkt der Ablieferung, erzielte Rechtssicherheit, die zwar vertraglich abweichender Regelung zugänglich ist, aber als Dispositivregelung nur einer abweichenden privatautonomen Vereinbarung weicht¹¹¹⁾, wäre damit vollständig verloren.

Denn die Einschränkung, dass diese Unerkennbarkeit „typischerweise“ also nach der „allgemeinen Natur des Mangels“¹¹²⁾ oder nur im Sinne einer „generellen Erkennbarkeit“, nicht jedoch nach dem „jeweiligen Einzelfall“¹¹³⁾ vorliegen müsse, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch diese „typische Unerkennbarkeit“ in Wahrheit stets nur im konkreten Einzelfall ermittelbar sein wird – womit die angestrebte Rechtssicherheit verloren ist.

Wenn daher *P. Bydlinski* meint, dass zu diesen Fällen „vor allem Sachen (gehören), die aufgrund ihrer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ... weit länger halten müssen als zwei bzw drei Jahre“, dann vermengt er die Frage nach dem Beginn der Gewährleistungsfrist mit der Frage, ob überhaupt ein Mangel vorliegt. Denn für den Verlust des Gewährleistungsanspruchs durch Fristablauf ist vorausgesetzt, dass es eine zugesagte Eigenschaft der Sache ist, länger zu halten, als die Gewährleistungsfrist läuft. Sonst gäbe es mit Ablauf der Haltbarkeitszusage ohnehin keinen Gewährleistungsanspruch mehr, sodass der Fristablauf kein Recht beseitigt.

Doch auch in den Fällen einer weit über den Ablauf der Gewährleistungsfrist hinausreichenden Haltbarkeitseigenschaft lässt sich weder aus der Natur des Geschäfts noch aus der Natur des Mangels eine verallgemeinerungsfähige

109) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Besonderer Teil zu § 933 ABGB Pkt 3. Siehe dazu ausführlich unter VII.

110) Jeweils unter Berufung auf ihre bisher schon so vertretenen Positionen *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 (154); *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 933 Rz 12; *P. Bydlinski*, Verbesserung und Verjährung, JBl 2018, 2 (15f).

111) Dazu unten VI.

112) So *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 (154).

113) So etwa *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 235 (238).

Regel ableiten, die verhindert, dass jeweils nur für den konkreten Einzelfall beurteilt werden kann, ob dieser Mangel vor oder nach Ablauf der Gewährleistungsfrist erkennbar sein konnte, sodass sich der Beginn der Gewährleistungsfrist verschiebt.

Wenn etwa – um eine Haltbarkeitszusage zu nehmen – die Frostsicherheit eines Außenbelags bis minus zehn Grad Celsius zugesagt wird, dann kann der Mangel fehlender Frostsicherheit bis zur zugesagten Temperatur seiner Art nach (typisch) nur dann erkannt werden, wenn die Temperatur in diesen Bereich sinkt. Für den Beginn der Gewährleistungsfrist nach der typischen Erkennbarkeit des Mangels käme es daher darauf an, ob die Beläge an einem Ort in Österreich verlegt werden, an dem diese Tiefsttemperatur nach der Wetterstatistik zB jedes zweite Jahr unterschritten wird oder an einem Ort, an dem dies (statistisch gesehen) nur einmal in zehn Jahren stattfindet.

Wird die Resistenz einer Holzverkleidung gegen eine bestimmte Schädlingsart zugesagt, dann kann der dieser Zusage widersprechende Mangel typisch nur erkannt werden, wenn diese Schädlingsart auftritt. Je nachdem, ob diese Holzverkleidung im ländlichen Bereich, in dem jener Schädling, der entgegen der ausdrücklichen Zusage des Verkäufers die Holzverkleidung dann doch zerfrisst, nahezu jährlich auftritt oder im Vorgarten eines Stadthauses, in den sich dieser Schädling höchstens alle sieben Jahre verirrt und dann die Holzverkleidung auffrisst, aufgestellt werden soll, hätten wir eine Schwankungsbreite der Gewährleistungsfrist ab Übergabe zwischen drei und zehn Jahren.

Dass der Gesetzgeber diese Rechtsunsicherheit über den Beginn des Fristenlaufs beim Rechtsmangel in Kauf nimmt¹¹⁴), ist nicht auf eine „unsachliche Differenzierung“¹¹⁵) zurückzuführen, sondern folgt daraus, dass der Rechtsmangel stets nur durch die von keiner der beiden Vertragsparteien beeinflussbare Entscheidung eines Dritten, sein Recht an der Sache geltend zu machen, erkannt werden kann.

Ebenso unzutreffend ist die Ansicht von *P. Bydlinski*¹¹⁶), dass Rechtsmängel doch auch mit „unvertretbarem Aufwand“ erkannt werden können. Daher sei die Gleichbehandlung mit Sachmängeln wohl gerechtfertigt. Auch dies lässt unberücksichtigt, dass der Mangel ohne Geltendmachung des Anspruchs durch Dritte nie erkannt werden kann. Daher sind diese Überlegungen nicht auf den Sachmangel übertragbar.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es für den Beginn des Fristenlaufs mit Übergabe irrelevant sein muss, ob der konkrete Mangel „typisch“ im Zeitpunkt der Übergabe (oder während einer ab Übergabe gerechneten Gewährleistungsfrist) erkennbar war oder nicht. Die gegenteilige Position erhöht nur die Rechtsunsicherheit massiv, indem sie dazu zwingt, den Beginn des Fristenlaufs nach den individuellen Umständen des einzelnen Vertrages zu bestimmen.

114) Die allerdings insoweit gemildert wird, als es nicht beide Fälle, nämlich Fristenlauf ab Übergabe und Fristenlauf ab Erkennbarkeit nebeneinander gibt, sondern nur die einheitliche Anknüpfung an den Zeitpunkt, in dem der Rechtsmangel tatsächlich (nachweislich) erkannt wurde.

115) So aber *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 (154).

116) *P. Bydlinski*, RdW 1986, 235 FN 29 und offenbar ebenso *Wrška*, Gewährleistung und geplante Obsoleszenz (2015) 85f.

C. Absolute Unmöglichkeit der Erkennbarkeit im Übergabezeitpunkt

Es verbleiben noch die Fälle, in denen der Mangel im Übergabezeitpunkt und während der nachfolgenden Gewährleistungsfrist objektiv unerkennbar war. Das sind jene Fälle, in denen der Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe (oder innerhalb einer ab Übergabe berechneten Gewährleistungsfrist) von niemandem, auch nicht mit „unverhältnismäßig“ hohem Aufwand erkannt hätte werden können.

Die Beispielfälle aus der Judikatur beschränken sich auf Viehmängel, wie etwa eine bestimmte Milchleistung einer trächtigen Kalbin, die erst nach dem Kalben des verkauften Tiers, das wiederum nach Ablauf der sechswöchigen Gewährleistungsfrist erfolgte, festgestellt werden konnte¹¹⁷).

Zunächst ist anzumerken, dass der OGH auch in diesem Fall nicht einfach die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt angenommen hat, ab dem die Milchleistung feststellbar war. Er hat vielmehr die Rechtssache an die Unterinstanz rückverwiesen mit dem Auftrag, Feststellungen zum Inhalt einer allfälligen Abrede über eine zugesagte Milchleistung vorzunehmen.

Festzuhalten ist weiters, dass „Unerkennbarkeit“ von der Judikatur durchgängig in diesem strikten Sinn einer objektiven Unerkennbarkeit des Mangels verstanden wird. Da der OGH daher zurecht nur auf die objektive Erkennbarkeit des Mangels abstellt, also nicht darauf, ob die Untersuchungen zur Erkennbarkeit des Mangels dem Übernehmer zumutbar waren, kann es auch in diesen Fällen nur auf den Zeitpunkt ankommen, in dem der Mangel (erstmal) objektiv erkennbar war.

Gerade im Bereich des Bauvertragsrechts mit seiner steigenden Komplexität der verwendeten Materialien und – insbesondere im Bereich der Gebäudetechnik – der angebotenen Lösungen, sind Fälle, in denen der Mangel innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von zwei Jahren bzw drei Jahren tatsächlich objektiv von niemandem erkannt oder nur unter Zerstörung der gelieferten Sache erkannt werden kann, nicht so unwahrscheinlich, dass sie hier unberücksichtigt bleiben könnten.

Als Beispiel nenne ich die vor einigen Jahren vermehrt aufgetretenen Fälle „spontanen Glasbruchs“. In vorgespannten Gläsern eingeschlossenes Chrompigment dehnte sich unter starker Sonneneinstrahlung (und weiteren, die Erhitzung fördernden Faktoren) so aus, dass die Scheibe zersprang. Die Praxis vermied (weitgehend) die Diskussion, ob bereits das Vorhandensein des Chrompigments ein Mangel sei und forderte (als Eigenschaftszusage), dass nur „Heat Soak Tested“ Gläser geliefert werden. In diesem Verfahren werden die Gläser am Ende der Produktion erhitzt, sodass nur jene Gläser ausgeliefert werden, die diesen Test unbeschadet überstanden haben. Ob man die Feststellung eines Mangels¹¹⁸) gegenüber dieser Eigenschaftszusage für praktisch nicht durchführ-

117) Nach den Sachverhaltsfeststellungen in dieser OGH-E 2 Ob 528/53 vom 18.11.1953 – siehe dazu oben im Text bei FN 18.

118) Sei es, dass der Test nicht normgerecht durchgeführt worden war, sei es, dass schlicht eine ungetestete Charge geliefert wurde oder was immer die Praxis hier an Varianten hervorbringt. Um dieses Beispiel nicht zu überfrachten, klammere ich die vielfältigen Details beginnend mit der komplexen Normenlage über verschiedene Sicherheitsstandards, die mit solchen Tests erreicht werden bis hin zu Fragen der Kennzeichnung getesteter Gläser etc in dieser Arbeit aus.

bar (Durchführung eines Heat Soak Tests auf der Baustelle) oder diesen Mangel für nur unter Zerstörung zumindest eines Teils der Gläser erkennbar oder überhaupt für objektiv unerkennbar hält (etwa weil ein erneuter HST weitere, an den Gläsern vorgenommene Bearbeitungen zerstören würde), ist mE für den Beginn der Gewährleistungsfrist irrelevant. In keinem Fall lässt sich aus dieser Eigenschaftszusage die weitergehende Zusage ableiten, dass die Gewährleistungsfrist verlängert oder in ihrem Beginn auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels (wenn das erste Glas zerspringt) verschoben würde.

Dazu ist darauf hinzuweisen, dass der OGH auch die objektive Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe nicht genügen lässt, um den Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit zu verschieben. Das gilt nicht nur für jene Entscheidungen, in denen der OGH die objektive Unerkennbarkeit zwar bejahte, die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist jedoch mangels ausdrücklicher Eigenschaftszusage verneinte. Auch wenn nach dem Sachverhalt eine Eigenschaftszusage hinsichtlich des Mangels nicht infrage kam, der Mangel aber im Zeitpunkt der Übergabe objektiv nicht (genauer gesagt: Nur unter gleichzeitiger Zerstörung der erbrachten Leistungen) festgestellt werden konnte, hielt der OGH am Beginn der Gewährleistungsfrist im Zeitpunkt der Übergabe fest. Als Beispiel verweise ich auf die oben referierte OGH-E¹¹⁹⁾ zu einer Motorreparatur, bei der die Kolbenringe falsch in den Motor eingebaut worden waren. Zur Feststellung dieses Mangels bei Übergabe hätte man den Motor erneut zerlegen müssen und damit wohl den wesentlichen Teil des wirtschaftlichen Werts der erbrachten Leistung zerstört. Dennoch hielt der OGH daran fest, dass der Gewährleistungsanspruch verfristet sei, weil die Gewährleistungsfrist bereits mit der körperlichen Übergabe in Gang gesetzt werde.

Im Sinne meiner Ausführungen¹²⁰⁾, dass die Bewertung des mit einer Leistungszusage verbundenen Risikos der verschuldensunabhängigen Gewährleistungshaftung Teil der Bildung der subjektiven Äquivalenz der Vertragsparteien und damit des im Vertrag gebildeten Leistungsgleichgewichts ist, das mangels abweichender Vereinbarung durch die gesetzlichen Dispositivregelungen bestimmt wird, meine ich, dass auch die objektive Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe (oder während der nachfolgenden Gewährleistungsfrist) nichts an der Fristenregelung des § 933 ABGB für Sachmängel ändert. Will der Übernehmer von dieser Regelung des Fristbeginns im Zeitpunkt der Übergabe abweichen, dann muss er diese Erhöhung des Leistungsrisikos des Übergebers mit ihm vereinbaren. Denn die Veränderung der von beiden Vertragsparteien nach der Risikozuweisung des Dispositivrechts unterstellten subjektiven Äquivalenz ist nur durch privatautonome Vereinbarung möglich. Dass hingegen die Vertragsparteien der Bildung ihrer subjektiven Äquivalenz eine mangelfreie Leistung (Übereinstimmung von Leistungs-Soll und Leistungs-Ist) unterstellt haben und diese Abweichung nach Ablauf der (beim Sachmangel) mit Übergabe beginnenden Gewährleistungsfrist nicht mehr mit den verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüchen geltend gemacht werden kann, entspricht der Risikozuweisung des Dispositivrechts.

119) Siehe im Text bei FN 64.

120) Siehe unter III.A. und VII.

IV. Zum Anknüpfungspunkt der „ausdrücklichen“ Eigenschaftszusage

Die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist daran zu knüpfen, dass die Zusage jener Eigenschaft, die vom Mangel betroffen wurde, „ausdrücklich“ erfolgt, geht von einer im Kern richtig beurteilten Ausgangssituation aus.

Das ist jener Fall, in dem beiden Vertragsparteien bei Vereinbarung der Eigenschaftszusage bewusst ist, dass die zugesagte Eigenschaft nicht im Zeitpunkt der Übergabe der Sache, sondern erst später erkennbar wird. In diesem Fall führt bereits einfache Vertragsauslegung zum Ergebnis, dass auch dann, wenn die Vertragsparteien die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf einen nach der Übergabe liegenden Zeitpunkt nicht (ausdrücklich) angesprochen haben, diese Verschiebung dennoch von ihrem Parteiwillen gedeckt und daher vereinbart ist.

Das ist bereits bei *Gschnitzer*¹²¹⁾ nachzulesen, der ausführt:

„Dagegen liegt in der Zusicherung einer Eigenschaft, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, eine stillschweigende Hinausschiebung des gesetzlichen Fristenbeginns auf den Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet“.

Dabei bezieht er sich auf *Ehrenzweig*¹²²⁾, der in diesem Fall ebenfalls davon ausgeht, dass die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist mitvereinbart (stillschweigend vereinbart) ist und ausführt:

„Der ausdrücklichen Vereinbarung einer längeren Gewährfrist bedarf es nicht, wenn der Veräußerer die Haftung für eine Eigenschaft übernimmt, deren Vorhandensein oder Fehlen erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann“.

Das von beiden Autoren genannte Beispiel der Zusage der Trächtigkeit einer Kuh belegt diese Annahme, dass von den Vertragsparteien mit der Eigenschaftszusage auch die Verschiebung des Beginns der sechswöchigen Gewährleistungsfrist für den Viehmangel beabsichtigt war. Denn beide Autoren gehen von einem Beispiel aus, in dem zum Zeitpunkt der Übergabe jener weitere Zeitpunkt, zu dem sich die Richtigkeit der Trächtigkeitsszusage sicher feststellen lässt, mehr als sechs Wochen in der Zukunft lag und dies beiden Vertragsparteien bewusst war bzw. bewusst sein musste. Überdies lag dieser Zeitpunkt in einer relativ klar abschätzbaren Zeitspanne, sodass sich der Zeitpunkt, ab dem Rechtssicherheit über das Vorliegen des Mangels herrscht, allenfalls mit einer Schwankungsbreite von wenigen Wochen, vorhersagen lässt. Das ist ein ganz anderer Sachverhalt als in dem von *P. Bydlinski*¹²³⁾ gebildete Beispielfall der mit einem Materialfehler behafteten Dachziegel, bei dem sich die Fehlerhaftigkeit irgendwann in ferner Zukunft zu einem nicht einmal in Jahren annähernd bestimmbar Zeitpunkt herausstellen mag. Zentral ist der Unterschied in der Willensbildung in den beiden Beispielen. Während bei der Trächtigkeitsszusage wohl davon auszugehen ist, dass den Vertragsparteien die Unerkennbarkeit fehlender Trächtigkeit im Zeitpunkt der Übergabe bewusst war, sodass Raum für die im Beispielfall unterstellte Willensbildung zur stillschweigenden Fristverschiebung bleibt, ist dies in dem Fall des Materialfehlers der Ziegel nicht der Fall¹²⁴⁾.

121) In *Klang*² IV/1 557.

122) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1920) § 323 IV/3d (S 213f).

123) Siehe im Text bei FN 102.

124) Wenn der Verkäufer von diesem Fehler wusste oder wissen musste und dennoch die Eigenschaftszusage abgab, hat der Käufer ohnehin den ab Erkennbarkeit des Schadens (und Schädigers) geltend zu machenden Schadenersatzanspruch.

Dass einem Veräußerer die erstgenannte Erhöhung seines Risikos der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf einen zwar noch nicht exakt bestimmten, aber in naher Zukunft liegenden und doch recht präzise bestimmbaren Zeitpunkt nicht nur zugesonnen werden kann, sondern auch von der Bildung seiner subjektiven Äquivalenz gedeckt ist (für diesen Nachteil erhält er den Vorteil des früheren Vertragsabschlusses), ist gut nachvollziehbar. Weshalb jedoch ein Veräußerer das vollständig unkalkulierbare Risiko in Kauf nehmen sollte, ab einem ganz unbestimmbaren Zeitpunkt, der noch Jahre in der Zukunft liegen mag, zur verschuldensunabhängigen Haftung des Gewährleistungsrechts herangezogen zu werden, ist nicht nachvollziehbar.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass im Ausgangsfall eine Eigenschaftszusage vorliegt, bei der den Vertragsparteien bewusst ist, dass sich die Richtigkeit dieser Zusage erst so spät herausstellen kann, dass der Erwerber unter Anwendung der Dispositivregelung sein Recht nicht mehr geltend machen könnte und dieses Risiko für den Übergeber auch in die Bildung seiner subjektiven Äquivalenz kalkuliert einbezogen werden kann, weil das Ausmaß der Verlängerung seiner verschuldensunabhängigen Haftung bereits bei Vertragsabschluss für ihn recht konkret abschätzbar ist.

In diesem Fall deckt eine derartige Eigenschaftszusage bereits bei einfacher Auslegung die (stillschweigende) Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf einen späteren Zeitpunkt.

Wieso es auf eine „Ausdrücklichkeit“ der Eigenschaftszusage ankommen soll, ist nicht nachvollziehbar. Denn wenn die Eigenschaftszusage in der oben geschilderten Erklärungssituation abgegeben wird, dann wird ihr auch dann der Inhalt einer damit verbundenen Einigung über die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist zu entnehmen sein, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgte. Stets natürlich vorausgesetzt, dass die Eigenschaftszusage auch Inhalt des Leistungs-Soll wurde, da andernfalls in der Abweichung kein Mangel vorliegt.

Das Abgrenzungsproblem zwischen den vorgenannten Fällen, in denen bei Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe durch die Eigenschaftszusage eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist eintreten soll, zu jenen Fällen, in denen keine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist erfolgt, entsteht mE durch die Unschärfe, die Frage, ob eine Eigenschaft zugesichert wurde, nicht hinreichend zu trennen von der Frage, ob die Vertragsparteien mit ihren im Wege einfacher Vertragsauslegung ermittelbaren Erklärungsinhalten auch den Beginn der Gewährleistungsfrist verschieben wollten. Wenn man (mE unzutreffend) aus der „Ausdrücklichkeit“ einer Eigenschaftszusage eine Abweichung von § 933 ABGB ableitet, dann müsste man dies auch (ebenso unzutreffend) bei einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft tun.

Das bloße Faktum, dass eine bestimmte Eigenschaft „zugesichert“ wurde, gibt dafür nichts her. Denn eine unterschiedliche Gewichtung der Eigenschaftszusage danach, ob sie ausdrücklich zugesichert oder bloß stillschweigend vereinbart wurde oder sich aus den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Sache oder aus der Natur des Geschäftes ergibt oder auf welchem Weg sie sonst noch zum Leistungsinhalt wurde, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Im Gegenteil. Der Gesetzgeber des GewRÄG hat § 922 ABGB (im hier relevanten Textteil) von der bisherigen Formulierung: „so leistet er Gewähr, dass sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabey vorausgesetzten Eigenschaften habe“ umformuliert in: „er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat“.

Dass damit keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war, sondern der Gesetzgeber (zu Recht) das „ausdrücklich“ strich, weil er es für überflüssig hielt, belegen die Gesetzesmaterialien zum GewRÄG:

„Im zweiten Satz des vorgeschlagenen § 922 Abs 1 ABGB soll die Grundregel des bisherigen Gewährleistungsrechts übernommen werden: Der Übergeber haftet für die bedungenen und für die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Eigenschaften ausdrücklich oder konkludent vereinbart („bedungen“) wurden; der Ausdruck „ausdrücklich“ kann daher entfallen“¹²⁵⁾.

Dass es nicht auf die „Ausdrücklichkeit“ der Zusage ankomme, sondern darauf, welcher Inhalt im Wege einfacher Vertragsauslegung¹²⁶⁾ hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist aus dem abgeschlossenen Vertrag ermittelt werden kann, scheint im Widerspruch zu stehen zur Begründung des Gesetzgebers, dass er keine gesetzliche Regelung des Fristenlaufs für den verborgenen Sachmangel für erforderlich hält, wenn die Materialien ausführen:

„Darüber hinaus soll sich nichts an dem Grundsatz ändern, dass die Frist bei Zusage einer bestimmten Eigenschaft, die nicht schon bei der Ablieferung feststellbar ist, erst im Zeitpunkt der sicheren Erkennbarkeit des Mangels zu laufen beginnt (vgl OGH 10.10.1990 SZ 63/171)¹²⁷⁾“.

Auch hier scheint der Gesetzgeber nicht auf die „Zusage der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist“, sondern auf die „Zusage der Eigenschaft“ abzustellen. Doch gerade die vom Gesetzgeber dafür zitierte OGH-E löst den scheinbaren Widerspruch auf. Zur hier durch das Zitat in den Gesetzesmaterialien gegenständlichen Frage, was es denn mit der ausdrücklichen Zusicherung einer Eigenschaft für eine Bewandtnis habe, führt der OGH aus, dass er sich nicht veranlasst sehe:

„von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abzugehen, nach der wohl bei Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren Eigenschaft die Gewährleistungsfrist erst in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, weil in derartigen Fällen regelmäßig ein (zumindest stillschweigendes) Abgehen der Vertragsteile von der dispositiven Regelung des Gesetzes anzunehmen ist ... der im § 933 Abs 1 ABGB für Sachmängel durch den Tag der Ablieferung bestimmte Beginn der Gewährleistungsfrist aber nicht schon dadurch allein hinausgeschoben wird, dass in diesem Zeitpunkt die Erkennung des Mangels noch nicht möglich war“.

Ebensowenig – wie ich hier ergänze – dadurch, dass eine bestimmte Eigenschaft ausdrücklich zugesagt wurde. Eine solche ausdrückliche Zusage verändert den Fristlauf dann, aber eben nur dann, wenn in dieser Zusage ein (allenfalls auch stillschweigendes) Abgehen von der dispositiven Fristenregelung zu sehen ist. Anders gesagt: Umfasst die ausdrückliche Zusage der Eigenschaft auch die Zusage, dass für einen anderen (längeren) Zeitraum als dies § 933 ABGB vorsieht, für das Vorhandensein dieser Eigenschaft eingestanden wird, dann verdrängt diese rechtsgeschäftliche Zusage die dispositive Fristenregelung, sodass – je nach Auslegung der Erklärung – die Gewährleistungsfrist über den in § 933 ABGB vorgesehenen Zeitraum hinaus läuft oder tatsächlich erst ab Erkennbarkeit des Mangels einsetzen soll.

Der Ansatz, dass es darauf ankommt, ob es durch die Vereinbarung der Vertragsparteien – gleichwohl typisch im Zuge der Eigenschaftszusage – auch

125) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Besonderer Teil zu § 922 ABGB Pkt. 2.

126) Zur Problematik der ergänzenden Vertragsauslegung siehe unten VI.

127) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Besonderer Teil zu § 933 ABGB Pkt 3.

zu einer Veränderung der Dispositivregelung hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist gekommen ist, findet sich bereits in der Judikatur.

Wie bereits oben¹²⁸⁾ bei der Darstellung dieser OGH-E ausgeführt, war es in diesen Fällen nicht streitig, dass die vom Mangel betroffene Eigenschaft auch tatsächlich geschuldet, sohin „zugesagt“ war. Dennoch bejahte der OGH die Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist nicht. Entweder beurteilte der OGH den Gewährleistungsanspruch als verfristet, weil eine Abrede, aus der sich eine Verschiebung des Beginns (oder eine Verlängerung der Dauer) der Gewährleistungsfrist ergeben hätte, nicht festgestellt werden konnte¹²⁹⁾, oder er trug den Unterinstanzen weitere Erhebungen zum Inhalt eben dieser „Eigenschaftszusage“ auf¹³⁰⁾. Da zur Frage, ob die gegenständliche Eigenschaft auch tatsächlich geschuldet ist, nach dem in diesen Entscheidungen festgestellten Sachverhalt nichts mehr zu erheben war, kann sich dieser Auftrag des OGH jeweils nur darauf beziehen, dass festzustellen sei, ob die Vertragsparteien mit Abgabe der Eigenschaftszusage auch eine vom Dispositivrecht abweichende Regelung hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist treffen wollten – gleichgültig, ob diese Erklärung ausdrücklich festgelegt oder stillschweigend vereinbart oder sonst im Wege einfacher Auslegung ermittelbar ist.

Daher meine ich, dass sich die vorstehend aufgezeigten Ansätze der Judikatur dahingehend präzisieren lassen, dass es nicht darauf ankommt, auf welche Weise die vom Mangel betroffene Eigenschaft zum Leistungsinhalt wurde (ausdrücklich zugesagt oder stillschweigend vereinbart oder gewöhnlich vorausgesetzt etc). Vielmehr kommt es darauf an, ob mit der Vereinbarung der zugesagten Eigenschaft wegen einer den Vertragsparteien bewussten Unmöglichkeit oder auch nur Erschwernis der Erkennbarkeit der Unrichtigkeit dieser Eigenschaftszusage im Zeitpunkt der Übergabe, zugleich eine (wiederum ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung getroffen wurde, den Beginn der Gewährleistungsfrist auf jenen Zeitpunkt zu verschieben, von dem die Vertragsparteien übereinstimmend angenommen haben, dass er die (leichtere) Erkennbarkeit des Mangels ermöglicht oder ganz einfach die Gewährleistungsfrist bis zu diesem Zeitpunkt zu verlängern.

Lässt sich eine solche Vereinbarung dem Vertragstext nicht entnehmen, dann bleibt es dabei, dass die Unerkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe am Lauf der Gewährleistungsfrist nichts ändert – gleichgültig, ob die vom Mangel betroffene Eigenschaft „ausdrücklich“ zugesagt war oder auf anderem Weg Vereinbarungsinhalt wurde.

Klarzustellen ist, dass daher dieses Ergebnis auch eingreift, wenn – was bei Bauverträgen sehr häufig der Fall sein wird – die Parteien schon ausweislich des Vertragstextes die Gewährleistungsfragen unabhängig von den Eigenschaftszusagen geregelt haben, ohne auf den Sonderfall der fehlenden (oder eingeschränkten) Erkennbarkeit des Mangels einer ausdrücklich zugesagten Eigenschaft einzugehen. Da mag es schlechte Vertragstechnik gewesen sein, dass bei Regelung der Gewährleistungsthemen dieser Sonderfall nicht berücksichtigt wurde. Hier wiederum im Wege der Vertragsauslegung eine Ausnahmevorschrift „hineinzudeuteln“ ist rechtsirrig.

128) Siehe oben im Text bei FN 51.

129) Vgl die Erörterung dieser Entscheidungen im Text bei den FN 23; 51; 55 und 56.

130) Vgl die Erörterung dieser Entscheidungen im Text bei den FN 18, 42; 62 und 79.

Das Vorliegen dieser Zusage ist daher auch stets (im Wege einfacher Vertragsauslegung) festzustellen und kann sohin allein aus dem Umstand, dass eine Eigenschaftszusage ausdrücklich erfolgte, nicht (generell) vermutet werden.

Die Problematik, allenfalls im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu diesem Ergebnis zu gelangen, wird unter VI. dargelegt.

V. Dispositivregel und subjektive Äquivalenz

*Koziol*¹³¹⁾ gründet seine „nachdrückliche Unterstützung“ der Position einer analogen Anwendung der Regelung für Rechtsmängel auf unerkennbare Sachmängel im Wesentlichen auf die „... von der Rechtsordnung getroffene Grundwertung ...“, dass der Erwerber einer mangelhaften Leistung als schutzwürdiger anerkannt wird als der Erbringer der vertragswidrigen Leistung“. Andernfalls erhalte der Übergeber „durch die Inäquivalenz von mangelhafter Leistung und voller Gegenleistung einen unberechtigten Vorteil“. Auch könne der Übergeber, „insbesondere wenn er auch Erzeuger ist, regelmäßig ... eher von der Vertragswidrigkeit der von ihm erbrachten Leistung Kenntnis haben“ oder hätte diese „erlangen können“.

Zur letztgenannten Vermutung *Koziols* einer beim Übergeber erhöhten Erkennbarkeit des verdeckten Mangels ist anzumerken, dass in jenen Fällen, in denen diese Vermutung bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zutrifft, der verschuldensabhängige Schadenersatzanspruch den von *Koziol* vermissten Interessenausgleich leistet. Nach Übergabe der Sache ist aber das Gegenteil der Fall. Jetzt hat nur mehr der Übernehmer die Sache „in Händen“. Der Übergeber kann das Auftreten des verdeckten Mangels nach Übergabe nicht „später“ als der Übernehmer, sondern im Regelfall gar nicht erkennen. Beim Rechtsmangel, bei dem es allein von der Entscheidung des berechtigten Dritten abhängt, ob der Mangel auftritt, stellt daher die Dispositivregel auf das tatsächliche Erkennen des Rechtsmangels ab.

Zu der von *Koziol* zutreffend betonten gewährleistungsrechtlichen Grundwertung, dass der Erbringer der vertragswidrigen Leistung weniger schutzwürdig sei als ihr Erwerber, gehört aber auch die Grundwertung, dass die dem Erbringer angelastete Haftung für einen Mangel, den er weder vermeiden noch bei Leistungserbringung erkennen konnte – eben weil wir im verschuldensunabhängigen Bereich der Gewährleistung sind – zeitlich begrenzt ist. Hat sich dieses Risiko innerhalb der Gewährleistungsfrist nicht verwirklicht, dann trifft es mangels Risikoverlagerung – durch abweichende vertragliche Abrede oder nach den Regeln des Schadenersatzrechts – den „dominus“, sohin den Übernehmer, der die Sache seit Übergabe in Händen hat.

Damit hat der Übergeber auch keinen „unberechtigten Vorteil“ gegenüber den Grundwertungen des Gewährleistungsrechts erhalten. Denn dass die auch beim erkennbaren Mangel nach Ablauf der Gewährleistungsfrist typisch fortbestehende Differenz zwischen Leistungs-Soll und Leistungs-Ist nicht mehr geltend gemacht werden kann, ist ein aus der Befristung dieser Ansprüche folgendes Grundprinzip des Gewährleistungsrechts.

Zwar halte ich es nicht für relevant, ob die Eigenschaftszusage „ausdrücklich“, oder „stillschweigend“ erfolgte oder überhaupt aus der Natur des Ge-

131) *Obsoleszenzen im österreichischen Recht* (2016) Rz 133ff.

schäftes oder den bei einer derartigen Leistung gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften folgt. Auch dass das Vorhandensein der vom Mangel betroffenen Eigenschaft wegen vom Übergeber einzuhaltender behördlicher Vorschriften, aus vereinbarten technischen Normen oder aus dem einzuhaltenden Stand der Technik geschuldet ist, genügt für die Beurteilung der Leistung als mangelhaft. Nichts davon – soweit sich die Zusage nur auf die Eigenschaft der Sache bezieht – ist eine taugliche Grundlage für die Schlussfolgerung, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist beim im Übergabezeitpunkt nicht erkennbaren Mangel verschoben oder die Gewährleistungsfrist verlängert wird.

Entscheidend ist nur, dass es eine privatautonome Einigung gibt, die nicht bloß den Inhalt hat, dass eine bestimmte Eigenschaft geschuldet sei – andernfalls liegt schon von vornherein kein Mangel vor – sondern darüber hinaus auch noch den Inhalt hat, dass hinsichtlich der Möglichkeit der Geltendmachung eines diesbezüglichen Mangels/der Haftung des Übergebers vom gesetzlichen Dispositivmodell abgewichen wird.

Entscheidend ist daher mE auch nicht die zeitliche Komponente der Eigenschaftszusage (wie lange muss diese Eigenschaft anhalten), sondern ob auch die Zusage erfolgt ist, für einen bei Vertragsabschluss noch nicht näher bestimmbar Zeitraum – weil der betreffende Mangel nicht erkennbar und daher sein Auftreten nicht prognostizierbar ist – verschuldensunabhängig dafür zu haften, dass dieser geschuldete Leistungsinhalt auch tatsächlich geleistet wurde.

Gerade im Bauvertragsrecht zeigt sich die enge Verknüpfung einer Veränderung der Gewährleistungsregeln des Dispositivrechts mit der Bildung der subjektiven Äquivalenz und damit mit dem geforderten Preis. Verkürzt gesagt: Verlängerungen des Haftungszeitraums kosten Geld. Nicht nur weil der im Regelfall vereinbarte Haftrücklass länger einbehalten wird, sondern vor allem weil die Dauer jener Phase, in welcher der Übergeber damit rechnen muss, verschuldensunabhängig zur Haftung herangezogen zu werden, in die Bewertung des mit seiner Leistung verbundenen Risikos und damit in die Bildung seines Preises unmittelbar einfließt.

Dass der Übergeber für seine Leistungszusage im Ergebnis dann nicht zur Haftung herangezogen werden kann, wenn der Mangel in der ab Übergabe berechneten Gewährleistungsfrist nicht auftritt, ist auch nicht unbillig. Denn im Konzept der Risikoverteilung des Gewährleistungsrechts, die dem Übergeber neben der schadenersatzrechtlichen Haftung für seine Leistungszusagen, deren Verjährung ohnehin erst ab Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnt, auch noch eine verschuldensunabhängige Haftung aufbürdet, ist die Befristung dieser Haftung das notwendige Gegengewicht zur Herstellung eines billigen Interessenausgleichs.

Die Befristung des Gewährleistungsanspruchs ab dem Zeitpunkt der Übergabe dient sohin nicht nur der Rechtssicherheit unter dem Aspekt der Vermeidung mit hohen Beweisproblemen belasteter Rechtsstreitigkeiten. Sie dient auch der Rechtssicherheit des Übergebers, dass nach Ablauf dieser Frist in die bei Vertragsabschluss von beiden Vertragsteilen unterstellte subjektive Äquivalenz ohne ein dem Übergeber anzulastendes Verschulden nicht mehr eingegriffen werden kann.

Veränderungen dieses subjektiven Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung können daher nur durch privatautonome Vereinbarung erfolgen. In unserem Fall ist dies die (allenfalls mit der Eigenschaftszusage verbundene,

stets jedoch gesondert festzustellende) Vereinbarung, dass hinsichtlich Beginn und/oder Dauer der Gewährleistungsfrist vom Dispositivmodell des § 933 ABGB abgewichen werden sollte.

Die aus einer solchen Vereinbarung abzuleitenden Rechtsfolgen lassen sich nicht einheitlich erfassen. Sie werden im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln sein. Sei es, dass sie so zu verstehen sind, dass der Übergeber für einen bestimmten, im Regelfall die gesetzliche Gewährleistungsfrist übersteigenden Zeitraum, auch für das Vorhandensein der zugesagten Eigenschaft haftet. Diesfalls liegt schlicht eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist vor. Sei es, dass tatsächlich der Beginn der Gewährleistungsfrist auf einen bei Vertragsabschluss noch nicht erkennbaren Zeitpunkt verschoben werden sollte.

Im Einzelfall werden sich daher Beginn und Ende des Fristenlaufs stets nach dem feststellbaren Inhalt der konkret getroffenen Vereinbarung richten. Bei Vereinbarungen, bei denen den Parteien bewusst sein musste, dass die Einhaltung dieser Zusage vor Ablauf einer ab Übergabe berechneten Gewährleistungsfrist objektiv unmöglich ist, wird es im Regelfall schon im Wege einfacher Vertragsauslegung zum Ergebnis führen, dass mit dieser Abrede auch Beginn oder Ende der Gewährleistungsfrist modifiziert werden sollte¹³²). Eine mit der Zusage einer bestimmten Eigenschaft, die zugleich eine zeitliche Komponente hat, gleichsam automatisch verknüpfte (oder vermutete) Modifikation der gesetzlichen Fristenregelung lässt sich jedoch nicht begründen.

VI. Ergänzende Vertragsauslegung?

Wurde weder nach dem Vertragstext noch nach dem für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststellbaren Willen¹³³) der Vertragsparteien jener Zeit-

132) In diesem Sinne hat der OGH in 2 Ob 528/53 darauf abgestellt, dass eine stillschweigende Vereinbarung einer Eigenschaft, bei der den Parteien klar war, dass sie erst zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Übergabe (ab dem Kalben der Kuh) festgestellt werden kann, ergänzt wird durch eine stillschweigende Vereinbarung, den Beginn der Gewährleistungsfrist auf diesen letztgenannten Zeitpunkt zu verschieben. Der OGH hat hier zurecht weder auf die „Ausdrücklichkeit“ der Eigenschaftszusage abgestellt noch ließ er eine solche Zusage für die Verschiebung des Fristenlaufes genügen, sondern stellte zutreffend darauf ab, dass die Vertragsparteien in dieser Konstellation zugleich mit der Eigenschaftszusage auch den Beginn der Gewährleistungsfrist ändern wollten. Dies wäre im vorliegenden Fall vom konkret feststellbaren Parteiwillen gedeckt, ohne dass es einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf.

133) Dazu gehört auch ein konkludent gebildeter Konsens der Vertragsparteien, auf den bereits *Ehrenzweig* (siehe im Text bei FN 122) und *Gschmitzer* (siehe im Text bei FN 121) abstellen für den Fall, dass die fehlende Trächtigkeit der Kuh binnen sechs Wochen ab Übergabe nicht nur unerkennbar war, sondern dieser Umstand beiden Vertragsparteien ebenso bewusst war wie das wahrscheinliche (annähernd genau bestimmbare) Datum, ab dem ein diesbezüglicher Mangel festgestellt werden kann. Da lässt sich bereits mit einfacher Vertragsauslegung die Vereinbarung der Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf diesen späteren Zeitpunkt als konkludent vereinbart begründen. Nicht jedoch in all den Fällen, in welchen den Vertragsparteien entweder nicht bewusst war, dass der Mangel im Übergabezeitpunkt oder in der dann noch zur Verfügung stehenden Gewährleistungsfrist nicht so rechtzeitig erkennbar wird, dass er noch geltend gemacht werden kann oder die Parteien keine übereinstimmende Vorstellung davon hatten, wann dieser Zeitpunkt eintreten soll.

punkt vereinbart, ab dem die Gewährleistungsfrist für bei Übergabe nicht erkennbare Mängel laufen sollte, so stellt sich die Frage, ob diese in der Vereinbarung fehlende Regelung durch ergänzende Vertragsauslegung gebildet werden darf.

Mit der damit angesprochenen Frage, ob die Dispositivregel des § 933 ABGB auch in diesem Fall der Unerkennbarkeit des Mangels den Vertrag ergänzt oder ob eine durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließende Vertragslücke vorliegt, sind wir im Kernbereich der seit rund 100 Jahren andauernden Streitfragen¹³⁴⁾ zum Verhältnis zwischen dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung.

Nuancierungen auslassend, lässt sich der Standpunkt der vorstehend zitierten jüngeren Literatur sowie der Judikatur¹³⁵⁾ wie folgt zusammenfassen:

Soweit Dispositivrecht für jenen Problemfall, der nach dem Ergebnis einfacher Vertragsauslegung im Vertrag nicht gelöst ist, eine Regelung vorsieht, greift ergänzende Vertragsauslegung nicht ein. Wegen der Ergänzungsfunktion des Dispositivrechts liegt in solchen Fällen keine Vertragslücke vor. Dieser Vorrang des Dispositivrechts gilt nur dann nicht, wenn die Parteien die Anwendung der sonst diesen Problemfall erfassenden Dispositivregelung jedenfalls nicht wollten oder wenn jene Dispositivregel, welche den im Vertrag ungelösten Problemfall erfassen würde, für den konkreten Fall zu einer unangemessenen, nicht sachgerechten oder unbilligen Lösung führen würde.

Der Fall, dass die Vertragsparteien die Fristenregelung des § 933 ABGB „jedenfalls nicht wollten“, ohne dass zugleich ein Konsens darüber feststellbar ist, welche Lösung an seine Stelle treten sollte, weil sie schlicht nicht daran gedacht haben, wie lange die Haftung für die Eigenschaftszusage bestehen soll, ist nicht denkbar. Denn dieses Auslegungsergebnis, dass die Anwendung des § 933 ABGB hinsichtlich des Beginns oder der Dauer des Fristenlaufs oder insgesamt nicht gewollt war, muss mit den Mitteln einfacher Vertragsauslegung erzielt werden, sohin vom nachgewiesenen Konsens der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gedeckt sein. Andernfalls gibt es keine auf privatautonom gebildeten Willensentschluss gestützte Regelung, welche die Dispositiv-

134) Vgl bereits in der Habilitationsschrift von *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (1930) 92ff zur Darstellung des Meinungsstandes und 101ff zum eigenen Lösungsansatz; *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106ff; *Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737ff, in der *Larenz* im Wesentlichen zur vorgenannten Arbeit von *Henckel* Stellung nimmt und den dort vertretenen Standpunkt des Vorrangs des Dispositivrechts gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung (modifiziert) übernimmt sowie den Meinungsstand referiert. Weiters *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht (1966); *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte (1971) insb. 101ff; *Graf*, Vertrag und Vernunft (1997) 327, alle mit umfangreichen Nachweisen, bis schließlich (unter Auslassung zahlreicher weiterer Arbeiten, um diese Fußnote nicht zu sprengen) zur aktuellen Kommentarliteratur, insbesondere *Bollenberger* in KBB⁴ § 914 ABGB Rz 2, Rz 8; *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014) Rz 178 f; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 100ff (Stand 01.01.2016); *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 914 Rz 9ff, insbesondere Rz 22.

135) Siehe die Judikaturzitate in den vorgenannten Kommentarstellen sowie die in RIS-Justiz RS0017890 und RS0017829 (trotz des sich nur auf die Frage des Vorhandenseins einer Vertragslücke beschränkenden Leitsatzes) zusammengefassten OGH-E.

norm verdrängt¹³⁶). Doch wenn die Parteien an die gesetzliche Regelung über Beginn und Dauer der Fristen gedacht haben und sich darüber einig waren, dass sie diese Regelung nicht wollen, dann ist es schon denklogisch nicht möglich, dass sie sich nicht auch den Kopf darüber zerbrochen haben, ab wann und/oder wie lange der Übernehmer haften soll, da man ihnen zugleich unterstellt, dass sie beim Wunsch der „Abwahl“ der Dispositivnorm genau daran (Beginn des Fristenlaufs und/oder seine Dauer) gedacht haben.

Ausgeschlossen ist es hingegen nicht, dass die Vertragsparteien das Problem zwar erkannt, für seine Regelung jedoch keinen Konsens herstellen konnten. Die Thematik, dass bei Ausarbeitung und Verhandlung eines Vertrages zwar Regelungsbedarf für ein bestimmtes Thema gesehen wird, die Vertragsparteien jedoch zu keinem inhaltlichen Konsens über seine Lösung kommen, bis hin zur Situation, in der sich die Vertragsparteien angesichts der vielfältigen, abzuarbeitenden Themen nicht auch noch mit dieser Frage befassen wollen und sie daher letztlich ungeregelt lassen, ist dem Vertragsanwalt durchaus geläufig. Die zwar aus anwaltlicher Sicht unerwünschte, aber in der Praxis manchmal nicht verhinderbare „Lösung“ ist es dann, dieses erkannte, im Sinne der Erzielung eines inhaltlichen Konsenses ungelöste Problem dennoch im Vertrag ungelöst zu lassen.

In diesem Fall kann ergänzende Vertragsauslegung nicht eingreifen. Die Vertragslücke ist nicht planwidrig, sondern bewusst in Kauf genommen. Dementsprechend betont auch die Judikatur¹³⁷), dass keine Vertragslücke, die zur ergänzenden Auslegung berechtigen würde, vorliegt, wenn die Parteien mit dem dann tatsächlich eingetretenen Fall auch nur als möglich gerechnet haben – geschweige denn, dass er ihnen sogar bewusst war. Haben die Parteien einen in der Folge eingetretenen Fall tatsächlich bedacht, ihn aber vertraglich nicht gelöst, dann liegt keine Vertragslücke vor.

Dennoch hat der betreffende Vertrag (im Sinne des durch einfache Vertragsauslegung ermittelbaren Konsenses) diesen Problemfall, dass der Mangel an der zugesicherten Eigenschaft bei Übergabe oder innerhalb der Gewährleistungsfrist objektiv nicht erkannt werden kann oder typisch nicht erkannt werden kann oder nur mit unwirtschaftlichem Aufwand erkannt werden kann, hinsichtlich der Beantwortung der Frage nach Beginn und Dauer der Gewährleistungsfrist nicht gelöst. Auf der Suche nach dem nachzuweisenden Konsens der Parteien, die Dispositivregelung zu verdrängen, ist in den Grenzen der einfachen Vertragsauslegung nicht danach zu fragen, was die Parteien „gewollt hätten“ – wenn sie gewusst hätten, dass der von ihnen ungelöste Problemfall schlagend wird – sondern danach, was sie „gewollt haben“. Das ist in diesem Fall keine Regelung der Frage, ab wann die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt bzw wie lange sie laufen soll. Denn darauf konnten sie sich im hier gebildeten Beispiel gerade nicht einigen.

Auch diese bewusst unterlassene Regelung ist keine „Abwahl¹³⁸)“ des Dispositivrechts. Die privatautonome Vereinbarung, welche die Dispositivnorm verdrängt, muss insoweit auch eine die Dispositivnorm inhaltlich ersetzende

136) Wie dies *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 101ff ebenso zutreffend wie plakativ formuliert: dass das dispositive Recht vom tatsächlichen Parteiwillen abgewählt wird.

137) OGH 3 Ob 513/94 vom 25.05.1994.

138) Im Sinne der vorstehend zitierten Formulierung von *Heiss*.

Regelung enthalten, dass sich zumindest im Kernbereich des durch die Dispositivnorm gelösten Problemfalles auch aus der Vereinbarung eine Lösung für diesen Problemfall ableiten lässt¹³⁹⁾. Eine die Dispositivnorm des § 933 ABGB verdrängende Vereinbarung, die sich darauf beschränkt, den § 933 ABGB „abzuwählen“ ohne dass der Vereinbarung zu entnehmen ist, wann die Gewährleistungsfrist beginnen bzw wie lange sie laufen soll, ist in ihrem Kernbereich unvollständig. Sie bildet daher keinen wirksamen Konsens der Vertragsparteien zur Verdrängung der Dispositivnorm. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall schon deshalb keine Vertragslücke vorliegt, weil es denklösig ausgeschlossen ist, dass Vertragsparteien daran denken, dass sie die gesetzliche Regelung über Beginn und Dauer der Gewährleistungsfrist „nicht wollen“, aber nicht daran denken, welche Lösung sie stattdessen wollen. In den Fällen, dass bewusst keine privatautonome Einigung über Beginn bzw Dauer der Gewährleistungsfrist getroffen wurde – etwa weil darüber kein Konsens hergestellt werden konnte – liegt keine Vertragslücke vor, weil die Lückenhaftigkeit dieser Regelung beabsichtigt war. Sie führt zugleich zur Unwirksamkeit der in Wahrheit in ihrem Kernbereich unvollständigen, daher unanwendbaren und daher in ihrer Bindungswirkung unwirksamen Regelung, § 933 ABGB „nicht zu wollen“. Schon die unbeschränkte Zahl der Möglichkeiten, die redliche Vertragsparteien zur Füllung dieser bewussten Lücke hätten vorsehen können¹⁴⁰⁾, verbietet es, diese Lösung einer ergänzenden Vertragsauslegung durch den Richter zu überlassen. Es bleibt daher auch in diesem Fall „bewusster Abwahl“ des § 933 ABGB, ohne dass zugleich Konsens über die Lösung erzielt wurde, welche das von § 933 ABGB geregelten Problem (Beginn und Dauer der Frist) zumindest in diesem Kernbereich löst, bei der Anwendung der Dispositivnorm.

Auch dass die Lösung des § 933 ABGB für den nicht erkennbaren Sachmangel gegenüber der Verschiebung des Beginns des Fristenlaufs auf einen unbestimmbaren Zeitpunkt, der im Regelfall in ferner Zukunft liegen würde, eine unangemessene, nicht sachgerechte oder unbillige Lösung sei, trifft nicht zu.

Das belegen bereits die Ausführungen des Gesetzgebers in den Materialien zum GewRÄG, der sich ausweislich dieser Materialien sowohl der Kritik an der Anwendung dieser Regelung auf den nicht erkennbaren Sachmangel als auch der dazu ergangenen Vorschläge zur Änderung des Gesetzes bewusst war und diese Gesetzesänderung ausweislich der Materialien ebenso bewusst ablehnt hat. Wie unten¹⁴¹⁾ dargelegt, erfolgte dies im Wesentlichen mit der Begründung andernfalls massiv beeinträchtigter Rechtssicherheit sowie unter Verweis auf eine Judikatur, die im Ergebnis die Lösung dieses Problems wiederum auf die Ebene privatautonomer Einigung bringt.

139) Die Abgrenzungsfrage, welchen Mindestinhalt daher eine solche Vereinbarung haben muss, damit sie die Dispositivnorm wirksam „abwählt“, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden. Die privatautonome Vereinbarung muss zumindest aus der Sicht des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses „funktionieren“, mag sie sich dann auch hinsichtlich des aufgetretenen Problemfalles als lückenhaft erweisen. Vgl dazu insbesondere auch die instruktiven Beispiele in jenen OGH-E in RIS-Justiz RS0017890, welche eine Verdrängung der Dispositivnorm annehmen, weil diese Verdrängung von den Parteien „gewollt“ war und daher (zutreffend) mit ergänzender Vertragsauslegung vorgehen.

140) Siehe dazu insbesondere auch *Graf*, im Text bei FN 142.

141) Siehe bei VII.

Auch aus Sicht der Vertragsethik hat Graf¹⁴²⁾ es bei Erörterung des Verhältnisses der Dispositivregel des § 933 ABGB zur Vertragsergänzung „als problematisch angesehen ..., wenn der Richter im Wege der Vertragsergänzung die gesetzliche Norm beiseiteschiebt und anstelle der gesetzlichen Frist eine hiervon abweichende setzt. Dies wäre nicht nur deswegen problematisch, weil es zu einer Aufweichung der Rechtssicherheit käme; vielmehr stünde der Richter in einem solchen Fall vor der Schwierigkeit, eine angemessene Frist zu bestimmen, kommen doch hier eine Reihe von gleichwertigen Lösungen in Frage“.

Aus der pragmatischen Sicht des Vertragsanwalts ist die Reihe der von Graf genannten „gleichwertigen Lösungen“ tatsächlich unendlich groß und ebensowenig konkretisierbar. Denn wenn die Parteien das Problem erkannt hätten, wobei schon in diesem ersten Schritt zu fragen ist, ob damit der Mangel gemeint ist oder seine Unerkennbarkeit oder dass er im konkreten Fall tatsächlich erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist erkannt wird etc, ist das, was sie „redlich und vernünftig“ vereinbart hätten, reine Spekulation. Zumindest im Bauvertragsrecht kann nicht unterstellt werden, dass redliche und vernünftige Vertragsparteien eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistung und damit der Haftungsperiode insgesamt auf einen nicht abschätzbaren Zeitpunkt irgendwann in ferner Zukunft und eine damit bewirkte, ebenso wenig abschätzbare Verlängerung der verschuldensunabhängigen Gewährleistungshaftung und all das auch noch ohne dass sich der Risikozuschlag des Bauunternehmers und damit der Baupreis massiv erhöht, vereinbart hätten.

Die vorstehenden Überlegungen verbieten es auch, bei von den Parteien vereinbarten Abweichungen vom Dispositivrecht des § 933 ABGB, die allerdings für den „Sonderfall“ des im Übergabezeitpunkt unerkennbaren Mangels keine Ausnahmeregelung vorsehen, im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine solche Ausnahmeregelung in den Vertrag einzuschleusen. Denn die Abweichung von der Dispositivregelung reicht nur so weit, als sie vom Ergebnis einfacher Vertragsauslegung gedeckt ist. Darüber hinaus bleibt es entweder bei der vertraglichen Vereinbarung oder ihrer Ergänzung durch das Dispositivrecht, so dass für ergänzende Vertragsauslegung kein Raum bleibt.

Das lässt sich mE auch zumindest im Ansatz aus 4 Ob 202/16h¹⁴³⁾ ableiten, die ich so verstehe, dass es bei Auslegung der getroffenen Vereinbarung im Hinblick auf die Gewährleistungsfrist nicht (nur) darauf ankommt, ob eine bestimmte Eigenschaft zugesichert worden sei, sondern vielmehr zu prüfen ist, ob in dieser Eigenschaftszusicherung – im vorliegenden Fall die Zusicherung einer jahrzehntelangen Haltbarkeit – tatsächlich (auch) eine Vereinbarung enthalten sei, mit der die Vertragsparteien die gesetzliche Gewährleistungsregelung hinsichtlich des Fristenlaufs abändern wollten. Denn einerseits führte der OGH aus:

„Bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften beginnt die Gewährleistungsfrist zwar unter Umständen erst mit Erkennbarkeit des Mangels (1 Ob 122/99v, 3 Ob 150/04m, 5 Ob 53/12y). Ein solcher Fall liegt hier aber nach den sicher getroffenen Feststellungen nicht vor.“

142) Graf, Vertrag und Vernunft (1997) 342f. Die Verschiebung des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels hält er gleichwohl für legitim, was wohl auf sein Missverständnis zurückzuführen ist, dass dies die Judikatur im Wege ergänzender, das dispositive Recht verdrängender Vertragsauslegung so sähe (vgl oben FN 24).

143) Siehe oben im Text bei FN 79.

Andererseits stellt der OGH dezidiert auf die „Haltbarkeitszusage“ durch den Mitarbeiter des Beklagten ab.

Das lässt sich mE so verstehen, dass der OGH noch Feststellungen zum gemeinsamen Parteiwillen bei Abgabe der Erklärung des Mitarbeiters (laut Vorbringen aus der OGHE zitiert): „... dass das Dach jahrzehntelang halten würde“ für erforderlich hielt.

Wenn in dieser Erklärung tatsächlich die (rechtsverbindliche) Zusage einer jahrzehntelangen Haltbarkeit gelegen war, dann ließe sich – nach dem von mir in diesem Aufsatz vertretenen Standpunkt – daraus auch die zugleich (stillschweigend) abgegebene Erklärung ableiten, dass die Gewährleistungsfrist gegenüber der Dispositivnorm verlängert wird. So, wie es in dem von *Ehrenzweig* und *Gschnitzer* gebildeten Beispiel ebenfalls auf die mit der Eigenschaftszusage verbundene, stillschweigende Erklärung einer Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist ankommt.

Dieser zusätzliche, über den bloßen Erklärungsinhalt der Eigenschaftszusicherung hinaus gehende Erklärungsinhalt einer Veränderung der Dispositivnorm ist im Einzelfall gesondert festzustellen.

Daher stellt der OGH in dieser Entscheidung darauf ab, dass bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften die Gewährleistungsfrist nicht stets, sondern nur „unter Umständen“ erst mit Erkennbarkeit des Mangels beginnt. Das sind jene „Umstände“, aus denen sich der (stillschweigende) Erklärungsinhalt ableiten lässt, dass von der Dispositivnorm des § 933 ABGB abgewichen werden soll. In dem von *Ehrenzweig* und *Gschnitzer* gebildeten Beispiel ist es der „Umstand“, dass beiden Vertragsparteien bei Erklärung der Eigenschaftszusicherung bewusst war (oder bewusst sein musste), dass der Mangel (die fehlende Trächtigkeit) vor Ablauf der Gewährleistungsfrist erkannt werden kann. In der gegenständlichen OGH-E 4 Ob 202/16h ist es der Umstand, dass allenfalls – deshalb waren noch Feststellungen erforderlich – der Zusage einer „jahrzehntelangen“ Haltbarkeit, sohin der Zusage eines Leistungs-Soll der Haltbarkeit im Vielfachen des hier entscheidungsrelevanten, zu prüfenden Haftungszeitraums von fünf, sechs oder sieben Jahren, auch die (stillschweigende) Zusage zu entnehmen sei, dass die verschuldensunabhängige Haftung nicht bereits drei Jahre, sondern jedenfalls nicht vor Ablauf des vorgenannten Haftungszeitraums enden sollte.

Dabei gestehe ich natürlich zu, dass man den OGH auch durchaus anders verstehen kann:

Liegt die Eigenschaftszusage für eine jahrzehntelange Haltbarkeit vor, dann folge daraus gleichsam automatisch eine Verschiebung des Beginns und/oder des Endes der Gewährleistungsfrist auf einen unbestimmten, wenngleich innerhalb der Haltbarkeitszusage und damit der Mangelhaftigkeit liegenden Zeitpunkt. Ein solches Verständnis vernachlässigt allerdings, dass man damit dem OGH unterstellen müsste, den zulässigen Rahmen einfacher Vertragsauslegung zu verlassen, ohne auch nur zu begründen, weshalb er dies tut, insbesondere weshalb er annimmt, dass eine vom Parteiwillen nicht gedeckte, bloß im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung ermittelbare Lösung des unregulierten Problems die vom Dispositivrecht vorgesehene Lösung dieses Problems verdrängt.

Ein Abgehen von der gesetzlichen Dispositivregelung im Wege ergänzender Vertragsauslegung ist schließlich auch deshalb abzulehnen, weil diesfalls ohne Deckung durch einen in privatautonomer Willensbildung erzielten Konsens, nachträglich in die subjektive Leistungsäquivalenz eingegriffen wür-

de. Denn – wie oben¹⁴⁴⁾ gezeigt – die Frage des Ausmaßes des mit der Leistung übernommenen Risikos, das hier in Gestalt der verschuldensunabhängigen Haftung aus dem Gewährleistungsrecht schlagend wird, ist zentraler Bestandteil der Bildung der subjektiven Äquivalenz. Die Judikatur schließt es demgemäß aus, dass eine Vertragsergänzung so erfolgt, dass damit die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gebildete subjektive Äquivalenz verändert würde¹⁴⁵⁾.

Im Ergebnis ist daher ergänzende Vertragsauslegung kein tauglicher Ansatz, um beim Sachmangel, der im Zeitpunkt der Übergabe oder während des Laufs einer ab Übergabe berechneten Gewährleistungsfrist nicht erkennbar ist, die Dispositivregelung des § 933 ABGB zu verdrängen¹⁴⁶⁾.

VII. Analogie zum Rechtsmangel?

Die erstmals von *Wilhelm*¹⁴⁷⁾ vertretene Position einer analogen Anwendung der für den Rechtsmangel geltenden Regelung auf Sachmängel¹⁴⁸⁾, die bei Übergabe nicht erkennbar sind, hat in der Folge breiten Widerhall in der Literatur¹⁴⁹⁾ gefunden.

Die Judikatur hat sich mit dieser Analogie-These sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des GewRÄG ausdrücklich befasst und sie ebenso ausdrücklich abgelehnt¹⁵⁰⁾.

Die zentrale Annahme für die analoge Anwendung der für den Rechtsmangel geltenden Regelung auf den bei Übernahme verdeckten Sachmangel ist das Vorliegen einer diesbezüglichen Gesetzeslücke. Das setzt voraus, dass die Unterlassung einer entsprechenden Regelung für den Sachmangel bzw die Beschränkung der Regelung, dass die Gewährleistungsfrist erst ab Erkennbarkeit zu laufen beginnt auf den Rechtsmangel, eine planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ist.

Vom Vorliegen einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung über den Beginn des Fristenlaufs für Sachmängel in § 933 Abs 1 ABGB kann spätestens seit dem GewRÄG 2001 keine Rede mehr sein. Denn ausweislich der Gesetzesmaterialien¹⁵¹⁾, war dem Gesetzgeber bewusst, dass „... auch andere Bereiche ... als unzureichend angesehen (werden), etwa ... die Behandlung verdeckter Mängel.“ Dennoch hat der Gesetzgeber diesen Bereich bewusst nicht geändert.

Bei Erörterung der Verlängerung der als zu kurz angesehenen Gewährleistungsfristen für bewegliche Sachen betonte der Gesetzgeber das unveränderte

144) Siehe bei V.

145) OGH 9 Ob 62/04i vom 06.04.2005 und OGH 2 Ob 98/03f vom 11.08.2005.

146) So wohl auch im Ergebnis *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RDW 1986, 235 (236).

147) Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz, JBl 1975, 177 FN 42. *Wilhelm* hat diese Position in der Folge ausdrücklich widerrufen – vgl *ecolex* 1991,84 und *ecolex* 1996,85.

148) *Wilhelm* wollte in „teleologischer Reduktion des § 933 [den] Fristbeginn mit (wenigstens objektiver) Erkennbarkeit des Mangels“ annehmen.

149) Vgl die Nachweise in FN 8.

150) Siehe oben im Text bei FN 51 und FN 79.

151) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Allgemeiner Teil Pkt 1.

Anliegen des Gewährleistungsrechts, durch Fristablauf Rechtssicherheit zu schaffen und führte aus¹⁵²⁾:

„Der Entwurf will die bisherigen Funktionen des Gewährleistungsrechts nicht aus den Augen verlieren: Dem ABGB scheint es – vor allem mit den verhältnismäßig kurzen Fristen beim Kauf und der Herstellung beweglicher Sachen – darum zu gehen, Auseinandersetzungen im Gefolge einer mangelhaften Leistung möglichst rasch abzuwickeln. Für den Übergeber bieten diese kurzen Fristen eine gewisse Sicherheit im Rechtsverkehr, weil er nicht damit rechnen muss, dass er unverhältnismäßig lange Zeit nach Abschluss und Erfüllung des Rechtsgeschäfts in Anspruch genommen wird. Zwar können die derzeit maßgeblichen kurzen Fristen im Gewährleistungsrecht nicht mehr beibehalten werden, sie sind auch nicht mehr zeitgemäß. Dennoch soll das bisherige Ziel des Gewährleistungsrechts, Streitigkeiten aus einer mangelhaften Leistung möglichst zu begrenzen, nicht außer Acht gelassen werden.“

Da dieses Interesse an Rechtssicherheit nach Fristablauf nach Meinung des Gesetzgebers gegenüber den in der Literatur geäußerten Bedenken gegen die bisherige Regelung der Anknüpfung des Fristenlaufs an die Übergabe beim Sachmangel bzw gegenüber den de lege ferenda geäußerten Empfehlungen¹⁵³⁾ überwog, änderte der Gesetzgeber die Anknüpfung des Fristenlaufs an die Übergabe auch für den „verborgenen“ Sachmangel nicht und führte dazu weiters in den Materialien¹⁵⁴⁾ aus:

„Zur Frage des Beginns des Fristenlaufs übernimmt der Entwurf das geltende Recht: Die Gewährleistungsfristen für Sachmängel sollen mit der Ablieferung der Sache, also mit dem Zeitpunkt, zu dem der Übernehmer die Sache „in den Händen hält“, zu laufen beginnen (siehe auch Art. 5 Abs. 1 erster Satz der Richtlinie). Das soll auch für verborgene Mängel gelten (vgl etwa OGH 19. 12. 1991 SZ 64/190); die darin in manchen Fällen für den Übernehmer gelegene Härte sollte durch die deutliche Verlängerung der Frist (für bewegliche Sachen) spürbar gemildert werden. Darüber hinaus soll sich nichts an dem Grundsatz ändern, dass die Frist bei Zusage einer bestimmten Eigenschaft, die nicht schon bei der Ablieferung feststellbar ist, erst im Zeitpunkt der sicheren Erkennbarkeit des Mangels zu laufen beginnt (vgl OGH 10. 10. 1990 SZ 63/171).“

Ausweichlich dieses Judikaturzitats genügt auch nach Ansicht des Gesetzgebers nicht bereits die (bloße) Eigenschaftszusage für die Fristverschiebung. Entscheidend ist nach dieser OGH-E vielmehr, ob eine (zumindest stillschweigende) Vereinbarung vorliegt, von der Dispositivregelung des § 933 Abs 1 ABGB abzuweichen. Da dies der OGH in diesem Fall verneinte, blieb der Gewährleistungsanspruch erfolglos. Siehe dazu oben im Text nach FN 54 und nach FN 127.

Sohin kann diese Differenzierung hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist für Rechtsmängel und (verdeckte) Sachmängel nur mehr als vom Gesetzgeber gewollt, daher keinesfalls als „planwidrig“ beurteilt werden. Die Überlegungen zur Rechtfertigung einer analogen Anwendung der Verschiebung des Beginns des Fristenlaufs auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels, wie dies für den Rechtsmangel vorgesehen ist, auf den Fall des verdeckten Mangels gehen daher schon deshalb ins Leere, weil mangels Gesetzeslücke eine Analogie von vornherein ausgeschlossen ist¹⁵⁵⁾.

152) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Allgemeiner Teil Pkt 3.3.

153) Siehe im Text bei FN 107.

154) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP Besonderer Teil zu § 933 ABGB Pkt 3.

155) Darauf verweist zutreffend *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 933 Rz 10. Wie die oben erörterte OGH-E 4 Ob 202/16h vom 20.12.2016 zeigt, betrachtet die Judikatur diesen Lösungsansatz zu Recht als erledigt.

*Koziol*¹⁵⁶) versucht, das Vorhandensein einer Gesetzeslücke auch nach dem GewRÄG damit zu begründen, dass der Gesetzgeber zwar „das Problem der verborgenen Mängel erwähnte und dennoch auf der allgemeinen starren Formulierung beharrte“ aber dennoch „bei Sachmängeln grundlegende Wertungen ... in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise vernachlässigt hat“, sodass bei „objektive[r] Beurteilung“ eine „systemwidrige und daher auch einem Gesetzgeber objektiv nicht zusinnbare Regelungslücke gegeben ist“.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Planwidrigkeit der Unterlassung einer Regelung – und damit die Gesetzeslücke – nicht nach den Anforderungen zu beurteilen ist, die der Rechtsanwender an den Gesetzgeber stellt, wenn der Gesetzgeber dies anders entscheidet – oder mit den Worten von *Franz Bydlinski*¹⁵⁷):

„Ist für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge von der Gesetzgebungsinstanz bewusst abgelehnt worden, fehlt es jedenfalls an der Gesetzeslücke und daher an der Möglichkeit ergänzender Rechtsfindung“.

VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Unerkennbarkeit eines Sachmangels im Zeitpunkt der Übergabe oder während des Laufs der mit Übergabe beginnenden Gewährleistungsfrist hat keinen Einfluss auf Beginn oder Dauer der Gewährleistungsfrist. Es bleibt auch in diesem Fall bei der Regelung des § 933 ABGB. Daran ändert sich auch nichts, wenn eine ausdrücklich zugesagte Eigenschaft vom Mangel (mag er auch unerkenntbar sein) betroffen ist.

Die ausdrückliche Zusage einer Eigenschaft ist ebenso wie der übrige Inhalt der getroffenen Vereinbarung dahingehend zu prüfen, ob die Vertragsparteien Konsens darüber erzielt haben, hinsichtlich des Beginns oder der Dauer der Gewährleistungsfrist eine von § 933 ABGB abweichende Regelung zu vereinbaren und dies auch getan haben. Eine ausdrückliche Eigenschaftszusage mag zwar der Hinweis darauf sein, dass eine solche Vereinbarung getroffen wurde, begründet jedoch keine Vermutung für einen derartigen Parteiwillen, der sohin auch im Falle ausdrücklicher Eigenschaftszusage im konkreten Einzelfall festgestellt werden muss, wenngleich ein solcher Parteiwillen auch schlüssig gebildet werden kann.

Da es stets auf den Inhalt jener Vereinbarung, mit der von § 933 ABGB abgewichen werden soll, ankommt, ist es nur für die Frage einfacher Vertragsauslegung, insbesondere bei Ermittlung eines schlüssigen Parteiwillens, sonst jedoch nicht relevant, ob der Mangel schwer oder mit unverhältnismäßigem Aufwand erkennbar oder typisch oder objektiv, sohin für jedermann, unerkenntbar war. Daher kann diese „Unerkennbarkeit“ für die Vertragsauslegung nur in jenen Fällen relevant sein, in denen sie beiden Vertragsparteien bei Vertragsabschluss bewusst war.

Die Ermittlung einer Vereinbarung, mit der die Vertragsparteien für den Fall eines unerkenntbaren Sachmangels von § 933 ABGB abweichen wollten, hat innerhalb der Grenzen einfacher Vertragsauslegung zu bleiben. Wenn und soweit eine solche Vereinbarung, welche die Regelungen des § 933 ABGB in ihrem Kernbereich (Beginn und Dauer der Frist) durch eben diese Vereinbarung ersetzt, mit einfacher

¹⁵⁶) *Obsoleszenzen im österreichischen Recht* (2016) Rz 133ff

¹⁵⁷) *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 475.

Vertragsauslegung nicht feststellbar ist, greift die Dispositivregelung des § 933 ABGB ein. Für diesbezüglich ergänzende Vertragsauslegung bleibt kein Raum.

Die analoge Anwendung der für Rechtsmängel geltenden Regelungen des § 933 ABGB auf den unerkennbaren Sachmangel ist bereits mangels Rechtslücke ausgeschlossen. Gleiches gilt für eine teleologische Reduktion des § 933 ABGB durch Schaffung einer Ausnahmeregelung für den unerkennbaren Sachmangel.