

Stellungnahme zum Entwurf eines Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes

von

o.Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Graz
und

o.Univ.-Prof. Dr. *Helmut Koziol*, Wien/Graz

Vorbemerkungen: Die folgende kurze Stellungnahme orientiert sich im Wesentlichen am Ductus des Entwurfs sowie dessen Erläuterungen. Paragraphenzitate betreffen die Normen in der Fassung des Entwurfs; Seitenzitate beziehen sich auf die Erläuterungen; Artikelzitate beziehen sich auf die Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

1. Die Wendung in § 922 Abs 2 am Ende „nicht beeinflusst haben konnten“ entspricht zwar insofern Art 2 Abs 4 der Richtlinie, ist aber dennoch sehr unscharf. Besser wäre wohl „nicht beeinflusst hatten“. Umgekehrt kommt die in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehene Beweislastverteilung im Entwurf nicht deutlich zum Ausdruck. Besser wäre daher vielleicht überhaupt: „*nachweislich nicht beeinflusst hatten*“.
2. Entgegen den Erläuterungen S 22 sollte die Bestimmung des § 923 durchaus geändert werden. Die Veräußerung einer nicht mehr vorhandenen Sache ist schon lange als Fremdkörper im Gewährleistungsrecht erkannt. Diesen Passus sollte man daher streichen. (Zugleich wird angeregt, das Problem schlichter ursprünglicher Unmöglichkeit durch Ergänzung oder Änderung von § 878 einer – bisher fehlenden – Regelung zuzuführen.) Ferner läßt die beibehaltene Formulierung „haftet“ möglicherweise Assoziationen zum Schadenersatzrecht aufkommen. Vorschlag: die Wortfolge „dafür zu haften“ durch „*dafür Gewähr zu leisten*“ ersetzen.
3. § 925 entspricht zwar fast wörtlich dem bisherigen Gesetzestext, ist aber dennoch verbesserungsbedürftig. Es ist wohl nicht überzeugend, die Vermutung einer Krankheit schon bei Übergabe an in bestimmter Frist nach Übergabe entdeckte Krankheiten und Mängel zu knüpfen. [Präzise kann aber wohl nur ein Veterinärmediziner beurteilen, ob in der gültigen VO aus dem Jahr 1972 ohnehin bloß Krankheiten vorkommen bzw – wenn nicht – welche der dort genannten sonstigen Mängel (zB Scheidenvorfall beim Rind?) wesentliches Indiz für (welche) Krankheiten sind.] Wegen einer Vielzahl von offenen Fragen (zB sollen Tiermängel nur echte Krankheiten sein, da bloß bei diesen ein spezifisches Beweisproblem in Hinblick auf den Übergabezeitpunkt auftritt, oder auch sonstige körperliche Fehler, bei denen leicht geklärt werden kann, ob sie anlagebedingt sind, oder gar alle Mängel, wie fehlende Trächtigkeit oder das zu geringe Gewicht des gekauften Tieres?), sollte jedoch primär erwogen werden, so wie im deutschen Entwurf Sonderregelungen über Tiermängel überhaupt zu streichen. Auch die Richtlinie sieht dafür keine Ausnahmen vor. Ferner stellen sich die Sonderprobleme (Veränderungen durch Krankheiten) auch bei Pflanzen, für die nichts Besonderes gilt.

4. Der letzte Satz von § 928 könnte zu Missverständnissen Anlass geben. Vielleicht wäre es besser zu formulieren: „müssen mangels anderer Vereinbarung stets vertreten werden“.
5. Es wird vorgeschlagen, § 929 in dem Sinn zu ergänzen, dass das Recht auf Wandlung vertraglich im Voraus nicht ausgeschlossen werden kann. Grundsätzlich ist es auch außerhalb von Verbrauchergeschäften nicht gerechtfertigt, bei wesentlichen und nicht behebbaren (bzw nicht behobenen) Mängeln dem Veräußerer den Anspruch auf die volle Gegenleistung zu belassen. Insoweit besteht eine starke Parallele zur Wertung der – jedenfalls unter Privaten – zwingenden §§ 934, 935 ABGB. Zwar kann (nur) ein Kaufmann wirksam auf die Anfechtung wegen laesio enormis verzichten (§ 351a HGB). Das ist aber mit dessen typischer Erfahrung bei der Bewertung von Marktleistungen zu erklären. Doch auch ein Kaufmann kann nicht abschätzen, ob eine künftige Leistung (grob) mangelhaft erbracht werden wird oder nicht. Im Falle (unerkenbar) grob mangelhafter Leistung verdient daher sogar er besonderen Schutz.
6. § 932 Abs 1 lautet nach wie vor so, als wären die Rechte auf Preisminderung und Wandlung Ansprüche. Die ganz herrschende Ansicht sieht sie aber – zu Recht – als Gestaltungsrechte an. Die Erläuterungen sind insoweit widersprüchlich: Auf den Seiten 28 und 30 ist etwa von Anspruch die Rede, auf Seite 34 ausdrücklich von Gestaltungsrecht. Dort ist auch zu lesen, dass sich inhaltlich an den Gewährleistungsbehelfen der Preisminderung und der Wandlung nichts ändern soll. Will der Entwurf also bei der anerkannten Gestaltungsrechtskonstruktion bleiben, sollte die Formulierung in § 932 Abs 1 – auch abweichend vom bisherigen Gesetzestext – entsprechend geändert werden.
7. § 932 Abs 2 und 4 gehören zu den Herzstücken des neuen Gewährleistungsrechts. Sie scheinen uns aber zum einen zu einseitig und zum anderen aus zum Teil gesetzestechnischen Gründen unnötig schwer verständlich. Zuerst zum Inhaltlichen: Grundsätzlich steht dem Übernehmer zunächst nur der Verbesserungsanspruch (iwS, also einschließlich Austausch) zu. Von den anderen, im wesentlichen unproblematischen Fällen abgesehen, soll der Übernehmer nur dann (sofort) Preisminderung wählen können, wenn die Verbesserung dem Übernehmer erhebliche Unannehmlichkeiten bereiten würden (Abs. 4 aE). Dies scheint zwar Art 3 der RL zu entsprechen. Über deren Schutzniveau darf jedoch hinausgegangen werden (so ausdrücklich Art 8 Abs 2); und für diesen Weg gibt es auch gute sachliche Gründe, nicht hingegen für die vom Entwurf verfolgte Lösung, die Interessen des objektiv vertragswidrig (was nach den Erläuterungen S. 29 gerade nicht vernachlässigt werden darf) erfüllenden Übergebers grundsätzlich weit stärker zu berücksichtigen als die des Übernehmers. Während auf dessen Seite nämlich erhebliche Unannehmlichkeiten drohen müssen, um ihm die Wahlmöglichkeit zu geben, bedarf es zu deren Ausschluß auf seiten des Übergebers überhaupt keiner Gründe! In den Erläuterungen (S. 30) wird vertreten, die grundsätzliche Beschränkung auf den Verbesserungsanspruch für den Übernehmer sei nie unzumutbar, weil der Übergeber dadurch das erhält, was vertraglich geschuldet ist. Wäre das tatsächlich so, könnte man sich den letzten Fall des Abs. 4 ganz ersparen. In vielen Fällen ist es aber ohne Zweifel anders: Man denke nur an die mangelhafte Verfließung des Badezimmers, deren „Ausbesserung“ mit viel Schmutz und der tagelangen Unbenützbarkeit des Raumes einhergeht. Auch erhält der Übergeber schon wegen der Zeitkomponente nicht wirklich das vertraglich Geschuldete. Was nützt mir die Reparatur innerhalb von 3 Wochen, wenn ich die Sache sofort benutzen will/muss, sie etwa für die unmittelbar bevorstehende Urlaubsreise gekauft wurde? Ob diese und andere Beispiele

Fälle erheblicher Unannehmlichkeiten sind, bleibt unsicher (das Beispiel der Erläuterungen S. 33 – Verkäufer im schwer erreichbaren Ausland – überzeugt nicht). Dazu kommt, dass der Übergeber bei Preisminderung eine voll adäquate Gegenleistung erhält. Auch wenn man nicht so weit gehen muss wie manche (zB F. Bydlinski), die dem Übernehmer das freie Wahlrecht ohne jede Einschränkung gewähren wollen (was die Rechtssicherheit unzweifelhaft fördern würde), so sollte man nach allem aber zumindest deutlich weniger restriktiv sein. Im Zweifel sollte die Abwägung nicht zu Lasten des Übernehmers (häufig: eines Verbrauchers) ausgehen, sondern zum Nachteil des Übergebers, der eine objektiv vertragswidrige Leistung erbrachte. Sachgerechter wäre daher eine Regelung etwa in dem Sinn, dass dem Übernehmer das Wahlrecht zusteht und nur dann entfällt, wenn die sofortige Minderung für den Übergeber deutlich nachteiliger wäre als die Verbesserung für den Übernehmer. Zumindest müsste man Abs. 4 entscheidend abschwächen. **Abs. 4 aE** könnte dann lauten: „... *oder wenn diese Abhilfen für den Übernehmer nachteilig wären*“. Geht man diesen – relativ nahe am Entwurfsvorschlag liegenden – Weg, sollte hinsichtlich der Verbesserung in angemessener Frist (Abs 3 und 4) zumindest in den Erläuterungen klar gestellt werden, dass bei nicht zu völliger Mangelfreiheit führender Verbesserung das Wahlrecht des Abs 4 entsteht und dass es insoweit auf den ersten Verbesserungsversuch ankommt (auch wenn der zweite ebenfalls noch in der angemessenen Frist läge).

Damit zu den mehr – aber nicht nur – technischen Änderungsvorschlägen. Wenn wir es richtig verstehen, soll **Abs 2** bloß das an sich freie Wahlrecht zwischen Ausbesserung und Austausch regeln; und zwar einschränkend. Das wird aber nicht völlig deutlich. Entsprechendes gilt für Satz 2, und zwar für den Bezugspunkt von „dies“ (dahinter verbirgt sich aber wohl auch ein Sachproblem). Vom Wortlaut her müsste sich „dies“ auf die Unzumutbarkeit der Kosten beziehen (so auch die Erläuterungen S. 32); der Unmöglichkeitfall kann ja schon deshalb nicht gemeint sein, weil bei Unmöglichkeit eines Behelfs die Wahlmöglichkeit bereits aus Gründen der Logik entfällt. Wenig verständlich ist dann aber das für die Unzumutbarkeit mit ausschlaggebende dritte Kriterium der erheblichen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer. Auch wenn das in Art 3 Abs 3 der RL ganz ähnlich – und damit ähnlich unklar – steht: Es ist doch nicht zu bestreiten, dass nach RL und Entwurf der Übernehmer niemals gezwungen sein darf, erhebliche Unannehmlichkeiten hinzunehmen. Vermutlich hatte der RL-Geber folgendes im Auge: Ist die eine Abhilfe für den Übernehmer erheblich unannehmlich, so solle sich die Grenze der Unzumutbarkeit im Hinblick auf die andere Abhilfe zu Lasten des Übergebers verschieben. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Übernehmer trotz Behebbarkeit auf Minderung bzw Wandlung beschränkt ist. Das sollte man dann aber deutlicher sagen (siehe Vorschlag am Ende des Absatzes). Dagegen fehlt erstaunlicherweise das Kriterium der Höhe der konkret zu erwartenden Verbesserungskosten vollkommen. Klarer und sachgerechter wäre daher wohl folgende (uE richtlinienkonforme) Regelung: „... *verlangen. Dieses Wahlrecht besteht nicht, wenn die Verbesserung ... verursacht. Dann kann nur die andere Abhilfe verlangt werden. Ob Unzumutbarkeit gegeben ist, hängt vom Wert der mangelfreien Sache, der Bedeutung des Mangels und den zu erwartenden Kosten für Verbesserung oder Austausch ab. Wäre die eine Abhilfe für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden, ist das Verlangen nach der anderen für den Übergeber nur dann unzumutbar, wenn dessen Interessen deutlich überwiegen.*“ Ferner sollte der Verweis auf Abs 3 am Ende von **Abs 4** gestrichen werden, da er nur verwirrt. Abs 3 regelt ja bloß, wie die (korrekte) Verbesserung zu erfolgen hat, während Abs 4 die Voraussetzungen für das Minderungs- und Wandlungsrecht aufzählt. (Da damit Abs 4 weit zentraler ist und überdies sachlich eng zu Abs. 1 und 2 gehört, könnten die Abs. 3 und 4 auch getauscht werden.)

8. Schließlich ist auch **Abs 3** – ebenso wie das Richtlinien Vorbild in Art 3 – zumindest sehr unglücklich formuliert. Natürlich soll die Verbesserung möglichst überhaupt ohne irgendwelche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer erfolgen! Drohen sogar erhebliche, muss sie der Übernehmer nicht wählen und wird das regelmäßig auch nicht tun. Da diese Frage, nämlich das Recht zum Umstieg auf die Minderung, ohnehin in Abs 4 abschließend geregelt ist, empfiehlt sich etwa folgende (richtlinienkonforme) Umformulierung des Abs 3: „ ... *Frist und mit geringstmöglichen Unannehmlichkeiten* ... “. Abs 3 wird noch klarer, wenn man im Sinne der Erläuterungen S. 33 auch im Gesetzestext deutlich macht, dass sich der zweite Halbsatz („wobei ...“) nur auf die Fristdauer bezieht. Vorschlag: „ ... *bewirken. Für die Bemessung der Frist sind ... zu berücksichtigen.*“ (Möglicherweise genügt es aber auch, im ersten Halbsatz die beiden Kriterien Unannehmlichkeiten und Frist zu tauschen, wobei das „und“ entfallen kann: „ ... *ist mit für den Übergeber geringstmöglichen Unannehmlichkeiten innerhalb angemessener Frist* ... “ .)
9. In § 933 finden sich zunächst einige unpräzise Formulierungen. So sollte es am Beginn von Abs 1 besser heißen: „*Die Gewährleistungsrechte verjähren* ... “. In Abs 2 muss es am Ende heißen: „*nach deren Ablauf*“. In Abs 2 ist wohl irrtümlich immer noch von Viehmängeln die Rede, während die §§ 925 ff nur von „Tier“ sprechen und gemäß Seite 24 ausdrücklich durchgehend der Begriff des Tieres verwendet werden sollte.

In der Sache fällt bei § 933 Abs 1 eine Unstimmigkeit auf. Sie bestand zwar schon bisher, ist durch die (begrüßenswerte) Neuformulierung des Fristbeginns aber noch auffälliger geworden: Da die Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln immer erst mit dem Tag der Kenntnisnahme vom Mangel beginnt, erscheint es nicht sachgerecht, zwischen unbeweglichen Sachen (3 Jahre) und beweglichen Sachen (2 Jahre) zu differenzieren. Da wegen des deutlich unterschiedlichen Fristbeginns anders als bei Sachmängeln eine reine Geltendmachungsfrist vorliegt und der Rechtsmangel von der Richtlinie wohl nicht erfaßt wird (Art 2 Abs. 1 und Art 3 Abs. 1 sind zwar weit formuliert; bei allen Detailregelungen scheint aber nur an Sachmängel gedacht zu sein; man denke nur an Art 7 Abs. 1, der für gebrauchte Güter eine Fristverkürzung zuläßt; das Kriterium der fehlenden Neuheit ist für Rechtsmängel aber evident irrelevant), wird hier eine deutlich kürzere Frist als für Sachmängel vorgeschlagen. Sinnvoll erscheinen sechs Monate oder ein Jahr (wenn man Richtlinienwidrigkeit befürchtet: zwei Jahre). Jedenfalls sollte auch deutlicher werden, dass die für Tiermängel geltende, extrem kurze Frist (Abs. 2) niemals Rechtsmängel erfaßt.

Die Anordnung des **Abs 4**, dass die Gewährleistungsfrist verlängert werden kann, läßt beinahe zu einem Umkehrschluss ein. Wäre es daher nicht besser zu schreiben: „Kann verlängert oder verkürzt werden“?

10. Die Einschränkung des § 933 Abs. 1 auf den „verschuldeten Mangel“ ist wohl nicht gewollt. Eine Schadenersatzhaftung soll doch auch dann eingreifen, wenn der Mangel zufällig entsteht, der Übergeber aber schuldhaft die Verbesserung vor Übergabe unterläßt. Besser wäre daher die Formulierung „schuldhaft mangelhaft geleistet“. Wohl nur durch einen entsprechenden Hinweis in den Erläuterungen sollte ferner geklärt werden, dass sich an sonstigen Haftungstatbeständen selbstverständlich nichts ändert; so etwa an der Haftung aus culpa in contrahendo bei schuldhaftem Verschweigen eines (unbehebaren) Mangels. Eine gesonderte Regelung dieses Falles speziell im Kontext der Gewährleistung wird nicht empfohlen.

11. § 933a Abs 2, wonach der Übernehmer sogar beim Schadenersatz zunächst auf Verbesserung oder Austausch beschränkt ist, kann nach wie vor nicht überzeugen. Es gilt hier noch viel stärker als für den Vorrang des gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsanspruches vor der Minderung, dass die einseitige Bevorzugung der Interessen des Übergebers wertungswidrig ist: Beim Schadenersatzanspruch fällt ja noch zusätzlich zu Lasten des Übergebers in die Waagschale, dass diesem die mangelhafte Erfüllung subjektiv vorzuwerfen ist. Welche Wertungsgesichtspunkte eine Bevorzugung der Interessen des rechtswidrig und schuldhaft handelnden Übergebers gegenüber jenen des schuldlosen Erwerbers rechtfertigen könnten, ist nicht ersichtlich; insbesondere dann nicht, wenn das Ziel der Reform, die rechtliche Position des Erwerbers zu stärken, ernst genommen wird.

Diese wertungswidrige Privilegierung eines schuldhaften Schädigers gegenüber dem schuldlosen Erwerber wird zwar durch Satz 2, wonach dann sofort Geldersatz verlangt werden kann, wenn die Verbesserung für den Übernehmer unzumutbar ist, abgeschwächt, jedoch nicht beseitigt: Bloß dann, wenn die Verbesserung für ihn unzumutbar ist, kann der Erwerber Geldersatz begehren; bei einem – selbst erheblichen – Überwiegen seiner Interessen jedoch noch nicht. Die auf die Schadensminderungspflicht abstellende Rechtsprechung des OGH hat demgegenüber in viel sachgerechterer Weise die Interessen des Erwerbers berücksichtigt; ebenso auch jene Lehre, die den Geschädigten bloß bei überwiegenden Interessen des Schädigers an der Naturalrestitution festhält. Schließlich fällt als Ungereimtheit auf, dass die Voraussetzungen für den Geldersatz bei schuldhafter Schädigung sogar strengere sind als jene – ohnehin überstrengen – der Preisminderung: Während § 932 Abs 4 „nur“ von erheblichen Unannehmlichkeiten spricht, wird hier sogar Unzumutbarkeit verlangt.

12. Nicht restlos klar wird, welchen Zweck der Verweis am Ende von § 933a Abs 2 auf die Absätze 2 und 4 von § 932 hat, die inhaltlich durchaus Unterschiede aufweisen.
15. 13. Bei § 933a Abs. 3 Satz 2 fällt auf, dass die Vermutung des § 1298 ABGB nach 10 Jahren nur für Mangelschäden, nicht aber für Mangelfolgeschäden verdrängt wird. Das müsste aber in jedem Fall parallel geregelt sein, da eine unterschiedliche Beweislast für ein und dieselbe Haftungsvoraussetzung wohl nicht in Frage kommt. Wichtiger erscheint uns aber ein grundsätzlicherer Aspekt: Wenn die Tatsache der vertragswidrigen Leistung (Mangel bei Ablieferung) – die nach Ablauf von 6 Monaten ohnehin vom Übernehmer zu beweisen ist! – die Vermutung des Verschuldens rechtfertigt, dann muss dies während der gesamten Verjährungsfrist so sein. Es ist ja oft reiner Zufall, wann der Schaden erkannt wird. Damit ist es aber auch ganz willkürlich, das Veräußererverschulden nach 8 Jahren noch zu vermuten, nach 12 Jahren hingegen nicht. Der Vorschlag des Entwurfs würde überdies zu einem Ergebnis führen, das die Parteien eines Verbrauchergeschäftes nicht einmal durch Individualabrede erreichen könnten, da es vom geltenden Recht als sittenwidrig angesehen wird (§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG)! Alles Gründe, die massiv für eine Streichung des vorgeschlagenen Satzes 2 sprechen. Empfohlen wird aber darüber hinaus, den Abs. 3 insgesamt zu streichen und in den Erläuterungen auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Schadenersatzverjährung gemäß § 1489 ABGB hinzuweisen. Satz 1 regelt die kurze – kenntnisabhängige – Verjährung nämlich ohnehin nicht anders als § 1489 (während die lange Verjährung von vornherein unerwähnt bleibt).
14. Die Regel über den besonderen Rückgriff in § 933b sollte wohl mit § 933a getauscht werden, da § 933b offenbar nur den Gewährleistungsfall erfasst und § 933a darüber hinaus als einzige Norm den Schadenersatz regelt. Wollte man hingegen mit § 933b den

Rückgriff auch für den Fall regeln, dass der Unternehmer nach § 933a – und nicht nach reinem Gewährleistungsrecht – in Anspruch genommen wurde, so müsste man dies einerseits deutlich machen, andererseits wäre zu beachten, dass Schadenersatzansprüche erst nach 30 Jahren verjähren und wohl kein zwingender Grund für eine Verkürzung dieser Frist besteht.

15. § 933b soll nur für den Fall gelten, dass ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr leisten musste. Durchschlagende Gründe für eine solche Privilegierung gerade des Unternehmers sind nicht zu sehen. Der Tatbestand sollte daher allgemein formuliert werden und auch Fälle erfassen, in denen ein Verbraucher einem Unternehmer oder einem anderen Verbraucher Gewähr geleistet hat, wenn nur sein Vormann ein Unternehmer war. Beispiel: A kauft beim Händler H ein Fahrrad. Da es ihm nach einigen Tagen doch nicht gefällt, verkauft er es an seinen Nachbarn B weiter. Aufgrund gewisser Mängel muss A dem B Gewähr leisten. Warum sollte A nur dann einen Rückgriff gegen den Händler haben, wenn er selbst Unternehmer ist?
16. In einem anderen Punkt ist § 933b Abs 1 Satz 1 allerdings zu weit formuliert. Es wird nämlich nur darauf abgestellt, dass ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet hat. Dabei wird jedoch überhaupt nicht berücksichtigt, dass sich diese Gewährleistungspflicht aus besonderen Abreden ergeben kann, die den Vormann in keiner Weise betreffen. Der Entwurf geht stillschweigend von der Voraussetzung aus, dass die Vertragsinhalte und damit die Gewährleistungspflichten inhaltlich jeweils gleich sind. Das wird zwar häufig, aber keinesfalls immer der Fall sein. Möglicherweise will die Wendung „auch nach Ablauf der Frist des § 933“ diesen Aspekt miteinfassen. Das ist dann aber viel zu undeutlich. Überdies könnte man vielleicht noch klarer sagen, dass diese Wendung die zwischen Vor- und Nachmann eingreifenden Fristen betrifft.
17. Das Verhältnis von § 9 Abs. 1 zu Abs. 2 KSchG ist unklar. Man fragt sich etwa, ob Abs. 1 nur den Totalverzicht erfasst und ob Abs. 2 auch für Vereinbarungen nach Bekanntwerden des Mangels gilt. Vorschlag: Abs. 1 streichen, Abs. 2 (als neuen Abs. 1) wie folgt ergänzen: „Die §§ ... können zum Nachteil des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels durch Vereinbarung nicht ...“. [Absatz eventuell auch in zwei Sätze teilen.]
18. Die von der Richtlinie den Mitgliedsstaaten als Option vorgeschlagene Differenzierung des § 9 Abs 2 zwischen neuen und gebrauchten beweglichen Sachen überzeugt nicht. Die Tatsache, dass eine Sache als gebrauchte veräußert wird, hat Auswirkungen auf den Schuldinhalt. Weicht das Geleistete vom Geschuldeten aber ab, so ist nicht zu sehen, was unterschiedliche Fristen rechtfertigt; dies umso mehr, als gemäß § 924 Satz 2 die Beweislast dafür, dass die Sache im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, nach Ablauf von sechs Monaten ohnehin den Erwerber trifft.
19. Nicht überzeugend ist auch die in § 9 Abs 2 für das Verbrauchergeschäft vorgesehene halbzwingende Wirkung des § 933a. Aus welchen Gründen soll es sachgerecht sein, entgegen den allgemeinen Regeln, aber auch entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG jede Beschränkung der Verschuldenshaftung für Mangelschäden als sittenwidrig zu verbieten, wenn dem Verbraucher nunmehr ohnehin weit „schärfere“ (indisponible) Gewährleistungsrechte zur Verfügung stehen? Das Interesse der Übergeber, nicht schon bei jeder (vermuteten) leichten Fahrlässigkeit einem erst in 30 Jahren verjährenden Schadenersatzanspruch ausgesetzt zu sein, sollte nochmals in die Überlegungen einbezogen werden.

20. **§ 9 Abs 3** KSchG ist zumindest missverständlich formuliert. Ein „Verbrauchervertrag“ liegt ja auch dann vor, wenn ein Verbraucher einem Unternehmer ein Tier verkauft! Für diesen Fall, den die RL nicht erfaßt, sollen die Vorschriften über Tiermängel aber doch Anwendung finden. Wenn das so ist, müsste man Abs 3 derart umformulieren, dass nur der Verbraucher auf Erwerberseite erfasst ist.
21. Auf Seite 47 wird ausgeführt, dass die Regelung der Richtlinie über die Relevanz von Montagefehlern nicht recht in das System der §§ 922ff ABGB passe, weshalb eine Umsetzung im KSchG (als **§ 9a**) vorgeschlagen wird. Kleinere Systembrüche sind bei Richtlinienumsetzungen allerdings nie ganz zu vermeiden. Dem gegenüber ist aber ein weit größeres Gewicht auf die Sachgerechtigkeit der Einordnung zu legen. Aus diesem Blickwinkel spricht alles für eine Einordnung dieser Vorschrift in das ABGB. Die Rechtsfolgen passen nämlich auch dann präzise, wenn sich ein Verbraucher zur Montage verpflichtet oder wenn sich ein Unternehmer einem Unternehmer gegenüber entsprechend verpflichtet. [Die Bedeutung der Vorschrift wird aber aus zwei Gründen gering bleiben: Einerseits wird sich der geregelte Tatbestand ohne Verschulden des „Übergebers“ kaum einmal ereignen; andererseits hilft dem „Übernehmer“ in Österreich ohnehin die Beweislastumkehr des § 1298.]
22. Unabhängig von der Einordnung des jetzigen **§ 9a** KSchG sollte man unbedingt deutlicher machen, dass es um eine verschuldensunabhängige, nämlich gewährleistungsrechtliche Einstandspflicht geht. Dies verlangt auch die Richtlinie. Die Formulierung „haftet“ läßt eher Assoziationen zum Schadenersatzrecht aufkommen. Vorschlag: „*so hat er ... Mangel einzustehen*“.
23. Abschließend sei noch kurz das Problem angesprochen, ob die Gewährleistungsrechte auch schon außergerichtlich oder nur gerichtlich wirksam ausgeübt werden können. Es erscheint wenig glücklich, diese für Gestaltungsrechte (also für Preisminderung und Wandlung) seit langem umstrittene Frage einfach auszuklammern. Da der Entwurf offenbar die Notwendigkeit gerichtlicher Geltendmachung präferiert, sollte dies auch im Gesetzestext deutlichen Niederschlag finden. Einerseits erhöht das die Rechtssicherheit; zum anderen verhindert ausdrückliche Regelung die Gefahr eines Umkehrschlusses, da „gerichtlich“ nun bloß in § 933b Abs. 2 ausdrücklich vorkommt (wo diese Anordnung an sich gar nicht nötig wäre, weil bei Ansprüchen ohnehin generell gerichtliche Geltendmachung innerhalb der Frist verlangt wird, um ihre Verjährung zu verhindern).

Graz/Wien, am 26.10.2000

o.Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski eh.
o. Univ.-Prof. Dr. Helmut Koziol eh.