

II. Dogmengeschichtliche Entwicklung der Gewährleistungsfrist

A. Die Gewährleistungsfrist in der Urfassung des ABGB

1. Der Entstehungsgehalt des § 933 ABGB

Zeiller verwendete in der Sitzung vom 27. 10. 1806 für die Gewährleistungsfrist den terminus **Verjährungsfrist**², den die Väter des ABGB 1811 bereits kannten und für diese Frist bereits nähere Regelungen vorsahen. Zu einer Gesetzswerdung dieser Formulierung kam es in dieser Sitzung aber nicht.

Am 14. 1. 1808 formulierte *Zeiller* als Referent den Gesetzeswortlaut³, der dann auch beschlossen wurde⁴; eine ausdrückliche Bezeichnung der Gewährleistungsfrist als Verjährungsfrist ist darin nicht (mehr) zu finden. Man wird den Gesetzesverfassern aber nicht zusinnen können, dass sie dieser Frist eine andere Rechtsnatur als in der Sitzung vom 27. 10. 1806 beimessen wollten. Der in dieser Sitzung formulierte Wortlaut fand im revidierten Entwurf als § 928 ABGB Eingang. Nach heutigem Verständnis fällt sofort auf, dass die Gesetzesverfasser zugleich aber in einem Beisatz den Wortlaut „sonst ist das Recht erloschen“ verwendeten. Diese Formulierung spräche – zumindest nach heutigem Verständnis – gegen eine Verjährungsfrist, weil durch deren Ablauf das Recht eben gerade nicht erlischt, sondern lediglich dessen Geltendmachung. Das ABGB des Jahres 1811 kennt, wie *va Reischauer*⁵ betont, keine Präklusivfristen, deshalb konnte es auch kein derart ausgeprägtes und differenzierendes Verständnis von Verjährungs- und Präklusivfristen, wie wir es heute kennen, geben. Auch § 1483 ABGB spricht von „erlöschen“ im Zusammen-

2 *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II (1889) 278 [§ 624]: „Uebrigens dürfte aus einem gleichen Grunde noch für manche Fälle nach dem Beispiele des römischen, preußischen und französischen Gesetzes eine kürzere Verjährungsfrist bestimmt werden; nämlich bei der Gewährleistung wegen natürlicher, die Sache selbst betreffender Fehler bei unbeweglichen Sachen drei Jahre, bei beweglichen sechs Monate nach Empfang der Sache, wegen solcher Mängel aber, welche äußere Eigenschaften, Lasten oder Ansprüche eines Dritten betreffen, bei unbeweglichen ein Jahr, bei beweglichen drei Monate nach der von dem Mangel erlangten Kenntnis. [...]“

3 *Ofner*, Protokolle II 462 f [§ 591]: „Wer die Gewährleistung aus dem Grunde, dass ihm eine nicht mehr vorhandene, aber von einem Dritten angefochtene Sache veräußert worden ist, fordern will, muß sein Recht in drei Monathen, nachdem ihm diese Umstände bekannt geworden, in allen übrigen Fällen aber bei unbeweglichen Sachen binnen drei Jahren, bei beweglichen binnen sechs Monathen geltend machen, sonst ist das Recht erloschen.“

4 *Ofner*, Protokolle II 463 [§ 591]: „Man vereinigte sich hier ebenfalls ganz mit dem Referenten.“

5 *Reischauer*, Probleme der Dienstnehmerhaftung, DRdA 1978, 193 (199), der die Existenz von Präklusivfristen im ABGB generell ablehnt.

hang mit der Verjährung einer Forderung. So erklärt sich auch die Überschrift des § 933 ABGB aus dem Jahre 1811⁶, die von der „Erlöschung des Rechtes der Gewährleistung“ spricht. Aus der aus heutiger Sicht unglücklichen Wortwahl ist für das Vorliegen einer Präklusivfrist daher nichts zu gewinnen⁷. Die Bedeutung des Begriffes Verjährungsfrist war den Verfassern des ABGB, allen voran *Zeiller*, aber wohl bewusst.

Die *Ofner*-Protokolle verweisen an anderer Stelle – zwar völlig aus dem Zusammenhang gerissen – auf das Protokoll der Sitzung vom 14. 1. 1808 und bezeichnen dort die Gewährleistungsfrist ausdrücklich als Verjährungsfrist⁸. Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass *Zeiller vom Vorliegen einer Verjährungsfrist ausging*, was insbesondere auch seine Kommentierung⁹ bestätigt¹⁰.

2. Die Behandlung durch die Rsp

a) Die Rsp vor dem Judikat 228 alt

Trotz des soeben dargestellten klaren Willens des historischen Gesetzgebers (siehe Kapitel II.A.1 oben) beurteilte die **Rsp** die Gewährleistungsfrist **teilweise als Präklusiv- und teilweise als Verjährungsfrist**. In der Sache ging es dabei um Fragen wie die Anwendbarkeit der Regeln der §§ 1494 ff ABGB auf die Gewährleistungsfrist oder den Beginn der Frist und deren amtswegige Wahrnehmung. Man suchte die Antworten für diese Fragestellungen in der Rechtsnatur. Da die Rsp ständig zwischen der Qualifikation als Verjährungs- und Präklusivfrist wechselte, ist es unmöglich, eine Rechtsprechungslinie herauszuarbeiten, zumal auch die Begründungen für die Qualifikation als Präklusiv- oder Verjährungsfrist in sich nicht kohärent sind¹¹. Erst das Judikat 228 alt hat sich substantiell mit dieser Sache befasst.

6 Diese Überschrift bestand bis zum GewRÄG 2001.

7 So ist auch *Reischauer in Rummel*³ § 933 Rz 2 der Meinung, dass allein aus der Wortwendung „sonst ist das Recht erloschen“ noch kein Rückschluss auf das Vorliegen einer Präklusivfrist gezogen werden kann.

8 *Ofner*, Protokolle II 405 unten: „Ueber die kürzere Verjährungsfrist der Gewährleistung und über die verbindliche Kraft von Verbindungen, künftig einen Vertrag schließen zu wollen, vgl. Prot. vom 14. Jänner 1808.“ Dieser Verweis ist zwar in der Vorlagskopie, nicht aber im Protokoll zu finden.

9 *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/1 (1812) 140.

10 Zu diesem Ergebnis gelangt auch grundlegend *Reischauer*, DRdA 1978, 199, insb FN 58; *Reischauer in Rummel*³ § 933 Rz 2.

11 Beispielhaft werden an dieser Stelle einige unterschiedliche Entscheidungen angeführt: OGH 24. 11. 1857, GIU 475 (mangelhafte Hydraulikpresse), OGH 26. 2. 1889, GIU 12.604 (mangelhaftes Pferd), OGH 3. 4. 1900, GIUNF 953 (Verkauf eines im Eigentum eines Dritten stehenden Grundstücks), OGH 2. 6. 1909, GIUNF 4638 (amtswegige Wahrnehmung).

b) Das Judikat 228 alt vom 26. 5. 1915, GIUNF 7446

Das Judikat 228 alt verdient deshalb weitergehende Beachtung, weil es die Lösung unabhängig vom Willen des historischen Gesetzgebers im Zweck der Gewährleistungsregeln suchte.

Das Judikat 228 alt sollte zwei Fragen zur Frist des § 933 ABGB beantworten, hinsichtlich deren in der Rsp bislang keine klare Linie verfolgt wurde (siehe den Überblick über die Judikatur in FN 11). Das Judikat sollte zum einen Aufschluss darüber geben, ob die Frist des § 933 ABGB eine Präklusiv- oder Verjährungsfrist ist und zum anderen, ab welchem Zeitpunkt die Frist bei Sach- und Rechtsmangel zu laufen beginnt. Hier interessiert vor allem die Qualifikation der Gewährleistungsfrist. Das Judikat 228 alt sieht den § 1449 ABGB als Beleg für die Existenz von Präklusivfristen: „Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen auch durch den Verlauf der Zeit, worauf sie durch einen letzten Willen, Vertrag, richterlichen Ausspruch oder durch das Gesetz beschränkt sind. Auf welche Art sie durch die von dem Gesetze bestimmte Verjährung aufgehoben werden, wird in dem folgenden Hauptstücke festgesetzt.“ Aus dieser Norm folgt nach dem Judikat 228 alt, dass das Gesetz ein „Erlöschen“ von Rechten nicht nur durch Verjährung, sondern auch durch „Ablauf der Zeit“ kennt. Diese Fristen finden sich an verschiedenen Stellen des Gesetzes und werden als Präklusivfristen bezeichnet. Der Unterschied sollte nach dem Judikat vor allem darin bestehen, dass die Vorschriften des vierten Hauptstückes des dritten Teiles des bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 1451 ff ABGB) auf Präklusivfristen keine Anwendung finden. Der Entscheidung, ob es sich bei einer Frist um eine Präklusiv- oder Verjährungsfrist handelt, kommt daher ganz entscheidende Bedeutung zu. Außer in den Fällen, in denen sich die Frist im vierten Hauptstücke des dritten Teiles selbst befindet, kann aus der konkreten Position im Gesetz keinerlei Rückschluss auf die Rechtsnatur der Frist gezogen werden. Auch die verwendete Diktion sagt nach dem Judikat 228 alt über die Natur der Frist nichts aus, weil der Gesetzgeber für verschiedene Fristen gleichartige Redewendungen verwendet und das Wort Verjährung im weitesten Sinne auch für jede Erlöschung durch Ablauf der Zeit gebraucht wird. Nach diesem Judikat „muß daher in jedem einzelnen Falle der begriffliche Sinn und Tatbestand der in Betracht kommenden Fristbestimmung erforscht und ihre Art erschlossen werden“. Es liegt „der Bemessung der obigen kurzen Fristen [...] die Rücksicht auf den die Sache an den Erwerber übergebenden Veräußerer zu Grunde. Die Sache ist infolge Übergabe an den Erwerber der Beobachtung und Feststellung ihrer Beschaffenheit seitens des Veräußerers entrückt und den möglichen Einwirkungen des Erwerbers ausgesetzt. Der Gesetzgeber mußte es daher als billig ansehen, den Klageanspruch des Erwerbers möglichst kurzfristig zu gestalten und an die Unterlassung seiner fristgemäßen Geltendmachung sein Erlöschen zu knüpfen. Aus dieser Erwägung folgt, daß die für das **Verjährungsinstitut** geltenden Vorschriften, insbesondere die Bestimmungen über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, **bei Präklusivfristen nicht gelten**, da sie einen Schwebezustand herbeiführen würden, der gegen den erwähnten rechtspolitischen Grund verstoßen würde.“ Ein weiteres Argument für eine Präklusivfrist sahen die Verfasser des Judikats 228 alt darin, dass die Gewährleistung durch die Parteien ausgeschlossen und die Frist beliebig verkürzt oder verlängert werden kann, und

dies nach § 1502 ABGB bei einer Verjährungsfrist nicht zulässig wäre. Es sei denn, das Gesetz selbst würde eine Ausnahme vorsehen, dies war aber zum damaligen Zeitpunkt nicht der Fall. Daraus und aus dem oben angeführten Zweck des Gesetzes, die Haftung des Veräußerers zeitlich zu begrenzen, wurde der Schluss gezogen, dass die Gesetzesverfasser diese Frist nicht den Vorschriften über die Verjährung unterstellen wollten. In dem **Judikat** kam man daher zum Ergebnis, dass es sich um eine **Präklusivfrist** handelt¹².

Legt man den eingangs referierten Fallkonstellationen die Prämissen des Judikats 228 alt zugrunde, ist die Lösung denkbar einfach: Die Gewährleistungsrechte erlöschen mit Ablauf der Frist des § 933 ABGB, ohne dass das Eingestehen des Mangels durch den zur Gewährleistung Verpflichteten und die Zusage der Verbesserung diesen (Ab-)Lauf beeinflussen könnten. Denn Hemmung und Unterbrechung, wie für Verjährungsfristen vorgesehen, würden einen Schwebezustand herbeiführen, der mit dem vom Judikat 228 alt der Gewährleistungsfrist zugrunde gelegten Zweck, der möglichst engen zeitlichen Begrenzung des Einstehenmüssens für Mängel, nicht vereinbar sei.

B. Die Gewährleistungsfrist nach der III. Teilnovelle

1. Der Gesetzgeber der III. Teilnovelle

Oberste Prämisse der Novelle war, die bereits zuvor einsetzende **Judikatur**, allen voran das Judikat 228 alt, **Gesetz werden zu lassen**. Die **Mat** zur III. Teilnovelle bestätigen, dass es sich bei der Gewährleistungsfrist um eine **Präklusivfrist** handelt. Daraus resultiert, wie die **Mat** ausdrücklich festhalten, dass die Dauer der Gewährleistungsfrist vertraglich verändert werden kann, was nach § 1502 ABGB bei Annahme einer Verjährungsfrist grundsätzlich nicht möglich wäre¹³. Die **Mat** gehen daher eindeutig von einer Präklusivfrist aus¹⁴. Als Ausfluss dieser Einordnung wurde es als geradezu selbstverständlich angesehen, dass auch das Einrederecht nach Ablauf der Frist erlischt¹⁵. Diesem Ergebnis steuerte man aber durch die Einführung des Abs 2 entgegen, der die Einrede auch nach Ablauf der Frist aufrecht lässt, wenn der Mangel innerhalb der Frist angezeigt wurde¹⁶.

12 Vgl zur Kritik am Judikat 228 alt *Reischauer*, DRdA 1978, 199 FN 58.

13 *Mat* zur III. TN 297.

14 *Mat* zur III. TN 297, zur Frist bei Viehmängeln 42.

15 *Mat* zur III. TN 297: „Dagegen schien es allerdings wünschenswert, die strengste Konsequenz der Konstruktion als Präklusivfrist, d. i. das Erlöschen auch des Einrederechts mit Ablauf der Frist, aus Rücksichten des redlichen Verkehrs zu mildern, wie es anknüpfend an Art. 349, Abs. 3 HGB., durch den zweiten, dem § 933 a.b.G.B. anzufügenden Absatz geschehen soll.“ Ob sich dies bei der (bloßen) Verjährung anders verhält, wird später noch zu klären sein.

16 § 933 ABGB (Fassung III. TN): „(1) Wer die Gewährleistung fordern will, muß sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen sechs Monaten gerichtlich geltend machen, sonst ist die Klage erloschen. Die Frist beginnt von dem Tage der Ablieferung der Sache, für die Gewährleistung wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches aber von dem Tage, an welchem dieser dem Erwerber bekannt wurde.“

Reischauer geht davon aus, dass die Absicht des Gesetzgebers der III. Teilnovelle, die Gewährleistungsfrist als Präklusivfrist auszugestalten, im Gesetz keinerlei Niederschlag gefunden hat¹⁷ und deshalb nicht beachtet werden muss¹⁸. Diese Aussage kann angesichts der Einführung des § 933 Abs 2 ABGB mE nicht aufrechterhalten werden: Zwar fand der Wortlaut des § 933 ABGB der Fassung 1811 unverändert in § 933 Abs 1 ABGB der III. Teilnovelle Eingang und wurde lediglich um den Satz 2, der den unterschiedlichen Fristbeginn bei Sach- und Rechtsmangel normiert, erweitert. Es wurde aber trotzdem der **gesamte § 933 ABGB neu kundgemacht**¹⁹, so dass auch Satz 1 des Abs 1 nicht ungeachtet des Abs 2 *leg cit* und den in den **Mat manifestierten Willen** des Gesetzgebers gelesen werden darf.

2. Die Behandlung durch die Rsp: Präklusivfrist – aber nicht mit allen Konsequenzen

Die bereits vor der III. Teilnovelle einsetzende **Judikaturlinie**, die eine **Präklusivfrist** annahm, wurde – bestärkt durch die Novelle – **fortgesetzt**²⁰. Jedoch hielt man diese Ansicht hinsichtlich der daraus resultierenden Rechtsfolgen nicht durch. Getragen vom Ziel des Judikats 228 alt, die Haftung des Veräußerers zeitlich zu beschränken und jegliche Möglichkeit der Verlängerung der Frist hintanzuhalten, wurde die Präklusivfrist als Frist verstanden, auf die die Hemmung und Unterbrechung keine Anwendung finden sollten; war dies doch der wesentliche Grund für den Paradigmenwechsel. Später wendete man das Institut der Hemmung und Unterbrechung aber zumindest teilweise auf die Gewährleistungsfrist an. So erkannte man ein Bedürfnis, die Frist durch Hemmung zu verlängern oder in gewissen Fallkonstellationen den Lauf neu beginnen zu lassen.

a) OGH 2 Ob 323/31²¹ („Warmwasseranlage“)

Soweit ersichtlich hat der OGH in der Entscheidung erstmals einen Neubeginn der Gewährleistungsfrist ab einem erfolglosen Verbesserungsversuch angenommen: Der Beklagte reparierte im Auftrag des Klägers einen Küchenherd und brachte an demselben eine Warmwasseranlage an. Es sollte dabei Wasser in einem Heizelement des Herdes erhitzt und damit durch eine Heizschlange das Wasser im Kessel erwärmt werden. Die Fertigstellung erfolgte im März 1925. Bald darauf rügte der Kläger Mängel an der Warmwasseranlage, die darin bestanden, dass die Heizschlange aufgrund ihrer zu geringen Fläche zur Erhitzung des Wassers im Kessel unterdimensioniert war. Im Jahre 1927 und 1928 wurden Reparaturarbeiten durch den Beklagten durchgeführt und dabei die gesamte Anlage umgearbeitet. Nunmehr waren die Mängel an der Warmwasseranlage zwar behoben, der Kessel konnte aber

(2) Die Geltendmachung durch Einrede bleibt dem Erwerber vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel angezeigt hat.“

17 *Reischauer in Rummel*³ § 933 Rz 2; *Reischauer*, DRdA 1978, 202 FN 83.

18 *Reischauer*, DRdA 1978, 202 FN 83.

19 RGBI 1916/69.

20 OGH SZ 2/20; SZ 26/136; SZ 50/5; JBl 1988, 375; SZ 68/152.

21 OGH JBl 1932, 154.