

II. Grundlagen

A. Gewährleistungsrecht

1. „Europäisierung“ des Gewährleistungsrechts

a) Kaufrechts-RL

Bei der Darstellung des (allgemeinen) Gewährleistungsrechts sind auch methodische Besonderheiten durch die „**Europäisierung**“ des **Zivilrechts** infolge der Kaufrechts-RL zu berücksichtigen. Aufgrund der Kaufrechts-RL waren nämlich die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis zum 1. 1. 2002 ihr **Gewährleistungsrecht** an die dortigen Vorgaben **anzupassen**.¹³⁾ Dies führte zu einer grundlegenden Novellierung des österreichischen Gewährleistungsrechts durch das **GewRÄG**.¹⁴⁾

Regelungsgegenstand der Kaufrechts-RL sind lediglich bloß bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.¹⁵⁾ Das Irrtumsrecht sowie andere Aspekte der Gültigkeit von Verträgen sind in der Kaufrechts-RL nicht ausdrücklich geregelt. Bei der Kaufrechts-RL handelt sich nämlich nicht um eine Gesamtregelung des Kaufvertragsrechts,¹⁶⁾ sondern sie dient der Angleichung des **Verbraucherschutz-Mindestniveaus** beim **Verbrauchsgüterkauf**.¹⁷⁾ Die österreichische Umsetzung durch das GewRÄG geht allerdings über bloßen Verbraucherschutz hinaus,¹⁸⁾ was zu dogmatischen Besonderheiten führt. Ein genauerer Blick auf die Vorgaben der Kaufrechts-RL lohnt sich bereits deshalb, weil zu hinterfragen ist, inwieweit herkömmliche, rein „innerösterreichische“ **wechselseitige Bezugnahmen im Irrtums- und Gewährleistungsrecht** in Lehre und Rechtsprechung infolge der Kaufrechts-RL nach wie vor Bestand haben können.

¹³⁾ Vgl Art 11; ferner *Welser/B. Jud*, Reform 7 mwN.

¹⁴⁾ GewRÄG = Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz BGBl I 2001/48; dazu ausf *Faber*, Handbuch 25 ff mwN.

¹⁵⁾ Art 1 Abs 1.

¹⁶⁾ Dazu *Welser/B. Jud*, Reform 23 ff.

¹⁷⁾ Art 1 Abs 1 sowie *Faber*, Handbuch 23 mwN; ferner *Welser/B. Jud*, Reform 17 f; zum Richtlinienentwurf: *B. Jud*, Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht, *ÖJZ* 1997, 441 f.

¹⁸⁾ Dazu *Faber*, Handbuch 27 ff sowie *Welser/B. Jud*, Gewährleistung Rz 15 ff.

aa) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Kaufrechts-RL gilt für Verträge, die zwischen einem Käufer als **Verbraucher**¹⁹⁾ und einem Verkäufer als **Unternehmer**²⁰⁾ abgeschlossen werden (**Verbraucher-Verträge**).²¹⁾ Die Kaufrechts-RL findet daher keine Anwendung auf Verträge, die zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen zwei Unternehmern abgeschlossen werden.²²⁾

bb) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Kaufrechts-RL erfasst **weite Teile des Gewährleistungsrechts**, wie zB die Rechtsbehelfe bei vertragswidriger Leistung oder die Fristen zur Geltendmachung, allerdings nicht das gesamte Kaufvertragsrecht.²³⁾ Es fehlen bspw Regelungen zur Gültigkeit von Verträgen oder zu den Folgen der Schlechterfüllung, die über die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung hinausgehen.²⁴⁾

Die Kaufrechts-RL beschränkt sich auf den **Erwerb von Verbrauchsgütern**. Verbrauchsgüter sind alle beweglichen körperlichen Gegenstände, wobei bestimmte Güter, wie etwa Strom, explizit vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.²⁵⁾ Der Erwerb von unbeweglichen Sachen fällt hingegen schon von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Kaufrechts-RL.²⁶⁾

Die Kaufrechts-RL erfasst zudem lediglich **Kaufverträge**, wobei gem Art 1 Abs 4 auch **Verträge über die Herstellung von beweglichen körperlichen Sachen** als

¹⁹⁾ Art 1 Abs 2 lit a; der Verbraucherbegriff der Kaufrechts-RL entspricht den üblichen europäischen Definitionen s zB Art 2 lit b der RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 31; Art 2 lit e der RL 2001/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl L 2000/178, 9; Art 2 lit a der RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 2005/149, 26.

²⁰⁾ Art 1 Abs 2 lit c; ferner dazu *Welser/B. Jud*, Reform 24 sowie *Faber*, Handbuch 27 f.

²¹⁾ *Faber*, Handbuch 27; ferner zu Problemen bei der Auslegung des Verbraucherbegriffs: *Serrano* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 1 Rz 61; *Faber/Klampferer*, Zivilrecht und Internationales Privatrecht. Schwerpunkt Verbraucherschutz, in *Herzig*, Europarecht Jahrbuch 2016, 320 f mit Hinweis auf die Klausel-RL; *Kronthaler/Schwangler*, Aufgespalteener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 250; *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts, RdW 2017, 619.

²²⁾ *Welser/B. Jud*, Reform 24.

²³⁾ Dazu *Micklitz*, Die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485.

²⁴⁾ Vgl *Welser/B. Jud*, Reform 27; zum Entwurf der Kaufrechts-RL: *Wilhelm*, Entwurf einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, eolex 1996, 825 sowie *B. Jud*, ÖJZ 1997, 441.

²⁵⁾ Art 1 Abs 2 lit b; ferner *Serrano* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 1 Rz 28 ff mwN.

²⁶⁾ Dazu zB *Faber*, Handbuch 29; *Welser/B. Jud*, Reform 28; *Micklitz*, EuZW 1999, 485.

Kaufverträge gelten,²⁷⁾ die nach österreichischem Recht uU als **Werkliefervertrag** einzustufen wären.²⁸⁾

b) Umsetzung

In Österreich wurde die Kaufrechts-RL nicht bloß im KSchG²⁹⁾ umgesetzt, sondern es wurde das **gesamte Gewährleistungsrecht** sowie damit verbundene Regelungen des Schadenersatzrechts geändert.³⁰⁾ Lediglich spezifisch verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen finden sich im KSchG.³¹⁾ Die sonstigen Regelungen enthält das ABGB³²⁾ und sind daher allgemeines Gewährleistungsrecht.³³⁾ In zeitlicher Hinsicht sind die Neuregelungen auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurden.³⁴⁾

Die Novelle beschränkt sich in weiten Teilen nicht auf Verbrauchergeschäfte, sondern gilt auch für Geschäfte zwischen Privaten und für beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte.³⁵⁾ Auch Ausnahmetatbestände der Kaufrechts-RL (zB Verträge über Wasser, Gas und Strom) wurden nicht übernommen.³⁶⁾ Außerdem knüpft § 922 ABGB nicht an den Erwerb eines Verbrauchsgutes, sondern einer **Sache iSd § 285 ABGB** an³⁷⁾ und kommt damit auch für unbewegliche Sachen zur Anwendung.³⁸⁾ Der Übernahme in das allgemeine Gewährleistungsrecht folgt auch, dass grundsätzlich **alle entgeltlichen Verträge**, und nicht nur Kaufverträge, erfasst sind.³⁹⁾

Dass die österreichischen Umsetzungsbestimmungen über den Anwendungsbereich der Kaufrechts-RL hinausgehen, ist aus europarechtlicher Perspektive an sich unproblematisch.⁴⁰⁾ Bei der Auslegung der nationalen Umsetzungsbestimmungen treten dadurch allerdings Besonderheiten auf: Fraglich ist etwa, ob bei der Auslegung europäische Vorgaben auch für jene Bereiche greifen, in denen der österreichische Gesetzgeber – wie hier – freiwillig mehr als notwendig umgesetzt hat. Unter Um-

²⁷⁾ *Faber*, Handbuch 29 mwN.

²⁸⁾ Siehe *Welser/B. Jud*, Reform 31 mwN.

²⁹⁾ KSchG = Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140.

³⁰⁾ *Welser/B. Jud*, Gewährleistung §§ 922, 923 Rz 15 ff; *ausf* zu den Änderungen: *Welser*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2001, 420 f; *Kletečka*, Gewährleistung neu – Überblick und Schlaglichter, *RdW* 2001, 642; *Faber*, Handbuch 26; *ders*, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, *immolex* 2001, 246; *Kathrein*, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft, *ecolex* 2001, 426; *Wilhelm*, Müssen wir für die neue Gewährleistung umlernen? *ecolex* 2001, 1; *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 23 ff; *Leitner*, Überblick über Gewährleistungsreform, *immolex* 2001, 210.

³¹⁾ Dazu *Faber*, Handbuch 25; *Welser/B. Jud*, Gewährleistung §§ 922, 923 Rz 19 f.

³²⁾ ABGB = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946/1811.

³³⁾ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 304.

³⁴⁾ Vgl bloß *Faber*, Handbuch 27.

³⁵⁾ *Faber*, Handbuch 31 sowie *Kletečka*, Gewährleistung neu Rz 3.

³⁶⁾ Dazu etwa *Kolmasch*, Gewährleistungsrecht 30 f.

³⁷⁾ *Faber*, Handbuch 33.

³⁸⁾ Statt aller *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 305.

³⁹⁾ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 304.

⁴⁰⁾ *Faber*, Handbuch 27; allgemein dazu zB *Perner*, Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen Verbraucherrechts, *ZfRV* 2011, 225 mwN.

ständen kann es zu einer „**gespaltenen Auslegung**“ der Gewährleistungsbestimmungen kommen.⁴¹⁾

aa) Auslegung im Anwendungsbereich

Österreichisches Gewährleistungsrecht, das in den **Anwendungsbereich** der Kaufrechts-RL fällt, muss europarechtskonform ausgelegt werden:⁴²⁾

Klärungsbedürftig sind zunächst die konkreten **Vorgaben der Richtlinie**.⁴³⁾ Die **europarechtliche Methodik** für die Auslegung von Unionsrecht ist in vielen Punkten den nationalen Methoden der Auslegung ähnlich.⁴⁴⁾ Neben dem Wortlaut trägt auch der Gesetzeszweck zur Auslegung bei. Allgemeine Ziele, wie zB Verbraucherschutz bei der Kaufrechts-RL,⁴⁵⁾ können nur dann zur Auslegung herangezogen werden, wenn sich der Zweck tatsächlich in der Vorschrift widerspiegelt.⁴⁶⁾ Für die Auslegung der Kaufrechts-RL wird mitunter auf das **UN-Kaufrecht** zurückgegriffen.⁴⁷⁾ Obwohl sich vor allem der persönliche Anwendungsbereich unterscheidet, gibt es trotzdem eine starke inhaltliche Orientierung,⁴⁸⁾ die bereits im ersten Entwurf der Richtlinie betont wurde.⁴⁹⁾ Es wurden auch ähnliche Begrifflichkeiten gewählt.⁵⁰⁾ Dennoch ist im Einzelnen zu prüfen, ob eine Anlehnung an das UN-Kaufrecht tatsächlich geboten ist.⁵¹⁾

Die **Rechtsprechung des EuGH** zur Kaufrechts-RL ist bislang sehr spärlich.⁵²⁾ Auch die mitgliedstaatliche Judikatur ist zurückhaltend, was sich bereits daran zeigt, dass

⁴¹⁾ RIS Justiz RS0129424; vgl auch OGH 9 Ob 64/13 x JBl 2014, 531; ferner *Faber*, Aus- und Einbaukosten 100 ff; aA *P. Bydlinski*, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? ÖJZ 2011, 895 ff; krit auch *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922–933 b Rz 9.

⁴²⁾ *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 123; *B. Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 522 ff; allgemein dazu *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 77 ff.

⁴³⁾ Vgl ua *Leenen*, Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, JURA 2012, 753.

⁴⁴⁾ Dazu *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 30; *Riesenhuber*, Die Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ § 10 Rz 4; *Faber*, Handbuch 40, jeweils mwN.

⁴⁵⁾ *Faber*, Handbuch 41.

⁴⁶⁾ Vgl *Riesenhuber*, Die Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ § 10 Rz 41 ff mwN.

⁴⁷⁾ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922–933 b Rz 10; idS bereits *Faber*, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBl 1999, 415; *ders*, Handbuch 40, *Kletečka*, Der geringfügige Mangel, RdW 2003, 614.

⁴⁸⁾ *Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393 f sowie *Bischoff*, Die Europäische Gemeinschaft und die Konventionen des einheitlichen Privatrechts (2010) 113 mwN.

⁴⁹⁾ Dazu KOM (1995) 520 endg vom 23. 8. 1996, ABl C 1996/307, 8.

⁵⁰⁾ Dazu *Bischoff*, Europäische Gemeinschaft 113 mwN.

⁵¹⁾ *Faber*, Handbuch 41.

⁵²⁾ Vgl zB EuGH 3. 10. 2013, C-32/12, *Duarte Hueros*; EuGH 16. 6. 2011, C-65/09, *Weber* und C-87/09, *Putz*; EuGH 4. 6. 2015, C-497/13, *Faber*; zur Interpretation von EuGH-Entscheidungen: *Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen, JBl 2017, 698.

manche der zwingenden Auslegungsfragen nicht einmal einer Vorabentscheidung des EuGH unterzogen werden.⁵³⁾

Damit die europäischen Vorgaben überhaupt auf **nationales Recht** einwirken können, muss auch das nationale Recht ausgelegt und festgestellt werden, ob ein **Spannungsfeld** zu den Vorgaben der Richtlinie besteht.⁵⁴⁾ Sämtliche⁵⁵⁾ nationale Bestimmungen müssen am Wortlaut und Zweck der einschlägigen Richtlinie ausgelegt werden (**richtlinienkonforme Auslegung**).⁵⁶⁾ Eine richtlinienkonforme Auslegung ist allerdings nur dann möglich, wenn das nationale Recht einen **Beurteilungsspielraum** offen lässt.⁵⁷⁾ Dabei sind die Möglichkeiten der **Auslegung des nationalen Rechts** auszuschöpfen.⁵⁸⁾ Eine richtlinienkonforme Auslegung scheidet etwa dann aus, wenn der Gesetzgeber bewusst richtlinienwidrig handelt und nicht umsetzt.⁵⁹⁾ Das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung rechtfertigt niemals eine Auslegung *contra legem*.⁶⁰⁾ Nationales Recht kann daher Richtlinienkonformität verhindern.⁶¹⁾ Lässt der Wortlaut einer nationalen Bestimmung allerdings mehrere Auslegungsvarianten zu, ist richtlinienkonform auszulegen, wenn der Wille des Gesetzgebers dem nicht entgegensteht.⁶²⁾ In Fällen, in denen der Gesetzgeber grundsätzlich umsetzen will, aber bei seiner Sachentscheidung von einem falschen Richtlinieninhalt ausgeht, ist eine richtlinienkonforme Auslegung auch nicht ausgeschlossen, sofern der Wortlaut dies zulässt.⁶³⁾ Der **richtlinienkonformen Auslegung** kommt bei mehreren Auslegungsvarianten – entsprechend der hM⁶⁴⁾ – **Vorrang** gegenüber den herkömmlichen nationalen Auslegungsmethoden zu.

⁵³⁾ Bspw Art 3 Abs 6; krit dazu *Faber*, Zur „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ nach Art. 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG, ZEuP 2006, 682; *B. Jud*, Die Kaufrechts-RL und ihre Umsetzung in der österreichischen Rechtsprechung, GPR 2006, 74.

⁵⁴⁾ Zu den Auslegungsmethoden vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 1 ff mwN.

⁵⁵⁾ *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger*, Art 288 AEUV Rz 60 ff; *B. Jud*, ÖJZ 2003, 522; *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenze – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 4.

⁵⁶⁾ Dazu zB *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik (2011); *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydlinski (2002) 47; *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ 265; *Perner*, EU-Richtlinien 85; *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger*, Art 288 AEUV Rz 60 mwN.

⁵⁷⁾ EuGH 10. 4. 1984, 14/83, *Von Colson/Land Nordrhein-Westfalen* 1909; ferner *Perner*, EU-Richtlinien 85 ff.

⁵⁸⁾ *P. Bydlinski*, JBl 2015, 4.

⁵⁹⁾ Dazu *Perner*, EU-Richtlinien 94 f mwN.

⁶⁰⁾ EuGH 5. 10. 2005, verb Rs C-397/01 et al, *Pfeiffer* Rz 110 ff; vgl auch *Perner*, EU-Richtlinien 94; *P. Bydlinski*, JBl 2015, 4 sowie *B. Jud*, ÖJZ 2003, 521 f mwN.

⁶¹⁾ *Perner*, EU-Richtlinien 85.

⁶²⁾ IdS *Perner*, EU-Richtlinien 99 f; für einen Vorrang auch bei bewusst richtlinienwidriger Umsetzung durch den Gesetzgeber: *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ § 13 Rz 47 mwN.

⁶³⁾ *Perner*, EU-Richtlinien 94 f mwN.

⁶⁴⁾ IdS zB *Rüffler*, ÖJZ 1997, 127; *Canaris* in FS Bydlinski 68 ff; *Klamert*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, JBl 2008, 159 f; *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung

bb) Auslegung außerhalb des Anwendungsbereichs

Wie bereits erwähnt, wurde die Kaufrechts-RL in Österreich „**überschießend**“ **umgesetzt**.⁶⁵⁾ Der nationale Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Richtlinie in sachlicher und persönlicher Hinsicht erweitert.⁶⁶⁾ Aus europarechtlicher Perspektive ist dies unproblematisch.⁶⁷⁾ Fraglich ist, ob das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auch bei jenen „Umsetzungsbestimmungen“, die **über den Anwendungsbereich** hinausgehen (überschießende Umsetzung von Richtlinien),⁶⁸⁾ greift.⁶⁹⁾ Werden solche Bestimmungen nämlich lediglich „national“ ausgelegt, ergeben sich für das Gewährleistungsrecht, je nachdem ob im oder außerhalb des Anwendungsbereiches der Kaufrechts-RL, uU zwei unterschiedliche Auslegungsergebnisse,⁷⁰⁾ was auch für das hier erörterte Generalthema relevant sein kann.

Eine europarechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung für die überschießend umgesetzten Bestimmungen gibt es nicht, weil dafür auch **keine Umsetzungsverpflichtung gem Art 288 Abs 3 AEUV** besteht.⁷¹⁾ Ob eine Bestimmung einheitlich⁷²⁾ oder gespalten ausgelegt wird, ist daher eine **Frage des nationalen Rechts**.⁷³⁾ Auch im nationalen Recht gibt es weder fixe Regeln noch ein Verbot der einheitlichen oder gespaltenen Auslegung.

Daher vertritt etwa *Perner*⁷⁴⁾ die Ansicht, dass stets für jede Vorschrift eine „interpretatorische Gesamtabwägung“ vorzunehmen sei. Dabei sei entscheidend, ob die auf **einheitliche Umsetzung** gerichtete **Absicht des nationalen Gesetzgebers** auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie schwerer wiege als die von ihm **getroffene Sachentscheidung**. Die Sachentscheidung des Gesetzgebers würde auf ei-

273 ff; *Perner*, EU-Richtlinien 99; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht (2008) 282 f; *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ § 13 Rz 42 ff; aA *B. Jud*, ÖJZ 2003, 524 sowie *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 31 mwN.

⁶⁵⁾ *Welser/B. Jud*, Gewährleistung §§ 922, 923 Rz 15 ff; *Faber*, Handbuch 25 mwN; *Welser*, *ecolex* 2001, 420 f.

⁶⁶⁾ *Perner*, EU-Richtlinien 24 mwN.

⁶⁷⁾ Siehe dazu *Perner*, *ZfRV* 2011, 225 mwN.

⁶⁸⁾ Dazu zB *Faber*, Handbuch 45; *Perner*, *ZfRV* 2011, 225 f; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung 26; *Habersack/Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien – Normauslegung und Rechtsweg im Grenzbereich zwischen deutschem und europäischem Privatrecht, *JZ* 1999, 913; *dies*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre³ § 14; *Perner*, EU-Richtlinien 130; *Faber*, Aus- und Einbaukosten 100 ff.

⁶⁹⁾ Dafür *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 31 sowie *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922–933 b Rz 9; einschränkend zB *Perner*, EU-Richtlinien 130 sowie *Faber*, Aus- und Einbaukosten 100 ff; *Karner/Koziol*, Der Ersatz von Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten von Unternehmern, *JBl* 2012, 144 f.

⁷⁰⁾ Vgl *Faber*, Aus- und Einbaukosten 100 ff.

⁷¹⁾ *Perner*, EU-Richtlinien 127.

⁷²⁾ IdS *B. Jud*, *GPR* 2006, 75; *dies* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922–933 b Rz 9 mwN.

⁷³⁾ Siehe *Perner*, EU-Richtlinien 129 mwN.

⁷⁴⁾ *Perner*, EU-Richtlinien 129 f.

ner falschen Prämisse, nämlich ihrer Richtlinienkonformität beruhen. Für Vorrang der Sachentscheidung ließe sich aber ins Treffen führen, dass die Auslegung in einen Bereich fällt, der vom Anwendungsbereich der Richtlinie gerade nicht umfasst ist. Allerdings wäre auch zu berücksichtigen, ob dem Gesetzgeber bei der überschießenden Umsetzung etwas an einer einheitlichen Auslegung gelegen war. Dies müsse allerdings für jede Bestimmung im Einzelnen geprüft werden.

Der OGH⁷⁵⁾ hat bereits aus der Kaufrechts-RL übernommene Begriffe auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs **richtlinienkonform** interpretiert.⁷⁶⁾ Im Sinne dieser Judikatur kann das unionsautonome Verständnis bei der Auslegung der überschießend umgesetzten Bestimmungen zu beachten sein.⁷⁷⁾ Eine **einheitliche Auslegung** wird vom OGH allerdings dann abgelehnt, wenn nicht angenommen werden kann, dass die – durch den EuGH besonders weit vorgenommene – Auslegung dem Willen des österreichischen Gesetzgebers entspricht.⁷⁸⁾ Letztlich lässt die Rechtsprechung aber handfeste Kriterien zur Abgrenzung vermissen.

c) Befund

Für die Untersuchung des Verhältnisses von Gewährleistung und Irrtum ist zu berücksichtigen, dass das Gewährleistungsrecht stark auf den **Vorgaben der Kaufrechts-RL** beruht und die österreichische **Umsetzung** „überschießend“ war. Das Irrtumsrecht ist davon nicht unmittelbar umfasst. Dadurch ergeben sich methodische Eigenheiten, die bei rein nationalen Bestimmungen nicht auftreten. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass uU das Europarecht durch das **Gebot der richtlinienkonformen Auslegung** einer Übertragung von Wertungen des einen Rechtsinstituts in das andere Rechtsinstitut entgegenstehen könnte, wobei auch möglich ist, dass **gespaltene Auslegungen** einen **unterschiedlichen Umfang von Überschneidungen** ergeben, je nachdem ob man sich in dem von der Kaufrechts-RL harmonisierten Bereich bewegt oder nicht. Dies ist insb deswegen relevant, weil die bisherige Lehre und Rechtsprechung **wechselseitige Bezüge** zwischen den beiden Rechtsinstituten ohne eingehende **Berücksichtigung des Europarechts** vornimmt. Dies wird noch im Detail zu zeigen sein.

2. Mangelbegriff und Kaufrechts-RL

a) Überblick

Nach § 922 ABGB hat der Übergeber dafür **Gewähr zu leisten**, dass die Sache dem Vertrag entspricht. Dabei handelt es sich um eine bei **entgeltlichen Verträgen** angeordnete **gesetzliche Haftung**. Diese beruht auf dem Gedanken des Ausgleichs: Beide Parteien haben – so die Annahme – bei Vertragsabschluss festgelegt, wie viel ihnen

⁷⁵⁾ Siehe dazu zB OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/15; 8 Ob 108/06 z JBl 2007, 519 (*Faber*).

⁷⁶⁾ Vgl auch *B. Jud*, GPR 2006, 75.

⁷⁷⁾ *Faber*, Handbuch 101 f; s auch OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157.

⁷⁸⁾ RIS Justiz RS0129424; vgl auch OGH 9 Ob 64/13 x JBl 2014, 531; ferner *Faber*, Aus- und Einbaukosten, 100 ff; aA *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 895 ff; krit auch *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922–933 b Rz 9.

das Geschuldete wert ist. Weicht nun das Tatsächliche vom Geschuldeten ab, liegt darin eine **Störung der subjektiven Äquivalenz**. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei die **Leistungserbringung**.⁷⁹⁾ Das **Irrtumsrecht** sieht anderes vor: Die Geltendmachung eines Irrtums erfordert zumindest als erste „Hürde“ eine unzutreffende Vorstellung der Wirklichkeit,⁸⁰⁾ die für das Geschäft kausal war.⁸¹⁾

War die (**Spezies-**)**Sache** allerdings bereits **bei Vertragsabschluss mangelhaft**, greifen nicht nur uU Gewährleistungsansprüche, sondern kann nach hM über deren Mangelfreiheit geirrt worden sein und ein **Eigenschaftsirrtum** vorliegen.⁸²⁾ Welche Eigenschaften für einen Eigenschaftsirrtum iSd § 871 ABGB maßgeblich sind, richtet sich nämlich nach hM und Rechtsprechung „**analog**“ **nach dem Gewährleistungsrecht**.⁸³⁾

Da der gewährleistungsrechtliche Mangelbegriff im Irrtumsrecht im beschriebenen Sinn relevant ist, muss dieser geklärt werden. Die hM⁸⁴⁾ und die Gesetzesmaterialien⁸⁵⁾ zum GewRÄG gehen zwar davon aus, dass mit der **Umsetzung der Kaufrechts-RL** keine Änderung des Mangelbegriffs des „alten“ Gewährleistungsrechts verbunden ist. Dies ist allerdings zu hinterfragen. Im Zuge der Umsetzung sind nämlich einige neue Begriffe aus der **Kaufrechts-RL** in den § 922 ABGB aufgenommen worden.⁸⁶⁾ Der Mangelbegriff ist daher im Lichte der Kaufrechts-RL und dem dortigen **Konzept der Vertragsmäßigkeit** auszulegen:

b) Konzept der Vertragsmäßigkeit

Die Kaufrechts-RL sieht in Art 2 eine **Verpflichtung zur vertragsmäßigen Lieferung** vor, wobei sich die **Vertragsmäßigkeit nach dem Kaufvertrag** richtet. Was geschuldet wird, ergibt sich demnach aus der **Parteienvereinbarung**, welche allenfalls durch die sog Vermutungstatbestände in Art 2 Abs 2 der Kaufrechts-RL ergänzt wird.⁸⁷⁾ Die Richtlinie ist allerdings in diesem Punkt auslegungsbedürftig: Bspw regelt der europäische Gesetzgeber nicht mit hinreichender Klarheit, welche Anforderungen ein „Vertrag“ iSd Kaufrechts-RL erfüllen muss, oder welche Erklärungen zu „Vertragsklauseln“ des Kaufvertrages werden, nach deren Inhalt sich die Vertragsmäßigkeit

⁷⁹⁾ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 302 ff.

⁸⁰⁾ *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 467.

⁸¹⁾ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 6.

⁸²⁾ Dazu *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 414 mwN.

⁸³⁾ Vgl dazu zB *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 14; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 871 Rz 23; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 871 Rz 12; OGH 4 Ob 11/13 s EvBl 2013/133 (*Brenn*).

⁸⁴⁾ Dazu zB *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 922 Rz 13; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 2; *Welser/B. Jud*, Gewährleistung §§ 922, 923 Rz 28; *Welser*, *ecolex* 2001, 420 f; für § 922 Abs 1 ABGB: *Kletečka*, Gewährleistung neu § 922 Rz 1 ff; *ders*, *RdW* 2001, 642.

⁸⁵⁾ RV 422 BlgNR 21. GP 13.

⁸⁶⁾ *Faber*, Handbuch 55.

⁸⁷⁾ *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 5.

keit beurteilt.⁸⁸⁾ Die Bedeutung des **Konzepts der Vertragsmäßigkeit** wird daher in der Lehre **kontrovers diskutiert**.⁸⁹⁾

Unstrittig ist allerdings wieder, dass die **Pflicht zur vertragsgemäßen Leistung** unabhängig davon besteht, ob der Verkäufer die fehlende Vertragsmäßigkeit verschuldet hat oder erkennen konnte.⁹⁰⁾ Ob auch **Rechtsmängel** von der Richtlinie erfasst werden, ist wiederum strittig.⁹¹⁾ Der weite Begriff der Vertragsmäßigkeit dürfte dafür sprechen, Rechts- und Sachmängel gleich zu behandeln.⁹²⁾ Bislang besteht zur Klarstellung kaum Judikatur des EuGH.⁹³⁾

aa) Entstehungsgeschichte

Das **Konzept der Vertragsmäßigkeit** war zunächst nicht in dieser Form vorgesehen: Das Grünbuch⁹⁴⁾ ging ursprünglich noch vom **Konzept des Schutzes „berechtigter Erwartungen des Verbrauchers“** aus.⁹⁵⁾ Die Beurteilung des Vertragsgegenstandes sollte demnach unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls aus der Perspektive eines **„objektiven Verbrauchers“** erfolgen.⁹⁶⁾ Dabei wären insb Vertragsbestimmungen, die Darbietung des Produkts, der Preis, die Marke, die Werbung über das Produkt, der Verwendungszweck etc zu bewerten. Es sollte sich dabei um ein dynamisches Konzept handeln, welches durch das Abstellen auf die berechtigten Erwartungen objektiv ausgestaltet gewesen wäre.⁹⁷⁾ Bereits im ersten Kommissionsentwurf wurde davon abgegangen und der Grundsatz, dass die Kaufsache vertragsgemäß sein muss, eingeführt. Die **Vertragsmäßigkeit** ergibt sich dabei nicht nur aus der Übereinstimmung mit den ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen, sondern auch aus der Übereinstimmung mit bestimmten Kriterien wie sie in Abs 2 (zB Übereinstimmung mit Muster, Werbung etc) festgelegt sind.⁹⁸⁾ Die Kaufrechts-RL hält nunmehr an diesem **Grundsatz der Vertragsmäßigkeit** fest.⁹⁹⁾

⁸⁸⁾ Siehe bereits *Faber*, JBl 1999, 423, der hinsichtlich der Frage, was ein Vertrag ist, eine autonome Auslegung des EuGH für wahrscheinlich hält.

⁸⁹⁾ Vgl ua *Welser/B. Jud*, Reform 72; *Faber*, Handbuch 56 f; *Kletečka*, Gewährleistung neu § 922 Rz 6; *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 11; *Krüger*, Umsetzungsdefizite der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland (2011) 26.

⁹⁰⁾ Dazu *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 2 mwN.

⁹¹⁾ Vgl zB *Welser/B. Jud*, Reform 49; *Welser*, Zum Entwurf eines neuen Gewährleistungsrechts, in FS Hempel (1997) 325; *B. Jud*, ÖJZ 1997, 442; *Heilegger*, Neue Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, RdW 1999, 663; *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 14; *Schmidt-Räntsch*, Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 1999, 298.

⁹²⁾ *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 14.

⁹³⁾ Siehe allerdings EuGH 4. 6. 2015, C-497/13, *Faber*.

⁹⁴⁾ Grünbuch, KOM (93) 509 endg.

⁹⁵⁾ Vgl *Faber*, JBl 1999, 417 f.

⁹⁶⁾ Vgl *Welser/B. Jud*, Reform 42.

⁹⁷⁾ Grünbuch, KOM (93) 509 endg, 110.

⁹⁸⁾ Begründung zu Art 2 des ersten RL-Vorschlags, KOM (95) 920, ABl C 1996/307, 12.

⁹⁹⁾ *Welser/B. Jud*, Reform 42 f.

bb) Parteienvereinbarung

Wann ein Verbrauchsgut vertragsgemäß ist, richtet sich gem Art 2 Abs 1 zunächst nach der **Parteienvereinbarung**.¹⁰⁰⁾ Die Kaufrechts-RL enthält hinsichtlich des **Inhalts oder Umfangs der Vereinbarung** keine ausdrücklichen Vorgaben.¹⁰¹⁾ Die Parteien können daher im Wesentlichen **frei** bestimmen,¹⁰²⁾ welche Merkmale und Anforderungen die Kaufsache aufweisen muss.¹⁰³⁾

cc) Vermutung der Vertragsmäßigkeit

Nach der Intention der Kaufrechts-RL soll die Anwendung des Grundsatzes der Vertragsmäßigkeit durch die Einführung einer (widerlegbaren) **Vermutung der Vertragsmäßigkeit** (Art 2 Abs 2) erleichtert werden.¹⁰⁴⁾ Die Tatbestände der Vermutungsregelung (Art 2 Abs 2) sind überwiegend **objektiv** gefasst¹⁰⁵⁾ und müssen **kumulativ** vorliegen, außer ein Tatbestandsmerkmal ist offenkundig unanwendbar.¹⁰⁶⁾

Unklar ist allerdings, wie weit diese Vermutung der Vertragsmäßigkeit geht: Stellt man auf den Wortlaut des Art 2 Abs 2¹⁰⁷⁾ ab, könnte man annehmen, dass die **Vermutung der Vertragsmäßigkeit** lediglich eine Aussage darüber trifft, was idR vertragsgemäß und daher mangelfrei ist. Widerlegt der Verbraucher die Vermutung der Vertragsmäßigkeit, indem er aufzeigt, dass das Verbrauchsgut nicht den Anforderungen des Art 2 Abs 2 entspricht, läge die einzige Sanktion im Wegfall der Vermutung der Vertragsmäßigkeit bzw Mangelfreiheit.¹⁰⁸⁾ Eine solche Auslegung dürfte allerdings nicht der Intention der Kaufrechts-RL entsprechen.¹⁰⁹⁾

Vielfach wird daher die Ansicht vertreten, dass mit der **Widerlegung der Vermutung der Vertragsmäßigkeit** durch den Verbraucher eine **Vermutung der Vertragswidrigkeit** bzw Mangelhaftigkeit einhergeht.¹¹⁰⁾ Dies wird damit begründet, dass die

¹⁰⁰⁾ Vgl *Krüger*, Umsetzungsdefizite 7; *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Richtlinie Art 2 Rz 8; *ders*, Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 298.

¹⁰¹⁾ *Krüger*, Umsetzungsdefizite 7.

¹⁰²⁾ Gewisse Grenzen gibt Art 7 sowie EG 22 vor; näher dazu *AnwKomm/Pfeiffer*, Art 2 Kauf-RL Rz 10.

¹⁰³⁾ Dazu *Krüger*, Umsetzungsdefizite 7f mwN sowie *Unberath*, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 2005, 5; aA *Micklitz*, EuZW 1999, 492; *Schlechtriem*, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, 444; *Staudenmayer*, NJW 1999, 2397.

¹⁰⁴⁾ Vgl *ErwGr* 8; dazu auch *Krüger*, Umsetzungsdefizite 8.

¹⁰⁵⁾ Vgl *Faber*, Handbuch 57 sowie *Krüger*, Umsetzungsdefizite 8.

¹⁰⁶⁾ Siehe dazu *ErwGr* 8.

¹⁰⁷⁾ Art 2 Abs 2: „Es wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie ...“.

¹⁰⁸⁾ Ähnlich *Kletečka*, Gewährleistung neu § 922 Rz 5 zu Art 2.

¹⁰⁹⁾ Vgl auch *ErwGr* 8.

¹¹⁰⁾ IdS *Faber*, Handbuch 56; *Flessner*, Richtlinie und Reform, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht 238, *Faber*, JBl 1999, 418; *Kletečka*, Gewährleistung neu § 922 Rz 6; *Welser/B. Jud*, Reform 72; krit *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, Art 2 Rz 17; *AnwKomm/Pfeiffer*, Art 2 Kauf-RL Rz 12; aA *Staudenmayer*, NJW 1999, 2394.