

Die Bewertung von Mängeln

Eine Herausforderung für Juristen und Techniker

A. Das Thema

Ist die Beurteilung von Mängeln eine technische oder eine Rechtsfrage?

Beide Fachrichtungen reklamieren die Aufgabe gerne für sich; allein das polarisierende „Oder“ in dieser Frage ist schon falsch. Denn der mit Mängeln befasste Jurist kann seine Aufgabe in den meisten Fällen nicht ohne technische Unterstützung lösen. Die Kooperation beider ist daher unumgänglich.

Wir wollen uns mit den Berührungsflächen beider Fachrichtungen auseinandersetzen; dass es fallweise auch Reibungsflächen sind, liegt in der Natur der Sache. Gegenseitiges Verständnis schadet da keinesfalls.

B. Der Mangel: ein Rechtsbegriff!

Diese Aussage, so chauvinistisch sie aus der Feder eines Juristen auch scheinen mag, ist leicht zu beweisen. Denn das größte Gelumpe – auf Hochdeutsch: eine mit schwersten technischen Mängeln behaftete Sache – ist **rechtlich** mangelfrei, wenn es der Käufer in Kenntnis seiner Beschaffenheit, die bei der Preisgestaltung berücksichtigt wurde, erwirbt. Auch Autowracks und Bauruinen sind Gegenstände des Rechtsverkehrs. Dass ein potentieller Käufer für seine preislichen Überlegungen bereits technische Hilfe, zB ein Schätzgutachten benötigen kann, schadet der These nicht.

Ob eine Sache einen technischen Mangel aufweist, ist uninteressant, so lange nicht jemand eine Rechtsfolge daraus ableitet. Dann aber ist die Beschaffenheit einer gekauften Sache oder eines hergestellten Werks stets zu messen an der getroffenen Vereinbarung. Am Beginn jeder Mängelbewertung steht daher die Feststellung des Vertragsinhalts, dessen, was geschuldet wird. Danach kann das Ergebnis auch darin bestehen, dass eine technisch makellose Ausführung **rechtlich** einen wesentlichen und daher die Wandlung rechtfertigenden Mangel aufweist, wenn sie nämlich anders vereinbart war.

Dass die Auslegung von Verträgen eine ureigene juristische Aufgabe – und Methode – ist, wird niemand bezweifeln. Aber auch hier ist bisweilen technische Hilfe vonnöten.

C. Die Auslegung

1. Allgemeines

Rechtliche Festlegungen verwenden die Sprache, und diese ist unvollkommen. Damit soll nicht ihre Ästhetik kritisiert werden, sondern die oft fehlende Präzision oder die Mehrdeutigkeit benützter Wendungen und Ausdrücke. Sprache bedarf der Auslegung, ob man das nun will oder nicht.

Den Juristen überrascht es gar nicht, Technikern ist es vielleicht nicht allgemein geläufig, dass die Methode der Auslegung nach unterschiedlichen Regeln vor sich geht, je nachdem ob ein Gesetz – eine generelle Vorschrift – oder ein Vertrag auszulegen ist.

2. Die Auslegung von Gesetzen

Generelle Rechtsvorschriften, dazu gehören eben Gesetze und Verordnungen – sie alle wenden sich an einen größeren Per-

sonenkreis –, werden **erlassen**, damit meine ich **einseitig** von einem Gesetz- oder Verordnungsgeber herausgegeben. Was der Gesetzgeber anordnen will, muss er in seinem Text zum Ausdruck bringen. Der Wortlaut des Gesetzes in seinem logischen Zusammenhang gilt auch, wenn der Gesetzgeber etwas anderes wollte, sofern dies aus dem Text nicht zu erahnen ist.

3. Die Auslegung von Verträgen

Anders liegt der Fall bei Verträgen. Diese werden von den vertragsschließenden Parteien ausgehandelt und in Zweifelsfragen kann man ja diese um Auskunft bitten, wie ein Begriff zu verstehen sei. Stimmen beide in ihrem Verständnis überein, hat der Richter kein Problem. Was aber, wenn nicht? Dann sieht § 914 ABGB vor, dass nicht am Wortlaut – **an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks** – zu haften, sondern **die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen sei, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht**.

Damit wird der Wortlaut zweitrangig, obwohl er natürlich festzustellen ist. Stärker als der Wortlaut ist die dem Vertragspartner klar zum Ausdruck gebrachte Absicht, die der andere redlicherweise gelten lassen muss, auch wenn sie vom Wortlaut abweichen sollte. Der Richter hat alle im Vorfeld des Vertragsschlusses ausgetauschten Erklärungen und Informationen zu erheben und bei Relevanz für die Kenntnisse des Empfängers – für den **Empfängerhorizont** – zu berücksichtigen.

Bleiben nach Erforschung der Vertragsabsicht immer noch Zweifel übrig, dann sind nach § 915 ABGB undeutliche Ausdrücke zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sie verwendet hat.

Ungeachtet der Tatsache, dass es sich nach ihrem Rechtscharakter um Verträge handelt, sind wie Gesetze auszulegen Kollektivverträge, ferner Satzungen und Gesellschaftsverträge gegenüber den Rechtsnachfolgern der vertragsschließenden Parteien.

4. Technische Hilfe

Sowohl bei der Auslegung von Gesetzen und Verordnungen, als auch bei der Auslegung von Verträgen kann die Hilfe eines Sachverständigen benötigt werden.

Die Beschreibung technischer Sachverhalte bedarf der Fachsprache, zumindest wird diese wohl meist verwendet werden. Rechtlich relevant ist natürlich, ob eine Partei ihrer mächtig ist. Davon abgesehen ist die Bedeutung eines Fachausdrucks, seine Reichweite etc erforderlichenfalls von einem Sachverständigen festzustellen. Die Fragestellung wird darauf abzielen, wie ein redlicher Empfänger einer mit Fachausdrücken behafteten Vertragserklärung oder einer sonst relevanten Mitteilung diese verstehen durfte. Dazu gehört auch die Auswertung der Informationen, die dem anderen Vertragsteil vor Vertragsschluss zugegangen sind oder die ihm zugänglich waren: Pläne, Skizzen, Gutachten, örtliche Gegebenheiten. All das bestimmt den so genannten **Empfängerhorizont**, an dem das Vertragsverständnis zu messen ist.

Wer einen bestimmten Ausdruck verwendet, kann diesen auch selbst definieren. Dies geschieht auch häufig, in Bauverträgen

Die Bewertung von Mängeln

zB durch eine ausführliche Leistungsbeschreibung, aber auch indirekt durch die Rezeption von Fachnormen in den Vertrag. Fehlen individualisierende Begriffsdefinitionen, dann sind Fachausdrücke so zu verstehen, wie sie von den Angehörigen des Fachs **allgemein** verstanden werden. Das Wie dem Richter zu erläutern kann Aufgabe des Sachverständigen sein.

Vom Sachverständigen wird fallweise verlangt werden, seine Ausführungen wissenschaftlich zu begründen. In Bezug auf das Verständnis von Fachausdrücken kann der Sachverständige, wenn er und die Parteien Glück haben, vielleicht auf Definitionen in Fachnormen zurückgreifen. Sofern diese Normen den meisten Verträgen zugrunde gelegt werden, können sie als **Übung des redlichen Verkehrs** auch dann zum Verständnis eines verwendeten Fachausdrucks herangezogen werden, wenn die Norm im hier strittigen Einzelfall gerade nicht vereinbart worden sein sollte.

Schwieriger ist die Feststellung einer Verkehrsübung, wenn es keine einschlägigen Lösungen in Fachnormen gibt. Dann helfen vielleicht noch Standardwerke der Fachliteratur. Fehlen auch diese, kann die Aussage des Sachverständigen unter Umständen nur mit seiner Erfahrung, aber eben nicht mit literarischen Belegstellen begründet werden. Bleiben solcherart Zweifel übrig, gilt § 915.

5. Gesetzes- und Vertragslücken

Regelt ein Gesetz einen bestimmten Sachverhalt nicht, kann dies vom Gesetzgeber beabsichtigt oder unbeabsichtigt sein. Bei Absicht ist die angeordnete Rechtsfolge auf den nicht geregelten Fall eben nicht anzuwenden: wir ziehen einen Umkehrschluss.

Unbeabsichtigte Gesetzeslücken können durch Analogie geschlossen werden. Diese besteht in der Anwendung des Gesetzes auf den nicht geregelten, aber völlig gleich gelagerten Fall. Die Rechtsprechung geht sehr vorsichtig mit Analogieschlüssen um. Sowohl die unbeabsichtigte Lücke als auch die Gleichheit des ungelösten Falls müssen unzweifelhaft feststehen.

Zur Lösung der letzteren Frage könnte auch technische Hilfe benötigt werden.

Unbeabsichtigte **Vertragslücken** sind vom Richter durch ergänzende Vertragsauslegung, nämlich mit der Feststellung zu schließen, was redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie das unregelte Problem bedacht hätten. Auch hier könnte der Sachverständige gefragt werden, was die für beide Vertragsparteien – stets unter Bedachtnahme auf transportierte Vertragsabsichten – vernünftigste Lösung gewesen wäre.

D. Der Irrtum

1. Allgemeines

Unter Berufung auf einen – rechtlich relevanten – Irrtum könnte ein Vertragsteil einen abgeschlossenen Vertrag anfechten, das heißt rückgängig machen, oder anpassen, also verändern. Die Anfechtung oder Anpassung wegen Irrtums kommt statt der Gewährleistung in jenen Fällen in Betracht, in denen ein Mangel nicht auf einer vertragswidrigen Leistung beruht, weil genau das ausgeführt wurde, was vereinbart war, sondern auf einer **fehlerhaften Vereinbarung**. Grund genug, sich beim Thema **Mängelbewertung** auch mit dem Irrtum zu befassen.

2. Begriff und Arten des Irrtums

Der Irrrende erklärt entweder etwas, was er nicht erklären will, zB wenn er einen falschen Ausdruck wählt, sich verspricht, verschreibt oder etwas unterschreibt, was er missversteht; oder er erklärt genau das, was er erklären will, von dem er aber eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hat.

Im ersten Fall liegt ein **Erklärungsirrtum** vor, im zweiten ein **Geschäftsirrtum**, wenn sich die falsche Vorstellung auf den Vertragsinhalt oder die Person des Vertragspartners bezieht. Diese Irrtumsarten sind zur Anfechtung/Anpassung des Vertrages grundsätzlich geeignet, im Gegensatz zum **Motivirrtum**, der sich auf Umstände bezieht, die außerhalb des Vertrages liegen, so zB im Beweggrund. Da auch Beweggründe zur Bedingung des Vertrages gemacht werden können und dann Vertragsinhalt werden, können sie dann auch von einem anfechtungsrelevanten Geschäftsirrtum befallen sein.

Der **Kalkulationsirrtum** ist seiner Natur nach Motivirrtum; wird die Kalkulation aber vor Vertragsschluss offen gelegt und der Vertrag auf ihrer Grundlage geschlossen, ist die Kalkulation Geschäftsinhalt und der Kalkulationsirrtum plötzlich Geschäftsirrtum.

Zu unterscheiden sind ferner der wesentliche Irrtum, ohne den der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre; seine Folge ist die Anfechtungsbefugnis; und der unwesentliche Irrtum, der nur zur Anpassung berechtigt.

3. Vertrauensschutz

Der redliche Empfänger einer irrtümlichen Erklärung – der also nichts vom Irrtum weiß, wird der Erklärung vertrauen und sich nach ihr richten. Seine Begeisterung über die nachträgliche Geltendmachung eines Irrtums wird sich sehr in Grenzen halten. Er ist daher grundsätzlich in seinem berechtigten Vertrauen auf die Erklärung, wie er sie als redlicher Erklärungsempfänger verstehen durfte, zu schützen.

In den Fällen des § 871 ABGB fehlt allerdings das berechtigte Vertrauen und damit der Schutz der Erklärungsempfängers gegen die Irrtumsanfechtung: wenn nämlich

- der Irrtum vom anderen veranlasst wurde,
- ihm offenbar auffallen musste oder
- rechtzeitig aufgeklärt wurde.

Veranlasst wird ein Irrtum nicht etwa nur absichtlich, dann hätten wir es mit List zu tun; sondern durch jedes auch schuldlose Verhalten, das den Irrtum des anderen verursacht. Der Veranlasser des Irrtums muss sich dessen nicht einmal bewusst sein. Veranlasst wird ein Irrtum auch durch die Unterlassung der geschuldeten oder erwartbaren Aufklärung über wesentliche Umstände, so auch über Eigenschaften der geschuldeten Leistung; oder durch die Verletzung der werkvertraglichen Warnpflicht, die auch schon als vorvertragliche Verpflichtung bestehen kann.

Dass ein Irrtum auffallen musste, aber nicht aufgefallen ist, begründet einen Verschuldensvorwurf. Verlangt wird die im Geschäftsverkehr übliche Aufmerksamkeit, zu beachten sind alle Äußerungen des Gegners, auch die von ihm erwähnten Beweggründe, wenn daraus Verdacht auf den obwaltenden Irrtum zu schöpfen war.

Rechtzeitig aufgeklärt ist der Irrtum, bevor im Vertrauen auf ihn disponiert wurde. Zur Disposition zählt auch die Unterlassung eines anderen Vertragsabschlusses.

4. Folgen

Bei wesentlichem Irrtum kann der Irrrende zwischen Anfechtung und Anpassung wählen. Beides bedarf der Klage oder der Einrede innerhalb der Verjährungsfrist von 3 Jahren ab Vertragsschluss, nicht ab Aufklärung des Irrtums.

Für die Anpassung genügt ein unwesentlicher Irrtum. Sie setzt aber die Annahme voraus, dass der Irrtumsgegner auch zu den geänderten Bedingungen kontrahiert hätte. Eine Preisanpassung des Billigstbieters nach einer Ausschreibung wird diese Hypothese nur bis zum Preis des Zweitbieters rechtfertigen.

Die Bewertung von Mängeln

Erfolgreiche Anfechtung führt zur Rückabwicklung des Geschäfts unter dem Prinzip, dass kein Teil auf Kosten des anderen bereichert werden soll. Unmöglichkeit der Restitution hindert die Anfechtung nicht, ein allenfalls verbleibender oder sonst verschaffter Nutzen ist nach dem Verkehrswert zu vergüten.

Für die irrtumsrechtliche Preisanpassung gelten die gleichen Regeln, wie für die Preisminderung nach Gewährleistungsrecht. Anzustellen wäre unter Umständen eine Verhältnisrechnung, nach der der neue Preis im Verhältnis des Werts der mangelfreien Sache zum Wert der mangelhaften Sache ermittelt wird. Auch eine Bewertung nach offen gelegter Kalkulation kommt in Betracht.

5. Technische Fragen

In Fällen der Irrtumsanfechtung oder -anpassung sind zunächst die selben Fragen, die bei der Vertragsauslegung gestellt wurden, relevant, da die Beurteilung, ob eine Vertragserklärung von einem Irrtum behaftet ist, die Feststellung des objektiven Werts dieser Erklärung – wie sie vom anderen verstanden werden durfte – vorauszugehen hat.

Ob eine Prozesspartei ihren behaupteten Irrtum beweisen kann, wird möglicherweise von der Würdigung von Indizien abhängen, deren Bewertung fachlichen Sachverstand erfordern kann.

Schließlich ist die Mitwirkung eines Sachverständigen geboten, wenn die Höhe der aus Anfechtung oder Anpassung abgeleiteten Ansprüche strittig ist. Die Bewertung nicht restituierbarer Leistungen zum Zwecke der Bestimmung eines Ersatzbetrages, die Verhältnisrechnung für eine Preisanpassung oder die Beurteilung einer Kalkulation werden nicht ohne den Sachverständigen anzustellen sein, denn **iudex** bekanntlich **non calulat**.

E. Der Verzug

1. Allgemeines

Der Vertrag ist wirksam abgeschlossen worden und soll nun erfüllt werden, er wird es aber nicht. Diese Krise kann von Beginn an, also gleich nach Vertragsschluss eintreten, oder nach teilweiser Erfüllung des Vertrages hinsichtlich des Rests. Auch Mängel der Leistung führen zu Verzugsfolgen.

2. Begriff des Verzugs

Der **Schuldner** gerät in Verzug, wenn er nicht vertragsgemäß erfüllt, die Leistung also nicht zur richtigen Zeit, nicht am richtigen Ort oder nicht auf die bedungene Weise = mangelhaft erbringt.

Vom Schuldnerverzug ist der **Gläubigerverzug** zu unterscheiden, der vorliegt, wenn der Gläubiger die ihm vertragsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt, also die Annahme grundlos verweigert. Annahmeverzug führt zur Fiktion der ordnungsgemäßen Erfüllung mit den damit verbundenen Rechtsfolgen wie zB Gefahrenübergang, Fälligkeit des Werklohns, Beginn der Gewährleistungsfrist ua.

Der Schuldnerverzug gibt dem Gläubiger die Wahl zwischen der Klage auf Erfüllung des Vertrages und dem Rücktritt vom Vertrag; letzterer ist mit einer angemessenen Nachfrist zu verbinden.

3. Technische Fragen

Selbstverständlich können auch in Fällen des Verzuges zunächst Fragen der Vertragsauslegung strittig sein, die nicht ohne technischen Support gelöst werden können.

Im Zusammenhang mit der Rechtzeitigkeit einer Leistung können Behinderungen und Erschwernisse der Leistungserbrin-

gung eingewendet werden, die einer fachlichen Beurteilung bedürfen.

Schließlich ist die Vertragsgemäßheit der Leistung bzw ihre Mangelhaftigkeit technisch zu beurteilen, und zwar sowohl in den Fällen des Gläubiger- als auch des Schuldnerverzugs.

Hingegen ist die **Angemessenheit** der gesetzten **Nachfrist** primär Rechtsfrage, weil sie nicht nach der Realisierbarkeit der Leistung innerhalb der Frist auszumessen ist, sondern vom Ausmaß des bisherigen Verzugs abhängt.

Beim wirksamen Rücktritt von der restlichen Vertragserfüllung nach erbrachter Teilleistung ist – zweckmäßigerweise schon im Rahmen einer Beweissicherung – die erbrachte, für den Auftraggeber brauchbare und von ihm zu übernehmende Teilleistung von der nicht erbrachten bzw unbrauchbaren abzugrenzen und sodann nach den dafür vereinbarten Preisen zu bewerten.

Eine Folge des schuldhaften Verzuges ist ferner der Schadenersatz, der die Feststellung der Schadenshöhe – selbstverständlich nur im Rahmen der Prozessbehauptungen – erforderlich macht. Zu prüfen sind gegebenenfalls die Angemessenheit der Kosten für die Ersatzbeschaffung, hier unter Berücksichtigung der Schadensminderungspflicht, der Kosten für die Sanierung von Mängeln, die Höhe des Verspätungsschadens uam.

F. Gewährleistung

1. Begriff der Gewährleistung

Während Verzug und Rücktritt vom Vertrag nur vor der Erfüllung des Vertrages möglich sind, beginnt die Gewährleistung erst mit derselben. Sie besteht in der Haftung des Übergebers für Mängel seiner Leistung. Diese Haftung gilt grundsätzlich für alle entgeltlichen Verträge, ausgenommen ist der Dienstvertrag.

2. Reform des Gewährleistungsrechts

Für Verträge, die nach dem 31. 12. 2001 geschlossen wurden, gilt das Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz (GewRÄG), BGBl I 2001/48. Diese Reform setzt die Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in der österreichischen innerstaatlichen Rechtsordnung um und führt den Vorrang der Verbesserung vor der Wandlung und der Preisminderung – auch für das Schadenersatzrecht – ein. Dieser Eingriff des Gesetzgebers wurde notwendig, weil ein gewährleistungspflichtiger Mangel seit der Änderung der Judikatur im Jahre 1990 auch als Schaden angesehen wird, für den sogleich Ersatz in Geld verlangt werden konnte, so dass der Unternehmer die für ihn lebenswichtige Verbesserungschance verlor.

3. Begriff des Mangels

Der Übergeber einer Sache leistet dem Übernehmer Gewähr, **dass sie dem Vertrag entspricht, also dafür, dass sie die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden kann** (§ 922 Abs 1 ABGB).

Mangel ist das Fehlen von Eigenschaften, und zwar

- der gewöhnlich vorausgesetzten oder
- der bedungenen Eigenschaften.

a) Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften müssen vertraglich nicht erwähnt oder beschrieben werden, sie werden mit der vertraglichen Leistung als begriffsimmanent verbunden. Der Übergeber haftet für sie, wenn er nicht ihr Fehlen aufzeigt und vereinbart. Die Unterlassung der Aufklärung über das Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften veranlasst auch den Irrtum des Übernehmers (s o).

Die Bewertung von Mängeln

Ob eine Eigenschaft gewöhnlich vorausgesetzt wird, ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Die Verkehrsauffassung kann eine Fachfrage sein, die die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich machen kann.

Bei Bauwerkverträgen wird gewöhnlich vorausgesetzt, dass das Bauwerk den einschlägigen Bauvorschriften, der Baubewilligung und dem Stand der Technik entspricht. Auch diese Beurteilung wird durch den Fachmann zu treffen sein.

Dass ein Bauwerk den einschlägigen Normen zu entsprechen hätte, wird nicht gewöhnlich vorausgesetzt, sondern besonders zu vereinbaren sein. In Normen enthaltene technische Lösungen entsprechen zwar meist, aber auch nicht immer, dem Stand der Technik, und sie stellen nicht unbedingt die einzige brauchbare Lösung dar. Eine technische Lösung kann daher auch dann dem Stand der Technik entsprechen, wenn sie in keiner Norm dargestellt wird. Dass Normen durch den Fortschritt überholt werden, kommt gleichfalls vor.

b) Die Zusicherung von Eigenschaften wird angenommen,

- wenn dem Übergeber der vom Übernehmer angestrebte Verwendungszweck bekannt ist und dieser die Eigenschaft voraussetzt;
- wenn der Übergeber die gewünschte Eigenschaft kennt und ihr Fehlen verschweigt;
- wenn die Eigenschaft vorgelegten Proben und Mustern anhaftet;
- wenn die Eigenschaft in öffentlichen Äußerungen des Herstellers, des Importeurs oder des Übergebers in der Werbung, in Gebrauchsanweisungen usw. angeführt ist und dies den Kaufentschluss beeinflusst hat.

c) Kein Mangel ist ein vereinbarter negativer Zustand, zB eine halbfertige Wohnung. Negative vereinbarte Eigenschaften führen zur Vertragsmäßigkeit derselben.

d) Fällt ein Mangel bei Vertragsschluss in die Augen – dies ist natürlich nur beim Kauf, nicht beim Werkvertrag möglich –, war der Mangel bei Vertragsschluss bekannt oder als Belastung aus dem Grundbuch ersichtlich, entfällt die Gewährleistung, außer bei List und Zusage der Lastenfreiheit.

Offenkundige Mängel sind im Preis zu berücksichtigen.

e) Kein Mangel im Rechtssinn ist ferner der **unerhebliche Mangel**, den kein vernünftiger Mensch als Nachteil empfindet (auch **hinzunehmende Unregelmäßigkeit**).

Begrifflich zu differenzieren ist ferner nach behebbaren, unbehebba- ren und geringfügigen Mängeln. An diese Unterscheidung knüpfen sich die verschiedenen Gewährleistungsansprüche, siehe im Folgenden.

4. Relevanter Zeitpunkt

Der Mangel muss im Zeitpunkt der Übergabe der Sache dieser bereits anhaften. Auch für latent vorhandene, jedoch noch nicht sichtbare Mängel ist einzustehen.

Wenn der Mangel innerhalb von 6 Monaten nach der Übergabe hervorkommt, wird gemäß § 924 idF GewRÄG (widerleglich) vermutet, dass er bei der Übergabe bereits vorhanden war. Die Vermutung tritt aber nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist, zB bei typischen Abnützungen: Bremsbeläge, Verschleißteile, Verkalkung des Geschirrspülers, oder bei Beschädigungen durch äußere Gewalteinwirkung.

Die Vermutung gilt aber auch für gebrauchte Kaufgegenstände und kann im Verbrauchergeschäft vertraglich nicht ausgeschlossen werden (§ 9 KSchG). Hier hilft nur die Beschreibung des Mangels beim Vertragsschluss. Für gebrauchte beweg-

liche Sachen kann die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden.

Zur Wahrung der Vermutungsfrist ist eine Rüge des Mangels innerhalb der 6-Monatsfrist nicht erforderlich, aber samt Beschreibung des Mangels empfehlenswert, weil die Beweislast für das fristgerechte **Hervorkommen** den Übernehmer trifft.

5. Ansprüche

Die aus der Gewährleistung ableitbaren Ansprüche sind je nach der Art des Mangels verschieden.

a) Primäre Ansprüche: Verbesserung oder Austausch

Voraussetzung für die Verbesserung ist die Behebbarkeit des Mangels. Diese fehlt, wenn

- die Verbesserung oder der Austausch unmöglich
- oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind.

Der Übernehmer hat grundsätzlich die Wahl zwischen Verbesserung und Austausch, außer bei Unmöglichkeit oder bei Unverhältnismäßigkeit des mit dem gewählten Anspruch verbundenen Aufwands; diesfalls kann der Übergeber den gewählten Anspruch ablehnen. Der Übernehmer hat dann nur den anderen Anspruch.

Austausch kommt außerdem nur beim Gattungskauf in Frage, das ist der Kauf einer durch Gattungsmerkmale bestimmten Sache, zB eines Kühlschranks.

Sind Verbesserung und Austausch unmöglich oder unverhältnismäßig, kommen die sekundären Ansprüche zum Tragen.

Unmöglichkeit der Verbesserung:

Die Verbesserung – der Austausch – können aus tatsächlichen Gründen unmöglich sein. Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn die Sache verändert werden müsste, oder wenn die Verbesserung nicht in absehbarer Zeit bewerkstelligt werden kann. Unvermögen des Unternehmers bedeutet nicht die Unmöglichkeit, da die Verbesserung durch Dritte – in Sub – bewerkstelligt werden kann.

Führt der Übernehmer die Unmöglichkeit selbst herbei – etwa durch Verweigerung des Zugangs oder einer sonst notwendigen Mitwirkung – kann er sich nicht auf die Unmöglichkeit der Verbesserung berufen.

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebungskosten:

Der Aufwand der Verbesserung (des Austauschs) ist im Vergleich mit dem der anderen primären Abhilfe unverhältnismäßig hoch. Dabei sind zu berücksichtigen:

- der Wert der mängelfreien Sache: ein höherer Wert rechtfertigt auch einen höheren Aufwand, ein geringerer Wert eher den Austausch;
- die Schwere des Mangels: eine starke Beeinträchtigung rechtfertigt einen höheren Behebungsaufwand; der Maßstab ist der erreichbare Erfolg; zu berücksichtigen ist die Relation von Aufwand und Vorteil der Verbesserung;
- die mit der anderen (primären) Abhilfe (dem Austausch) für den Übernehmer verbundene Unannehmlichkeit. Das Gewicht derselben kann die Wahl des anderen (primären) Rechtsbehelfs trotz höherer Kosten rechtfertigen.

Frist und Modalität der Behebung:

Die Verbesserung und der Austausch sind in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer auf Kosten des Übergebers am ursprünglichen Erfüllungsort zu bewirken.

Die Bewertung von Mängeln

Für die Ausmessung der Frist sind die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen, somit ist auf die konkreten Umstände Bedacht zu nehmen. Maßgebliche Kriterien könnten sein:

- der vereinbarte oder für den Übergeber wenigstens erkennbare Verwendungszweck;
- Funktionsunfähigkeit oder bloßer Schönheitsfehler;
- verstrichene Zeit bis zur Mängelrüge;
- vom Unternehmer benötigte Zeit für Vorbereitung und Durchführung der Verbesserung.

Die Frist muss vom Übernehmer nicht gesetzt werden, sie ist vom Übergeber selbst wahrzunehmen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch eine Fristsetzung zu empfehlen.

b) Sekundäre Ansprüche: Wandlung, Preisminderung

Die sekundären Ansprüche sind nur bei Vorliegen einer der folgenden Voraussetzungen zulässig:

Gründe des Übergebers:

- Unverhältnismäßigkeit der Behebungskosten;
- Unmöglichkeit der Verbesserung oder des Austausches.

Gründe des Übernehmers:

- Verweigerung oder Verzögerung der Verbesserung oder des Austausches;
- Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer;
- Unzumutbarkeit aus Gründen, die in der Person des Übergebers gelegen sind.

Wandlung:

Dem Übernehmer gebührt bei Erreichen der sekundären Ebene die Wandlung, wenn der Mangel nicht geringfügig ist. Wandlung ist die Rückabwicklung des Vertrages: Rückgabe, Rückzahlung; Verlust des noch offenen Kaufpreises (des Werklohns). Beseitigung der unbrauchbaren Sache auf Kosten des Gewährleistungspflichtigen.

Nicht geringfügiger Mangel:

Ob ein Mangel geringfügig ist, entscheidet eine Interessenabwägung nach folgenden Kriterien (OGH 21. 7. 2005, 8 Ob 63/05f = RdW 2005, 816):

- Folgen der Vertragsaufhebung für beide Parteien;
- Schwere des Mangels, bewertet nach objektiven Gesichtspunkten;
- Subjektives Gewicht des Mangels, wenn dieses dem Übergeber bei Vertragsschluss erkennbar war;
- Der Wertverlust der Sache wird nur bis zum Zeitpunkt der Ablehnung des Wandlungsbegehrens berechnet; der Wertverlust während des Verfahrens bleibt unberücksichtigt.
- Das Fehlen einer bedungenen Eigenschaft ist kein geringfügiger Mangel (OGH 15. 2. 2006, 7 Ob 239/05f = ecolex 06/228, dazu *Wilhelm*).
- Verhinderung des ordentlichen Gebrauchs der Sache, der sich nach Vertrag und Verkehrsauffassung bestimmt.
- Überwiegen der Nachteile für den Übergeber gegenüber den Vorteilen für den Übernehmer, wenn die Wandlung eine unverhältnismäßige Sanktion darstellen würde.

Unmöglichkeit der Rückgabe:

Ist die **Rückgabe** der mangelhaften Sache nicht mehr möglich, so wird danach differenziert, ob die Unmöglichkeit vom Gläubiger verschuldet wurde; diesfalls haftet er für Schadenersatz; oder nicht verschuldet wurde: dann bleibt das Wandlungsrecht erhalten.

Preisminderung:

Sie gebührt dem Übernehmer nach Erreichen der sekundären Stufe, wenn der Mangel **geringfügig** ist, wenn also auf Grund

der oben dargestellten Interessensabwägung die Wandlung ausgeschlossen ist. Der Wandlungsberechtigte kann sich aber auch mit Preisminderung begnügen.

Der vereinbarte Preis wird im Verhältnis des Werts der mangelhaften zur mangelhaften Sache abgemindert. Der Gewährleistungspflichtige hat nicht den Einwand, wegen des geringen vereinbarten Preises nichts Besseres liefern zu können.

Da die Verhältnisrechnung sehr aufwändig sein kann, hat der Richter auch die Möglichkeit, die Preisminderung nach freiem Ermessen festzusetzen.

6. Fristen

Gewährleistungsansprüche **verjähren**

- bezüglich beweglicher Sachen in zwei Jahren;
- bezüglich unbeweglicher Sachen in drei Jahren

jeweils berechnet ab Übergabe der Sache.

7. Sachverständiger und Gewährleistung

Technische Hilfestellung durch den Sachverständigen wird nahezu in jeder Auseinandersetzung, in der es um eine mangelhafte Vertragserfüllung geht, erforderlich sein. Die häufigsten Anforderungen an den Sachverständigen sind:

- Hilfe bei der Auslegung des Vertrages, Erklärung von Fachausdrücken;
- Darstellung des Standes der Technik, der technischen Normen, der Verkehrsüblichkeit;
- Beurteilung der erbrachten Leistung als mangelhaft bzw als mangelfrei;
- Möglichkeit/Unmöglichkeit der Behebung; Beschreibung der mit der Behebung verbundenen Belästigungen und Unannehmlichkeiten;
- Ermittlung des Behebungsaufwands, Einschätzung der Verhältnismäßigkeit von Behebung und Austausch;
- Kosten der Wandlung;
- Beurteilung der mit dem unbehobenen Mangel verbundenen Nachteile;
- Berechnung der Preisminderung nach der Verhältnisrechnung.

G. Schadenersatz

1. Überblick

Das Schadenersatzrecht ist ein sehr weitläufiges Gebiet, das von der Enteignung bis zum Erfüllungsinteresse für Vertragsverletzungen reicht. Wir schränken es daher auf jene Themen ein, die mit Mängeln einer vertraglichen Leistung zusammenhängen. Die Ausführlichkeit der folgenden Darstellung soll aber einen Einblick in die Struktur des Schadenersatzrechts geben, die sich von der des Gewährleistungsrechts doch erheblich unterscheidet.

Wir begeben uns zur **Verschuldenshaftung**. Diese knüpft die Schadenersatzpflicht an ein schuldhaftes, rechtswidriges Verhalten eines Schädigers, das einen Schaden verursacht; im Gegensatz zur **Gefährdungshaftung**, bei der der Schaden durch einen rechtmäßigen, aber gefährlichen Betrieb herbeigeführt wird; oder zur **Eingriffshaftung**, die den Ausgleich rechtmäßiger Eingriffe in fremdes Gut (zB durch Enteignung) behandelt.

Eine Komponente der Verschuldenshaftung ist die **Rechtswidrigkeit** des schädigenden Verhaltens; diese kann in einer **Vertragsverletzung** oder in der Verletzung einer anderen Rechtsnorm gelegen sein, dann sprechen wir von **deliktischer Haftung**. Bei der deliktischen Haftung werden vom Schädiger Pflichten verletzt, die er gegenüber jedemmann zu erfüllen hat. Diese Haftung hat mit unserem Gegenstand nichts zu tun.

Die Bewertung von Mängeln

Voraussetzung für die Haftung für Mängel ist daher stets das Vorliegen einer Vertragsbeziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten, allenfalls einer vorvertraglichen Beziehung, die bereits Schutz- und Sorgfaltspflichten zwischen den künftigen Vertragsparteien entfaltet, so zB Aufklärungs- und Warnpflichten.

Die schadenersatzrechtliche Haftung für Vertragsverletzungen hat gegenüber der deliktischen Haftung die Besonderheit, dass die Vertragsparteien einander nicht nur für ihr eigenes Verschulden, sondern auch für das ihrer Erfüllungsgehilfen einzustehen haben (§ 1313a ABGB); ferner dass der Geschädigte das Verschulden seines Vertragspartners an der Vertragsverletzung nicht beweisen muss, sondern der Schädiger den Entlastungsbeweis anzutreten hat (§ 1298 ABGB).

2. Schadensbegriff

Schaden ist jeder Nachteil am Vermögen, an Rechten oder an der Person.

Das Gesetz differenziert die schadenersatzrechtlichen Folgen nach verschiedenen Arten der Schädigung. Die Vielfalt der Unterscheidungen kann hier nur angedeutet werden:

- materieller – immaterieller Schaden: letzterer bedarf einer speziellen gesetzlichen Regelung (zB § 1325: Schmerzensgeld), sonst wäre er nicht ersatzfähig;
- eigentlicher Schaden – entgangener Gewinn: letzterer wird nur ersetzt bei grobem Verschulden und im Unternehmergeschäft;
- unmittelbarer – mittelbarer Schaden: letzterer tritt bei Dritten, Vierten usw und außerhalb der direkten Rechtsbeziehung ein und wird grundsätzlich nicht ersetzt, nur ausnahmsweise, etwa bei Schadensverlagerung auf den Dritten.
- Mangelschaden: der in einem Mangel der geschuldeten Leistung selbst bestehende Schaden (zB undichtes Dach beim Gewerk des Dachdeckers);
- Mangelfolgeschaden: der durch einen Mangel verursachte weitergehende Schaden, zB Hausschwamm im Dachstuhl.

Für die Berechnung des Schadens wendet man die **Differenzmethode** an: ermittelt wird der Unterschied des Werts einer beschädigten Sache vor und nach der Beschädigung; beim Vermögensschaden des Vermögens vor und nach der Schädigung. Bei der Schadensberechnung sind zu berücksichtigen:

- Zeitwert
- Vorteilsausgleich
- Sowieso-Aufwand
- höherer Wert des Ersatzes bei Verbesserung
- Neu für Alt.

Geringer Zeitwert einer beschädigten Sache kann dazu führen, dass die Reparatur nicht ersetzt wird.

Arten des Schadenersatzes:

Erfüllungsinteresse: Der durch eine Vertragsverletzung geschädigte Vertragspartner ist vom Schädiger so zu stellen, wie er ohne Vertragsverletzung, also bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stehen würde. Dieser Anspruch setzt einen gültigen Vertrag voraus; die Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung liegt in der Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages. Davon zu unterscheiden ist das

Vertrauensinteresse: Darunter ist jener Schaden zu verstehen, der dem Geschädigten im Vertrauen auf die Gültigkeit eines Vertrages dadurch erwächst, dass der Vertrag aus dem vom Schädiger zu vertretenden Verschulden nicht oder nicht mit dem richtigen Inhalt zustande kommt. Das Vertrauensinteresse schuldet zB der Unternehmer, der im vorvertraglichen oder im vertraglichen Stadium die Warnpflicht verletzt, wenn bei gehöriger Warnung andere Aufträge zu erteilen gewesen wären und so ein frustrierter Aufwand entstanden ist.

Naturalersatz: Darunter versteht man die Behebung des Schadens in Natur, zB durch Reparatur, Sanierung, Austausch. Ist Naturalersatz **nicht tunlich**, gebührt dem Geschädigten statt dessen

Geldersatz in Höhe des Schätzwertes. Ob Naturalersatz tunlich ist, bestimmt im Zweifel der Geschädigte; auf Grund des GewRAG hat der Naturalersatz Vorrang bei Mangelschäden, dh der Unternehmer hat auch nach Schadenersatzrecht grundsätzlich Anspruch darauf, behebbare Mängel selbst beheben zu dürfen.

Überschiessende Naturalherstellung: Lässt der Geschädigte, der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse hat, selbst den Schaden beheben, hat er grundsätzlich gegenüber dem Schädiger Anspruch auf Ersatz der Behebungskosten (hier einmal abgesehen von dem allfälligen Recht des Schädigers, Mängel selbst zu beheben). Die Höhe dieses Ersatzanspruches ist mit den Kosten, die zur Herstellung des **vertragsgemäßen Zustandes** nötig sind, begrenzt. Wendet der Geschädigte mehr auf, etwa um eine verbesserte Lösung zu erzielen, hat er die Differenz selbst zu tragen.

Deckungskapital: Wer Anspruch auf Ersatz von Behebungskosten hat, kann diese auch vorschussweise als Deckungskapital für die zu erwartenden angemessenen Kosten geltend machen. Er kann dieses Kapital dann auch für eine andere Art der Sanierung verwenden.

3. Verursachung

Die Handlung oder die Unterlassung des Schädigers müssen Ursache des Schadens sein.

Eine Handlung ist ursächlich, wenn ohne sie der Schaden nicht eingetreten wäre (conditio sine qua non).

Eine Unterlassung ist ursächlich, wenn sie eine Handlungspflicht verletzt und der Schaden bei Vornahme der Handlung unterblieben wäre.

Sonderfälle:

In folgenden Fällen wird der Grundsatz der conditio sine qua non durchbrochen:

– **Alternative Kausalität:** von zwei oder mehreren möglichen und konkret gefährlichen Ursachen kann nur eine wirklich kausal sein, man weiß aber nicht, welche.

Lösung: Solidarhaftung mit Beweislastumkehr (Haftung für potentielle Kausalität bei konkreter Gefährlichkeit); bei Zusammentreffen von Verschulden und Zufall: Schadensteilung.

– **Kumulative Kausalität:** zwei oder mehrere Ursachen führen den schädlichen Erfolg herbei, hätten aber auch einzeln den Schaden bewirkt.

Lösung: Solidarhaftung aller Täter.

– **Überholende Kausalität:** von zwei nacheinander wirksamen Bedingungen führt die erste den Schaden real herbei, die zweite hätte ihn gleichfalls bewirkt.

Lösung: es haftet der erste Verursacher für den Zeitraum, der vor dem Eintritt des hypothetischen Ereignisses liegt. Das hypothetische Ereignis bleibt unberücksichtigt, soweit es nicht für die Schadensberechnung maßgeblich ist. Zur Berücksichtigung muss feststehen, zu welchem Zeitpunkt es wirksam geworden wäre. Dies gilt auch für Anlageschäden (RdW 2002, 644).

Anlageschäden: Eine bereits schadhafte Sache wird zerstört. War die Sache im Zeitpunkt der realen Schädigung bereits konkret gefährdet, wird der gemeine Wert der Sache gemindert. Die Ersatzpflicht kann uU auch ganz entfallen.

4. Adäquanz

Von allen **Bedingungen sine qua non** sind nur jene Ursache

Die Bewertung von Mängeln

im Rechtssinn, die generell und abstrakt betrachtet typisch geeignet sind, einen Schaden dieser Art herbeizuführen.

Bei der Adäquanztprüfung werden gänzlich unvorhersehbare, untypische Schadensfolgen, die nur durch eine unvorhersehbare Verkettung von Ereignissen eingetreten sind, dem kausal Handelnden nicht zugerechnet.

5. Rechtswidrigkeit

Hier setzt die Unterscheidung zwischen Vertragsverletzung und Delikt ein, s. o. Nach der Haftung für Vertragsverletzung beurteilt werden auch folgende Rechtsbeziehungen:

– **Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter:** bestimmte Verträge, so auch der Werkvertrag, entfalten (vertragliche) Schutzwirkungen nicht nur gegenüber dem Vertragspartner selbst, sondern auch gegenüber anderen Personen, die von Anfang an mit der Hauptleistung in Berührung kommen.

– **Haftung für vorvertragliches Verschulden (CIC):** schon vor Vertragsschluss bestehen wechselseitige Schutz- und Sorgfaltspflichten der künftigen (potentiellen) Vertragspartner, deren Verletzung zum Schadenersatz nach den Regeln der Vertragshaftung verpflichtet.

6. Verschulden

Das **rechtswidrige** Verhalten ist dem Täter auch **vorwerfbar**, da er anders handeln hätte können.

Das Verschulden fehlt bei mangelnder Deliktsfähigkeit, Notstand, entschuldbarem Irrtum.

Verschuldensgrade sind

Vorsatz: der Schaden wird absichtlich herbeigeführt; der Täter **will** den Schaden;

Fahrlässigkeit: der Schädiger lässt die gebotene Sorgfalt außer Acht.

Für die Frage, was unter **gebotener Sorgfalt** zu verstehen sei, wird die Sorgfalt des Durchschnittsmenschen als Maßstab herangezogen. Infolge der damit verbundenen notwendigen Wertung kann der Beweis des Verschuldens uU schwierig sein (vgl den Sorgfaltsmaßstab bei Sachverständigen).

Grobe Fahrlässigkeit: ungewöhnliche und auffallende Nachlässigkeit; der Schadenseintritt ist als sehr wahrscheinlich vorhersehbar;

Leichte Fahrlässigkeit: die gewöhnliche Nachlässigkeit.

Haftung des Sachverständigen: Maßstab ist der durchschnittliche **Fachmann**. Für dessen Kenntnisse ist einzustehen. Die Haftung trifft jeden, der sich auf eine qualifizierte Arbeit einlässt, auch den gewerberechtlich Unbefugten.

7. Mehrere Schädiger:

Kann der Schadensanteil dem einzelnen Täter zugeordnet werden, haftet der Schädiger nur für den von ihm verursachten Schadensanteil, anderenfalls haften mehrere Schädiger solidarisch. Diese Solidarhaftung kann sich auf die Verletzung ganz unterschiedlicher vertraglicher oder sonstiger Pflichten gründen.

Der in Anspruch genommene Solidarschuldner ist im Umfang seiner Solidarschuld zur Zahlung an den Gläubiger berechtigt und verpflichtet. Im Innenverhältnis steht dem Zahler der Regress gegen die Mitschädiger nach dem zwischen diesen allenfalls bestehenden besonderen Verhältnis, im Zweifel nach Kopfquoten, zu.

General- und Subunternehmer sind dem Bauherrn gegenüber **nicht** Solidarschuldner, da der Subunternehmer dem Bauherrn nicht direkt haftet, außer bei deliktischer Schadenszufügung.

8. Mitverschulden des Geschädigten:

Der Anspruch des Geschädigten wird gekürzt, wenn dem Geschädigten adäquat schadenskausale Sorglosigkeit in eigener Sache vorgeworfen werden kann.

9. Schadensminderungspflicht:

Der Geschädigte verliert insoweit den Ersatzanspruch, als er es versäumt hat, den Schaden gering zu halten.

10. Verjährung

Schadenersatzansprüche verjähren in drei Jahren ab dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte Kenntnis von **Schaden und Schädiger**, dh von dem gesamten anspruchsbegründenden Sachverhalt erlangt hat, nicht aber vor dem Eintritt eines Schadens. Kenntnis der Höhe ist für den Beginn der Verjährungsfrist nicht erforderlich. Dem Geschädigten kann die Einholung von Auskünften, zB Gutachten, zumutbar sein. Dann beginnt der Fristenlauf mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte bei gehöriger Erkundigung Kenntnis von den Umständen erlangt hätte.

Ein Vermögensschaden, der in einem (Reparatur- oder anderem) Aufwand besteht, **entsteht** mit Abschluss des Werkvertrages, der den Aufwand (als Verbindlichkeit zur Zahlung eines Werklohns) auslöst, nicht erst mit Rechnungslegung und Bezahlung der Reparatur.

11. Technische Fragen

Auch im Schadenersatzrecht in dem hier betrachteten Zusammenhang ist die Feststellung der vertraglich geschuldeten Leistung erforderlich, zu der der Sachverständige als Interpret seiner Fachsprache und dessen, was gewöhnlich vorausgesetzt wird, hilfreich beitragen kann.

Mängel werden von ihren Urhebern gerne als solche bestritten und sind dann gutachtlich aufzuklären. Dazu gehört dann natürlich auch die Bewertung der Schadensfolgen, der Sanierungskosten, der Wertminderung bei unbehobenen Schäden usw.

Fachliche Fragen der Kausalität stellen sich vor allem, wenn mehrere Verursacher in Betracht kommen und jeder die Verantwortung ablehnt. Fragen nach dem was gewesen wäre, wenn ... haben schon manchem Sachverständigen Kopfzerbrechen bereitet – und Nerven gekostet.

Natürlich ist auch die Adäquanzt einer Schadensfolge eine Rechtsfrage, was aber als Folge typisch ist, kann oft nur der Fachmann beantworten.

Und nicht zuletzt wird der Sachverständige zu Wort kommen bei der Frage des Sorgfaltsmaßstabs des Schädigers: welche Kenntnisse hat ein Unternehmer, der Arbeiten dieser Art übernimmt, aufzuweisen? Welche Überlegungen hat er anzustellen? Welche Auskünfte hat er einzuholen? Welchen Verdacht hat er zu schöpfen etc?

Zusammenfassung

Treten bei einer vertraglich geschuldeten Leistung Mängel auf, können die damit verbundenen technischen und rechtlichen Fragen sehr komplex sein. Ihre Lösung wird oft der guten Zusammenarbeit des Juristen mit dem technischen Sachverständigen bedürfen. Gegenseitiges Verständnis der Aufgabengebiete ist weder ein Schaden noch ein Mangel.

Korrespondenz:

Dr Helmut Cronenberg

Rechtsanwalt

8010 Graz, Kalchberggasse 1