

## Aus- und Einbaukosten im neuen Gewährleistungsrecht (VGG)/

## Costs of removal and installation under the new consumer warranty law

**Katharina Huber\***, Wien

***Abstract:** Im neuen Verbrauchergewährleistungsrecht wird erstmals gesetzlich geregelt, dass ein zur Nacherfüllung berechtigter Käufer auch verlangen kann, dass der Verkäufer die Kosten für die Entfernung der mangelhaften Ware sowie für die neuerliche Montage oder Installation der verbesserten Ware oder Ersatzware nach § 13 Abs 3 VGG trägt. Damit positioniert der Gesetzgeber im Grundsatz das umstrittene Urteil Weber/Putz. Die Formulierung weicht aber in mehreren Punkten vom Urteil ab und wirft neue Fragen auf. Vor diesem Hintergrund untersucht der folgende Beitrag diese neue Regelung. Er diskutiert und untersucht verschiedene Lösungsansätze und stellt einen eigenen Ansatz zur Problemlösung vor.*

*The new consumer warranty law, implementing the Directive 2019/771, stipulates for the first time that a buyer entitled to repair or replacement can also demand that the seller bears the costs of removal and installation. In doing so, the legislator has in principle affirmed the controversial judgment of the ECJ Weber/Putz. However, the wording deviates from the judgment in several respects and raises new questions. Against this background, the following article analyses this new provision. It discusses and analyses various possible solutions and presents its own approach to addressing the problem.*

**Schlagworte:** Gewährleistung; Aus- und Einbaukosten; Nacherfüllungsanspruch; Kostenerstattungsanspruch; Händlerregress, Aufwandersatzanspruch; Vorhersehbarkeitsregel; Mitverantwortung.

\* Dr. Katharina Huber ist Universitätsassistentin (post doc) für Zivilrecht an der Sigmund Freud Privat Universität Wien, zuvor war sie Rechtsanwältin im Bereich Prozessführung in Wien. Für Durchsicht und Anregungen bedankt sich die Autorin bei Univ.-Prof. Dr. Michael Müller-Berg, LL.M. (Austin), Mag. Barbara Lyszcza, LL.M. (Harvard) und einem anonymen Gutachter.

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	3
II.	Grundzüge .....	5
III.	Montage und Installation.....	7
A.	Meinungsstand in der Literatur .....	7
B.	Beispielfall .....	7
C.	Stellungnahme .....	8
1.	Autonome Auslegung.....	8
a.	Wörtliche und historische Auslegung.....	8
b.	Systematische Auslegung.....	8
c.	Teleologische Auslegung.....	11
d.	Rechtsfolge .....	12
2.	RL-konforme Auslegung .....	15
IV.	Art und Zweck .....	15
A.	Meinungsstand in der Literatur .....	15
B.	Beispielfall .....	16
C.	Stellungnahme .....	17
1.	Autonome Auslegung.....	17
a.	Wörtliche und historische Auslegung.....	17
b.	Systematisch-teleologische Auslegung .....	17
c.	Teleologische Auslegung .....	25
2.	RL-konforme Auslegung .....	27
V.	Regress .....	27
A.	Beispielfall .....	27
B.	Allgemeines zu § 933b ABGB .....	28
1.	Vereinbarte Eigenschaften .....	28
2.	Angaben eines Vormannes.....	30
VI.	Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit/ Hervorkommen des Mangels.....	33
A.	Meinungsstand in der Literatur .....	33
B.	Stellungnahme .....	35
1.	Autonome Auslegung.....	35
a.	Wörtliche und historische Auslegung.....	35
b.	Systematisch-teleologische Auslegung .....	36
2.	RL-konforme Auslegung .....	40
3.	Kenntnis des Mangels vor Einbau: Lückenfüllung? .....	42
a.	Lückenfeststellung.....	42
b.	Ausfüllung „interner Lücken“ durch allgemeine Grundsätze oder Analogie.....	43
c.	Rückgriff auf nationales Recht.....	45
4.	Beurteilung nach nationalem Recht .....	47
VII.	Zusammenfassung.....	49

## I. Einleitung

Mit 1. 1. 2022 traten in Umsetzung der Warenkauf-RL (WKRL)<sup>1</sup> und Digitale-Inhalte-RL (DIRL)<sup>2</sup> neue Gewährleistungsbestimmungen für den Kauf von Waren und die Bereitstellung digitaler Inhalte und Leistungen bei Verbrauchergeschäften in Kraft. Die beiden RL folgen anders als die Vorgänger-RL der WKRL, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL), grds dem Konzept der Vollharmonisierung (Art 4 WKRL).<sup>3</sup> Die Regelungsinhalte der RL werden in Österreich durch das Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG)<sup>4</sup> fast zur Gänze in einem eigenen Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG) umgesetzt.<sup>5</sup>

Vor 12 Jahren urteilte der EuGH in der viel beachteten und umstrittenen Rs *Weber/Putz*, dass sich der gewährleistungsrechtliche Nacherfüllungsanspruch (in concreto: der Anspruch auf Ersatzlieferung) auf den Ausbau der mangelhaften Ware und Einbau der Ersatzware oder die dazu notwendigen Kosten erstreckt (*erste zentrale Aussage*).<sup>6</sup> Dies bedeutet, dass auch für diese Folgekosten, die nach traditioneller Dogmatik nur als Mangelfolgeschäden nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu ersetzen waren<sup>7</sup>, nunmehr verschuldensunabhängig gewährleistungsrechtlich haftet wird. Der BGH und der OGH beschränkten diese E auf den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufes (gespaltene Auslegung).<sup>8</sup> Der dt Gesetzgeber reagierte rasch und regelte die Tragung der Aus- und Einbaukosten einheitlich für alle

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 136 vom 22.5.2019.

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 136 vom 22.5.2019.

<sup>3</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 1 und 3. Es bestehen aber auch Regelungsoptionen und daher Ausnahmen der Vollharmonisierung.

<sup>4</sup> BGBl I 2021/175.

<sup>5</sup> Gewisse Änderungen und Anpassungen werden im KSchG und ABGB vorgenommen, wobei das ABGB größtenteils unangetastet bleiben sollte. ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 1.

<sup>6</sup> EuGH 16.06.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 55 f, 62.

<sup>7</sup> OGH 25.3.2014, 9 Ob 64/13x; RIS-Justiz RS0022916; statt vieler *Faber*, Anmerkung zu 8 Ob 108/06z, JBl 2007, 519 (525 ff); *ders*, Vorabentscheidungsverfahren zum gewährleistungsrechtlichen Austauschanspruch, *ecolex* 2009, 455; *B. Jud*, Offene Fragen des Austauschanspruchs gegen den Lieferanten von Baumaterial in FS Straube (2009) 479.

<sup>8</sup> Zur gespaltenen Auslegung des § 932 Abs 2 ABGB: OGH 25.3.2014, 9 Ob 64/13x, EvBl 2014/89 (*Perner*) = VbR 2014/114 (*Steurer*) = ZVB 2014, 363 (*Kraus*) = *ecolex* 2015, 21 (*Schoditsch*), zust *Reif*, Aus- und Einbau beim Austausch: Unterschiedliches Gewährleistungsrecht für Unternehmer und Verbraucher RdW 2014, 383, unter Berufung auf *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 97 ff und den BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11. Zur gespaltenen Auslegung des Unverhältnismäßigkeitseinwands iSd § 932 Abs 4 ABGB: OGH 10.02.2017, 1 Ob 209/16s, JBl 2017, 374 = *ecolex* 2017, 605; bestätigt in OGH 20.12.2017, 10 Ob 65/17g (dazu ua: *Faber*, Anmerkung zu OGH 10.02.2017, 1 Ob 209/16s, JBl 2017, 374 (380); *Melcher/Schoditsch*, Zur Unverhältnismäßigkeit von Aus- und Einbaukosten nach § 932 Abs 4 ABGB, *ecolex* 2017, 605; *Reif*, Unverhältnismäßiger Aufwand und angemessene Beteiligung, *Zak* 2017, 284; *Brenn*, Glosse zu 1 Ob 209/16s, EvBl 2017/96); *Faber*, Aus- und Einbaukosten 95 ff, insb 105 ff; krit *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 12 ff.

Kaufverträge (§ 439 Abs 3 BGB).<sup>9</sup> Der österr Gesetzgeber positiviert nun im Grundsatz *diese erste zentrale Aussage* dieses EuGH Urteils in § 13 Abs 3 VGG<sup>10</sup> (vgl Art 14 Abs 3 WKRL).

Die *zweite zentrale Aussage* des EuGH, wonach der Unternehmer nicht berechtigt ist, die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Aus- und Einbaukosten zu verweigern, der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten aber auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden kann,<sup>11</sup> hat die RL nicht übernommen. Demgegenüber räumt § 12 Abs 3 VGG in Umsetzung von Art 13 Abs 3 WKRL (vgl § 439 Abs 4 BGB) dem Verkäufer einen Einwand der Unverhältnismäßigkeit des Aufwands ein: der Verkäufer hat diesfalls das Recht, die Herstellung des mangelfreien Zustands durch Nacherfüllung zu verweigern und den Verbraucher auf die sekundären Behelfe, nämlich Preisminderung und Vertragsauflösung, zu verweisen.<sup>12</sup>

Die folgenden Überlegungen befassen sich mit Fragen zum ersten Aspekt dieser Regelung, nämlich der gewährleistungsrechtlichen Haftung für Aus- und Einbau im Fall der Nacherfüllung. Die Formulierung in der RL und im VGG *weicht in mehreren Punkten* vom Urteil des EuGH ab. Sie wirft rechtsdogmatische und methodische Fragen auf.

Anstelle von „Aus- und Einbau“ werden nunmehr die Begriffe „Entfernung“ und „Installation und Montage“ verwendet. Umstritten ist, ob damit eine inhaltliche Änderung im Vergleich zur Rs *Weber/Putz* einhergeht, insb, ob darunter auch fällt, wenn die Ware nicht mit einer anderen verbunden wird, sondern es sich nur um eine Modifikation der Sache selbst handelt, wie die Installation von digitalen Elementen, zB Software.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.04.2017, BGBl I 969, in Kraft getreten am 1.1.2018, vgl aber § 475 Abs 4 BGB.

<sup>10</sup> Krit dazu auch P. Bydlinski, Änderungen im KSchG, (zu) geringfügige Eingriffe in das ABGB und ungeregelte Gebliebenes in P. Bydlinski, Das neue Gewährleistungsrecht und einige weitere Novitäten des GRUG (2022) 200 f. Für eine einheitliche Auslegung: P. Bydlinski, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? Zugleich Überlegungen zur rechtlichen Bedeutung von EuGH Urteilen, ÖJZ 2011, 893 (899); ders, JBl 2015, 2 (13); Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2016) § 932 Rz 13/1; Augenhöfer, Das Gewährleistungsrecht in Österreich und Deutschland als Beispiele für eine holprige Harmonisierung des europäischen Kaufrechts, JBl 2019, 6; ausf K. Huber, Mangelfolgeschäden und Folgekosten (2020) 215 ff. Zu überlegen wäre, wie Koziol, Mehrstufiger Warenverkehr (2021) 124 betont, überhaupt eine Reform der Vertragshaftung in Form einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung, die alle Mangelfolgeschäden erfasst.

<sup>11</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 74 ff.

<sup>12</sup> § 475 Abs 4 und 5 BGB zur zweiten zentralen Aussage der Rs *Weber/Putz* wurde daher gestrichen. Ob der Verbraucher durch eine Kostenbeteiligung die Unverhältnismäßigkeit vermeiden kann, ist unklar, dafür: ua B.A. Koch, Das System der Rechtsbehelfe, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 185 ff; K. Huber, Mangelfolgeschäden 421 ff; B.A. Koch/Kronthaler in Flume/Kronthaler/Laimer, § 13 VGG Rz 16; Faber in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 10; dagegen zB: Hoffmann, Ein- und Ausbaurückfälle nach Umsetzung der Warenkauf-RL, NJW 2021, 2839 (2845).

<sup>13</sup> Zum Meinungsstand III.A.

Voraussetzung für den Anspruch nach § 13 Abs 3 VGG ist, dass die Ware vor „Hervorkommen des Mangels“ (in der WKRL: bevor „die Vertragswidrigkeit offenbar wurde“) entsprechend „ihrer Art und ihrem Zweck“ montiert oder installiert wurde. Unklar ist insbesondere, welcher Maßstab an das Kriterium „Art und Zweck“ anzulegen ist und welche Folgen damit für das Regressverhältnis zum Vormann des Unternehmers nach § 933b ABGB verbunden sind.<sup>14</sup> Strittig ist, wie der Begriff des „Hervorkommen“/„Offenbarwerden“ auszulegen ist und welche Sorgfaltsanforderungen dabei an den Käufer gestellt werden.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 13 Abs 3 VGG näher zu untersuchen. Der folgende Beitrag diskutiert und untersucht verschiedene Lösungsansätze und stellt einen eigenen Ansatz zur Problemlösung vor.

In der Folge widmet sich die Untersuchung der Regelung der Aus- und Einbaukosten nach § 13 Abs 3 VGG, wobei nach einer kurzen Darstellung der Grundzüge der Regelung (II.) die Auslegung von Installation und Montage (III.) „entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck“ (IV.) unter Berücksichtigung des Regresses (V.) und bevor der Mangel „hervorkommt“ (VI.) behandelt werden. Anschließend wendet sich der Beitrag noch weiteren Fragen der Mitverantwortung zu. Er schließt mit zusammenfassenden Thesen (VII.)

## II. Grundzüge

Nach § 13 Abs 3 VGG umfasst die Pflicht zur Nacherfüllung (Verbesserung oder Austausch) die Entfernung der mangelhaften Ware und Vornahme von Montage oder Installation der verbesserten Ware oder Ersatzware oder die Übernahme der Kosten dafür. § 13 Abs 3 VGG setzt Art 14 Abs 3 WKRL fast wortgleich um. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung nur an die österr Terminologie angepasst. Der deutsche Gesetzgeber verwendet nach § 439 Abs 3 BGB hingegen auch nach Umsetzung der WKRL die Begriffe „Einbau“ und „Anbringen“ (zB von Dachrinnen, Leuchten) und „Ausbau“.

Für „Aus- und Einbaukosten“ wird nunmehr auch ausdrücklich bei Verbesserung/Nachbesserung gehaftet. Das ergab sich schon aus der Rsp zur VGKRL. Der EuGH betonte, dass beide Nacherfüllungsarten dasselbe Verbraucherschutzniveau gewährleisten sollen. Zudem erfolgt die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts in der Situation, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels befand, so dass der Verbraucher in diesem Fall nicht die Kosten für den Ausbau und den Neueinbau trägt.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Zum Meinungsstand IV.A.

<sup>15</sup> Zum Meinungsstand VI.A.

<sup>16</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 51; so statt vieler in D: *ua Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 58 (Stand 15.1.2024); *Faust*, Nacherfüllung und Einbau – Happy End für Verbraucher und Bauhandwerker, ZfPW 2017, 250 (252); in Österreich *ua Faber*, Aus- und Einbaukosten 87 f; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 932 Rz 13; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 223.

§ 13 Abs 3 VGG sieht wie der EuGH in den Rs *Weber/Putz* als Rechtsfolge eine Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme der Entfernung der mangelhaften Ware sowie der neuerlichen Montage oder Installation der verbesserten Ware oder Ersatzware in Natur oder zur Übernahme der Kosten hierfür, vor.<sup>17</sup> Daran anknüpfende Folgefragen nach dem *Verhältnis* zwischen Kostenerstattungsanspruch und Naturalvornahme hat der Gesetzgeber – wie auch schon der EuGH – offengelassen, insb auch, ob und wem dazu das Wahlrecht zusteht.<sup>18</sup> Der OGH hat bislang ein Wahlrecht des Verkäufers zugestanden.<sup>19</sup> Die Diskussion zum Verhältnis wird sich daher fortsetzen. Letztlich ist das Verhältnis zwischen Kostentragung und Naturalvornahme nach dem Unionsrecht zu klären, in letzter Konsequenz durch den EuGH.<sup>20</sup>

Der Kostenersatz wird sich auf die „notwendigen“ Entfernungs-, Montage- und Installationskosten beschränken.<sup>21</sup> Dies ist zwar nicht ausdrücklich in § 13 Abs 3 VGG / Art 14 Abs 3 WKRL geregelt, ergibt sich aber aus der historischen, teleologischen und systematischen Auslegung (s III.C.). Art 2 Z 14 WKRL definiert die „Unentgeltlichkeit“ der Abhilfe als „ohne die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der Waren [...] notwendigen Kosten“. Zwar fallen darunter aufgrund der *lex specialis* von Art 14 Abs 3 WKRL<sup>22</sup> nicht die Aus- und Einbaukosten (dazu III.C.1.c). Auf die fast wortgleiche Vorgänger-Bestimmung iSd Art 3 Abs 4 VGKRL, die von notwendigen Kosten spricht, hat sich aber der EuGH zur Begründung dieser Haftung gestützt.<sup>23</sup>

Beauftragt der Verbraucher einen Dritten mit der Entfernung der Ware sowie der neuerlichen Montage oder Installation der verbesserten Ware oder Ersatzware, dann sollte bei mehreren Angeboten nicht nur der günstigste Preis maßgeblich sein, sondern auch, ob die Entscheidung des Verbrauchers nachvollziehbar ist. Schnelligkeit, Zuverlässigkeit, Ruf und Qualität sollten ebenso berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Ist der Verbraucher selbst beruflich als Handwerker tätig und nimmt er die Entfernung der Ware und Montage oder Installation der verbesserten Ware oder Ersatzware vor, kann er jedenfalls die konkret anfallenden Kosten verlangen. Eine

<sup>17</sup> Im Gegensatz dazu § 439 Abs 3 BGB, welcher nur die Kostentragung für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache vom Verkäufer ausdrücklich vorsieht.

<sup>18</sup> Krit dazu *Stürner*, Zur Fortentwicklung des EU-Vertragsrechts: Der Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel, Jura 2016, 884 (891).

<sup>19</sup> OGH 10.7.2012, 4 Ob 80/12m, JBl 2013, 180. Näher dazu etwa *Faber*, Aus- und Einbaukosten 67; *ders*, OGH erstmals zur Aus- und Einbaukostentragung durch den Verkäufer nach EuGH verb Rs C-65/09 und C-87/09 (*Weber und Putz*), JBl 2013, 151; *Reif*, Zak 2014, 383 (386); *dies*, Zak 2017, 284 (285 f); *Santangelo-Reif*, Verbesserung und Austausch (2019) 157 f.; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 181 ff.

<sup>20</sup> Vgl *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2841).

<sup>21</sup> Statt vieler *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 9.

<sup>22</sup> S III.C.1.c.

<sup>23</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 50, 57, 62.

<sup>24</sup> Ähnlich idS *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 135; *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 9: günstigste fachlich entsprechend qualifizierteste Anbieter.

darüber hinausgehende Vergütung auf der Basis des üblichen Entgelts eines Arbeitnehmers wird bei Handwerkern ebenso befürwortet.<sup>25</sup>

### III. Montage und Installation

#### A. Meinungsstand in der Literatur

*Eine Auffassung* geht hinsichtlich der Begriffe „Installation“ und „Montage“ im Vergleich zum „Einbau“ von einer inhaltlichen *Erweiterung* gegenüber den Rs *Weber/Putz* aus.<sup>26</sup> *Höpfner*<sup>27</sup> folgert dies aus der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf digitale Leistungen. Er führt dabei Art 8 WKRL ins Treffen, wonach sich bei unsachgemäßer Installierung, diese auch auf in Waren enthaltene digitale Inhalte bezieht. Eine *andere Auffassung* vertritt hingegen, dass „Installation“ und „Montage“ *enger* zu verstehen sind als in den Rs *Weber/Putz*.<sup>28</sup> Nach einer *weiteren Meinung* sollte mit Art 14 Abs 3 WKRL hingegen die *Rechtslage nach der VGKRL* kodifiziert werden.<sup>29</sup>

#### B. Beispielfall

Zur Illustration des Problems sollen folgende Beispiele dienen:

Alarmanlagen-Fall: Kauft ein Verbraucher eine Alarmanlage im Versandhandel, lässt diese anschließend von einem Fachbetrieb installieren und stellt sich dann heraus, dass die in einem Wandschrank montierte Alarmzentrale defekt ist und ausgetauscht werden muss, kann er dann gewährleistungsrechtlich den Ersatz der für die Demontage der mangelhaften und für die Montage einer mangelfreien Zentrale erforderlichen Aufwendungen vom Verkäufer verlangen? Muss der Verkäufer auch für die Kosten für die uU deutlich zeitaufwändigere Neuprogrammierung der Austauschzentrale gewährleistungsrechtlich einstehen?<sup>30</sup>

Laptop-Fall: Ein Laptop wird ausdrücklich ohne Betriebssystem gekauft. Nach dem Kauf wird das Betriebssystem kostenpflichtig von einem Dritten installiert. Im Nachhinein stellt sich der Computer als mangelhaft heraus, sodass bei Verbesserung/Austausch eine neuerliche aufwendige Installation erforderlich ist.

<sup>25</sup> HM ua *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 138; *Höpfner* in BeckOGK § 439 Rz 80.1 (Stand 15.1.2024).

<sup>26</sup> *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115 (129 f); *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 70 (Stand 15.1.2024); *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 7.

<sup>27</sup> *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 70 (Stand 15.1.2024).

<sup>28</sup> Deutsche Bundesregierung, BT-Drs 18/8486, 94 (96).

<sup>29</sup> *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (3841); *Wilke* (Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, VuR 2021, 283) geht davon aus, dass sich die Regelung auf die Installation der körperlichen Gegenstände selbst beziehe.

<sup>30</sup> *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 67.1 (Stand 15.1.2024).



## C. Stellungnahme

### 1. Autonome Auslegung

§ 13 Abs 3 VGG ist RL-konform auszulegen. Die RL-konforme Auslegung nationalen Rechts setzt das Verständnis und die autonome Auslegung des Unionsrechts voraus.<sup>31</sup>

#### a. Wörtliche und historische Auslegung

*Installation* und *Montage* könnten als Synonyme für den Einbau verstanden werden. Nach dem Wortlaut sind die verschiedenen Sprachfassungen gleichwertig zu berücksichtigen.<sup>32</sup> In *historischer Hinsicht* ist zu beachten, dass die in der WKRL verwendeten Begriffe *Montage* und *Installation* in nicht-dt Sprachfassungen, wie der englischen, französischen oder italienischen, nämlich „*costs of removal and new installation*“, „*charge des frais d'enlèvement et d'installation*“, „*spese di rimozione e di reinstallazione*“, aber mit jenen in den Rs *Weber/Putz* übereinstimmen.<sup>33</sup> Dies könnte nahelegen, dass mit der abweichenden Formulierung keine Erweiterung beabsichtigt war.

Nach dem *gewöhnlichen Sprachgebrauch* liegt bei der *Montage* – wie beim *Einbau* – der Fokus auf einer körperlichen Verbindung mit einer anderen Sache.<sup>34</sup> Typisch für den *Einbau* ist der Umstand, dass die eingebaute Sache in den Korpus einer anderen Sache integriert wird. Der Begriff „*Installation*“ könnte aber auch darauf hindeuten, dass keine notwendige Verbindung der Kaufsache mit einer anderen Sache vorliegen muss.<sup>35</sup> Bei der oben genannten Konstellation der *Installation* einer Software handelt es sich dabei um eine solche Modifikation der Sache selbst.<sup>36</sup>

#### b. Systematische Auslegung

Anhaltspunkte für eine inhaltliche Erweiterung von Art 14 Abs 3 WKRL könnte die rechtsaktinterne Auslegung liefern.<sup>37</sup> Es besteht die Vermutung der gleichen Bedeutung bei gleicher

<sup>31</sup> Ua *Gebauer*, Kap 3 Interpretation des Europäischen Zivilrechts, in *Gebauer/Wiedmann*, Europäisches Zivilrecht<sup>3</sup> (2021) Rz 33; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup> (1999) 204, 211 f, 312 ff.

<sup>32</sup> *Riesenhuber*, Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>4</sup> (2021) § 10 Rz 14 f.

<sup>33</sup> Englische Fassung: Art 14 Abs 3 WKRL: „*the costs of that removal and installation*“, EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und Rs C-87/09 (*Putz*) Rn 26: „*costs of removal and new installation*“; italienische Fassung: Art 14 Abs 3 WKRL: „*spese di rimozione e di reinstallazione*“, EuGH *Weber/Putz* Rn 26: „*spese di rimozione e di reinstallazione*“; französische Fassung: Art 14 Abs 3 WKRL: „*charge des frais d'enlèvement et d'installation*“, EuGH *Weber/Putz* Rn 26: „*les frais d'enlèvement et de nouvelle installation*“. Zu beachten ist, dass die Fassung der Verfahrenssprache verbindlich ist oder, falls der Gerichtshof gem den Art 37 oder 38 eine andere Sprache zugelassen hat, die Fassung in dieser Sprache (Art 41 Verfo-EuGH). Die Verfahrenssprache war deutsch.

<sup>34</sup> Dies trifft ebenso auf das „Anbringen“ iSd § 439 Abs 3 BGB zu. Im Gegensatz zum *Einbau*, bleibt die „angebrachte“ Sache von außen zugänglich.

<sup>35</sup> *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 71 (Stand 15.1.2024).

<sup>36</sup> Vgl ebenda.

<sup>37</sup> EuGH 3.3.2011, Rs C-50/09 (*Kommission/Irland*) Rn 35 ff; 4.10.2007, Rs C-429/05 (*Rampion*) Rn 48; 12.3.2002, Rs C-168/00 (*Simone Leitner*) Rn 23; EuGH bspw in der Rs 28.7.2011, Rs C-195/08 (*Synthon BV*) Rn 39 ff; vgl zur systematischen Auslegung: *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 433.



Terminologie, aber Zweck und Systematik sind zu beachten.<sup>38</sup>

### Waren mit digitalen Elementen<sup>39</sup>

Der sachl Anwendungsbereich der WKRL umfasst auch *Waren mit digitalen Elementen* (Art 3 Abs 3 iVm Art 2 Z 5 lit b WKRL, §§ 2 Z 4, 9 Abs 2 VGG). Darunter sind Waren zu verstehen, die digitale Leistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind und die ihre Funktionen ohne diese digitalen Leistungen nicht erfüllen können. Bsp sind ua sog „smart goods“ (zB Alarmanlage). Wann dies zutrifft, ergibt sich aus der Vertragsauslegung.<sup>40</sup> Beim Verkauf des Laptops ausdrücklich ohne Betriebssystem, wäre – bei nachträglichem Erwerb von Dritten – letzters allerdings nicht Teil des Kaufvertrages (vgl ErwGr 22 DURL, *Laptop-Fall*). Dementsprechend ist § 13 Abs 3 VGG im 2. Abschnitt des VGG geregelt, der Sonderregelungen für den Kauf von Waren (auch mit digitalen Elementen) enthält. Der bloße Software-Vertrag fällt nicht unter die WKRL (§ 1 Abs 2 Z 7 VGG, Art 3 Abs 3 WKRL) und daher nicht unter § 13 Abs 3 VGG/Art 14 Abs 3 WKRL, ebenso nicht körperliche Datenträger, die lediglich als Träger digitaler Inhalte dienen (§ 9 Abs 3 VGG, Art 3 Abs 4 lit a WKRL).<sup>41</sup>

Die inhaltliche Erweiterung der WKRL legt nahe, dass unter „Waren, die installiert wurden“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG, digitale Leistungen, die Teil von Waren mit digitalen Element sind, fallen (*Alarmanlagen-Fall*, aber nicht *Laptop-Fall*). In diesen Fällen kann es sein, dass die digitale Leistung als Teil des Kaufvertrages und damit nur *ein „Teil der Ware“ installiert wird*. Die digitalen Inhalte können auch erst nach Vertragsschluss und auch von einem Dritten installiert werden (ErwGr 14, 15 WKRL). Im Fall der Nacherfüllung müsste dann *nur ein Teil* der mangelhaften Sache entfernt und wiederinstalliert werden. Für eine Gleichbehandlung mit dem Fall, in dem die gesamte Ware installiert wird, spricht das Vorliegen eines einheitlichen Vertrages und dass grds eine einheitliche Rechtsfolge für den gesamten Vertrag zur Anwendung kommt.<sup>42</sup> (Zur diesbezüglichen teleologischen Auslegung, III.C.1.c.). Zu digitalen Leistungen, die nicht Teil von Waren mit digitalen Elementen sind s III.C.d.

<sup>38</sup> Ua Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die in den Gemeinschaftsorganen an der Abfassung von Rechtstexten mitwirken; *Grundmann*, „Inter-Instrumental Interpretation“ – Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, *RabelsZ* 882 (904).

<sup>39</sup> Die Behandlung der Legaldefinition hätte auch im Rahmen der wörtlichen Auslegung erfolgen können, da aber idZ auch der Systembezug zu anderen Bestimmungen hergestellt werden soll, wird diese iZm der systematischen Auslegung behandelt.

<sup>40</sup> IdS *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 7; zum AB: vgl *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 45 ff; *Aichberger-Beig/Huber*, Gewährleistungsrecht NEU (2021) 24 ff.

<sup>41</sup> Vgl *Wilke*, *VuR* 2021, 283.

<sup>42</sup> Wenn nur ein Teil der Ware mangelhaft ist, kann es zu unterschiedlichen Rechtsfolgen für den mangelhaften und nicht mangelhaften Teil der Leistung kommen. Vgl § 15 Abs 2 zur teilweisen Vertragsauflösung. S auch die Rsp zur Teilbarkeit der Leistungen, wonach abgestellt wird, ob der Käufer den Vertrag zu den gleichen Bedingungen über den Teil der Leistung geschlossen hätte, wenn auch günstiger (RIS-Justiz RS0017293). Im Zweifel gilt die Bereitstellung digitaler Leistungen als vom Vertrag umfasst (§ 8 Abs 2 2. Satz VGG, Art 3 Abs 3 letzter Satz WKRL).

## Historisch-systematische Überlegungen

In *historisch-systematischer* Hinsicht ist nicht klar, ob sich die Installation auf digitale Leistungen bezieht. Im Entwurf zur Online-Warenhandel-RL, die sich nicht auf Waren mit digitalen Elementen erstreckte, fand sich im Vergleich zur VGKRL schon die Formulierung „Installierung“ sowohl iZm der unsachgemäßen Installierung (Art 6) als auch iZm der Aus- und Einbau-Regelung (Art 10 Abs 2).<sup>43</sup> Die WKRL verwendet nun „Installation“ für beide Regelungen, der Anwendungsbereich der erstgenannten Regelung ist ausdrücklich auf Waren mit digitalen Elementen erweitert (s Art 8 lit b WKRL, ErwGr 34), nicht hingegen Art 14 Abs 3 WKRL.

## Unsachgemäße Montage und Installation

Anhaltspunkte für eine inhaltliche Erweiterung könnten auch Bestimmungen liefern, die sich auf „Installation“ beziehen. Eindeutig bezieht sich "Installation" bei der Aktualisierungspflicht iSd Art 7 Abs 4 WKRL/§ 7 Abs 3 VGG auf Software, wonach gewährleistungsrechtlich relevant ist, dass die Leistung während des Aktualisierungszeitraums mangelfrei bleibt. Ebenso fallen unter Art 8 lit b WKRL<sup>44</sup>/§ 8 Abs 1 VGG Mängel, die auf unsachgemäße „Installierung von digitalen Leistungen“, die in den Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind, zurückzuführen sind (ErwGr 34).

Zu beachten ist der *unterschiedliche Zweck* der Bestimmungen: Art 8 lit b WKRL/§ 8 Abs 1 VGG regelt die Vertragsmäßigkeit/den Mangelbegriff und Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG den Umfang der Nacherfüllungspflicht. Bei unsachgemäßer Montage oder Installation und mangelhafter Montage- und Installationsanleitung ist idF der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, den mangelfreien Zustand herzustellen, also die mangelhafte Sache zu entfernen und anschließend eine mangelfreie Sache zu montieren oder zu installieren. Wenn der Verkäufer dies nicht innerhalb angemessener Frist tut oder verweigert, kann der Käufer sekundäre Behelfe geltend machen.

Der Käufer darf aber dagegen nicht die nötigen Maßnahmen selbst vornehmen und Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.<sup>45</sup> Bei (schuldhafter) Verweigerung oder Verzug können diese Kosten freilich schadenersatzrechtlich verlangt werden. Fraglich ist, ob ein Wertungswiderspruch bestehen würde, wenn im Fall des Art 8 WKRL (§ 8 Abs 1 VGG) der Verkäufer für die Entfernung und Wieder-Installation von digitalen Leistungen haftet, aber nicht im Fall des Art 14 Abs 3 WKRL (§ 13 Abs 3 VGG). Dagegen könnte zwar sprechen, dass die Installation

---

<sup>43</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM (2015) 635 final.

<sup>44</sup> Höpfner in BeckOGK § 439 BGB Rz 70 (Stand 15.1.2024) führt Art 8 WKRL ins Treffen.

<sup>45</sup> Vgl Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 108.

von Software in letzterem Fall der Verkäufer ursprünglich nicht geschuldet hat. Allerdings haftet der Verkäufer für Aus- und Einbaukosten nach Art 14 Abs 3 WKRL, wenn er den Einbau ursprünglich nicht schuldet.

Zu klären ist idZ das Verhältnis zur „*Integration*“ von *digitalen Leistungen* (Art 9 Dirl /§ 8 Abs 2 VGG zur unsachgemäßen Integration) und ob diese unter *Montage* oder *Installation* zu subsumieren sind. Dieser Begriff findet sich nicht in der WKRL. Bei Waren mit digitalen Elementen wird die digitale Leistung in die Ware integriert oder mit ihnen verbunden. Bei digitalen Leistungen werden diese mit den bzw in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers integriert. Wenn aber zB die Hard- und Softwareumgebung in der beweglichen körperlichen Sache enthalten oder mit ihr verbunden ist, können auch digitale Leistungen als Teil des Kaufvertrages in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert werden. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch könnte bei einer „Integration“ in die Umgebung des Verbrauchers wie bei der „Montage“ der Fokus auf einer körperlichen Verbindung, idF mit einer digitalen Umgebung des Verbrauchers, liegen. Bei der „Installation“ muss hingegen keine notwendige Verbindung der Kaufsache mit einer anderen Sache vorliegen. Gegen die Subsumtion der „Integration“ unter „Montage“ und für „Installation“ idF Art 14 Abs 3 WKRL spricht aber die systematische Auslegung mit Art 8 WKRL/§ 8 Abs 1 VGG, wo sich die Installation ausdrücklich auf digitale Leistungen als Teil des Kaufvertrages (auch wenn damit eine Integration in die digitale Umgebung verbunden ist) bezieht.

### c. Teleologische Auslegung

ME lässt sich der Zweck des Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG mit dem Unentgeltlichkeitsgebot erklären. Zwar wird die Unentgeltlichkeit der Abhilfe (s II.) in Art 2 Z 14 WKRL definiert, ohne Aus- und Einbaukosten demonstrativ zu nennen. Eine solche Definition findet sich im VGG gar nicht. Stattdessen wird in § 13 Abs 1 VGG angeordnet, dass die Nacherfüllung „ohne Kosten für den Verbraucher“ vorzunehmen ist.<sup>46</sup> Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG stellt aber eine *lex specialis* dar. Dafür spricht der Wille des Gesetzgebers die Rs *Weber/Putz* dort zu kodifizieren und dass diese E die Verpflichtung zur Erstattung von Aus- und Einbaukosten dogmatisch auf die „Unentgeltlichkeit“ der Abhilfe stützt.<sup>47</sup> Demnach muss der Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen geschützt werden, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 29.

<sup>47</sup> Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser RL, S Bericht, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 27.2.2018, insb S 70; *Wendland*, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, EuZW 2016, 126 (131) noch zum Entwurf der Fernabsatz-RL.

<sup>48</sup> EuGH 16.06.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und Rs C-87/09 (*Putz*) Rn 46 ff; vgl EuGH 17.4.2008, Rs C- 404/06 (*Quelle*) Rn 34; vgl *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 111.

Dieser Zweck lässt sich auf die Installation von digitalen Leistungen, die Teil des Warenkaufs sind<sup>49</sup>, übertragen, auch, *wenn nur ein Teil der Ware installiert wurde (Alarmanlagen-Fall)*.<sup>50</sup> Zwar kann die Entfernung und Wieder-Installation eines Teiles der Ware mit weniger Aufwand für den Käufer verbunden sein als hinsichtlich der gesamten Ware und ebenso könnte es sein, dass die Kosten den Käufer weniger oder im Einzelfall nicht abhalten, seine Ansprüche geltend zu machen. Dies schadet aber nicht. Im Gegensatz zum Vorschussanspruch für diese Kosten muss nicht eine konkrete finanzielle Belastung<sup>51</sup> mit der Tragung der (dort: vorläufigen) Kosten iZm der Nacherfüllung verbunden sein, die den Käufer von der Geltendmachung abhält, sondern es soll jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung ausgeschlossen sein.<sup>52</sup> Demnach dürfen dem Käufer keine Kosten aufgebürdet werden, die nur deshalb anfallen, weil der Verkäufer ursprünglich mangelhaft geleistet habe. Nur dieses Ergebnis sei gerecht, da der Verkäufer – auch wenn ihm kein Verschulden zur Last falle – nicht ordnungsgemäß erfüllt habe und daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen müsse.<sup>53</sup> Das trifft auch hier zu. Daher soll auch hier der vertragswidrig Handelnde eher mit den Kosten der Entfernung und Installation der digitalen Leistungen belastet werden als der Käufer, der vor Offenbarwerden des Mangels die mangelhafte Ware eingebaut hat.<sup>54</sup> Die gleichen Argumente lassen sich auch auf die digitale Leistung, die nicht Teil des Warenkaufs sind (*Laptop-Fall*) übertragen (dazu unten III.C.d.).

#### d. Rechtsfolge

##### Ware mit digitalem Element

Liegt eine *Ware mit digitalem Element* vor (*Alarmanlagen-Fall*), hat bei Nacherfüllung aufgrund der mangelhaften Ware der Verkäufer für Entfernung und Wieder-Installation des digitalen

<sup>49</sup> Vgl. Höpfner in BeckOGK § 439 BGB Rz 70 (Stand 15.1.2024).

<sup>50</sup> Vgl. Faust, Möglichkeiten der Ausgestaltung einer legislativen Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung zu den Aus- und Einbaukosten in Bundesministerium für Justiz, Wer trägt die Kosten mangelhafter Baumaterialien? 33 (37).

<sup>51</sup> EuGH 23.5.2019, Rs C-52/18 (*Füllä/Toolporth GmbH*) 2. Rechtssatz. Die Vorschussleistung betrifft die vorläufige Tragung der Kosten iZm der Nacherfüllung.

<sup>52</sup> EuGH 17.4.2008, Rs C- 404/06 (*Quelle*) Rn 34.

<sup>53</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 46 ff; vgl. EuGH 17.4.2008, Rs C- 404/06 (*Quelle*) Rn 34; Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 111.

<sup>54</sup> Vgl. EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 57. Zur Rechtfertigung der gewährleistungsrechtlichen Haftung für Aus- und Einbaukosten mit nicht verbraucherschützenden Erwägungen ua P. Bydlinski (ÖJZ 2011, 893 [895]); Faust, ZfPW 2017, 250 (252); Fries, Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette, AcP 217 (2017), 534 (557 f); Wagner, Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbrauchsgüterschutz oder ökonomische Rationalität?, ZEuP 2016, 88 (104 ff); Stürner, Zur Fortentwicklung des EU-Vertragsrechts, Jura 2016, 884 (891); Tröger, Inhalt und Grenzen der Nacherfüllung, AcP 212 (2012), 296 (321 f); Grundmann, Theme XII. Consumer Sales – The Weber-Putz-case-Law: From Tradition to Modern Contract Law in Landmark cases of EU consumer law, in E. Terry/G. Straetmans/V. Colaert (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law - in Honour of Jules Stuyck (2013) 725 (739 f); K. Huber, Mangelfolgeschäden und Folgekosten 144 ff.

Elements gewährleistungsrechtlich einzustehen, auch wenn er die Installation ursprünglich nicht geschuldet hat.

### Digitale Leistung

Wenn die Ware ihre Funktion ohne verbundene digitale Elemente erfüllt oder wenn die Bereitstellung der digitalen Elemente nicht Bestandteil des Kaufvertrages ist (bspw: *Laptop-Fall*) so liegt hingegen ein *getrennter Vertrag* (ErwGr 16 WKRL)<sup>55</sup> oder Paketvertrag (Art 3 Abs 6 DIRL/§ 16 Abs 2 VGG) vor. Ist die Ware idF mangelhaft, hat der Verkäufer nach Wortlaut und Systematik (III.C.1.a, b.) („Entfernung von Waren“) nicht nach Art 14 Abs 3 WKRL /§ 13 Abs 3 VGG einzustehen. Dagegen spricht nicht, dass die Installation ursprünglich im Vertrag nicht geschuldet ist. Unerheblich ist nämlich, wer die Ware installiert hat (Wortlaut: „installiert wurde“) und auch in den Rs *Weber/Putz* war der Einbau ursprünglich nicht Teil des Vertrages. Voraussetzung für die Qualifikation als „Waren“, ist aber, dass die digitale Leistung Bestandteil des Kaufvertrags war. Der *telos* der Unentgeltlichkeit iSd Art 14 Abs 1 iVm Art 2 Z 14 WKRL (III.C.1.c.) lässt sich aber genauso auf digitale Leistungen übertragen, die nicht Teil einer Ware mit digitalem Element sind. Aufgrund der Formulierung „Ware“ scheidet idF eine unmittelbare Anwendung von Art 14 Abs 3 WKRL aus. In Betracht kommt eine unmittelbare Anwendung der „Unentgeltlichkeit“ iSd Art 14 Abs 1 iVm Art 2 Z 14 WKRL oder eine analoge Anwendung von Art 14 Abs 3 WKRL. Die weitgehend identische Interessenslage wie bei der Installation digitaler Leistungen, die Teil des Warenkaufs sind, spricht für eine analoge Anwendung von Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG und damit auch der dort geregelten Begrenzungskriterien, „entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck“<sup>56</sup> und „vor Offenbarwerden“ des Mangels, auf diese Fälle. Diese Frage ist letztendlich vom EuGH klärungsbedürftig.

Fraglich ist, ob bei einer *mangelhaften digitalen Leistung*, der Bereitsteller idF für *De-Installation* der mangelhaften Leistung und *Neuinstallation* der mangelfreien Leistung im Fall der Nacherfüllung einzustehen hat, wenn die Installierung oder Konfiguration nicht vertraglich vom Bereitsteller geschuldet war.

Nach Art 14 Abs 3 DIRL/§ 21 VGG hat der Unternehmer „ohne Kosten“/„kostenfrei“ den mangelfreien Zustand herzustellen.<sup>57</sup> Der dt Gesetzgeber setzt dies mit der Formulierung, dass der Unternehmer „die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen“ hat, in § 327I BGB um.<sup>58</sup> Strittig ist, ob der Unternehmer Kosten, die „anlässlich“ bzw zum

<sup>55</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 17.

<sup>56</sup> Im Referentenentwurf zum BGB (§ 439 Abs 3 Satz 2 BGB-E), der sich so nicht durchgesetzt hatte, wurde die Veränderung der Kaufsache auf die Fälle, die „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ entsprechen, beschränkt.

<sup>57</sup> Nach ErwGr 64 sollten dem Verbraucher keine Kosten iZm der Entwicklung einer aktualisierten Version der digitalen Leistungen entstehen.

<sup>58</sup> Vgl BT Drucks 19/27653, 66.

Zweck der Nacherfüllung entstehen, zu tragen hat. *Eine Auffassung* geht in Anlehnung an die *Rs Weber/Putz* davon aus, dass „kostenfrei“ weit zu verstehen ist.<sup>59</sup> Kosten aus einem neuerlichen Download (Internetverbindungskosten, zB zusätzliches Datenvolumen, das der Verbraucher für das neuerliche Herunterladen der Datei benötigt)<sup>60</sup> oder aus einer neuerlichen Installierung, wenn sie mit digitalen Leistungen typischerweise verbunden sei, würden darunter fallen.<sup>61</sup> *Eine andere Auffassung* lehnt dies hingegen ab.<sup>62</sup> Es liege eine bewusste Verschiedenbehandlung nach WKRL und Dirl vor.<sup>63</sup> Ggf könnten diese Kosten nur schadenersatzrechtlich geltend gemacht werden.

Eine ausdrückliche Regelung wie in Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG fehlt im Anwendungsbereich der Dirl. *Unklar ist, ob daraus zu schließen ist, dass mangels Spezialregelung in der Dirl diese Kosten nicht ersetzt werden.*

In *systematischer Hinsicht* ist fraglich, ob „ohne Kosten“/„kostenfrei“ iSd Art 14 Abs 3 Dirl wie „unentgeltlich“ iSd Art 14 Abs 1 iVm Art 2 Z 14 WKRL zu verstehen ist. Andere Sprachfassungen verwenden sogar dafür die gleiche Formulierung in WKRL und Dirl: Art 14 Abs 3 Dirl „free of charge“, „sans frais“; „senza spese“; Art 14 Abs 1 lit a WKRL „free of charge“; „sans frais“, „senza spese“.<sup>64</sup> Das spricht grds für eine einheitliche Auslegung, sofern Zweck und Systematik nicht dagegen sprechen. Die fehlende ausdrückliche Definition wie in Art 2 Z 14 WKRL von „ohne Kosten“ in der Dirl lässt noch nicht auf eine Verschiedenbehandlung schließen.

Für einen Kohärenzwillen spricht ErwGr 20 Dirl/ErwGr 13 WKRL, wonach sich die beiden RL ergänzen sollen. Zudem normieren beide RL das Primat der Nacherfüllung. Die Modalitäten der Nacherfüllung in Art 20 Dirl und Art 14 WKRL, die ohne erhebliche Unannehmlichkeiten, „kostenfrei“/unentgeltlich und binnen angemessener Frist zu erfolgen hat, verfolgen ein einheitliches Konzept, auch wenn anders als nach der WKRL dem Unternehmer das Wahlrecht zwischen den Nacherfüllungsarten unterliegt. Zudem ist auch in ErwGr 62 Dirl von der „unentgeltlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes“ die Rede.

Die fast wortgleiche Formulierung und Definition der „Unentgeltlichkeit“ in WKRL und VGKRL sprechen dafür, dass die Rsp zur VGKRL grds zu übertragen ist, sofern keine Spezialregelungen dafür getroffen werden. Aus Art 14 Abs 3 WKRL als *lex specialis* lässt sich aber – wie unter

<sup>59</sup> Ua *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU 84; D: *Heinze* in Staudinger BGB (2023) § 327I Rz 21; *Grüneberg* in *Grüneberg* § 327I Rn 3; *Rieländer*, Leistungsstörungen im Digitalvertragsrecht (Teil II), Zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im BGB, GPR 2022, 28, 30; *Enneking/Wöffen*, JuS 2022, 614 (618).

<sup>60</sup> *Koch/Kronthaler in Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 21 Rz 5.

<sup>61</sup> *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU 84.

<sup>62</sup> *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 21 VGG Rz 4, 6; idR *B.A. Koch* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 165 ff; D: BT-Drucks 19/27653, 66; so auch *Bernzen/Specht-Riemenschneider* in *Erman*<sup>17</sup> § 327I Rz 11.

<sup>63</sup> *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 21 VGG Rz 4, 6.

<sup>64</sup> Anders aber die spanische Fassung: Art 14 Abs 3 Dirl: „sin cargo“/„de forma gratuita“.



III.C.1.c. ausgeführt – nicht schließen, dass die Rsp zum Zweck der Unentgeltlichkeit nach der VGKRL nicht nach WKRL beachtlich ist.

Der zur Unentgeltlichkeit iSd Art 3 Abs 3, 4 VGKRL formulierte *telos*, dass der Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen geschützt werden müsse, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen,<sup>65</sup> gilt daher mE auch für die „Unentgeltlichkeit“/„Kostenfreiheit“ iSd Art 14 Abs 1 WKRL/Art 2 Z 14 WKRL (s III.C.1.c.). Damit in Einklang steht, dass demonstrativ auch Beförderungskosten in der WKRL genannt werden. Dieser *telos* lässt sich wiederum aufgrund der obigen rechtsaktübergreifenden Überlegungen auf Art 14 Abs 3 DRL übertragen. Darunter fallen daher auch Kosten, die „anlässlich“ der Nacherfüllung entstehen, wie Kosten der De-Installation und Neuinstallation und allenfalls iZm der Integration in die digitale Umgebung. Auch der EuGH hatte sich hins der Aus- und Einbaukosten auf die „Unentgeltlichkeit“ gestützt. Aus dem Fehlen einer *lex specialis* in der DRL wie in Art 14 Abs 3 WKRL lässt sich daher aus systematischen und teleologischen Überlegungen nicht der Ausschluss des Ersatzes dieser Kosten im Anwendungsbereich der DRL schließen.

## 2. RL-konforme Auslegung

Der österr Gesetzgeber hat die Wendung, dass die Ware „installiert oder montiert wurde“, in § 13 Abs 3 VGG wortgleich wie in der WKRL umgesetzt. Nach der Rsp des EuGH haben die nationalen Gerichte die Auslegung „so weit wie möglich“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten.<sup>66</sup> Das Gebot der RL-konformen Auslegung scheint bei wortwörtlicher Umsetzung noch weiter zu reichen. Die EuGH Rs *Spedition Welter* legt nahe, dass bei einer wortwörtlichen Umsetzung der europäischen Bestimmung nur eine einheitliche Auslegung der europäischen und der nationalen Bestimmung zulässig zu sein scheint.<sup>67</sup> Das trifft hier ohnehin zu. Der Gesetzgeber hat sowohl für die Nacherfüllung beim Warenkauf (§ 13 Abs 1 VGG) als auch bei digitalen Leistungen (§ 21 VGG) die Formulierung „ohne Kosten“ verwendet, die – wie oben angeführt (III.C.1.c.,d.) – im Einklang mit der RL auszulegen ist.

## IV. Art und Zweck

### A. Meinungsstand in der Literatur

In der österr Lit wird hins der Voraussetzung, dass die Ware „entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck montiert und installiert wurde“, ein grds *objektiver Beurteilungsmaßstab* vertreten.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und Rs C-87/09 (*Putz*) Rn 46 ff; vgl EuGH 17.4.2008, Rs C- 404/06 (*Quelle*) Rn 34; vgl *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 111.

<sup>66</sup> Statt vieler *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 84 f mwN; *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 13 Rz 22 ff mN zur EuGH Rsp.

<sup>67</sup> EuGH 10.10.2013, Rs C-306/12 (*Spedition Welter*) Rn 32; *Roth/Jopen* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 13 Rz 31.

<sup>68</sup> *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 13 VGG Rz 8 und *B.A. Koch/Kronthaler* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 13 Rz 13 weisen hin, dass auch ein nicht objektiver Zweck zu berücksichtigen sei, wenn der Käufer ihn im Vorhinein mitgeteilt hat; zur Rechtslage zur VGKRL: *Faber*, Aus- und Einbaukosten 42 f; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 380 ff.



Nach den Mat zum dt Recht (§ 439 Abs 3 BGB) sind der art- und verwendungszweckgemäße Einbau grds *objektiv* zu bestimmen, maW ob der Einbau bestimmungsgemäß erfolgt ist.<sup>69</sup>

Die hA in der dt Lit weist allerdings vor dem Hintergrund des subjektiven Fehlerbegriffes darauf hin, dass sich dieses Kriterium nach dem *Vertragsinhalt* beurteilt.<sup>70</sup> Hilfsweise sei die gewöhnliche Verwendung maßgeblich.<sup>71</sup> Erwogen wird auch die analoge Heranziehung der öffentlichen Aussagen.<sup>72</sup> Zudem wird gefordert, dass die Konkretisierung zwischen Verkäufer und Käufer auch im Regressverhältnis zu den Vormännern wirke.<sup>73</sup>

In der Lit wird auch auf für den Verkäufer *vorhersehbare(n) Einbau* und Montage und Installation abgestellt. *Faber*<sup>74</sup> hebt hervor, dass das Kriterium „gemäß Art und Verwendungszweck“ der Vorhersehbarkeitsregel funktional entspreche. Nach *Hoffmann/Horn*<sup>75</sup> bezieht sich der Begriff des „Verwendungszwecks“ auf die vom Käufer einseitig verfolgten Zwecke. Durch das kumulativ erforderliche Merkmal der „Art“ werde der Aufwendungsersatzanspruch auf Fälle beschränkt, in denen der Verkäufer mit dem Einbau rechnen musste. *Fries*<sup>76</sup> stellt ebenso auf die absehbare Verwendung der Kaufsache ab. Ebenso vertritt *Tröger*<sup>77</sup>, dass der Nacherfüllungsaufwand auf den vorhersehbaren beschränkt ist. Auch nach den dt Mat soll nach diesem Kriterium dieser Anspruch auf Fälle begrenzt werden, in denen die Ansprüche für den Verkäufer vorhersehbar sind.<sup>78</sup>

## B. Beispielfall

Zur *Illustration* des Problems soll *folgendes Bsp* dienen:

*Der Verbraucher kauft einen freistehenden Kleiderschrank (zB Pax Schrank), der üblicherweise nicht zum Einbau verwendet wird. Er lässt diesen Schrank fachmännisch einbauen. Der Kleiderschrank stellt sich im Nachhinein als mangelhaft heraus. Hat der Verkäufer für Aus- und Einbaukosten einzustehen?*

<sup>69</sup> RegE, BT-Drs 18/8486, 39. Der dt Gesetzgeber hat im Rahmen der Umsetzung der WKRL die Formulierung „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ beibehalten, weshalb die zitierten Materialien dazu relevant sind.

<sup>70</sup> *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 72 (Stand 15.1.2024); *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 110; zur unveränderten Rechtslage vor dem Inkrafttreten der WKRL: ua *Höpfner/Fallmann*, Die Reform des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts 2018, NJW 2017, 3745 (3746); *Hoffmann/Horn*, AcP 218 (2018), 865 (874); *Hübner*, § 439 Abs. 3 BGB als „Nacherfüllungshilfsanspruch“, ZfPW 2018, 227 (240); *Markworth*, Jura 2018, 1 (5); *Maultzsch*, Die kaufrechtlichen Neuregelungen zum Umfang der Nacherfüllung und zum Rückgriff des Verkäufers: Berlin locuta – causa finita?, ZfPW 2018, 1 (4); *Thon*, Aus- und Wiedereinbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung, JuS 2017, 1150 (1152).

<sup>71</sup> *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 110.

<sup>72</sup> *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 110.

<sup>73</sup> *Maultzsch*, ZfPW 2018, 1 (4).

<sup>74</sup> *Faber*, Aus und Einbaukosten 42 f.

<sup>75</sup> *Hoffmann/Horn*, AcP 218 (2018), 865 (872).

<sup>76</sup> *Fries*, Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette, AcP 217 (2017), 534 (563 f mwN).

<sup>77</sup> *Tröger*, AcP 212 (2012), 297 (324).

<sup>78</sup> RegE, BT-Drs 18/8486, 39.

IdZ stellen sich insb folgende Fragen: *Muss der Käufer den Verkäufer über den ungewöhnlichen Zweck (hier: Verwendung des freistehenden Kleiderschranks als Einbauschranks) informieren? Reicht es, wenn der Verkäufer Kenntnis über diesen Zweck erlangt? Genügt es, wenn sich dieser Zweck aus der Werbung des Herstellers ergibt?*

### C. Stellungnahme

Dieses Kriterium ist autonom auszulegen.

#### 1. Autonome Auslegung

##### a. Wörtliche und historische Auslegung

Weder aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch noch aus dem Gesetzessprachgebrauch lassen sich Präzisierungen des Zwecks ableiten.<sup>79</sup> In historischer Hinsicht geht die Bestimmung auf die Rs *Weber/Putz* zur VGKRL (dort: „entsprechend Art und Verwendungszweck“) zurück. Bestimmte Sprachfassungen der E verwendeten auch „Zweck“ anstelle „Verwendungszweck“, so bspw die englische oder spanische,<sup>80</sup> andere Sprachfassungen wie die italienische oder französische verwendeten – wie die dt Fassung, die auch Urteilssprache war – das Wort „Verwendungszweck“.<sup>81</sup> „Zweck“ ist zwar weiter gefasst als „Verwendungszweck“, der Zweck der Ware stimmt in diesem Kontext aber idR mit dem Verwendungszweck überein. Auch der EuGH hatte keine nähere Präzisierung vorgenommen. Es können daher die Überlegungen zur Auslegung dieses Kriteriums nach der VGKRL auf die WKRL übertragen werden, sofern die WKRL nichts Abweichendes regelt.

##### b. Systematisch-teleologische Auslegung

Im Hinblick auf die systematisch-teleologische Auslegung wird im Folgenden nach Argumenten der Kohärenz eines Rechtsaktes gesucht.

#### Systematische Auslegung mit den objektiven und subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

Anhaltspunkte könnten die bei den Anforderungen an die Vertragsgemäßheit bzw objektiven oder subjektiven Eigenschaften genannte(n) „Zwecken“ und „Art“ für die Auslegung des Kriteriums „entsprechend Art und Zweck“ bilden.

<sup>79</sup> Riesenhuber in Riesenhuber<sup>4</sup> § 10 Rz 17.

<sup>80</sup> Englische Fassung: EuGH *Weber/Putz* und Art 14 Abs 3 WKRL: „in a manner consistent with their nature and purpose“; spanische Fassung: EuGH *Weber/Putz*: „conforme a su naturaleza y a su finalidad“, Art 14 Abs 3 WKRL: „coherente con su naturaleza y finalidad“.

<sup>81</sup> Italienische Fassung: EuGH *Weber/Putz*: „della sua natura e dell'uso previsto“, Art 14 Abs 3 WKRL: „alla natura e allo scopo dello stesso“; französische Fassung: EuGH *Weber/Putz* „conformément à sa nature et à l'usage recherché“, Art 14 Abs 3 WKRL: „conformément à leur nature et à leur finalité“.

Demnach fiele der *gewöhnliche bzw übliche Verwendungszweck* als objektive Anforderung an die Vertragsmäßigkeit (Art 7 Abs 1 lit a WKRL) bzw objektiv erforderliche Eigenschaften (§ 6 Abs 2 Z 1 VGG) darunter. Dieser beurteilt sich nach der Verkehrsauffassung. Umfasst sind Zwecke, für die die Ware in der Regel gebraucht wird.<sup>82</sup> Dieser Tatbestand hat auch Überschneidungen mit jenem der üblichen Qualität/gewöhnlichen Beschaffenheit (Art 7 Abs 1 lit d WKRL /§ 6 Abs 2 Z 5),<sup>83</sup> da die Eignung zu üblichen Zwecken Qualitätsmerkmale iSd lit d bzw Z 5 voraussetzt.<sup>84</sup> Der Einbau als ein gewöhnlicher Verwendungszweck liegt *bspw bei einem Wandsafe, bei Wasserleitungsrohren, Fensterstöcken oder Fliesen* vor.<sup>85</sup> Ebenso wäre die beim gewöhnlichen Verwendungszweck iSd § 6 Abs 2 Z 1 VGG und bei der üblichen Qualität/Beschaffenheit iSd § 6 Abs 2 Z 5 VGG zu berücksichtigende „Art“ der Ware maßgeblich. Aufgrund dieser Berücksichtigung der „Art“ der Ware sind für die nähere Bestimmung dieser objektiven Eigenschaften „Referenzgruppen“ von Waren (zB Gebrauchtfahrzeug, Bastlerfahrzeug) zu bilden.<sup>86</sup> Entscheidend ist dabei, welchen Standard der Verbraucher vernünftigerweise bei derartigen Waren erwarten kann<sup>87</sup> und damit eine objektive Beurteilung. Die objektive Bestimmung des Kriteriums „Art und Zweck“ steht grds mit diesem gewöhnlichen Zweck und der objektiv zu beurteilenden Art in Einklang.

Weiters fiele darunter der *bestimmte Verwendungszweck* als subjektive Anforderung an die Vertragsmäßigkeit (Art 6 lit b WKRL) bzw vereinbarte Eigenschaften (§ 5 Z 2 VGG) (bspw *Vereinbarung des Einbaus als bestimmter [atypischer] Zweck*), nämlich, dass sich die Ware zu einem bestimmten vom Verbraucher *angestrebten Zweck eignet*, den der Verbraucher bei Vertragsabschluss *zur Kenntnis gebracht hat und der Verkäufer zugestimmt hat*.<sup>88</sup> Demnach müsste im obigen Bsp der Käufer den Verkäufer über die Nutzung als Einbauschrank informieren und der Verkäufer zustimmen. Der Zweck (bspw Einbau) könnte sich auch aus der Vereinbarung der geschuldeten „Qualität“/Beschaffenheit iSd Art 6 Abs 1 lit a WKRL/§ 5 Z 1 VGG ergeben. Die

<sup>82</sup> Westphalen, Some Thoughts on the Proposal Directive on Certain Aspect Concerning Contracts for Sales of Goods, EuCML 2018, 66 (69). Zu objektiv erforderlichen Eigenschaften s ua Kodek, Vertragswidrigkeit und Mangelbegriff im neuen Gewährleistungsrecht, ÖJZ 2022, 103 (106 ff); Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 VGG Rz 3 f. Zu Art 2 Abs 2 lit c VGKRL: Schwartz, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf (2000) 89 ff.

<sup>83</sup> Die Ware hat Qualitätsmerkmale aufzuweisen, die bei *derartigen Waren* üblich sind und die der Verbraucher insb aufgrund der „Art der Ware“ und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen vernünftigerweise erwarten kann.

<sup>84</sup> Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 VGG Rz 3 f; Kodek, ÖJZ 2022, 103 (107 f).

<sup>85</sup> Karner/Kozioł, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten, Am Beispiel der Aus- und Einbaukosten (2012) 76.

<sup>86</sup> Vgl ua Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 Rz 4; Faust in BeckOK<sup>69</sup> BGB § 434 Rz 65.

<sup>87</sup> Ua Parapatits/Stabentheiner, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung, ÖJZ 2019, 1041 (1044); Kodek, ÖJZ 2022, 103 (107). S zu negativen Leistungsbeschreibungen Fn 94.

<sup>88</sup> Die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit iSd Art 6 WKRL, bei ihrer Umsetzung in § 5 VGG als „vertraglich vereinbarte Eigenschaften“ genannt, sind jene Anforderungen, die „die Parteien vertraglich vereinbart haben.“ (ErwGr 26 WKRL); dazu statt vieler: Kodek, ÖJZ 2022, 103 (106); Parapatits/Stabentheiner, ÖJZ 2019, 1041 (1043 f).

Ware muss nach leg cit auch der Beschreibung im Vertrag entsprechen und insb die „Art“ aufweisen, die sich aus *dem Vertrag* ergibt.

Hins der Auffassung, wonach in Einklang mit dem subjektiv-konkreten Fehlerbegriff die vertraglich vereinbarte Verwendung maßgeblich ist<sup>89</sup>, ist aber die neue Rechtslage zu bedenken. Nach dem subjektiv-konkreten Fehlerbegriff war der konkrete Vertrag entscheidend für die Vertragsmäßigkeit.<sup>90</sup> Der Unternehmer hat nunmehr – zusätzlich zu den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art 6 WKRL) bzw vertraglich vereinbarten Eigenschaften (§ 5 VGG) – für das Vorhandensein der objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art 7 WKRL) bzw objektiv erforderlichen Eigenschaften Gewähr zu leisten (§ 6 VGG in Umsetzung von Art 7 WKRL, Art 8 DURL).<sup>91</sup> Dadurch wird ein gesetzlicher Mindeststandard aufgestellt,<sup>92</sup> von dem nur unter qualifizierten Voraussetzungen abgewichen werden kann (Art 7 Abs 3 WKRL, § 6 Abs 1 Satz 2 VGG).

Daraus folgt mE für „Art und Zweck“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG nicht, dass nur der gewöhnliche Verwendungszweck und die objektiv zu beurteilende „Art“ maßgeblich sind. Entgegen *Faust*<sup>93</sup>, der die Art der Sache jedenfalls objektiv beurteilt, ist die Vereinbarung eines atypischen Verwendungszwecks nicht bedeutungslos. Es wird die „Art“ der Sache nicht jedenfalls objektiv, nach der Verkehrsauffassung, bestimmt, sondern beim vereinbarten Verwendungszweck – wie bei den vereinbarten Eigenschaften (vgl Art 6 Abs 1 lit a WKRL/§ 5 Z 1 VGG) – nach dem Vertrag beurteilt.

Die Vereinbarung eines atypischen Verwendungszwecks (bspw: *freistehender Kleiderschrank als Einbauschrack*) bedeutet nicht, dass von den objektiven Eigenschaften abgewichen wird. Die Ware (zB *Standmöbel*) muss zusätzlich die objektiven Eigenschaften erfüllen, insb muss sie zu gewöhnlichen Zwecken geeignet sein. Vom gewöhnlichen Verwendungszweck (dh typischerweise gegebene Einbaufähigkeit des *Einbaumöbels*) kann nach § 6 Abs 1 Satz 2 VGG nur unter qualifizierten Voraussetzungen abgewichen werden.<sup>94</sup> Liegen diese Voraussetzungen nicht vor und wird die Sache eingebaut, dann erfolgte der Einbau entsprechend dem gewöhnlichen Verwendungszweck. Liegen die Voraussetzungen für die Abbedingung hingegen vor

<sup>89</sup> Ua *Höpfner* in in BeckOGK § 439 BGB Rz 72 (15.01.2024).

<sup>90</sup> Statt vieler: *Zöchling-Jud*, Vertragsmäßigkeit von Waren und digitalen Inhalten – (rechtzeitige) Bereitstellung digitaler Inhalte, in *Artz/Gsell*, Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt (2018), 119 (122).

<sup>91</sup> Ausf dazu *Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 63 (81 ff); vgl ua *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 402 f.

<sup>92</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 19; *Aichberger-Beig/Huber*, Gewährleistungsrecht NEU 27; *Kodek*, ÖJZ 2022, 103 (107); *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 6 VGG Rz 2; *U. Neumayr*, Zum Mangelbegriff des neuen VGG, RdW 2021, 833 (835 f); aA *Artner/Vonkilch*, GRUG: Zum objektiven Mangelbegriff des § 6 VGG, ecolex 2021/569 (889 ff).

<sup>93</sup> *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 110.

<sup>94</sup> Zu beachten ist, dass Leistungsbeschreibungen, zB Totalschaden, Bastlerhit, die objektiven Anforderungen beeinflussen und daher auch herabsetzen können (dazu ua *Laimer*, Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungsverpflichtungen (2020) 53, 170 f; *Laimer* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 6 Rz 13 f; *Kodek*, ÖJZ 2022, 103 [108 f mwN]). IdF ist § 6 Abs 1 Satz 2 VGG nicht anwendbar, wenn keine Abweichung von den objektiven Anforderungen vorliegt (dazu ua *Kodek*, ÖJZ 2022, 103 [108 f mwN]).

und wird daher der Zweck nicht vertraglich geschuldet, dann hat der Käufer nicht entsprechend diesem objektiven Zweck eingebaut.

### Maßgeblichkeit des vorhersehbaren Einbaus

Dem Kriterium „Art und Zweck“ kommt die *Funktion der Begrenzung des Umfangs dieser Haftung* zu, wie der Vorhersehbarkeitsregel im Schadenersatzrecht.<sup>95</sup> In der Literatur wird auch auf den vorhersehbaren Zweck (nämlich Einbau bzw Montage/Installation) abgestellt.<sup>96</sup> Fraglich ist, ob sich daraus Abweichungen zur systematischen Auslegung mit dem Mangelbegriff ergeben.

Im CISG und in internationalen Regelwerken, etwa PICC, PECL, DCFR oder CESL, wird die Schadenersatzhaftung wegen vertragswidriger Leistung auf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Verkäufer vorhersehbare Schäden *normativ* begrenzt.<sup>97</sup> Das CISG diene insb im Hinblick auf die Ausgestaltung der Rechtsbehelfe als Vorbild für die VGKRL,<sup>98</sup> die durch die WKRL ersetzt wurde. Der normative Grund für die Garantiehaftung im CISG liegt im Schutz des Vertrauens des Käufers auf die mangelfreie Beschaffenheit, den ebenso der EuGH hins der Haftung für Aus- und Einbaukosten betont.<sup>99</sup>

Die Vorhersehbarkeit lässt sich wie der Mangelbegriff in objektive und subjektive Elemente gliedern. Sie ist grds nach dem *objektiven Maßstab* zu beurteilen. Es geht dabei darum, welches Wissen einer vernünftigen Person in den Schuhen des Schuldners zugerechnet werden kann.<sup>100</sup> Eine *subjektive Komponente* besteht insofern, als bei ungewöhnlichen Risiken der Verkäufer bei Kenntnis von den speziellen Umständen eintreten muss.<sup>101</sup> Im autonomen österr Recht ist die Vorhersehbarkeitsregel im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung zur Beurteilung, ob und welche Schäden vom Schutzzweck des Vertrages erfasst sind, heranzuziehen.<sup>102</sup> Ein vorhersehbarer Verwendungszweck ist ein Indiz für die Vorhersehbarkeit des

<sup>95</sup> *Faber*, Aus- und Einbaukosten 42 f; dazu ausf *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 380 ff.

<sup>96</sup> Etwa *Faber*, Aus- und Einbaukosten 42 f; *Hoffmann/Horn*, AcP 218 (2018), 865 (872); *Fries*, AcP 217 (2017), 534 (563 f wN); *Tröger*, AcP 212 (2012), 297 (324), RegE, BT-Drs 18/8486, 39.

<sup>97</sup> Art 74 2. Satz CISG verlangt, dass die Partei die mögliche Folge der Nichterfüllung (tatsächlich) vorhersah (subjektiver Maßstab) oder dass die Partei unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes den Verlust vorhersehen musste.

<sup>98</sup> Stellungnahme der Kommission vom 19.1.1999, KOM (1999) 16 endg; 96/0161 (COD) zu den Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments, II.2.

<sup>99</sup> Fn 139.

<sup>100</sup> Zu Differenzierungen der „Art der vertragsbrüchigen Person“, insbesondere, ob diese Private ist: *Faust*, Vorhersehbarkeit 32 f; 330; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 249 ff. Es sind dabei auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

<sup>101</sup> Statt vieler *Magnus* in Staudinger BGB (2018), Art 74 CISG Rz 3, 6; OGH 14.01.2002, 7 Ob 301/01t; *Mankowski* in MünchKomm HGB<sup>5</sup> (2021) Art 74 CISG Rz 34.

<sup>102</sup> Nach *Kozioł*, HPR I<sup>4</sup> (2020) C/10/65 ff, ihm folgend *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> (2018) § 1295 Rz 25, kommt es für die Zurechnung nach dem Schutzzweck in der vertraglichen Haftung darauf an, ob der Schaden vorhersehbar war und der Gläubiger ein erkennbares Interesse an der Vermeidung dieses Schadens hatte. S auch *ders*, aaO Rz C-/2/31 ff, C/10/12 ff und 29; *ders*, Warenverkehr 44 ff; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 297 ff mwN. Aus

Schadens bzw für die vertragsimmanente Risikoverteilung.<sup>103</sup>

Der gewöhnliche Verwendungszweck und die dort zu berücksichtigende „Art“ der Sache nach der WKRL beurteilen sich hingegen nach der vernünftigen Erwartung des Durchschnittsverbrauchers und daher nach der Verkehrsauffassung.<sup>104</sup> Bei einer gewöhnlichen Verwendung kann die Sache sehr unterschiedliche Einsatzformen haben, *so der Verkauf von Grund- und Rohmaterialien unter Festlegung von bestimmten physischen Eigenschaften, aber ohne vertragliche Regelung ihrer Verwendung*.

Dennoch schließt die objektive Vorhersehbarkeit diesen Zweck mit ein. Wären die Kosten infolge Verwendung bzw hier der Einbau gemäß gewöhnlichem Verwendungszweck nicht objektiv vorhersehbar, müsste der Übernehmer über den gewöhnlichen Verwendungszweck informieren. Dies würde eine systematische Inkonsistenz mit der Ermittlung von Aufklärungspflichten bewirken: Der Übernehmer muss nämlich nicht über den gewöhnlichen Verwendungszweck informieren.<sup>105</sup>

Der vertraglich vereinbarte Zweck (*bspw atypische Zweck*) iSd Art 6 lit b WKRL/ § 5 Z 2 VGG, Art 6 Abs 1 lit a WKRL/§ 5 Z 1 VGG und die vereinbarte „Art“ sind zugleich auch (objektiv) vorhersehbar.<sup>106</sup> Dies trifft ebenso zu, wenn eine bestimmte Verwendung arttypisch (nach dem gewöhnlichen Zweck und der objektiven Art der Sache), aber ausgeschlossen ist (vgl § 6 Abs 1 Satz 2 VGG). Sowohl Schutzzwecklehre als auch Vorhersehbarkeitsregel, der ein vertragsbezogener Ansatz zugrunde liegt und bei der auch Schutzweckerwägungen zu berücksichtigen sind<sup>107</sup>, stellen auf *die Kenntnis von speziellen Umständen* im Vertragsabschlusszeitpunkt und nicht auf eine stillschweigende Haftungsübernahme ab.<sup>108</sup> Geht diese Kenntnis nicht auf die Mitteilung des Käufers zurück und liegt keine Zustimmung des Verkäufers vor, wie zumindest nach dem Wortlaut des Art 6 lit b WKRL/§ 5 Z 2 VGG, wäre dennoch davon auszugehen, dass der Verkäufer diese Risiken bei Vertragsabschluss berücksichtigt.<sup>109</sup>

---

der Vorhersehbarkeitsregel als Vertragsauslegungsregel folgt, dass vernünftige und redliche Parteien grds das Risiko im Vertragsabschlusszeitpunkt so kalkuliert hätten, dass der Schädiger für objektiv vorhersehbare Schäden einzustehen hat.

<sup>103</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 332 f, 377 mwN.

<sup>104</sup> Vgl Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 Rz 3.

<sup>105</sup> Vgl Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss unter Berücksichtigung des Unternehmenskaufs (2015) 449.

<sup>106</sup> Wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrags einen bestimmten Verwendungszweck vereinbaren, muss der Verkäufer damit rechnen, dass der Käufer mit der Kaufsache gemäß der vereinbarten Verwendung verfährt. Höpfner in BeckOGK § 439 BGB Rz 72 (Stand 15.1.2024).

<sup>107</sup> Ausf K. Huber, Mangelfolgeschäden 251 ff mwN.

<sup>108</sup> Rabel, Warenkauf I 497 Fn 60. Dies trifft ebenso auf die englische *contemplation rule* zu. S ua Faust, Vorhersehbarkeit des Schadens 206.

<sup>109</sup> Rabel, Warenkauf I 497 Fn 60. Zu beachten ist die Möglichkeit, das Risiko bei der Preisberechnung zu berücksichtigen, insb jene, das Risiko auf mehrere Kunden zu streuen, und die Zumutbarkeit zu versichern. Ua Iro, JBl 1992, 713; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1295 Rz 8d; K. Huber, Mangelfolgeschäden 322 ff.



Die Differenzierung könnte von geringer praktischer Bedeutung sein, weil die bloße Kenntnis oft schwer beweisbar ist, sondern erst dann, wenn der Käufer den Verkäufer auf dieses Risiko – wie in der WKRL – hingewiesen hat.<sup>110</sup> Die Mitteilung dient zudem dem Interesse des Käufers an der Haftungserweiterung. Erfolgt die Mitteilung des Käufers über die gewünschte Eigenschaft (hier: beabsichtigte Verwendung) (OGH: „hat der Verkäufer Kenntnis oder hätte er die gewünschte Eigenschaft erkennen können“) und kommt der Vertrag zustande, bejaht die Rsp eine stillschweigende Zusage des Verkäufers zur Eignung der Sache, wenn der Verkäufer über die Untauglichkeit der Eigenschaft nicht aufgeklärt hat.<sup>111</sup> Der Zweck kann aber wie hier iZm Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG auch ungewöhnlich und nicht untauglich sein, wenn sich die Mangelhaftigkeit zB aus dem Fehlen von objektiv erforderlichen Eigenschaften ergibt (dazu V.B.2.). *Eine konkludente Zustimmung würde mE zB vorliegen*, wenn als Folge der Mitteilung eine Preiserhöhung erfolgt ist. Für eine Zustimmung mangels Widerspruchs könnte aber auch – ohne konkrete Erhöhung – sprechen, dass der Verkäufer vom Vertrag hätte Abstand halten können, wenn er nicht dafür einstehen will.<sup>112</sup>

Im gegenständlichen Fall geht es um eine gewährleistungsrechtliche Haftung. Da weniger schwerwiegende Gründe für das Vorliegen eines Gewährleistungsanspruches als für den Schadenersatzanspruch Voraussetzung sind, zieht Ersterer grds geringere Rechtsfolgen nach sich.<sup>113</sup> Dies könnte nahelegen, dass die Voraussetzungen des Art 6 lit b WKRL/§ 5 Z 2 VGG vorliegen müssen.

Allerdings stellen leg cit nur auf den Verwendungszweck, nicht aber auf die „Art“ der Ware wie in Art 14 Abs 3 WKRL ab.<sup>114</sup> Bei der Vereinbarung der geschuldeten „Qualität“/Beschaffenheit iSd Art 6 Abs 1 lit a WKRL/§ 5 Z 1 VGG ist aber auch insb die „Art“ zu berücksichtigen, die sich aus dem Vertrag ergibt.<sup>115</sup> Eine Kaufsache wird iSd obigen Überlegungen nicht „gemäß ihrer

<sup>110</sup> Vgl P. Huber in MünchKomm BGB<sup>8</sup> (2019) Art 74 Rz 30.

<sup>111</sup> OGH 29.5.1995, 1 Ob 564/95; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 12, 14 (Stand 1.1.2016); *Laimer* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 5 Rz 11. Diese E erging aber vor der VGKRL. OGH 19.5.1998, 1 Ob 414/97g, JBl 1998, 652. Die Rsp zur Rechtslage vor VGKRL scheint nicht zwingend auf die Mitteilung des Käufers abzustellen. Der OGH (29.5.1995, 1 Ob 564/95) bezieht sich auch darauf, dass der Verkäufer die Eigenschaft erkennen hätte müssen. Der OGH führt die Rsp auch zur VGKRL fort. RIS-Justiz RS001846. Der Wortlaut der VollharmonisierungsRL ist aber eindeutig.

<sup>112</sup> Für eine konkludente Zustimmung bei widerspruchlosem Vertragsabschluss: zB *Laimer* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 5 Rz 11 mwN; *ders*, Beschränkung 70 f, 195f; *Faber* in KBB<sup>7</sup> § 5 VGG Rz 7; zum dt Recht zB: *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung (2022) Rz 32.

<sup>113</sup> Zur Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, s *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/90; vgl *Karner/Kozioł*, Mangelfolgeschäden 31.

<sup>114</sup> Vgl *Hoffmann/Horn*, AcP 218 (2018), 865 (874).

<sup>115</sup> Vgl *Hoffmann/Horn*, AcP 218 (2018), 865 (874). Sie führen ins Treffen, dass es bei Abstellen auf den gewöhnlichen Verwendungszweck nicht mehr der Einschränkung durch „Art“ bedürfte. Zu bedenken ist mE, dass beim gewöhnlichen Verwendungszweck iSd § 6 Abs 2 Z 1 VGG und der üblichen Qualität/Beschaffenheit iSd § 6 Abs 2 Z 5 VGG auch die „Art“ der Ware zu berücksichtigen ist, wobei – objektiv – auf die „vernünftige Erwartung“ abgestellt wird (*Kodek*, ÖJZ 2022, 103 [107]).



Art“ eingebaut, wenn der Verkäufer nicht zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den Einbau vorhersehen musste.<sup>116</sup>

*Teleologische Überlegungen könnten für das Abstellen auf den für den Verkäufer vorhersehbare(n) Einbau bzw Montage/Installation sprechen, der auch auf die Kenntnis des atypischen Zwecks zurückzuführen sein kann. Der Zweck der Risikokalkulation, wonach davon ausgegangen wird, dass der Verkäufer diese ungewöhnlichen Risiken im Fall der Kenntnis bei Vertragsabschluss berücksichtigt hat,<sup>117</sup> lässt sich auch hier ins Treffen führen (s teleologische Auslegung unten IV.C.1.c.). Die Vorhersehbarkeit spielt hier nur für die Frage des Umfangs der Haftung eine Rolle. Es könnte aber auch eingewendet werden, dass §§ 5, 6 VGG /Artt 6, 7 WKRL zwar aus der Perspektive des Käufers haftungsbegründende, aus der jener des Verkäufers hingegen haftungsbegrenzende Bedeutung hat.*

### **Berücksichtigung öffentlicher Äußerungen des Verkäufers oder eines anderen Glieds in der Vertragskette?**

Erwogen wird auch, dass sich der Zweck aus öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder eines anderen Glieds in der Vertragskette (im Folgenden: eines Vormannes) insb des Herstellers ergibt.<sup>118</sup> Diese öffentlichen Erklärungen über konkrete Eigenschaften sind bei der Beurteilung der objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit bzw objektiv erforderlichen Eigenschaften beim Merkmal der *vernünftigen Erwartungen des Verbrauchers* zu berücksichtigen (Art 7 Abs 1 lit d iVm Abs 5 WKRL umgesetzt in § 6 Abs 2 Z 5 und Abs 3 VGG). Nicht klar ist, ob Äußerungen, die konkludent Vertragsinhalt werden, darunterfallen. Zur Rechtslage vor der WKRL (§ 922 Abs 2 ABGB, Art 2 Abs 2 lit d VGKRL) war strittig, ob die öffentliche Äußerung iSd § 922 Abs 2 ABGB (als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften) konkludent nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen in den Vertrag einbezogen sein musste. Die dt und auch teils die österr Lehre verneinte dies.<sup>119</sup> Liegt eine konkludente Einbeziehung vor, wäre demnach nicht auf § 922 Abs 2 ABGB zu rekurren gewesen.

Genauso könnten Äußerungen, die konkludent Vertragsinhalt werden, bereits unter dem Gesichtspunkt der vertraglich vereinbarten Eigenschaften iSd Art 6 WKRL/§ 5 VGG beachtlich sein.<sup>120</sup> So zB, wenn sich der Verkäufer beim Verkaufsgespräch Prospekten des Herstellers

<sup>116</sup> So Hoffmann/Horn, AcP 218 (2018), 865 (874).

<sup>117</sup> Magnus in Staudinger BGB (2018) Art 74 CISG Rz 36; Rabel, Warenkauf I 497.

<sup>118</sup> ZB Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 110; Maultzsch, ZfPW 2018, 1 (4).

<sup>119</sup> HA für die Einbeziehung ua P, Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 922 Rz 10; Augenhöfer, Bedeutung von Werbeaussagen - sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers - für die Begründung von Gewährleistungsrechten, JBl 2001, 82; Ofner in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) § 922 Rz 21; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 21 f (Stand 1.1.2016); aA Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) 70 ff; Dullinger, Schuldrecht AT<sup>4</sup> Rz 3/76; Geroldinger/Radler, Anmerkung zu 4 Ob 93/11x, JBl 2012, 175 (178) mwN; Riss, Die Haftung des Veräußerers für öffentliche Äußerungen Dritter - insbesondere durch Werbung - nach § 922 Abs 2 ABGB, JBl 2007, 156 (160 ff); ua Kozioł, ÖBA 2013, 91 (94); zum dt Recht Nw bei Riss, JBl 2007, 156 (158 f) Fn 23 ff.

<sup>120</sup> Vgl Faust in BeckOK BGB<sup>69</sup> § 434 BGB Rz 104.

bedient. Die Haftungsausschlusstatbestände des Art 7 Abs 5 WKRL, § 6 Abs 3 VGG würden nicht greifen.<sup>121</sup> Demnach wäre auf die Ausführungen zu den vereinbarten Eigenschaften unter IV.C.1.b. zu verweisen.

Riss<sup>122</sup> betonte, dass das hinter der in § 922 Abs 2 ABGB angeordneten Haftung stehende Konzept des Schutzes der berechtigten Erwartungen dem österr Recht fremd ist. Vor diesem Hintergrund deutete Riss diese Regelung als Ausformung des im deutschsprachigen Rechtskreis anerkannten Rechtsscheinprinzips. Zu beachten ist mE die neue Rechtslage. Der WKRL liegt abw von der VGKRL nicht mehr der subjektive Fehlerbegriff zugrunde, sondern die objektiven Kriterien – unter Berücksichtigung dieser öffentlichen Äußerungen – fungieren als gesetzlicher Mindeststandard (IV.C.1.a). Maßgeblich ist die autonome Auslegung einer vollharmonisierenden RL, die von objektiven Anforderungen ex lege und vom Konzept der berechtigten Verbrauchererwartung ausgeht (zum Merkmal der *vernünftigen Erwartungen des Verbrauchers* Art 7 Abs 1 lit d WKRL/§ 6 Abs 2 Z 5)<sup>123</sup>, und die RL-konformen Auslegung dieser quasi-wortwörtlichen Umsetzungsbestimmung (dazu unten IV.C.2.).

Fraglich ist, ob der Zweck, der sich aus öffentlichen Erklärungen idS ergibt, objektiv vorhersehbar ist. Dies trifft grds zu, wenn man davon ausgeht, dass der Einbau entsprechend den objektiven Anforderungen, bei deren Beurteilung auch diese Erklärungen zu berücksichtigen sind, objektiv vorhersehbar ist. Die durch diese Erklärungen erweckten Erwartungen können den Erklärenden auch binden, wenn sie sich auf nicht übliche Eigenschaften beziehen.<sup>124</sup> Voraussetzung für die Bindung ist im Einklang mit dem Vorhersehbarkeitskriterium, dass der Verkäufer die Erklärungen *zum Vertragsabschlusszeitpunkt kannte oder vernünftigerweise kennen konnte*. Dies steht im Einklang mit dem Zweck der Risikokalkulation (dazu unten IV.C.1.c.).

Diese Erklärung ist aber nach Art 7 Abs 1 lit d iVm Abs 2 WKRL/§ 6 Abs 2 Z 5 und Abs 3 VGG nicht zu berücksichtigen, wenn die Erklärung *die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte*. Wesentlichster Anwendungsfall ist die Unkenntnis des Käufers.<sup>125</sup> Diese Ausnahme wird idR nicht zutreffen, wenn der Zweck objektiv vorhersehbar ist. *Bsp: Spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gab es die Werbung eines Vormannes, wonach der Kleiderschrank auch als Einbauschränk verwendet werden kann. Ein Käufer kauft diesen Schrank, um ihn einbauen zu lassen.* Die Ausnahme kann nach dem Wortlaut aber vorliegen, selbst wenn der Zweck objektiv vorhersehbar ist. IdF kann sich der Mangel nicht aus der Nicht-Übereinstimmung mit den Werbeangaben ergeben, sondern aus einem anderen Grund. *Bsp: Der Verkäufer, nicht aber*

<sup>121</sup> IdS zur VGKRL ua Riss, JBl 2007, 156 (162 f), der auf eine Verschlechterung der Rechtsposition gegenüber der Rechtslage vor der VGKRL hinweist, allerdings unter dem Gesichtspunkt der VGKRL als MindestharmonisierungsRL, was zur WKRL nicht mehr greifen würde.

<sup>122</sup> Riss, JBl 2007, 156 (165).

<sup>123</sup> Vgl Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 Rz 9; zur VGKRL: ders, Beschränkung 262 f mwN.

<sup>124</sup> Laimer in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 6 Rz 10.

<sup>125</sup> P. Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 922 Rz 11.

der Käufer, hat Kenntnis von der Werbung im Vertragsabschlusszeitpunkt. Erst danach erlangt der Käufer Kenntnis und entscheidet sich für die Verwendung als Einbauschrank. Denkbar wäre allerdings diese Ausnahme in diesem Fall im Hinblick auf den ggst „Zweck“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL teleologisch zu reduzieren. Diese Ausnahme beruht auf der Erwägung, dass der Käufer keine Rechte aus der Enttäuschung einer Erwartung haben soll, die er nicht hatte.<sup>126</sup> Es geht beim „Zweck“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL primär nicht darum die berechtigten Erwartungen des Käufers zu schützen, sondern entscheidend ist, ob dem Verkäufer möglich war, das Risiko zu kalkulieren. War ihm das möglich, dann wäre in solchen Fällen teleologisch zu reduzieren.

### Erhebliche Unannehmlichkeiten

Die systematische Auslegung mit der Bestimmung des Art 14 Abs 1 lit c WKRL (umgesetzt in § 13 Abs 1 VGG), wonach Art und der Verwendungszweck des Verbrauchsgutes bei der Beurteilung der erheblichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind,<sup>127</sup> spricht ebenso für den vorhersehbaren Einbau. Nach der hL kommt es dabei auf den für den Verkäufer erkennbaren Zweck im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an.<sup>128</sup> Der unterschiedliche Zweck der Bestimmungen ist zu beachten: Es geht um die Frage, ob die Nacherfüllung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist, weil der Käufer bspw ein besonderes Interesse an der Nutzung der Sache hat oder er schon bestimmte Veränderungen vorgenommen hat.<sup>129</sup> Hier geht es hingegen – wie unter (IV.C.1.b.) ausgeführt – um die Begrenzung des Umfangs der vertraglichen Haftung. In beiden Fällen spricht ein gerechter Interessensausgleich zwischen dem Käufer und dem Verkäufer aber für die Kalkulierbarkeit des Risikos.<sup>130</sup>

### c. Teleologische Auslegung

Im Rahmen der teleologischen Auslegung spielt das Gebot des *effet utile* eine große Rolle.<sup>131</sup> Demnach soll eine Vorschrift des Unionsrechts so ausgelegt werden, dass deren Effektivität

<sup>126</sup> Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 14.

<sup>127</sup> Der BGH (Beschluss vom 14.1.2009, VIII ZR 70/08, BeckRS 2009, 05318) und das AG Schorndorf (Beschluss vom 25.2.2009, 2 C 818/08, BeckRS 2009, 88603) knüpfen an die Berücksichtigung der Art und des Verwendungszwecks bei der Beurteilung, ob die Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden sein muss, an.

<sup>128</sup> Zum Verwendungszweck: OGH 3.11.2005, 6 Ob 85/05a = JBl 2006, 485, vgl auch OGH 12.7.2006, 4 Ob 112/06h, ecolex 2006/422 (B. Jud), erkennbar: Faber, Handbuch 114; zustimmend: P. Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 932 Rz 8; Augenhöfer, Zum Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001, JBl 2006, 437 (438 f); P. Bydlinski, Gewährleistung am Beispiel eines Werkvertrags, Zak 2006/188, 105 ff; ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 17 f.

<sup>129</sup> Vgl statt vieler Faber, Handbuch 112 f. Ein Indiz dafür kann sein, dass die Sache schon ihrer Art und Verwendungszweck entsprechend zur Veränderung bestimmt war.

<sup>130</sup> Im Fall der erheblichen Unannehmlichkeiten hat der Verkäufer zu kalkulieren, wie die Nacherfüllung vorzunehmen wäre, wenn der Verkäufer mangelhaft liefert, im Fall der Aus- und Einbaukosten s bei der teleologischen Auslegung.

<sup>131</sup> Dazu ua Riesenhuber in Riesenhuber<sup>4</sup> § 10 Rz 45.

bestmöglich erreicht wird.<sup>132</sup> Dennoch sind im Hinblick auf einen gesetzgeberischen Interessensausgleich die gegenläufigen Interessen ebenso zu berücksichtigen,<sup>133</sup> was auch an *F. Bydlinkis* Ansatz der beiderseitigen Rechtfertigung erinnert, wonach es einer besonderen Begründung bedarf, wenn eine Regelung einen Vertragsteil besonders belaste.<sup>134</sup>

Das Abstellen auf den vorhersehbaren Zweck *und daher auch auf die bloße Kenntnis des atypischen Zwecks* würde der auszulegenden Vorschrift größere Effektivität (nämlich der Nacherfüllung) verleihen: Der Umfang des Kostenerstattungsanspruches würde nämlich nicht begrenzt werden, wenn der Verkäufer Kenntnis vom Zweck hatte oder dieser erkennbar war.<sup>135</sup> Die Belastung des Verkäufers wäre zu rechtfertigen, weil die „Erkennbarkeit“/Kenntnis des Zwecks bei Vertragsabschluss dem Verkäufer – wie bereits ausgeführt – ermöglicht, den Einbau entsprechend dieses Zwecks und daraus erwachsener Kosten vorherzusehen und diese Kosten zu kalkulieren.

Für die Maßgeblichkeit des vorhersehbaren Einbaus bei der Haftung für Aus- und Einbaukosten sprechen auch allgemeine Prinzipien. Die Versicherungsfunktion des Gewährleistungsrechts tritt in Form der Versicherung des Sachmangelrisikos auf.<sup>136</sup> Die Versicherung des Risikos der Kostentragung setzt voraus, dass der Verkäufer das Risiko bei Vertragsabschluss kalkulieren kann. Der Verkäufer kann infolgedessen dieses Risiko einpreisen oder von der Übernahme des erhöhten Risikos Abstand nehmen. Die Präventivwirkung durch den Regress, wonach die drohende Kostenerstattung das Bestreben erhöht, den Hersteller zur Produktion einer mangelfreien Sache zu bewegen, setzt voraus, dass der Hersteller die Risiken vorhersehen kann und somit Maßnahmen zur Schadensvermeidung getroffen werden können. Für unvorhersehbare Kosten wird demnach nicht gehaftet.<sup>137</sup> Ebenso spricht der Schutz des Vertrauens des Käufers auf die mangelfreie Beschaffenheit, der in Art 7 Abs 5 WKRL, umgesetzt

<sup>132</sup> EuGH 03.9.2009, Rs C-489/07 (*Messner*) Rz 24; 25.10.2005, Rs C-350/03 (*Schulte*) Rz 69; 7.5.2002, Rs C-478/99 (*Kommission/Schweden*) Rz 15, 21; 27.6.2000, Rs C-240/98 bis 244/98 (*Oceano*) Rz 26; 8.10.1996, Rs C-178, 188, 189, 194/94 (*Sillenkofer*) Rz 22; 1.10.2002, Rs C-167/00 (*Henkel*) Rz 35 (zum EuGVÜ); 11.7.2002, Rs C-96/00 (*Gabriel*) Rz 37.

<sup>133</sup> *Riesenhuber* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 10 Rz 43; explizit zB in EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 75.

<sup>134</sup> *F. Bydlinki*, Die Maxime der beiderseitigen Rechtfertigung im Privatrecht in FS *Kozioł* (2010) 1355 (1356); vgl *Heinrich*, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011, 1068 (1071).

<sup>135</sup> Dagegen könnte vorgebracht werden, dass WKRL auf die Zustimmung abstellt, obwohl dies nachteiliger für den Verbraucher ist. Die unterschiedliche Funktion entkräftet auch dieses Argument.

<sup>136</sup> *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht (2007) 234; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts<sup>6</sup> (2020) 577 f; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 380 f; zum Rechtfertigungsansatz für den Kostenerstattungsanspruch unter Einbeziehung allgemeiner Prinzipien aaO 144 ff.

<sup>137</sup> *Wagner*, ZEuP 2016, 88 (106f); ihm folgend: *Faust*, ZfPW 2017, 250 (252).

in § 6 Abs 1 Satz 2 VGG und iSd der Vorgängerbestimmung Art 2 Abs 3 1. Fall VGKRL, umgesetzt in § 928 ABGB verankert ist, und auch der EuGH in den Rs *Weber/Putz* betont,<sup>138</sup> dafür: Dieser wird auch als normativer Grund für die Garantiehaftung im CISG, welche durch die Vorhersehbarkeitsregel begrenzt ist, genannt, unabhängig davon, ob der Verkäufer Hersteller oder Zwischenhändler-Verkäufer ist.<sup>139</sup> All dies steht im Einklang damit, dass dem Vorhersehbarkeitskriterium die Funktion der Haftungsbegrenzung wie im Schadenersatzrecht zukommt.

## 2. RL-konforme Auslegung

Der österr Gesetzgeber hat die Wendung in § 13 Abs 3 VGG „entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck montiert oder installiert wurde“ wortgleich wie in der WKRL umgesetzt.<sup>140</sup> Hins der wörtlichen, der historischen und der systematischen Auslegung mit den vereinbarten und objektiv erforderlichen Eigenschaften (§§ 5, 6 VGG) unter Berücksichtigung öffentlicher Äußerungen des Verkäufers oder eines Vormannes und den erheblichen Unannehmlichkeiten (§ 13 Abs 1 VGG) sowie der teleologischen Auslegung ist auf die Ausführungen zur autonomen Auslegung zu verweisen (vgl IV.C.1.).

## V. Regress

Wird ein spezieller (atypischer) Zweck zwischen Verkäufer und Käufer konkret vereinbart oder ergibt sich dieser aus öffentlichen Erklärungen eines Vormannes, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen damit für das Regressverhältnis des Unternehmers zu seinem Vormann verbunden sind.<sup>141</sup>

### A. Beispielfall

*Zur Illustration des Problems soll folgendes Bsp dienen:*

Variante 1: Die Verwendung eines freistehenden Kleiderschranks (Standmöbel) als Einbauschranks (spezieller Zweck) ist zwischen Käufer und Verkäufer vereinbart, aber nicht mit dessen Vormann. Der freistehende Kleiderschrank erfüllt nicht diese vereinbarten, aber die objektiven Eigenschaften. Variante 2: Der Kleiderschrank erfüllt die objektiven Eigenschaften nicht. Variante 3: Mit dem speziellen Zweck (Einbau) wirbt der Vormann des Verkäufers erst nach Vertragsschluss mit dem Verkäufer. Der Schrank entspricht nicht diesem Zweck. Variante 4: Der Vormann wirbt mit dem speziellen

<sup>138</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rz 56; vgl Stöber, Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer, ZGS 2011, 346 (351). Dazu unten unter VI.B.1.b.

<sup>139</sup> Lomfeld, Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie des Vertragsrechts (2015) 175; vgl BGH 24.3.1999, VIII ZR 121/98 JZ 1999, 791.

<sup>140</sup> EuGH 10.10.2013, Rs C-306/12 (*Spedition Welter*) Rn 32; Roth/Jopen in Riesenhuber<sup>4</sup> § 13 Rz 31.

<sup>141</sup> Maultzsch, ZfPW 2018, 1 (4) betont zum dt Recht, dass die Konkretisierung zwischen Verkäufer und Käufer auch im Regressverhältnis zu den Vormännern wirke.

*Zweck (Einbauzweck) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Verkäufer hat aber keine Kenntnis davon, der Käufer hingegen schon. Der Schrank entspricht nicht diesem Zweck.*

## B. Allgemeines zu § 933b ABGB

§ 933b ABGB regelt den Rückgriff eines Unternehmers, der die Gewährleistungsrechte eines Verbrauchers erfüllt hat, gegenüber seinem Vormann in der Veräußerungskette (der ebenfalls Unternehmer ist).<sup>142</sup> Anders als früher ist der Rückgriffsanspruch zukünftig der Höhe nach nicht mehr mit dem an den Vormann geleisteten Entgelt begrenzt, sondern er erfasst den *gesamten durch die Mangelbehebung entstandenen Aufwand*, insbesondere auch Aus- und Einbaukosten.<sup>143</sup> Voraussetzung dafür ist, dass der Übergeber – vor der Selbstbehebung – seinen Vormann unverzüglich nach Bekanntgabe des Mangels durch den Übernehmer zur Herstellung des mangelfreien Zustandes auffordert und der Vormann dieser Aufforderung nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt.

### 1. Vereinbarte Eigenschaften

Zu prüfen ist, welche Auswirkungen für das Regressverhältnis zu den Vormännern verbunden sind, wenn *ein spezieller (atypischer) Zweck zwischen Käufer und Verkäufer konkret vereinbart ist, aber nicht im Verhältnis zu den Vormännern*.

Der Wortlaut des § 933b ABGB („die Gewährleistung; „aus dessen Gewährleistungspflicht“) und die Mat<sup>144</sup> könnten nahelegen, dass der Gesetzgeber trotz Kritik in der Lit grds an der Rechtsnatur als zeitlich verlängerter Gewährleistungsanspruch festgehalten und nicht als Aufwandersatzanspruch ausgestaltet hat.<sup>145</sup> Demnach würde schon aus der Natur als Gewährleistungsanspruch grds folgen, dass das Verhältnis zwischen Regressschuldner und Regressgläubiger Maßstab ist. Das setzt voraus, dass der Vormann gegenüber dem Unternehmer mangelhaft im Zeitpunkt der Übergabe geleistet hat.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> Dadurch wird dem Unternehmer ein Rückgriff nach Ablauf der Gewährleistungsfrist innerhalb einer gesonderten Rückgriffsfrist ermöglicht, die ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht läuft. Das Rückgriffsrecht ist wie bisher begrenzt mit dem tatsächlich Geleisteten (§ 933b Abs 1 letzter Satz ABGB) und dem Gewährleistungsanspruch des Abnehmers („aus dessen Gewährleistungspflicht entstandenen Nachteilen“). Nach der aF war der Rückgriff auch begrenzt, weil der Vormann nicht zu mehr verpflichtet sein konnte, als er aus seiner eigenen Gewährleistungspflicht schuldete (Abs 1 S 3 aF).

<sup>143</sup> So schon EuGH 16.6.2011, C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 57; aA OGH 20.3.2019, 3 Ob 243/18h, VbR 2019/82; zur neuen Rechtslage nach der WKRL ausf. *Geroldinger*, Die Rolle anderer Glieder der Vertriebskette und Regress, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 215 ff; zur Neuregelung des § 933b ABGB: ua *Schoditsch*, Der Händlerregress nach § 933b ABGB, in *P. Bydlinski*, Das neue Gewährleistungsrecht und einige weitere Novitäten des GRUG (2022) 160 ff; *Kletečka/U. Neumayr*, Rückgriff und Neuerungen im KSchG, ÖJZ 2022, 149 (151); *dies* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG § 933b ABGB Rz 9 f.

<sup>144</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 41 f.

<sup>145</sup> *Kletečka/U. Neumayr*, ÖJZ 2022, 149 (150).

<sup>146</sup> *Kletečka/U. Neumayr*, ÖJZ 2022, 149 (152); So zu § 933b ABGB aF *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 933b Rz 19; *P. Bydlinski*, in *KBB*<sup>7</sup> § 933b Rz 5; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 933b Rz 21; dem Grundsatz



Die Auslegung des § 933b ABGB im Einklang mit Art 18 WKRL/Art 20 Dirl könnte – wie in der Lit herausgearbeitet wurde – für die Einordnung als Aufwandersatzanspruch sprechen.<sup>147</sup> Art 18 WKRL setzt wie schon Art 4 VGKRL nämlich eine Haftung aufgrund der Vertragswidrigkeit im letzten Verhältnis und „eine Verursachung der Vertragswidrigkeit“ durch ein vorgehendes Glied in der Vertragskette voraus. Diese Vorschrift bezweckt die Entlastung des Letztverkäufers, weil er „nichts“ für die Vertragswidrigkeit „kann.“<sup>148</sup> Die „Gewährleistung [...] fordern“ iSd § 933 b ABGB wäre im Lichte des Art 18 WKRL als „Rückgriff nehmen“, auszulegen (dazu unten zur RL-konformen Auslegung). Gegen die „Verursachung“ und die Entlastung spricht hier aber, dass der Letztverkäufer den speziellen Zweck mit dem Käufer, aber nicht mit dem Vormann vereinbart hat und er dem Käufer aufgrund dieser Vereinbarung haftet.<sup>149</sup>

*Wird daher ein spezieller (atypischer) Zweck zwischen Käufer und Verkäufer, aber nicht zwischen Verkäufer und seinem Vormann vereinbart* und ergibt sich im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer die Mangelhaftigkeit aus der Nicht-Übereinstimmung mit diesem Zweck (§ 5 Abs 1 und 2 VGG bzw Art 6 lit a, b WKRL) und daher aus dem Fehlen der vereinbarten Eigenschaften, dann fehlt es am Mangel im Verhältnis zum Vormann. Es wird nämlich im Verhältnis zum Vormann nicht von den bedungenen Eigenschaften iSd § 922 Abs 1 ABGB, der im B2B-Bereich mangels überschießender Umsetzung der WKRL/Dirl anzuwenden ist (s unten V.B.2.), abgewichen. Darüber hinaus spricht der angeführte telos gegen einen Rückgriff (*Variante 1*). Anders ist dies, wenn dieser Zweck auch *im Verhältnis zum Vormann vereinbart wird*, vorausgesetzt die Ware entspricht den objektiv erforderlichen Eigenschaften.

Ergibt sich die Mangelhaftigkeit hingegen aus dem *Fehlen der objektiv erforderlichen Eigenschaften* (§ 6 VGG/Art 7 WKRL) – auch im Verhältnis zum Vormann (gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften § 922 Abs 1 ABGB) –, dann besteht ein Rückgriff, selbst wenn der Vormann vom speziellen Zweck keine Kenntnis hatte (*Variante 2*). Problematisch könnte sein, dass der Vormann demnach das Risiko des speziellen Zwecks (hier: des Einbaus) nicht kalkulieren konnte. Hinzukommt, dass dieser im B2B-Bereich überhaupt nicht für Aus- und Einbaukosten gewährleistungsrechtlich in seinem eigenen Vertragsverhältnis einzustehen hat, im Rahmen

---

nach auch *Faber*, Handbuch 202; zur Problematik nachträglicher öffentlicher Äußerungen s etwa *Faber*, aaO 203 f.

<sup>147</sup> So *Geroldinger* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 217 ff; *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU (2019) 77; so zur VGKRL: *Faber*, Handbuch 207 ff; *ders*, Der Rückgriff des Letztverkäufers nach § 933b ABGB. Österreichisches Recht als Alternative für Exportgeschäfte? IHR 2004, 177 (190 ff); *Raffaseder*, Der "Besondere Rückgriff" nach § 933b ABGB im Lichte der jüngeren Judikaturentwicklung, JBl 2016, 82 (85 f); *Wilhelm*, Der Händlerregress an der Schnittstelle von Privat- und Gemeinschaftsrecht, *ecolx* 2003, 231 ff.

<sup>148</sup> So *Geroldinger* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 227.

<sup>149</sup> Keine Verursachung der Vertragswidrigkeit durch den Vormann: *Faber*, Handbuch 203 f; *ders*, IHR 2004, 177 ff; *Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 280 (290).



des Regresses, wenn der letzte Übernehmer Verbraucher ist, hingegen schon.<sup>150</sup> Für den Regress spricht aber, dass durch Art 18 WKRL eine effektive Regressmöglichkeit sichergestellt werden soll. Der Verkäufer oder seine Vormänner haben die Mangelhaftigkeit verursacht und die durch die Mängel entstandenen Kosten sollen möglichst bis zu dem Unternehmer durchgereicht werden, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist.<sup>151</sup> Die Regressmöglichkeit des Verkäufers steht im Einklang mit der ausgeführten Präventivwirkung, wonach die drohende Kostenerstattung das Bestreben erhöht, den Hersteller zur Produktion einer mangelfreien Sache zu bewegen.<sup>152</sup>

## 2. Angaben eines Vormannes

Der Zweck kann sich – wie oben unter IIV.C.1.b. ausgeführt – auch aus öffentlichen Äußerungen eines Vormannes ergeben. Ergibt sich der Mangel im Verhältnis Käufer-Verkäufer aus der Nicht-Übereinstimmung mit diesem Zweck, dann liegt ein Mangel im Verhältnis zum Vormann vor, wenn auch diese Äußerungen den Mangelbegriff in diesem Verhältnis prägen. Problematisch ist allerdings etwa, *wenn* ein Vormann diese Aussagen erst *nach* Vertragsabschluss mit seinem Vertragspartner, dem (Letzt-)Verkäufer abgibt und diese vor Vertragsschluss mit dem Verbraucher öffentlich werden (*Variante 3*) oder die Werbeaussage des Herstellers zwar von Beginn an bestand, aber die Kaufentscheidung des (Letzt-)Verkäufers nicht beeinflussen konnten, zB weil der (Letzt-)Verkäufer sie nicht kannte (*Variante 4*). Auf das Verhältnis zwischen dem Vormann und dem Unternehmer (B2B) sind §§ 922 ff ABGB maßgeblich, weil der Mangelbegriff iSd Art 6 ff WKRL nicht überschießend umgesetzt wurde.<sup>153</sup>

Strittig ist die Lösung, wenn ein Vormann erst nach der Lieferung an den Übergeber eine Werbeangabe, die den Mangelbegriff im Verhältnis zum Übernehmer prägt, abgibt (*Variante 3*). In diesem Verhältnis zwischen dem Vormann und dem Unternehmer prägen die öffentlichen Äußerungen nicht den Mangelbegriff. Es besteht keine konkludente Einbeziehung in den Vertrag (§ 922 Abs 1). Es liegen auch keine durch öffentliche Erklärungen geweckte Erwartungen des Übernehmers, die den Übergeber binden (§ 922 Abs 2), vor. Der Übergeber konnte die spätere Werbeaussage des Herstellers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses naturgemäß nicht kennen, ebenso konnte diese Aussage die Kaufentscheidung des Übergebers nicht beeinflussen.

Nach *einer Auffassung* wird daher ein Rückgriff iSd Art 18 WKRL/Art 4 VGKRL/§ 933b ABGB mangels Vorliegen eines Mangels im Verhältnis zwischen Vormann und Übergeber verneint.

<sup>150</sup> Kritik dazu Kletečka/U. Neumayr, ÖJZ 2022, 149 (151); dies in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 933b ABGB Rz 10. Da die Rs Weber/Putz im dt Recht nicht auf B2C-Konstellationen beschränkt ist, stellt sich dieses Problem nicht.

<sup>151</sup> Vgl RegE, BT-Drs 18/8486, 42; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745 (3751).

<sup>152</sup> Wagner, ZEuP 2016, 88 (106 f); ihm folgend: Faust, ZfPW 2017, 250 (252); K. Huber, Mangelfolgeschäden 150 f.

<sup>153</sup> Zur möglichen Richtlinienwidrigkeit zu Recht Kletečka/U. Neumayr, ÖJZ 2022, 152; dies in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 933b ABGB Rz 14.

Ist der Vormann, mit dem der Übergeber den Vertrag hat, zugleich die Person, von dem die Aussage stammt (Hersteller), dann habe der Übergeber (nur) einen *Schadenersatzanspruch* gegen den Vormann, wenn er schuldhaft die vertragliche Nebenpflicht verletzt habe, nicht nachträglich einen Sachmangel herbeizuführen.<sup>154</sup> Wenn keine Vertragsbeziehung mit dem erklärenden Vormann besteht, dann könnte demnach die Haftung auf einen Vertrag zwischen dem Erklärenden und seinem Abnehmer mit Schutzwirkung zugunsten weiterer Verkäufer gestützt werden<sup>155</sup>, auf eine drittgerichtete Erklärung, deren Unrichtigkeit nach Teilen der Lehre nach den Regeln des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw aufgrund der Verletzung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten eine Haftung nach sich ziehen kann<sup>156</sup> oder nach anderen Teilen einen deliktischen Anspruch iSd § 1300 S 1 ABGB.<sup>157</sup> *Eine andere Auffassung*<sup>158</sup> gewährt hingegen ein *Regressrecht* im Wege RL-konformer Auslegung. Es reiche nach der RL, dass eine Verursachung durch einen Vormann vorliege, wenn diese Äußerung vor Abschluss des letzten Vertrages mit dem Verbraucher publik wird.

Der Wortlaut des Art 18 WKRL, der auf die Verursachung der Vertragswidrigkeit durch einen Vormann, nicht aber auf die Vertragswidrigkeit im Regressverhältnis abstellt, sowie der *telos*, nämlich die Sicherstellung eines effektiven Regressrechts könnten mE – wie in *Variante 3* – einen Rückgriff als „Aufwandersatzanspruch“ in der fraglichen Konstellation naheliegen. Für die mit dem Regress bezweckte Entlastung des Letztverkäufers spricht, dass dieser für die Vertragswidrigkeit, die sich aus der Nicht-Übereinstimmung mit den Äußerungen eines Vormannes ergeben, „nichts“ kann, der Vormann aber schon. Deshalb soll dieser auch die Kosten tragen. Demnach wäre § 933b RL-konform in diesem Licht auszulegen.

Dass der Unternehmer vom Vormann „Gewährleistung fordern“ kann, müsste daher iSv „Rückgriffs nehmen“ iSd Art 18 WKRL auszulegen sein. Nach der wörtlichen Auslegung könnte zwar der Sprachgebrauch dafür sprechen, dass bei „Gewährleistung fordern“ die Gewährleistungstatbestandsvoraussetzungen (im B2B Bereich nach § 922 ff ABGB) vorliegen müssen. Aus dem Titel der Bestimmung des § 933b ABGB „Rückgriff“ kann noch nicht auf einen eigen-

<sup>154</sup> Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 933b Rz 14; B. Jud, Regressrecht des Letztverkäufers, ZfRV 2001, 201 (207); zum dt Recht: Lorenz in MünchKomm BGB<sup>8</sup> (2019) § 445a Rz 31 f; Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 15; so schon BT Drucks 14/6040, 248.

<sup>155</sup> Zum dt Recht: Lorenz in MünchKomm BGB<sup>8</sup> (2019) § 445a Rz 31 f; Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 15; dagegen und für eine Schadensverlagerung (Schaden könne nur bei demjenigen auftreten, nämlich bei demjenigen, in dessen Besitz sich die Kaufsache im Zeitpunkt der Werbeaussage befindet) und folglich Drittschadensliquidation: Bach in Staudinger (2023) § 445a BGB Rz 53; Jacobs JZ 2004, 225 (228); Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup> (2017) Rn 508.

<sup>156</sup> Statt vieler: Karner in KBB<sup>7</sup> § 1300 Rz 3 mwN.

<sup>157</sup> I. Vonklich, Schadenersatz wegen irreführender Produktinformation – UWG versus ABGB, wbl 2022, 615 (817 f); dies, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) 41 ff.

<sup>158</sup> Zur VGKRL: Faber, Handbuch 203 f; ders, IHR 2004, 177 ff; Lehmann, JZ 2000, 280 (290). Aufgrund fast wortgleicher Formulierung von Art 18 WKRL und Art 4 VGKRL lassen sich die Ausführungen zu letzterer auch auf die WKRL übertragen.

ständigen verlängerten Gewährleistungsanspruch geschlossen werden. In systematisch-historischer Hinsicht gehen die Mat auf den Fall der nachträglichen Werbung nicht ein. Aus diesen ergibt sich, dass der Gesetzgeber die RL-konforme Umsetzung von Art 18 WKRL, 20 DURL bezweckt,<sup>159</sup> auch, wenn sie an anderer Stelle davon sprechen, dass die Neufassung grosso modo im bisherigen System bliebe.<sup>160</sup> Sie gehen von einer „Sonderregelung zu den allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen“ aus, weshalb die Ausgangslage auf B2C-Verträge beschränkt wurde.<sup>161</sup> In systematischer Hinsicht bestehen – wie ausgeführt – Unterschiede hinsichtlich des Umfanges des Rückgriffsanspruchs im Vergleich zur eigenen Gewährleistungspflicht, worauf die Mat auch hinweisen. Die teleologische Auslegung (s oben) spricht für den Rückgriffsanspruch.

Die erstgenannte Auffassung geht offenbar von einem „effizienten Rückgriff“ über das Schadenersatzrecht aus.<sup>162</sup> Vorrangig sollte die Umsetzungsnorm RL-konform ausgelegt werden. Unabhängig davon, bestehen Zweifel an der Effizienz dieser Lösung. Das Schadenersatzrecht setzt Verschulden voraus. Es ist fraglich, ob der Erklärende (idR Hersteller) stets schuldhaft gehandelt hat.<sup>163</sup> Unabhängig davon, setzt Art 18 WKRL – wie schon ua *Faber*<sup>164</sup> zu Art 4 VGKRL betont hat – nur die Verursachung der Vertragswidrigkeit durch eine Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette voraus. Es handelt sich nicht um „Maßnahmen und Bedingungen für die Geltendmachung der Rückgriffsansprüche“, die dem nationalen Recht unterliegen.<sup>165</sup> Dafür spricht auch in Zusammenschau mit ErwGr 63 WKRL (insb „gegen wen und auf welche Weise Rückgriffsansprüche geltend gemacht werden und ob diese zwingend vorgeschrieben sind, [...] sollte [...] von den Mitgliedstaaten festgelegt werden“), dass va eine prozedurale Komponente des Regressrechts dem nationalen Recht verbleiben soll.<sup>166</sup> Problematisch wäre auch die zu kritisierende OGH Rsp<sup>167</sup> zur Ausweitung der Subsidiaritätsthese hins des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und objektiv-rechtlicher Schutz- und Sorgfaltspflichten, wonach ein deckungsgleicher Schadenersatzanspruch des Geschädigten (Dritten) bereits vorliegt, soweit der Geschädigte aus einem beliebigen anderen Rechtsgrund (zB aus Gewährleistung) Ansprüche gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner geltend machen könne und damit der Dritte nicht in den Schutzbereich miteinbezogen wird. Ebenso nicht effizient wäre eine Gehilfenzurechnung nach § 1315 ABGB bei Annahme einer deliktischen Natur des Anspruchs nach § 1300 S 1 ABGB.

<sup>159</sup> ErläutRV 949 BgINR 27. GP 43.

<sup>160</sup> ErläutRV 949 BgINR 27. GP 41 f.

<sup>161</sup> ErläutRV 949 BgINR 27. GP 41.

<sup>162</sup> *Arnold* in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 78 (Stand 1.2.2024); krit *Schumacher*, Lieferantenregress gemäß §§ 478, 479 BGB (2004) 144 f.

<sup>163</sup> IdS *Schumacher*, Lieferantenregress 145.

<sup>164</sup> *Faber*, IHR 2004, 177 (189).

<sup>165</sup> Vgl *Faber*, IHR 2004, 177 (189).

<sup>166</sup> *Geroldinger* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 221 ff.

<sup>167</sup> OGH 20.12.2017, 7 Ob 38/17i, EvBl 2018/69 (krit *Angyan*), krit *Vonkilch/Scharmer*, Zur Dritthaftung von Sachverständigen bei Verletzung objektiv-rechtlicher Pflichten und zu ihrer (angeblichen) Subsidiarität, Zak 2018, 164.

Liegt eine konkludente Einbeziehung der Werbeangaben im Verhältnis zwischen Verkäufer und Vormann vor und wäre nach einem Teil der Lehre § 922 Abs 1 ABGB maßgeblich, wäre ohnehin nicht relevant, wenn die *Erklärungen des Vormannes die Kaufentscheidung des Verkäufers nicht beeinflussen konnten* (Variante 4). Trifft dies hingegen nicht zu, dann würden nach dem Wortlaut die in § 922 Abs 2 ABGB angeordnete Haftung und daher der Ausnahmetatbestand der fehlenden Beeinflussung des Vertragsabschlusses einschlägig sein. IdF würde bei Abweichen von der Erklärung in diesem Verhältnis kein Mangel vorliegen.

Auch hier wäre die Vertragswidrigkeit durch einen Vormann verursacht worden. Zweck des effektiven Regresses iSd Art 18 WKRL/Art 4 VGKRL ist es, dass die Kosten zurückgereicht werden an denjenigen, der den Mangel verursacht hat (dazu näher oben zur Variante 3), unabhängig davon, ob die Erklärungen des Vormannes die Kaufentscheidung des Verkäufers nicht beeinflussen konnten. Dieser Ausnahmetatbestand der fehlenden Beeinflussung bezweckt – wie ausgeführt II.V.C.1.b. – dem Käufer (*in Var 4: Verkäufer*) den Schutz zu versagen, wenn die Aussage keine Erwartungen geweckt hatte.<sup>168</sup> Im Fall des Regresses geht es aber nicht darum, die Erwartungen des Verkäufers als Käufer zu schützen. IdF wäre dieser Ausnahmetatbestand (§ 922 Abs 2 ABGB, § 6 Abs 5 und Abs 3 VGG) jedenfalls – nicht nur im Fall der Aus- und Einbaukosten – teleologisch zu reduzieren.<sup>169</sup>

## VI. Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit/ Hervorkommen des Mangels

### A. Meinungsstand in der Literatur

Nach der österr Lit wird an die Voraussetzung, dass die Ware vor „Hervorkommen“ des Mangels montiert oder installiert wurde, ein *objektiver Standard* angelegt.<sup>170</sup> Darunter wird *objektiv erkennbar* verstanden.<sup>171</sup> In der Lit zum dt Recht<sup>172</sup> ist die Auslegung von „Offenbarwerden“

<sup>168</sup> S zur hA in D: Arnold in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 77 (Stand 1.2.2024); Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 445a BGB Rz 14; vgl zur Problematik auch Lehmann, JZ 2000, 280; für eine Drittschadensliquidation und gegen eine teleologische Reduktion Bach in Staudinger (2023) § 445a BGB Rz 54.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Zöchling-Jud, GPR 2019, 129; ihr folgend: B.A. Koch in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 185 f. Gutgläubigkeit reiche daher nicht, wenn der Mangel bereits erkennbar war. Faber, Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG, ÖJZ 2022, 123 (133) weist zu Recht darauf hin, dass die Gutgläubigkeit als zusätzliche Qualifikation diene.

<sup>171</sup> B.A. Koch/Kronthaler in Flume/Kronthaler/Laimer, VGG § 13 Rz 15; B.A. Koch in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 185 f.

<sup>172</sup> Der dt Gesetzgeber hatte das Gutgläubigkeitskriterium durch einen Verweis auf § 442 Abs 1 BGB umgesetzt, der den Ausschluss der Gewährleistungsrechte bei Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels regelt. Diese Bestimmung hatte zur Folge, dass der Käufer keinen Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten hat, wenn der Käufer im Einbauzeitpunkt Kenntnis vom Mangel hat und ebenso auch bei grober Fahrlässigkeit, sofern der Verkäufer nicht arglistig den Mangel verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Der Gg hat nunmehr die nationale Regelung an die Formulierung „offenbar wurde“ iSd WKRL angepasst und nicht wie der österr Gg den Terminus der Vermutungsregel der Mangelhaftigkeit (§ 924 Abs 1 ABGB: hervorkommen, § 477 Abs 1 BGB: zeigen) herangezogen. Krit dazu Harke, Warum nur 1:1?, GPR 2021, 129 (132); Hoffmann, NJW 2021, 2839 (2842).

hingegen umstritten.<sup>173</sup> Nach einer Auffassung ist „Offenbarwerden“ mit *positiver Kenntnis* gleichzusetzen.<sup>174</sup> Dies suggerieren ebenso die Mat.<sup>175</sup>

Eine *andere Auffassung* geht hingegen von einer *objektivierten Sichtweise* aus.<sup>176</sup> Dafür spreche, dass nicht auf eine Person Bezug genommen wird.<sup>177</sup> Demnach schade auch grob fahrlässige Unkenntnis.<sup>178</sup> Bei dieser Sichtweise ist zB nach *Lorenz* – ähnlich der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB – auf die Erkenntnismöglichkeit eines Durchschnittskäufers abzustellen.<sup>179</sup> Nach *Rachlitz* treffen den Käufer zum Zeitpunkt des Einbaus innerhalb und außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs zumindest ganz rudimentäre Prüfungsobliegenheiten.<sup>180</sup> Nach *Hoffmann* genüge eine objektive Erkennbarkeit durch einen Durchschnittskunden und<sup>181</sup> nach *Kesiso-glugil/Lang* die leichte Fahrlässigkeit.<sup>182</sup>

Ebenso scheitert die Haftung *nach dieser Auffassung auch bei positiver Kenntnis*. Die dogmatische Begründung divergiert. Dies folge *einerseits* aus der *autonomen Auslegung* der RL: Hierfür wird offenbar der Wortlaut („offenbar wurde“) ins Treffen geführt.<sup>183</sup> Nach *Hoffmann* ist hingegen die subjektive Kenntnis im Rahmen des Rechtsmissbrauchs zu berücksichtigen.<sup>184</sup> Obwohl die Voraussetzung des „gut-

*gläubigen*“ Einbaus in der Rs *Weber/Putz* nicht übernommen wurde<sup>185</sup>, sieht *Hoffmann*<sup>186</sup> darin keine inhaltliche Änderung. Gutgläubigkeit sei im Sinne eines Verweises auf Treu und Glauben und als Ausprägung des Rechtsmissbrauchsverbots zu verstehen. Ausgeschlossen sei daher der Anspruch bei positiver Kenntnis, wenn diese etwa auf Expertenwissen des Käufers zu-

<sup>173</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, Drs 18/8486, 24 f.

<sup>174</sup> *Höpfner* in BeckOGK § 439 BGB Rz 74 (15.01.2024). Nach *Rachlitz*, Eigenverantwortlichkeit des Käufers für Mängel, NJW 2022, 1337 (1340 ff) und *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 121 schaden auch grob fahrlässige Unkenntnis.

<sup>175</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drs 18/8486, 24 f.

<sup>176</sup> ZB *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2067); *Harke*, GPR 2021, 129 (132); *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2842); *Wilke*, VuR 2021, 283 (288); *Rachlitz*, NJW 2022, 1337 (1340 ff); *Pfeiffer*, Neues Kaufrecht – Die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie in Deutschland, GPR 2022, 223 (232); *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 121.

<sup>177</sup> *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2067).

<sup>178</sup> *Rachlitz*, NJW 2022, 1337 (1340 ff): Dies laufe im Ergebnis auf das auch mit § 442 BGB erzielte Ergebnis hinaus, dass dem Käufer beim Einbau der fehlerhaften Sache sein Wissen und seine grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels schaden. *Harke*, GPR 2021, 129 (132); *Pfeiffer*, GPR 2022, 223 (232); *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 121. Für *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2842) genügt noch weitergehend die Erkennbarkeit durch Durchschnittskunden.

<sup>179</sup> NJW 2021, 2065 (2067).

<sup>180</sup> NJW 2022, 1337 (1340 ff).

<sup>181</sup> NJW 2021, 2839 (2844).

<sup>182</sup> Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht, NJW 2023, 1009.

<sup>183</sup> ZB Offenbar wohl *Harke*, GPR 2021, 129 (132); *Rachlitz*, NJW 2022, 1337 (1340 ff).

<sup>184</sup> *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2844).

<sup>185</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 55 f und 62.

<sup>186</sup> *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2841); aus der umfangr Lit vgl statt vieler ua *Knops*, Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen, RabelsZ 85 (2021), 505; monografisch *Guski*, Rechtsmissbrauch als Paradoxie (2019) (beide mwN).

rückgeht. Ebenso könne es liegen, wenn „der Verkäufer vor Einbau auf einen möglichen Mangel hingewiesen und eine eigene Prüfung angeboten“ habe. *Andererseits* schade die positive Kenntnis aufgrund *nationalen Rechts*, nämlich der „Treu und Glauben“-Bestimmung des § 242 BGB oder einer analogen Anwendung der Mitverschuldensregel von § 254 Abs 1 BGB.<sup>187</sup>

## B. Stellungnahme

### 1. Autonome Auslegung

Die Wendung in § 13 Abs 3 VGG „vor Hervorkommen des Mangels“ beruht auf der Umsetzung der Formulierung „bevor die Vertragswidrigkeit offenbar wurde“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL, die autonom auszulegen und letztendlich vom EuGH klärungsbedürftig ist.

#### a. Wörtliche und historische Auslegung

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch wird unter „Offenbarwerden“ „offen zutage tretend, klar ersichtlich“ verstanden.<sup>188</sup> Der Wortlaut „offenbar wurde“ ohne die Nennung der Person (bspw Verbraucher), dem die Vertragswidrigkeit offenbar wurde, spricht dafür, dass die Erkennbarkeit maßgeblich ist.<sup>189</sup> Andere Sprachfassungen, wie insb die englische, italienische und französische: *before the lack of conformity became apparent*, *prima che si manifesti il difetto di conformità*, *avant que le défaut de conformité n'apparaisse*, deuten ebenso darauf hin.<sup>190</sup> In ErwGr 18 WKRL werden Mängel, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags nicht offenbar waren, als versteckte Mängel bezeichnet. Auch dies spricht für einen *objektivierten Maßstab*. Selbst ohne der Nennung der Person, könnte aber überlegt werden, ob vom gewöhnlichen Sprachgebrauch miterfasst ist, dass „dem Käufer“ vor Einbau der Mangel offenbar wurde, zumal dieser oder ein von ihm beauftragter Dritter den Einbau vornimmt und bei tatsächlicher Kenntnis noch weniger schutzwürdig ist (dazu unten VI.B.1.b.). Demnach würde die positive Kenntnis des Käufers darunter fallen.

In historischer Hinsicht ist auszuführen, dass der EuGH darauf abgestellt hat, dass der Einbau „vor Auftreten des Mangels gutgläubig“ erfolgt ist. Nunmehr ist nicht mehr von „Auftreten“, sondern von „Offenbarwerden“ die Rede. Nicht-deutschsprachige Fassungen der Rs *Weber/Putz* hatten allerdings damals schon die Formulierung „bevor der Mangel offenbar wurde“<sup>191</sup> verwendet. Das spricht dafür, dass sich diesbezüglich der Maßstab nicht unterscheidet. Allerdings ist das dort verwendete Kriterium der „Gutgläubigkeit“ des Käufers nicht

<sup>187</sup> Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067).

<sup>188</sup> Duden, Offenbarwerden, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/offenbar%20werden>, abgerufen am 11.04.2024.

<sup>189</sup> Zöchling-Jud, GPR 115 (129 f); ihr folgend: B.A. Koch in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 157 (186 Fn 152), geht auch von einem objektiven Maßstab aus.

<sup>190</sup> Vgl K. Huber, Mangelfolgeschäden 530 f.

<sup>191</sup> ZB EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 56, 62, 76: „*before the defect became apparent*“, „*che prima della comparsa del difetto*“, „*avant l'apparition du défaut*“, „*antes de que se manifestara el defecto*“.



mehr vorgesehen. Ob damit auch keine inhaltliche Änderung verbunden ist, wie *Hoffmann*<sup>192</sup> ausführt, wird unten untersucht (VI.B.).

## b. Systematisch-teleologische Auslegung

Anhaltspunkte für die Auslegung könnten sich in anderen Bestimmungen der WKRL/des VGG finden. Der Gesetzgeber hat „Offenbarwerden“ in der WKRL und in VGKRL ua iZm Gewährleistungsfrist und -umfang (Art 10 WKRL, umgesetzt in § 10 VGG und § 933 Abs 1 ABGB; Art 5 Abs 1 VGKRL) und der Beweislast (Vermutung der Vertragswidrigkeit) (Art 11 WKRL, umgesetzt in § 11 VGG; Art 5 Abs 3 VGKRL, umgesetzt in § 924 Satz 2 ABGB) verwendet.

Während der dt Gesetzgeber bei der Beweislast „Mangel zeigen“ und bei den Aus- und Einbaukosten „Offenbarwerden“ verwendet hat, bediente sich der österr Gesetzgeber für diese Fälle einheitlich der Formulierung „Hervorkommen“. „Hervorkommen“ soll die gleiche Bedeutung wie „Offenbarwerden“ haben.<sup>193</sup>

Die Mangelhaftigkeit wird vermutet, wenn diese binnen 1 Jahr nach der Übergabe hervor- kommt (§ 11 VGG/Art 11 WKRL; § 924 Satz 2 ABGB/Art 5 Abs 3 VGKRL: 6 Monate). Darunter wird verstanden, dass ein zunächst versteckter Mangel augenfällig wird. „Hervorkommen“ ist jedenfalls bei objektiver Erkennbarkeit des Mangels erfüllt.<sup>194</sup>

Strittig ist hingegen, ob dieses Kriterium erfüllt ist, wenn der Mangel innerhalb der Vermutungsfrist (6 Monate bzw 1 Jahr) zwar entsteht und vom Unternehmer erkannt wird, aber nicht objektiv erkennbar war. *Nach der überwiegenden Meinung* kann in diesem Fall der Mangel in keinem denkbaren Sinn als „hervorgekommen“ gelten,<sup>195</sup> nach anderer Meinung hingegen schon.<sup>196</sup> Nach *Kletečka* und *Kaspar*<sup>197</sup> genügt es sogar, dass dem Unternehmer der Beweis des Mangels gelingt, unabhängig davon, ob der Mangel für Unternehmer oder Dritte innerhalb der Frist erkennbar war oder bemerkt wurde.

Die Rs *Faber*<sup>198</sup> spricht jedenfalls für einen objektiven Maßstab. Demnach liegt *Offenbarwerden* iSd Art 5 Abs 3 der VGKRL vor, wenn sich das Vorliegen der Vertragswidrigkeit *tatsächlich herausgestellt* hat.<sup>199</sup> Die englische Fassung spricht von „*became physically apparent*“ (physisch

<sup>192</sup> *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2844).

<sup>193</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 22.

<sup>194</sup> Zu § 924 Satz 2 ABGB: *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> (2021) § 924 ABGB Rz 4; *P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 924 ABGB Rz 2; *Faber*, Handbuch 94; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 924 Rz 6; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 924 ABGB Rz 65.

<sup>195</sup> Zu § 924 Satz 2 ABGB: *P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 924 ABGB Rz 2; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 924 Rz 6; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 924 ABGB Rz 65; *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019, 1041 (1050 Fn 47).

<sup>196</sup> Zu § 924 Satz 2 ABGB: *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 924 Rz 4; *Kaspar*, Beweislast im Gewährleistungsrecht (2019) 161 f; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 924 ABGB Rz 4.

<sup>197</sup> Zu § 924 Satz 2 ABGB: *Kletečka* Gewährleistung § 924 Rz 4; *Kaspar*, Beweislast 161 f.

<sup>198</sup> EuGH 4.6.2015, Rs C-497/13 (*Faber*).

<sup>199</sup> EuGH 4.6.2015, Rs C-497/13 (*Faber*) Rn 71.



sichtbar werden), die französische von „*matériellement révélé*“ (materiell offenbart), die italienische von „*è palesato concretamente*“ (konkret offenbart). Es wird daher auf eine objektive Beurteilung ohne subjektiven Einschlag abgestellt. Diese E lässt sich aufgrund des diesbezüglich unveränderten Wortlauts auf die Nachfolgenorm Art 11 WKRL übertragen.

Damit im Einklang scheint auch die dt Rsp zu sein. „Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit“ iSd VGKRL wurde im dt Recht als „Mangel zeigen“ iSd § 477 Abs 1 BGB umgesetzt. Nach der Rsp und hL ist *die Erkennbarkeit des Mangels unerheblich*. „Zeigen“ erfordert nicht, dass der Mangel erkennbar war.<sup>200</sup>

Bei der Übertragung dieser Ausführungen auf den Einbau ist der *Zweck* zu beachten. Nach dem Unentgeltlichkeitsgebot hat der Verkäufer Aus- und Einbaukosten zu tragen, weil den Käufer diese von der Geltendmachung der Nacherfüllung abhalten könnten (III.C.1.c.). Der Käufer ist aber nur beim Einbau vor Offenbarwerden des Mangels schutzwürdig. Das „tatsächliche Herausstellen“ iSd Rs *Faber* legt nahe, dass die Erkennbarkeit unerheblich ist.<sup>201</sup> Diese Auslegung lässt sich mE nicht auf den Einbau-Fall übertragen. Warum sollte in diesem Fall – wenn der Mangel zwar aufgetreten ist, aber weder für Durchschnittsmenschen erkennbar war noch zufällig vom Käufer erkannt wurde – der Verkäufer, der vertragswidrig geleistet hat, von der Kostentragung befreit werden?

Zweck der Beweislastumkehr ist hingegen die Vermutung, dass Mängel, die innerhalb kurzer Zeit nach Übergabe auftreten, bereits bei Übergabe bestanden haben. Die Bejahung des Hervorkommens ohne Erkennbarkeit hat schließlich im Fall der Beweislastumkehr zur Folge, dass der Mangel im Übergabezeitpunkt vermutet wird (positive Folge), im Fall der Aus- und Einbaukosten, dass keine Haftung besteht (negative Folge). Eine verbraucherschutzfreundliche Auslegung unter Berücksichtigung des *effet utile* würde daher zu gegenläufigen Ergebnissen führen (zur beiderseitigen Rechtfertigung s aber unten).<sup>202</sup>

Für die Maßgeblichkeit (auch) eines objektivierten Maßstabes spricht ebenso auch ein Umkehrschluss zur Regelung der Rügeobliegenheit (Art 5 Abs 2 VGKRL und Art 12 WKRL), weil

<sup>200</sup> BGH 14.9.2005, VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490: Ein Mangel kann sich dem Käufer auch dann erst nach Gefahrübergang „zeigen“, wenn er ihn im Falle einer eingehenden Untersuchung schon bei der Übergabe hätte entdecken können. Den Verbraucher trifft keine Obliegenheit, die Sache bei Gefahrübergang oder innerhalb der sechsmonatigen Frist zu untersuchen. Allerdings können Mängel, die dem Käufer bereits bei Übergabe hätten auffallen müssen, im Einzelfall dazu führen, dass die Vermutung der Mangelhaftigkeit aufgrund der Art des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges ausgeschlossen ist. Ua *Lorenz* in MünchKomm BGB<sup>8</sup> (2019) § 477 Rz 11; *Augenhofer* in BeckOGK § 477 BGB Rz 12 (Stand 1.4.2021); *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 477 BGB Rz 5.

<sup>201</sup> Nicht klar ist dabei mE, ob „tatsächlich herausstellen“ iSd Rs *Faber* auch dann gegeben sein kann, wenn der Mangel nicht für einen Durchschnittsmenschen aufgrund ordnungsgemäßer Verwendung, sondern zB nur bei eingehender Untersuchung, und der Käufer den Mangel auch nicht zufällig entdeckt hat (IdS wohl *Büdenbender* in NK-BGB § 477 BGB Rz 6; *Kletecka* und *Kaspar* stellen nicht auf die Erkennbarkeit oder Kenntnis ab; dagegen wohl die hL zum österr Recht s Fn 209).

<sup>202</sup> Vgl *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2845).

diese auf den Zeitpunkt abgestellt, „zu dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat“, worunter subjektive Kenntnis zu verstehen ist.<sup>203</sup>

*Ungeklärt bleibt, wie sich dieser objektivierte Maßstab beurteilt.*<sup>204</sup> Nach der systematischen Auslegung mit der Regelung über die Beweislastumkehr, so der überwiegenden Lehre gefolgt wird, könnte auf die objektive Erkennbarkeit eines Durchschnittskäufers abgestellt werden. Weniger weitgehend ist, wenn der Käufer „vernünftigerweise in Unkenntnis sein“ konnte<sup>205</sup> bzw. wenn sich der Mangel einem Durchschnittskäufer geradezu aufdrängen musste.<sup>206</sup> Dies entspricht sachlich dem Maßstab der groben Fahrlässigkeit. Anhaltspunkte für die Beurteilung dieses Maßstabes könnte die teleologische Auslegung liefern.

Im Hinblick auf einen gesetzgeberischen Interessensausgleich zwischen Käufer und Verkäufer sind gegenläufige Interessen ebenso zu berücksichtigen.<sup>207</sup> Der Verkäufer ist zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet. Die abstrakte Beherrschbarkeit beurteilt sich nach generelltypisierenden Merkmalen. Erwägungen, wie insb. in welcher Sphäre die Gefahr entsteht,<sup>208</sup> spielen eine Rolle.<sup>209</sup> Die Vertragswidrigkeit stammt aus der Sphäre des Verkäufers und er kann grds. abstrakt die Gefahr besser beherrschen.<sup>210</sup>

Der Käufer kann auf die Mangelfreiheit vertrauen. In den Bestimmungen über den Gewährleistungsausschluss iSd Art 7 Abs 5 WKRL, umgesetzt in § 6 Abs 1 Satz 2 VGG und iSd der Vorgängerbestimmung Art 2 Abs 3 1. Fall VGRK, umgesetzt in § 928 ABGB zeigt sich der Schutz des Vertrauens auf die mangelfreie Leistung und die korrekte Erfüllung, den auch der EuGH

<sup>203</sup> Zöchling-Jud in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 209.

<sup>204</sup> Der objektivierte Standard des „Offenbarwerdens“ ergibt sich aus der autonomen Auslegung. Nicht ganz klar ist mE, ob das Unionsrecht iZm dem Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit auch bereits die konkreten Sorgfaltsanforderungen an den Käufer festlegt. Dagegen könnte sprechen, dass bereits in der Rs *Faber* sich der EuGH mit der Auslegung des Terminus des „Offenbarwerden“ befasste, er diesen Terminus aber – was für den Fall ausreichend war – nur mit anderen Worten als „tatsächlich herausstellen“ beschrieb und keine Sorgfaltsanforderungen formuliert hat und weiters, dass die Frage der konkreten Sorgfaltsanforderungen eine Frage des allgemeinen Vertragsrechts ist, die gem. ErwGr 18 dem nationalen Recht überlassen wird, soweit die betreffenden Angelegenheiten nicht durch diese RL geregelt ist. Dafür könnte sprechen, dass in der Rs *Faber* eine Festlegung von Sorgfaltsanforderungen nicht erforderlich war und „Offenbarwerden“ eben in der RL geregelt ist.

<sup>205</sup> Grundmann in Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechtsrichtlinie (2002) Art 2 Rz 52.

<sup>206</sup> Rachlitz, NJW 2022, 1337 (1341); Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 121.

<sup>207</sup> Riesenhuber in Riesenhuber<sup>4</sup> § 10 Rz 43; vgl. Fn 133 f.

<sup>208</sup> Koller, Bewegliches System und die Risikozurechnung bei der Abwicklung gegenseitiger Verträge, in F. Bydliński/Krejci/Schilcher/Steininger, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 75 (79 f.).

<sup>209</sup> Dabei ist der Zugang zur Information und die Möglichkeit vertragliche Vorgaben aufzustellen, um Fehler zu minimieren oder zu beseitigen, zu berücksichtigen. Allerdings iZm mit der Haftung für Herstellerfehlerverhalten: Haas/Thunhart, ÖJZ 2012, 697 (702).

<sup>210</sup> Es kommt hier daher nicht auf die konkrete, sondern die abstrakte Beherrschbarkeit an, weil die tunliche, die gewöhnliche Sorgfalt übersteigende Abwehr der Gefahr tangiert wird, und nicht das Verschulden. S. Koller in F. Bydliński/Krejci/Schilcher/Steininger 78, wonach sich die konkrete Beherrschbarkeit im Gewand der Fahrlässigkeit zeigt.

in den Rs *Weber/Putz* betont.<sup>211</sup> *Demnach baut der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit das Gut ein und muss nicht mit einer Vertragswidrigkeit rechnen.*<sup>212</sup>

Vor diesem Hintergrund sind augenfällige Mängeln wie Risse, Delle etc, die nur bei geringster Sorgfalt in die Augen fallen, „hervorgekommen“. Dies legt nahe, dass nicht schon *die objektive Erkennbarkeit eines Durchschnittsmenschen maßgeblich ist, sondern dass sich der Mangel – bei Anwendung eines Mindestmaßes an Sorgfalt – nahezu aufdrängen musste*. Bei positiver Kenntnis, in dem der Käufer zufällig oder aufgrund von Expertenwissen Kenntnis erlangt, könnte dieser ohnehin nicht auf die Mangelfreiheit vertrauen und wäre noch weniger schutzwürdig.

Hins der Sorgfaltsanforderungen im *Vertragsabschlusszeitpunkt* führte nach der VGKRL (Art 2 Abs 3 1. Fall) ua die „Kenntnis“ und „vernünftigerweise in Unkenntnis sein“ vom Mangel zum Gewährleistungsausschluss. Die hM stellt dabei hins letzterer auf einen Sorgfaltsmaßstab ab, der der grob fahrlässigen Unkenntnis in nationalen Rechtsordnungen entspricht,<sup>213</sup> also dann, wenn dem Durchschnittsverbraucher in dieser Situation dieser Fehler keinesfalls unerkannt geblieben wäre und ein sowohl objektiv als auch subjektiv schwerer Sorgfaltsverstoß vorliegt. Art 7 Abs 5 WKRL, umgesetzt in § 6 Abs 1 Satz 2 VGG, könnte nahelegen, dass das *Vertrauen in die Mangelfreiheit der Ware* im Vergleich zu Art 2 Abs 3 VGKRL verstärkt geschützt ist, weil dort der Ausschluss nur unter qualifizierten Voraussetzungen im Vergleich zu Art 2 Abs 3 VGKRL, der weitgehend § 928 ABGB entspricht, möglich ist.<sup>214</sup>

Zu berücksichtigen ist aber, dass sich die Sache zum *Zeitpunkt des Einbaus schon in der Sphäre des Käufers befindet*, die Kosten daher infolge der Nutzung der Sache in der Sphäre des Käufers entstehen und der Verkäufer darauf keinen Einfluss hat. Der Käufer kann die Sache ansehen, ausprobieren oder überprüfen. Für den Verkäufer lässt sich schwer klären, ob die Sache schon im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges oder erst in Folge des Einbaus beschädigt worden ist.<sup>215</sup>

Dem Käufer kann vor diesem Hintergrund daher eine bescheidene Prüfbliende im Einzelfall zumutbar sein. Sind schwerwiegende Verdachtsmomente tatsächlich bekannt, sollte der Käufer die Augen nicht schließen. Es sollte auf das Zusammenspiel mehrerer Faktoren ankommen. Je höher die drohenden Kosten, je zumutbarer der Aufwand der Kostenvermei-

<sup>211</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 56; vgl *Stöber*, ZGS 2011, 336 (351).

<sup>212</sup> EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 57: in dieser E wird noch das Kriterium der Gutgläubigkeit behandelt.

<sup>213</sup> Ua *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, VGKRL Art 2 Rz 52.

<sup>214</sup> Dass dadurch Art 2 Abs 3 VGKRL verändert werden sollte, zeigt sich an der Entsprechungstabelle der WKRL. Er setzt stärkere Anforderungen an das Nichtvorliegen einer Vertragswidrigkeit.

<sup>215</sup> Ua *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 147; *Rachlitz*, NJW 2022, 1337 (1342).

dung, je erkennbarer der Mangel (das trifft zu bei tatsächlicher Kenntnis von Verdachtsmomenten), desto eher wird von einer bescheidenen Prüfpflicht auszugehen sein.<sup>216</sup> Es sollten aber nur Maßnahmen verlangt werden, die weniger Aufwand für den Käufer als für den Verkäufer erfordern.<sup>217</sup>

Fraglich ist die Beurteilung des Falles, wenn der Verkäufer vor Einbau auf einen möglichen Mangel hinweist und er eine eigene Prüfung dem Käufer anbietet, die den Mangel aufgedeckt hätte, der Käufer aber nicht darauf eingeht. *Hoffmann*<sup>218</sup> verneint hier „Offenbarwerden“ und löst dies durch Berufung auf das Rechtsmissbrauchsgebot. IdF hat aber mE der Verkäufer den Verdachtsmoment kommuniziert, sodass dieser dem Käufer tatsächlich bekannt war. Dem Käufer könnte die Zustimmung zur Prüfung durch den Verkäufer zumutbar sein, zumal er nicht einmal selbst die Prüfung durchführen würde. Wird dieser Fall hingegen nicht einem solchen gleichgehalten, indem augenfällige Mängel schon bei geringster Sorgfalt in die Augen fallen, und daher nicht unter „Offenbarwerden“ subsumiert, dann wären die Ausführungen zur Lückenfüllung und zum Rückgriff auf nationales Recht einschlägig (dazu VI.B.3.).

Die Ausführungen sprechen daher (auch) für einen objektivierten Maßstab, nämlich wenn sich der Mangel einem Durchschnittskäufer nahezu aufdrängen musste.

## 2. RL-konforme Auslegung

Fraglich ist, ob sich die Auslegung des „Hervorkommens“ auf die Umsetzungsnorm übertragen lässt. Hinweise dafür geben die wörtliche und historische Auslegung: Nach den Mat soll der im VGG der aus dem ABGB bekannte (§ 924, aber auch §§ 923 und 925) Begriff des „Hervorkommens“ anstelle vom in der VGKRL und WKRL verwendeten Begriff „Offenbarwerden“ herangezogen werden, der die gleiche Bedeutung wie der in der RL verwendete Terminus hat.<sup>219</sup> Hins der systematischen und teleologischen Auslegung ist auf die Ausführungen zur autonomen Auslegung zu verweisen.<sup>220</sup> Sie sprechen dafür, dass augenfällige Mängel, die schon bei geringster Sorgfalt in die Augen fallen, unter „Hervorkommen“ fallen.

<sup>216</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 524 f; P. Bydlinski, ÖJZ 2011, 893 (901) ist daher zuzustimmen, dass bei einem leicht erkennbaren Mangel und hohen Behebungskosten eine Obliegenheit des Käufers, die Ware auf zumutbare Weise zu untersuchen, besteht. Er bezieht sich zwar auf die Rechtslage nach der VGKRL, sie lässt sich aber auch auf die grob fahrlässige Unkenntnis übertragen. *Rachlitz*, NJW 2022, 1337 (1342) für rudimentäre Prüfpflichten.

<sup>217</sup> Zu Art 2 Abs 3 VGKRL: *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, VGKRL Art 2 Rz 52.

<sup>218</sup> NJW 2021, 2839 (2844).

<sup>219</sup> ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 22.

<sup>220</sup> Die europäische und die nationale Bestimmung werden auch hier einheitlich ausgelegt. EuGH 10.10.2013, Rs C-306/12 (*Spedition Welter*) Rn 32; *Roth/Jopen* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 13 Rz 31. Fraglich ist, ob die Annahme einer „bescheidenen Prüfoobligenheit“ im Einzelfall einen Wertungswiderspruch zur Untersuchungs- und Rügeobligenheit führt, die nur im B2B-Bereich (§ 377 UGB) verankert ist. Die Einführung der Rügeobligenheit wurde im allgemeinen Zivilrecht diskutiert, der Gesetzgeber hat anlässlich des GewRÄG 2001 bewusst davon abgesehen. Auch nach Art 12 WKRL können die Mitgliedstaaten eine Rügepflicht vorsehen. Gegen die Einführung der Rügeobligenheit wurde iZm der Umsetzung der VGKRL (Art 5 Abs 2) ins Treffen geführt, dass diese im Gewährleistungsprozess ein

Darüber hinaus steht dieses Ergebnis im Einklang damit, dass Sorgfaltsanforderungen im Gewährleistungsrecht im Vergleich zum Schadenersatzrecht herabgesetzt sein können. Es ist zwischen Sorgfaltsobliegenheiten im Gewährleistungsrecht und der Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten iSe Mitverschuldens im Schadenersatzrecht zu unterscheiden. Dies zeigt sich an der unterschiedlichen Behandlung der *Nachforschungsobliegenheit* bei Vorliegen von Verdachtsmomenten, obwohl es sich in beiden Fällen um vorvertragliche Obliegenheiten handelt. Die Grundaufmerksamkeit, maW die iSd § 928 ABGB aufzubringende Sorgfalt, liegt nicht vor, wenn dem Käufer die schwerwiegenden Verdachtsmomente tatsächlich bekannt sind.<sup>221</sup> Demgegenüber kann ein Mitverschulden bei der Nichtbefolgung weniger gewichtiger Verdachtsmomente vorliegen.<sup>222</sup>

Dies lässt sich anhand eines Bsp illustrieren: Bei einem Kauf eines Einfamilienhauses haben keine ausreichenden Verdachtsmomente hins der Bodenbeschaffenheit (das Grundstück befand sich auf ehemaliger Schottergrube) für eine Nachfrageobliegenheit iSv näheren Informationen bestanden. Es wurde eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Verkäufers über die Bodenbeschaffenheit (Schottergrube) bejaht; ein natürlicher Boden konnte erwartet werden und war somit eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft.<sup>223</sup> Dennoch kann die mangelnde Weiterverfolgung von Verdachtsmomenten ein Mitverschulden begründen.<sup>224</sup> Bei der im Eigeninteresse aufzubringenden Sorgfalt iSd § 928 ABGB geht es nach hA nur um eine Erkenntnisorgfalt bei augenfälligen Mängeln<sup>225</sup>, während eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten nicht darauf beschränkt ist, sondern bspw in Form der Verletzung von Untersuchungsobliegenheiten bestehen kann.

Die Berücksichtigung des Schutzes des Vertrauens bei der Interessensabwägung steht auch im Einklang mit der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung, die zwar Schadenersatz

---

zusätzliches Beweisthema darstellen würde, welches auch Unsicherheit mit sich bringe, es wurde befürchtet, dass dies dem rechtlich Unerfahrenen zur Last fallen würde. Darüber hinaus wurde in der 6-monatigen Vermutung der Mangelhaftigkeit schon ein Anreiz zur schnellen Geltendmachung des Mangels gesehen (ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 10 f). Die Ablehnung wurde mit Schutzwürdigkeitserwägungen, genauer mit der mit einem Prozess verbundenen Unsicherheit und der Belastung zugunsten des rechtlich Unerfahrenen gerechtfertigt, nicht allerdings damit, dass dem Verbraucher eine Untersuchung per se unzumutbar sei. Der Zweck der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit iSd § 377 UGB liegt in der Sicherung von Beweisen des Verkäufers und der Dispositionssicherheit, während sich die Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten vor dem Hintergrund der Selbstverantwortung des Geschädigten, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und den Präventionserwägungen erklären lässt (*Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht [1999] 124 f, 257). Hier geht es funktional um eine Frage der Mitverantwortung, wenngleich wertungsmäßige Unterschiede zum Schadenersatzrecht bestehen (*K. Huber*, Mangelfolgeschäden 494 ff, insb 513 ff).

<sup>221</sup> A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 308 ff.

<sup>222</sup> A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 308 ff.

<sup>223</sup> OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h, EvBl 2011/19, 131 (*Kogler*) = JBl 2011, 40 (*P. Bydlinski*).

<sup>224</sup> Vgl A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 309 ff.

<sup>225</sup> ISe „bescheidenen Prüfpflicht“, dass nicht die Augen verschlossen werden vor dem, was jeder sieht. *Wilhelm*, Anmerkung zu OGH 05.03.1980, 1 Ob 745/79, JBl 1981, 203; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 928 Rz 11 (scheint aber wie im dt Recht auf die grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers abzustellen); *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 928 Rz 7 und A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 274.

darstellt, aber im Hinblick auf die der Haftung für Aus- und Einbaukosten zugrunde liegenden Prinzipien Ähnlichkeiten aufweist.<sup>226</sup> Sorgfaltsanforderungen des Geschädigten können nämlich gegenüber einer Garantiehaftung gemindert sein, da eher angenommen werden kann, dass der Geschädigte auf die Abwesenheit von Gefahrenquellen vertrauen kann.<sup>227</sup>

### 3. Kenntnis des Mangels vor Einbau: Lückenfüllung?

Wie angeführt, ist jedenfalls ein objektivierter Maßstab zu bejahen. Es sprechen aber Argumente *auch* für eine extensive Wortauslegung von „Offenbarwerden“, worunter die positive Kenntnis zu subsumieren wäre. Der Zweck spricht ohnehin dafür. Wird dies hingegen verneint, dann stellt sich die Frage, wie die *Konstellationen zu beurteilen sind, in denen der Mangel für einen Durchschnittsverbraucher bei einem Mindestmaß an Sorgfalt nicht erkennbar war, sondern in denen der Verbraucher zufällig oder aufgrund von Expertenwissen Kenntnis erlangt*.

Zunächst ist zu prüfen, ob diese Frage in den Anwendungsbereich der RL oder des nationalen Rechts fällt. Bejaht man ersteres, ist Art 14 Abs 3 WKRL autonom auszulegen. Wie oben ausgeführt, spricht die wörtliche und systematisch-teleologische Auslegung dafür, dass Kenntnis nicht unter „Offenbarwerden“ fällt. Zu prüfen ist daher, ob eine Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung erfolgen kann.

#### a. Lückenfeststellung

Die Lückenfeststellung beurteilt sich primär aus der Perspektive des Unionsgesetzgebers und hängt davon ab, inwieweit dieser *eine abschließende Regelung* treffen wollte oder nur unvollständig legifizierte.<sup>228</sup> Eine „interne“ und damit eine echte Lücke der WKRL setzt eine Planwidrigkeit im internen System des Sekundärrechts, hier der WKRL, voraus.<sup>229</sup>

Für eine abschließende Regelung und gegen eine Lückenfeststellung könnte sprechen, dass sich der RL-Gesetzgeber gegen die Aufnahme des Kriteriums der Gutgläubigkeit, die wohl auch die Kenntnis umfasst hat, entschieden hat. Für eine „interne“ Lücke könnte hingegen die Auslegungsbedürftigkeit von „Offenbarwerden“ – Gesetzgeber und Literaturstimmen in Deutschland gehen davon aus, dass Kenntnis darunterfällt<sup>230</sup>, es wurden bereits Argumente für eine extensive Auslegung (VI.B.1.a.) angeführt – sprechen und ebenso der *telos*: Das Gewährleistungsrecht bezweckt einen angemessenen Interessensausgleich zwischen den Parteien.<sup>231</sup> Der Käufer ist bei Kenntnis nicht schutzwürdig.

<sup>226</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 142 ff, 151 f, 153.

<sup>227</sup> Looschelders, Mitverantwortlichkeit 253.

<sup>228</sup> Neuner, Rechtsfortbildung, in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 12 Rz 31.

<sup>229</sup> Statt vieler *Riesenhuber* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 1 Rz 74.

<sup>230</sup> S Fn 174 f.

<sup>231</sup> Vgl *Kodek/Leupold*, Gewährleistung Fn 271; ausdr in EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 75, s zur systematisch-teleologischen Auslegung V.B.1.b.



## b. Ausfüllung „interner Lücken“ durch allgemeine Grundsätze oder Analogie

In Betracht kommt eine Lückenfüllung durch allgemeine Grundsätze oder Analogie. Denkbar wäre zunächst eine Lückenfüllung durch Rückgriff *auf das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot und die Mitverschuldensregel*. Dagegen spricht, dass der EuGH auch in den Rs *Weber/Putz* nicht von der Möglichkeit, sich auf diese Grundsätze zu berufen, Gebrauch gemacht hat und stattdessen das eigenständige Kriterium der Gutgläubigkeit eingeführt hat. Er hat auch auf keine Kostenteilung hingewiesen.<sup>232</sup>

Selbst wenn eine Lückenfeststellung bejaht wird, ist fraglich, ob die Voraussetzungen für das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot<sup>233</sup> erfüllt sind. Die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes sind enger als die „Treu und Glauben“-Bestimmung iSd § 242 BGB.<sup>234</sup> Nach der stRsp des EuGH setzt die missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht ein objektives und ein subjektives Tatbestandsmerkmal voraus.<sup>235</sup> Es darf durch die Mitgliedstaaten und Einrichtungen zudem nur unter Wahrung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes wie der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes erfolgen.<sup>236</sup>

Objektive *Voraussetzung* ist, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben muss, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, also eine Zweckverfehlung vorliegt.<sup>237</sup> Unklar ist, ob diese Voraussetzung überhaupt erfüllt ist. Der Zweck der Aus- und Einbau-Regelung beruht ua auf dem Unentgeltlichkeitsgebot (III.C.1.c.). Für eine Zweckverfehlung könnte sprechen, dass die Aus- und Einbaukosten nicht nur deshalb anfallen, weil der Verkäufer nicht vertragswidrig geleistet hat, sondern auch weil der Käufer in Kenntnis des Mangels eingebaut hat. Dagegen kann eingewendet werden, dass auch bei Kenntnis vom Mangel im Zeitpunkt des Einbaus die Kostentragung den Käufer von der Geltendmachung abhalten könnte.

Das Vorliegen der *subjektiven Voraussetzung* mag bezweifelt werden. Subjektive Voraussetzung ist die Absicht, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die *entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden*.<sup>238</sup> Aus einer Reihe ob-

<sup>232</sup> S zur Kostenbeteiligung bei Unangemessenheit der Kosten EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) Rn 74 ff.

<sup>233</sup> Dafür *Hoffmann*, NJW 2021, 2839 (2844).

<sup>234</sup> Zum unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot ausf *Knops*, RabelsZ 85 (2021), 505 (517 ff).

<sup>235</sup> EuGH 13.3.2014, C-155/13 (*SICES u. a.*) Rn 29 ff; EuGH 21.2.2006, Rs C-255/02 (*Halifax*); EuGH 28.7.2016, Rs C-423/15 (*Kratzer*) Rn 38 ff.

<sup>236</sup> *Knops*, RabelsZ 85 (2021), 505 (524 ff) mwN.

<sup>237</sup> EuGH 14.12.2000, Rs C-110/99 (*Emsland-Stärke*) Rn 51 ff; EuGH 28.7.2016, Rs C-423/15 (*Kratzer*) Rn 39 mwN.

<sup>238</sup> EuGH 14.12.2000, Rs C-110/99 (*Emsland-Stärke*) Rn 52 und 53; EuGH 12.3.2014, Rs C-456/12 (*O. und B.*) Rn 58 und 99. Der EuGH geht davon aus, dass das subjektive Element aus „dem Zusammentreffen einer Reihe von Indizien [...], sofern diese objektiv und übereinstimmend sind, geschlossen werden“ kann, betont aber zugleich,

jektiver Anhaltspunkte muss ersichtlich sein, dass *wesentlicher Zweck* der fraglichen Handlungen die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist. Das Missbrauchsverbot greift nicht, wenn die fraglichen Handlungen eine andere Erklärung haben können als nur die Erlangung eines Vorteils.<sup>239</sup>

Qualifiziert man Aus- und Einbaukosten als ungerechtfertigten „Vorteil“, der seine Grundlage in der RL hat,<sup>240</sup> ist zweifelhaft, ob überhaupt eine willkürliche Schaffung der Voraussetzungen vorliegt, weil die Mangelhaftigkeit der Sache auf den Verkäufer zurückzuführen ist. Hätte der Verkäufer mangelfrei geliefert, wären die Aus- und Einbaukosten gar nicht entstanden und der Käufer würde diesen „Vorteil“ gar nicht erhalten.

Ob ein *wesentlicher Zweck* des Einbaus nach Kenntnis und der Geltendmachung der Nacherfüllung die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist, ist zudem fraglich. Der Käufer oder ein beauftragter Dritter nimmt den Einbau der mangelhaften Sache vor und er hat die Kosten dafür zu tragen. Der Mangel ist für einen Durchschnittsverbraucher bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar (deshalb kein „Offenbarwerden“), sondern der Verbraucher erlangt zufällig oder aufgrund von Expertenwissen Kenntnis. Man denke an folgendes Bsp: Der Einbau wird dringend benötigt, der Mangel war kaum sichtbar beim Einbau und daher für einen Durchschnittsverbraucher nicht erkennbar, zufällig hat der Käufer aber vor dem Einbau Kenntnis erlangt, und später wird der Mangel nach dem Einbau als störend empfunden (er hat sich mglw auch weitergefressen) und dann Nacherfüllung geltend gemacht. In diesem Fall hat die Handlung eine andere Erklärung als nur die Erlangung eines Vorteils.

Gegen eine Lückenfüllung durch das Prinzip der Mitverantwortung iSd *Mitverschuldensregel* als *allgemeiner Rechtsgrundsatz*<sup>241</sup> spricht aber schon Art 13 Abs 7 WKRL. Demnach ist nach nationalem Recht zu beurteilen, *ob und in welchem Umfang ein Beitrag des Verbrauchers zu der Vertragswidrigkeit dessen Recht auf Abhilfe beeinträchtigt*. Diese Regelung wird auch für die Uneinigkeit hins der Regelung des Mitverschuldens ins Treffen geführt. Dies deutet darauf hin, dass das Mitverschulden nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Gewährleistungsrecht heranzuziehen ist, wenngleich dies de lege ferenda vorzugswürdig wäre.<sup>242</sup>

---

dass das nationale Gericht „zu prüfen haben [wird], ob die Beklagten der Ausgangsverfahren die Möglichkeit hatten, sie zu widerlegen“. EuGH 26.2.2019, Rs C-115/16 (*N Luxembourg 1*) Rn 139; EuGH 26.2.2019, Rs C-116/16 und C-117/16 (*T Danmark und Y Danmark*) Rn 99.

<sup>239</sup> EuGH 28.7.2016, Rs C-423/15 (*Kratzer*) mwN, vgl. EuGH 21.2.2006, Rs C-255/02 (*Halifax*) Rn 75, EuGH 22.12.2010, Rs C-103/09 (*Weald Leasing*) Rn 30 und EuGH 13.3.2014, C-155/13 (*SICES u. a.*) Rn 33.

<sup>240</sup> EuGH 22.11.2017, Rs C-251/16 (*Cussens*) Rn 30.

<sup>241</sup> Nach *Ring*, Mitverschulden bei Gewährleistung (2018) 41 ff kann bei Fällen, in denen der Übernehmer einen Mangel bloß mitverursacht hat, die sich aus der VGKRL ergebende Kollisionslücke durch Rekurs auf den Gedanken der Nachteilsaufteilung infolge Mitverschuldens geschlossen werden; vgl. *Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, VGKRL Art 2 Rz 52, 57.

<sup>242</sup> *Stabentheiner* in der Diskussion zur Tagung „Das neue Gewährleistungsrecht für Waren, digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“ am 12.06.2019; *Kern/Maier*, Die neue Warenkauf-Richtlinie, Zak 2019, 204 (205).

Für eine Analogie spricht Folgendes: Der *positive Gleichheitssatz* gebietet, dass gleichartige Tatbestände gleich zu behandeln sind.<sup>243</sup> Kenntnis des Mangels vor Einbau ist dabei ein gleichartiger Tatbestand wie „Offenbarwerden“ vor dem Einbau. In beiden Fällen ist der Käufer nicht schutzwürdig. In Betracht kommt auch ein Größenschluss.<sup>244</sup> Schließlich wird die positive Kenntnis des Gläubigers vom Mangel dem offenkundigen Mangel gemäß § 928 ABGB kraft Größenschluss gleichgestellt.<sup>245</sup>

### c. Rückgriff auf nationales Recht

Hins des Rückgriffs auf eine nationale „Treu und Glauben“-Bestimmung<sup>246</sup> ist auszuführen, dass der EuGH im Fall *Messner*<sup>247</sup> selbst in detailliert harmonisierten Fragen einen Rekurs auf nationale Ausnahmetatbestände auf Grund von Instituten wie dem (Verbot des) Rechtsmissbrauch(s) zugelassen hat, wenn damit nicht die Zielsetzung und Vereinheitlichungswirkung der Richtlinienregelung gefährdet bzw konterkariert wird. Aus Sicht des österr autonomen Rechts wäre die hier zu behandelnde „Kenntnis-Konstellation“ unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens zu lösen.<sup>248</sup> Zu klären ist, ob hier auf nationales Recht überhaupt zurückgegriffen werden kann. Dies setzt voraus, dass die Füllung „interner Lücken“ verneint oder „externer Lücken“, nämlich Fragen außerhalb des Regelungsbereichs der RL, die von vornherein dem nationalen Recht überlassen sind,<sup>249</sup> bejaht wird.

Für eine „externe Lücke“ könnte sprechen, dass die Mitverantwortung grds nicht in der WKRL geregelt ist und die MS regeln können, *ob und in welchem Umfang* ein Beitrag des Verbrauchers zur Vertragswidrigkeit dessen Recht auf Abhilfe beeinträchtigt (Art 13 Abs 7 WKRL).

Bei der historischen und teleologischen Auslegung des Art 13 Abs 7 WKRL ist zu berücksichtigen, dass der Entwurf zur Fernabsatz-RL (Art 9 Abs 5) noch vorsah, dass der Käufer keinen Anspruch auf Abhilfe hat, soweit er selbst zur Vertragswidrigkeit beigetragen hat.<sup>250</sup> Grund für den Verweis auf nationales Recht iSd Art 13 Abs 7 WKRL ist, dass *kein Konsens* hins der

<sup>243</sup> Zur Analogie *Neuner* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 12 Rz 33 ff mwN.

<sup>244</sup> *Neuner* in *Riesenhuber*<sup>4</sup> § 12 Rz 36 mwN.

<sup>245</sup> OGH 11.7.2006, 5 Ob 145/06v, wobl 2007/95; 27.6.2013, 1 Ob 14/13k, ecolex 2013/345; Ua *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 388; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 928 Rz 3; *Welser/B. Jud*, Gewährleistung § 928 Rz 1; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 928 Rz 14; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>7</sup> § 928 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 928 Rz 9.

<sup>246</sup> So *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2067).

<sup>247</sup> EuGH 03.9.2009, C-489/07 (*Messner/Krüger*). Dazu *Wendehorst*, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, 55 (60).

<sup>248</sup> Vgl *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 893 (902); *Ring*, Mitverschulden 117 ff; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 494 ff.

<sup>249</sup> Die Formulierung entstammt Art 7 Abs 2 CISG. Demnach werden die nicht geregelten Gegenstände auch „externe Lücken“ bezeichnet und beurteilen sich nach dem vom IPR berufenen nationalen Recht (Statt vieler: *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, Kommentar zum UN-Kaufrecht<sup>7</sup> [2019] Rz 42 ff); dazu ausf *Riesenhuber*, EU-Richtlinien: "interne" und "externe Lücken", ÖJA 2023/3, 54.

<sup>250</sup> Art 9 Abs 5 RL KOM 2017 (637) final lautete noch „Der Verbraucher hat keinen Anspruch auf Abhilfe, soweit er selbst zur Vertragswidrigkeit der Waren beigetragen hat.“

Regelung der Mitverantwortung im Gewährleistungsrecht erzielt werden konnte.<sup>251</sup> Die Beurteilung des Beitrags zur Vertragswidrigkeit und der Rechtsfolgen ist strittig. Dies zeigen die unterschiedlichen Auffassungen zu Art 80 CISG, der auch offenbar als Vorbild für den Vorentwurf der WKRL gedient hat. ME ist Art 80 CISG nicht nur auf die Alleinverursachung<sup>252</sup>, sondern auch auf die Mitverursachung der Nichterfüllung bei teilbaren Rechtsbehelfen anzuwenden, unabhängig davon, ob der Verursachungsbeitrag deutlich überwiegt.<sup>253</sup> Der Käufer als Schuldner hat bei Unteilbarkeit des Anspruches, wie beim Nacherfüllungsanspruch, Anspruch auf Zuschuss der Nachbesserungsaufwendungen entsprechend der Mitverursacherquote des Gläubigers.<sup>254</sup> In der dt Lit wurde hins Art 9 Entwurf zur Fernabsatz-RL ebenso eine Kostenbeteiligung des Verbrauchers in Höhe seines Mitverantwortungsanteils bei Aufrechterhaltung seines Rechtsbehelfes vorgeschlagen.<sup>255</sup>

Die gegenständliche Problematik („Kenntnis des Mangels vor Einbau“-Konstellation, ebenso auch, wenn der Verkäufer vor Einbau auf einen möglichen Mangel hinweist und er eine eigene Prüfung dem Käufer anbietet, die den Mangel aufdeckt) betrifft aber die Frage, ob und in welchem Umfang ein Beitrag des Verbrauchers *zu den Folgen der Vertragswidrigkeit*, insbesondere die Sorglosigkeit des Käufers bspw beim Einbau, bei Vornahme von Veränderungen der Kaufsache oder beim Transport der mangelhaften Sache, *die Abhilfe des Verbrauchers beeinträchtigt. Kann es bspw in diesen Fällen zu einer Kostenteilung kommen oder kann mitwirkendes Verschulden des Verkäufers berücksichtigt werden?*

<sup>251</sup> Fn 242.

<sup>252</sup> So Piltz, Internationales Kaufrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 4–224; P. Huber in P. Huber/Mullis, The CISG, A new textbook for students and practitioners (2007) 267; Schmid, Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz (1996), 113–115; Koziol, Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpakompensation?, ZEuP 1998, 593 (594 Fn 7); Lüderitz/Dettmeier in Soergel, BGB Art 80 CISG Rz 2 f; Weber, Vertragsverletzungsfolgen: Schadensersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in Bucher, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, Wiener Kaufrecht (1991), 165 (172); so auch Stoll/Gruber, CISG<sup>4</sup> Art 80 Rz 6; Looschelders, Mitverantwortlichkeit des Geschädigten 109 f.

<sup>253</sup> Schwenger in Schlechtriem/Schwenger/Schroeter, UN-Kaufrecht<sup>7</sup> Art 80 Rz 9; Schwenger/Manner, The Pot Calling the Kettle Black, in FS Kritzer (2008), 470 (476); K. Huber, Mangelfolgeschäden 453 ff: Bei deutlichem Überwiegen des Verursachungsbeitrages: ua Mankowski in MünchKommHGB<sup>5</sup> (2021) Art 80 CISG Rz 8, P. Huber in MünchKommBGB<sup>8</sup> (2019) Art 80 Rz 6; Magnus in Honsell, UN-Kaufrecht<sup>2</sup> Art 80 Rz 12; Magnus in Staudinger BGB Art 80 CISG Rz 14; Leible/Müller, Die Reichweite von Artikel 80 CISG, IHR 2013, 45 (49); so auch OLG Koblenz 24.2.2011, 6 U 555/07, BeckRS 2012, 21660; Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)<sup>2</sup> Art 80 CISG Rz 4; Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht: Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (1991) Art 80 Rz 8.

<sup>254</sup> Ua Schwenger in Schlechtriem/Schwenger/Schroeter, UN-Kaufrecht<sup>7</sup> Art 80 Rz 9; Schwenger/Manner in FS Kritzer 470 ff (479), K. Huber, Mangelfolgeschäden 453 f.

<sup>255</sup> Vgl Riehm, Richtlinienentwurf zum Waren-Fernabsatz, in Artz/Gsell (Hrsg), Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt (2018), 73 (88); Maultzsch, Der Entwurf für eine EU-Richtlinie über den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes von Waren, JZ 2016, 236 (245). Für die analoge Anwendung von § 254 ABGB: RegE, BT-Drs 18/8486, 40; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745 (3746 f); Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>4</sup> (2013) § 2 Rz 199; aA Büdenbender in NK-BGB § 439 Rz 40; RegE, BT-Drs 18/8486, 41.

Auch diese Frage ist ebenso strittig wie die Beurteilung des Beitrags zur Vertragswidrigkeit und der Rechtsfolgen. Sie betrifft funktional ebenso eine Frage der Mitverantwortung. Schon vor der WKRL war strittig, ob die Mitverschuldensregel auf den gewährleistungsrechtlichen Nacherfüllungsanspruch anwendbar ist.<sup>256</sup> Für die grds analoge Anwendung des § 1304 ABGB auf die Konstellationen der Mitverursachung oder Verschlimmerung des Mangels werden dieselben Argumente ins Treffen geführt wie für die Setzung eines Beitrages zu den Folgen des Mangels beim Kostenerstattungsanspruch und der Naturalvornahme, wenngleich sich wertungsmäßige Differenzierungen ergeben.<sup>257</sup> Aus Gründen der Systemkohärenz gebietet sich hins der Anwendung des Rechtsgedankens der Mitverschuldensregel eine grds Gleichbehandlung dieser Fälle.

All das spricht für eine „externe Lücke“. Zu beachten ist aber, dass *eine abschließende Regelung jedenfalls hins des „Hervorkommens des Mangels“ (hier mE jedenfalls iSe objektivierten Maßstabes, wenn sich der Mangel einem Durchschnittskäufer nahezu aufdrängen musste) vorliegt*<sup>258</sup> und diesbezüglich ein Rückgriff auf nationales Recht versperrt ist.

Wird die Anwendbarkeit nationalen Rechts in Bezug auf die „Kenntnis des Mangels vor Einbau“-Konstellation bejaht, wird sich die Diskussion zur analogen Anwendung des § 1304 ABGB fortsetzen.

#### 4. Beurteilung nach nationalem Recht

ME ist – wie bereits an andere Stelle näher ausgeführt und hier nur zusammenfassend wiedergegeben – § 1304 ABGB analog auf den Nacherfüllungsanspruch anzuwenden,<sup>259</sup> sofern ein Rückgriff auf nationales Recht nicht versperrt ist. Dies hat die Abwägung der beiderseitigen Zurechnungsgründe zur Folge. Die Verschuldensunabhängigkeit des Gewährleistungsrechts spricht nicht gegen eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens des Mitverschuldens iSd § 1304 ABGB (bspw § 7 EKHG iVm § 1304 ABGB). Dass nur das Ausmaß des Mit“verursachungs“- (aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit der Gewährleistung) und nicht Mitverschuldensbeitrages des Käufers anspruchskürzend ist, könnte mit der Gleichbehandlungsthese, die als Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit verstanden wird, gerechtfertigt werden, wonach Schädiger und Geschädigter mit gleichem Maß gemessen werden (die für

<sup>256</sup> S. Koziol, Warenverkehr Rz 290. Dafür: *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 29; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 932 Rz 20e; ausf. *Ring*, Mitverschulden 93 ff; 11 ff mwN; *P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 1304 ABGB Rz 22a mwN; *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 494 f, 510 ff.

<sup>257</sup> Für eine grds wertungsmäßige Gleichbehandlung der Mitverantwortung hins der Beteiligung an den Nacherfüllungskosten durch den Käufer infolge Mitverursachung des Mangels einerseits und infolge Mitverursachung der Nacherfüllungskosten andererseits spricht sich auch *Ring*, Mitverschulden 118 aus. *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 510 mwN.

<sup>258</sup> So auch *Faust* in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 125.

<sup>259</sup> *K. Huber*, Mangelfolgeschäden 513 ff.

die „Schädiger“seite maßgeblichen Wertungen werden auf „Geschädigte“ übertragen).<sup>260</sup> Andererseits liegt ein Größenschluss nahe, wonach der schuldlos Handelnde das Verschulden des Gegners zumindest in dem Ausmaß einwenden können muss wie der schuldhaft Handelnde.<sup>261</sup> Dogmatisch kann sich die Berücksichtigung der Sorglosigkeit des Gläubigers so erklären lassen, dass der Haftungsgrund der vertragswidrigen Leistung unabhängig von der Zurechnung zum Verantwortungsbereich des Geschädigten besteht.

Im Fall der Gewährleistung und des Schadenersatzanspruches liegen unfreiwillig erlittene Nachteile vor, die bei dem einen entstehen und auf den anderen verlagert werden.<sup>262</sup> Wertungsmäßige Unterschiede zwischen Gewährleistung und Schadenersatz zeigen sich auf der Ebene der Anforderungen an die Sorgfaltsobliegenheit und der Gewichtung der beiderseitigen Beiträge. Der Gedanke beim Mitverschulden, dass der Gläubiger grds das Risiko in seiner eigenen Sphäre zu tragen habe<sup>263</sup>, wird hier im Fall des Kostenerstattungsanspruches oder der Naturalvornahme dadurch überlagert, dass der Übernehmer als Gläubiger auf die Mangelfreiheit bzw das Fehlen von Gefahrenquellen vertrauen kann und insofern die Sorgfaltsobliegenheiten herabgesetzt sind.<sup>264</sup>

Hins der Gewichtung der beiderseitigen Beiträge fehlt es an der Gleichartigkeit der Abwägungselemente, insb am Verschulden.<sup>265</sup> Aufgrund des Schutzes des Vertrauens auf die Mangelfreiheit der Sache schadet dem Käufer eine leicht fahrlässige Unkenntnis aber noch nicht.<sup>266</sup> In der fraglichen Konstellation (VI.B.3.) würde ohnehin *Kenntnis des Mangels* vorliegen. Obwohl schon die vertragswidrige Leistung einen „Haftungsgrund“ darstellt, ist bei der Kostenteilung die grobe Sorglosigkeit des Verkäufers als zusätzlich belastendes Moment auf dessen Seite zu berücksichtigen.<sup>267</sup>

<sup>260</sup> F. Bydlinki, System und Prinzipien (1996, Nachdruck 2013) 201; Looschelders, Mitverantwortlichkeit 122 ff, 257.

<sup>261</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 932 Rz 20e; Ring, Mitverschulden 87 ff.

<sup>262</sup> Looschelders, Mitverantwortlichkeit 258 ff, K. Huber, Mangelfolgeschäden 515.

<sup>263</sup> Ua Koziol, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese? in FS Deutsch (2009) 781 (789).

<sup>264</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 525.

<sup>265</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 518 f.

<sup>266</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 523 ff.

<sup>267</sup> IdF wird aber Schadenersatz statt Gewährleistung iSd § 933a ABGB sowie Ersatz von Mangelfolgeschäden vorliegen. K. Huber, Mangelfolgeschäden 526 ff. Grundmann (in Grundmann/Bianca, VGKRL Art 2 Rz 52) wies in Bezug auf den Gewährleistungsausschluss nach Art 2 Abs 3 VKGRL hin, dass mitwirkendes Verschulden des Verkäufers zu berücksichtigen ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz, auch wenn der Wortlaut dies nicht nahelegt. Fraglich ist, ob mitwirkendes Verschulden des Verkäufers nach der WKRL überhaupt berücksichtigt werden kann. Wie bereits unter VI.B.3.b. ausgeführt, stellt das Mitverschulden im Gewährleistungsrecht keinen allgemeinen Grundsatz dar. Ob beim Beitrag des Verbrauchers zur Vertragswidrigkeit mitwirkendes Verschulden berücksichtigt wird, beurteilt sich nach nationalem Recht (Art 13 Abs 7 WKRL) und ist mE zu bejahen.



Im Hinblick auf die Handlungspflicht schadet die Unteilbarkeit des Nacherfüllungsanspruches nicht. Der Käufer hat einen Kostenzuschuss, der dem Mitverschuldensbeitrag entspricht, zu leisten.<sup>268</sup>

Handelt der Käufer oder Erfüllungsgehilfe beim Einbau zB von Fliesen vor „Offenbarwerden“ des Mangels nachlässig (zB durch unsachgemäße Verwendung der Fugenmasse) und trägt er damit zu dem bereits in den Fliesen angelegten Mangel bei, so dass die Ausbaurkosten steigen, ist der Anspruch aus § 13 Abs 3 VGG wegen Mitverschuldens nach § 1304 ABGB analog zu kürzen.<sup>269</sup>

Entstehen dem Verkäufer aufgrund des unsachgemäßen Einbaus *zusätzliche* Kosten und entsteht für den Käufer durch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebeserten oder neu gelieferten mangelfreien Sache ein sonstiger Mehrwert, könnte dieser Umstand auf dem Wege der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden.<sup>270</sup> Die Kostenerstattung kann um Sowiesokosten reduziert werden.

## VII. Zusammenfassung

1. Die Formulierung der Regelung über Aus- und Einbaukosten in § 13 Abs 3 VGG /Art 14 Abs 3 WKRL weicht in einigen Punkten von den Rs *Weber/Putz* ab. So werden die *Begriffe* „Entfernung“, „Montage“ und „Installation“ anstelle von „Aus- und Einbau“ verwendet. § 13 Abs 3 VGG ist RL-konform auszulegen. Dies setzt das autonome Verständnis der RL voraus. Nach dem Wortlaut könnten Installation und Montage als Synonyme für Einbau verstanden werden. Die historische Auslegung spricht dafür, dass mit der abweichenden Formulierung keine Erweiterung verbunden war. Insb die in der WKRL verwendeten Begriffe des Aus- und Einbaus in nicht-deutschen Sprachfassungen, wie der englischen, französischen oder italienischen, stimmen mit jenen in den Rs *Weber/Putz* überein.
2. Hins der systematischen Auslegung legt die inhaltliche Erweiterung der WKRL nahe, dass unter „Waren, die installiert wurden“ iSd Art 14 Abs 3 WKRL /§ 13 Abs 3 VGG, digitale Leistungen, die Teil von Waren mit digitalen Element sind, fallen, auch wenn damit nur *ein* „Teil der Ware“ installiert wird. In historisch-systematischer Hinsicht ist nicht klar, ob sich die Installation auf digitale Leistungen bezieht. Im Entwurf zur Online Warenhandel-RL wurde für die Regelung der unsachgemäßen Montage als auch der Aus- und Einbaukosten der Terminus „Installierung“ verwendet, obwohl sich der Entwurf noch nicht auf Waren mit digitalen Elementen erstreckte. Die Regelung der unsachgemäßen Montage und Installation (Art 8 WKRL/§ 8 Abs 1 VGG) bezieht sich allerdings nunmehr auf die Installation von digitalen Leistungen, die Teil des Warenkaufs sind. Der *telos* spricht für eine diesbezügliche Erweiterung, als auch hins digitaler Leistungen, die nicht Teil des Warenkaufs sind, wobei

<sup>268</sup> K. Huber, Mangelfolgeschäden 518.

<sup>269</sup> So zu um dt Recht Hübner, ZfPW 2018, 227 (244).

<sup>270</sup> Statt vieler Höpfner in BeckOGK § 439 BGB Rz 72.1 (Stand 15.1.2024); Faust in BeckOK<sup>69</sup> § 439 BGB Rz 139; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745 (3746 f).

letztere nicht unmittelbar auf Art 14 Abs 3 WKRL/§ 13 Abs 3 VGG zu stützen sind. Hinsichtlich mangelhafter digitaler Leistungen hat der Unternehmer nach Art 14 Abs 3 DURL/§ 21 VGG der Unternehmer Kosten die „anlässlich“ bzw zum Zweck der Nacherfüllung entstehen, zu tragen.

3. Das einschränkende Kriterium, dass die Ware entsprechend „ihrer Art und ihrem Zweck montiert und installiert wurde“ geht im Wesentlichen auf die Rs *Weber/Putz* zurück, die aber – in der dt Fassung – noch von Zweck spricht. Aus der wörtlichen und historischen Auslegung ergibt sich, dass sich dadurch keine Änderung ergibt. Nach der systematischen Auslegung mit den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art 6, 7 WKRL) fiel darunter der Einbau als gewöhnlicher Verwendungszweck (bspw Fliesen) und als vertraglich vereinbarter (bspw: atypischer) Zweck (Eignung zum angestrebten Zweck, zur Kenntnisbringung durch Verbraucher, Zustimmung durch Verkäufer), wobei abweichend von der VGKRL zusätzlich die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit eingehalten werden müssen. Sowohl teleologische Erwägungen als auch die systematische Auslegung mit Art 14 Abs 1 lit c WKRL, umgesetzt in § 13 Abs 1 VGG, wonach die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten zu erfolgen hat, sprechen für das Abstellen auf einen vorhersehbaren Zweck (hier: Einbau bzw Montage oder Installation) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Dem Verkäufer wird dadurch ermöglicht, die daraus erwachsenen Kosten vorherzusehen und die Kosten zu kalkulieren. Zudem kommt dem Vorhersehbarkeitskriterium hier wie im Schadenersatzrecht die Funktion der Haftungsbegrenzung zu und auch die mit den dem Anspruch zugrunde liegenden Prinzipien stehen damit im Einklang. Der Zweck kann sich dabei auch aus öffentlichen Erklärungen des Unternehmers oder eines seiner Vormänner ergeben (vgl § 6 Abs 2 Z 5 und Abs 3 VGG in Umsetzung von Art 7 Abs 1 lit d iVm Abs 5 WKRL).
4. Ist ein spezieller (atypischer) Zweck (hier: Einbau bzw Installation oder Montage) zwischen Käufer und Verkäufer konkret vereinbart oder ergibt sich dieser aus öffentlichen Äußerungen eines Vormannes, ist bei einem Regress nach § 933b ABGB im Regressverhältnis grds zu achten, dass die Vereinbarung auch im Verhältnis zum Vormann wirkt. Tätigt der Vormann die Äußerungen erst nach Vertragsabschluss mit dem Vertragspartner, ist ein Rückgriff umstritten, wobei eine RL-konforme Auslegung einen Rückgriff nahelegen könnte. Konnten die Äußerungen die Kaufentscheidung des Käufers, aber nicht des Verkäufers beeinflussen, sollte dennoch ein Rückgriff bestehen.
5. Weitere Voraussetzung für den Anspruch nach § 13 Abs 3 VGG ist, dass die Ware vor Hervorkommen des Mangels bzw nach der WKRL „bevor der Mangel offenbar wurde“, montiert oder installiert wurde. Die wörtliche Auslegung und die systematisch-teleologische Auslegung sprechen (auch) für einen objektivierten Maßstab. Bei der systematischen Auslegung mit der Regelung der Beweislastumkehr iSd Art 11 VGKRL (unter Berücksichtigung der Rs *Faber* zur Vorgänger-Regelung) ist der unterschiedliche Zweck der Vorschriften zu

beachten. Teleologische Überlegungen sprechen dafür, dass „unter Hervorkommen“ augenfällige Mängel fallen, die sich einem Durchschnittskäufer schon bei geringster Sorgfalt geradezu aufdrängen mussten.

6. Bei der Beurteilung der Sorgfaltsanforderungen sollte berücksichtigt werden, dass die Vertragswidrigkeit bzw der Mangel aus der Sphäre des Verkäufers stammt, und die Bedeutung des Schutzes des Vertrauens auf die mangelfreie Leistung; aber auch, dass sich die Sache zum Zeitpunkt des Einbaus schon in der Sphäre des Käufers befindet. Dem Käufer kann daher im Einzelfall eine bescheidene Prüfbliedenheit zumutbar sein. Es sollte dabei auf ein Zusammenspiel mehrerer Faktoren ankommen.
7. Hins der RL-konformen Auslegung ist auszuführen, dass der österr Gesetzgeber im Wesentlichen § 13 Abs 3 VGG wortwörtlich wie Art 14 Abs 3 WKRL umgesetzt und daher bloß „austrifiziert“ hat. Zudem wurde anstelle von „Offenbarwerden“ wie schon bei anderen Bestimmungen, wie § 924 ABGB, „Hervorkommen“ verwendet. Hins der RL-konformen Auslegung ist auf die autonome Auslegung zu verweisen.
8. In Bezug auf die positive Kenntnis des Mangels sprechen Argumente *auch* für eine extensive Wortauslegung von „Offenbarwerden“. Verneint man dies, könnte hins der Rechtsfortbildung zunächst die Auslegungsbedürftigkeit des Terminus „Vor Offenbarwerden“ und das *telos* auf eine „interne Lücke“ der WKRL deuten. Gegen eine Lückenfüllung durch Rückgriff auf das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot und die Mitverschuldensregel spricht, dass sich auch der EuGH in den Rs *Weber/Putz* nicht auf diese Grundsätze berufen hat. Zudem ist das Vorliegen der Voraussetzungen für ersteres zweifelhaft und das Mitverschulden ist nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Gewährleistungsrecht heranzuziehen. Eine Analogie wäre naheliegender: Kenntnis ist ein gleichartiger Tatbestand wie „Offenbarwerden“, der deshalb auch gleichbehandelt werden muss. Für eine „externe Lücke“ könnte hingegen sprechen, dass die Mitverantwortung hins des Beitrags an der Vertragswidrigkeit ausdrücklich dem nationalen Recht überlassen worden ist und die Mitverantwortung aber auch grds nicht in der WKRL geregelt ist. Die gegenständliche Problematik betrifft zwar den Beitrag zu den Folgen der Vertragswidrigkeit, dessen Rechtsfolgen sind aber ebenso strittig wie jene des Beitrages zur Vertragswidrigkeit, und betreffen auch funktional eine Frage der Mitverantwortung. Demnach wäre nach mA § 1304 ABGB analog auf den Nacherfüllungsanspruch anzuwenden.