

In den dargelegten Fällen des § 19 Abs 3 und 4 trägt der **Verbraucher** (von Anfang an) die **Beweislast** dafür, dass der Mangel „im maßgeblichen Zeitpunkt oder Zeitraum vorlag“.

Der Ausdruck „*digitale Umgebung*“ bezeichnet nach der Begriffsbestimmung in § 2 Z 8 VGG „Hardware, Software und Netzverbindungen aller Art, die vom Verbraucher für den Zugang zu oder die Nutzung von digitalen Leistungen verwendet werden“.

V. Rechte aus der Gewährleistung

§ 932 Abs 1 ABGB enthält in seiner bis 31.12.2021 geltenden Fassung folgende Aufzählung der einzelnen Gewährleistungsrechte: „die **Verbesserung** (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den **Austausch** der Sache, eine **angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung)**“ und „die **Aufhebung des Vertrages (Wandlung)**“.

Durch die **Neufassung** gem Art 2 GRUG (in Kraft ab 1.1.2022; vgl Rz 3/71) wurde § 932 (*nur*) *terminologisch* an den neuen § 933 angepasst (dazu Rz 3/116a). Die Bezeichnungen für die verschiedenen Gewährleistungsbehelfe sind überwiegend beibehalten worden; nur der Begriff der „Vertragsaufhebung“ wurde durch „*Vertragsauflösung*“ ersetzt, was aber in § 932 zu keiner inhaltlichen Änderung führt. Die alternative Bezeichnung als „Wandlung“ wurde (insb weil „veraltet“⁸³) aufgegeben.

In der Frage, welches Gewährleistungsrecht zusteht, ist vor allem das Kriterium der *Behebbarkeit* maßgebend (§ 932 Abs 2). Von wesentlicher Bedeutung bei den sog sekundären Gewährleistungsbehelfen ist der Tatbestand des „*geringfügigen Mangels*“, dessen Vorliegen gem § 932 Abs 4 das Recht zur Auflösung des Vertrages von vornherein ausschließt (Rz 3/105).

1. Vorrang der Mangelbehebung

Gem § 932 Abs 2 S 1 kann der Übernehmer zunächst „**nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache** verlangen“. Der Übergeber soll also grundsätzlich eine „zweite Chance“ erhalten, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen.

Die sekundären Gewährleistungsrechte der **Vertragsauflösung oder Preisminderung** können gem § 932 Abs 4 nur in folgenden Fällen geltend gemacht werden (zu den Details Rz 3/97 ff):

- **Unmöglichkeit** der Mangelbehebung,
- **Unverhältnismäßigkeit** der Mangelbehebung,
- **Verweigerung** der Mangelbehebung,

⁸³ ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 26.

- **Verzug** mit der Mangelbehebung,
- **Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer,**
- **Unzumutbarkeit für den Übernehmer** aus triftigen Gründen in der Person des Übergebers.

Für **Verbrauchergeschäfte** im Anwendungsbereich des VGG (Rz 3/71 ff) enthalten dessen § 12 Abs 4 und § 20 Abs 4 ähnliche Aufzählungen der Fälle, in denen die sekundären Gewährleistungsrechte zustehen (dazu Rz 3/97 ff).

a) Verbesserung oder Austausch

3/89 **Verbesserung** ist die Behebung eines Mangels an der konkreten Sache.

Rechtsmängel sind behebbar, wenn die rechtlichen Hindernisse oder Belastungen beseitigt werden können.

Beispiele: Löschung der Hypothek nach Tilgung der gesicherten Forderung; Erfüllung öffentlich-rechtlicher Auflagen zur Erlangung der geschuldeten Betriebsanlagengenehmigung oder Baubewilligung.

3/90 Ein Anspruch auf **Austausch der Sache**, also auf Ersetzung des fehlerhaften Stücks durch ein mangelfreies, kommt *nur bei Gattungsschulden* (Rz 2/16) in Betracht⁸⁴.

Haftet allerdings der Mangel der gesamten Gattung an oder sind keine mangelfreien Stücke der konkreten Gattung mehr verfügbar, so ist eine Mangelbehebung durch Austausch der Sache unmöglich.

3/91 Gem § 932 Abs 2 steht dem **Übernehmer** grundsätzlich das **Wahlrecht** zwischen Verbesserung und Austausch der Sache zu. Bei *Unmöglichkeit* einer dieser beiden Abhilfen muss sich der Übernehmer mit der anderen begnügen. Gleiches gilt, wenn die eine Abhilfe, verglichen mit der anderen, mit einem *unverhältnismäßig hohen Aufwand für den Übergeber* verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich gem § 932 Abs 2 S 2 „auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten“.

Der Wert der Sache ist nach den Mat⁸⁵ insofern zu berücksichtigen, als vor allem bei billigen Massenprodukten praktisch der Austauschanspruch im Vordergrund steht, bei teuren und hochwertigen Gütern hingegen die Verbesserung. Ist eine der beiden Abhilfen mit größeren Unannehmlichkeiten für den Übernehmer verbunden als die andere, so muss der Übergeber grundsätzlich höhere Kosten für die weniger unangenehme Abhilfe aufwenden⁸⁶.

84 HA; s etwa *Reischauer* in Rummel/Lukas⁴ § 932 Rz 173 ff; *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 932 Rz 3; jeweils mwN; anders *Zöchling-Jud* in ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 9.

85 ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 17.

86 Vgl *Zöchling-Jud* in ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 33; *Ofner* in Schwimann/Kodek⁵ § 932 Rz 29; *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 932 Rz 4 f.

Für **Verbrauchergeschäfte** enthält das VGG (Rz 3/71a ff) einschlägige Sondervorschriften in den §§ 12 und 20. Die Bestimmung über den **Warenkauf** in § 12 Abs 2 VGG stimmt inhaltlich mit § 932 Abs 2 ABGB überein⁸⁷. **3/91a**

Bei Verträgen über **digitale Leistungen** kann der Verbraucher gem § 20 Abs 2 VGG „*zunächst nur die Herstellung des mangelfreien Zustandes verlangen*“.

Ein Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch ist hier nicht vorgesehen; zumal eine entsprechende Differenzierung, wenn es um eine Mangelbehebung bei digitalen Leistungen geht, oft gar nicht möglich wäre. Vielmehr kann der Unternehmer am besten beurteilen, welche Maßnahme (etwa Installation eines Updates oder Deinstallation und neuerliche Installation) die zweckmäßigste ist, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, und soll daher die diesbezügliche Entscheidung treffen⁸⁸.

b) Durchführung der Mangelbehebung

Die Verbesserung oder der Austausch ist gem § 932 Abs 3 ABGB „*in angemessener Frist* und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken“. Eine *Fristsetzung* durch den Übernehmer ist *nicht notwendig*. Vielmehr ist der Übergeber verpflichtet, das Verbesserungs- oder Austauschverlangen des Übernehmers von sich aus in angemessener Frist zu erfüllen. Die Länge der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls⁸⁹ (vgl auch Rz 3/15). **3/92**

Gleiches gilt für **Verbrauchergeschäfte** im Anwendungsbereich des VGG (Rz 3/71a ff) nach dessen § 13 Abs 1 und § 21.

Der **Übergeber** muss die Mangelbehebung auf **eigene Kosten** durchführen (lassen); denn sie ist nötig, um die vertragliche Leistungspflicht (nachträglich) obligationsgemäß zu erfüllen. Im neuen Satz 3 des § 932 Abs 3 wird dies ausdrücklich klargestellt (angefügt durch Art 2 GRUG; Rz 3/71).

Entsprechende Bestimmungen für **Verbrauchergeschäfte** über Waren oder digitale Leistungen (Rz 3/71a ff) finden sich in § 13 Abs 1 und § 21 VGG. Für Verträge, die vor dem 1.1.2022 geschlossen wurden oder werden, gilt § 8 Abs 3 KSchG (aF).

c) Ort der Mangelbehebung

Verbesserungsort ist, wenn keine abweichende Vereinbarung besteht, im Allgemeinen der ursprüngliche Erfüllungsort (Rz 2/53 ff). **3/93**

Beim **Verbrauchergeschäft** ist die Verbesserung oder der Austausch der Sache gem § 8 Abs 1 Z 1 KSchG grundsätzlich am Ort der Übergabe bzw an dem Ort zu leisten, an den die Sache vom Unternehmer befördert oder versendet worden ist.

87 ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 26 f.

88 ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 33 f.

89 S zB OGH 1 Ob 106/13i EvBl 2014/37.

Der Verbraucher kann aber gem § 8 Abs 1 Z 2 KSchG verlangen, dass die Sache an dem Ort verbessert wird, an dem sie sich gewöhnlich befindet, wenn nach der Art der Sache eine Beförderung zum Unternehmer nicht tunlich ist, insb weil die Sache sperrig, gewichtig oder durch Einbau unbeweglich geworden ist. Dieser Ort muss sich allerdings im Inland befinden und darf für den Unternehmer nicht überraschend sein. Die zweitgenannte Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich der Standort der Sache im Einzugsgebiet des Unternehmers befindet oder diesem bei Vertragsschluss bekannt war.

Gem § 8 Abs 2 und 3 KSchG kann der Unternehmer die Übersendung der zu verbessernden Sache auf seine Gefahr und Kosten verlangen, wenn dies für den Verbraucher tunlich ist.

d) Umfang des Austauschanspruchs

- 3/94** Inhalt und Umfang der Pflicht zur Mangelbeseitigung richten sich grundsätzlich nach dem *vertraglichen Schuldinhalt*. Bei eingebauten Sachen (zB verlegten Fliesen) sind demnach der **Ausbau der mangelhaften und der Einbau der mangelfreien Sache** nur dann von der Austauschpflicht gem § 932 Abs 2 umfasst, wenn der Übergeber schon ursprünglich nicht nur zur Lieferung, sondern auch zum Einbau der Sache verpflichtet war.
- 3/94a** Anders entscheidet allerdings der *EuGH*⁹⁰, dem der *OGH*⁹¹ folgt, beim **Verbrauchergeschäft**: Hier wird im Fall des Austausches einer eingebauten Sache eine Pflicht des Übergebers zum Aus- und Einbau bzw zur Tragung der diesbezüglichen Kosten *auch dann bejaht, wenn er die Sache nur geliefert und der Übernehmer selbst für den Einbau gesorgt hat*. Derartige Kosten sind daher (iS richtlinienkonformer Interpretation⁹²) als „notwendige Kosten der Verbesserung oder des Austauschs“ nach § 8 Abs 3 KSchG anzusehen⁹³. § 8 Abs 3 KSchG gilt nach Art 3 GRUG (Rz 3/71 f) nur noch für Verträge, die vor dem 1.1.2022 geschlossen wurden oder werden.
- 3/94b** Für **Verbrauchergeschäfte über den Kauf von Waren** (Rz 3/71b), die *nach dem 31.12.2021 geschlossen* wurden oder werden, ist die entsprechende Pflicht des Unternehmers zum Ausbau der mangelhaften und zum Einbau der mangelfreien Sache *in § 13 Abs 3 VGG positiviert*.

90 Verb Rs C-65/09 und C-87/09 (Weber und Putz) ecolcx 2011/345 (*Wilhelm*).

91 4 Ob 80/12m JBl 2013, 180; 9 Ob 64/13x EvBl 2014/89 (*Permer*).

92 I/1/42 ff.

93 *Apathy* in Schwimann/Kodek⁴ § 8 KSchG Rz 10; *Reischauer* in Rummel/Lukas⁴ § 932 Rz 256 f; vgl auch *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 932 Rz 12a; kritisch insb *Zöchling-Jud* in ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 13 ff.

Nach allgemeinem Zivilrecht kommt hingegen ein Ersatz derartiger Kosten (Mangelfolgeschaden) nur gem § 933a ABGB bei Vorliegen der schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen in Betracht (Rz 3/150).

Der Unternehmer ist in jedem Fall eines Austausches gem § 13 Abs 2 VGG verpflichtet, „*die mangelhafte Ware auf seine Kosten zurückzunehmen*“.

Nach § 13 Abs 4 VGG schuldet der Verbraucher „*kein Entgelt für den gewöhnlichen Gebrauch einer in der Folge ausgetauschten Ware*“. Der Verbraucher hat also dem Unternehmer für eine allfällige Nutzung der mangelhaften Sache vor deren Austausch kein Benützungsentgelt iSd bereicherungsrechtlichen Regeln (dazu III/15/30) zu bezahlen.

e) Vorteilsausgleich

Gewisse Fallkonstellationen führen dazu, dass der Übernehmer durch die Verbesserung oder den Austausch der Sache *Vorteile erlangt, die über den ursprünglichen Schuldinhalt hinausgehen* (zB Ersparnis von Reparatur- oder Wartungsaufwand, längere Lebensdauer der verbesserten Sache). Es stellt sich dann die Frage, ob der Übernehmer dafür eine Vergütung leisten muss, ob er also zur Vorteilsausgleichung verpflichtet ist. 3/95

Beispiel (vgl OGH 1 Ob 829/81 SZ 55/29): Infolge der Verbesserung mangelhafter Fasadensplatten erspart sich der Übernehmer die Sanierung von verschmutzten Stellen („Regennasen“).

Der OGH spricht sich grundsätzlich gegen eine Pflicht des Übernehmers zur Vorteilsausgleichung aus. In der Lehre werden differenzierende Lösungen vertreten. Überwiegend wird die Vorteilsausgleichung grundsätzlich abgelehnt und nur für besonders krasse Sonderfälle bejaht⁹⁴.

Beim **Verbrauchergeschäft** hält der EuGH⁹⁵ im Fall der Mangelbehebung eine Vorteilsausgleichung generell für unzulässig (vgl auch Rz 3/94a; zum Vorteilsausgleich im Schadenersatzrecht III/13/54 f; zur Problematik der sog *Sowiesokosten* bei mangelhafter Herstellung eines Werks III/3/8).

f) Mangelbehebung durch den Übernehmer

Führt der gewährleistungsberechtigte Übernehmer die Mangelbehebung selbst durch oder beauftragt er damit einen Dritten, stellt sich die Frage, ob er vom Übergeber den Ersatz seines diesbezüglichen Aufwandes verlangen kann⁹⁶. Ein derartiger Ersatzanspruch ist schon von vornherein zweifelhaft, 3/96

94 Vgl *P. Bydliński* in KBB⁶ § 932 Rz 12; *Zöchling-Jud* in ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 73 f; jeweils mit Darstellung des Meinungsstandes.

95 Rs C-404/06 (Quelle) wbl 2008, 335.

96 Näher zum Folgenden *Reischauer* in Rummel/Lukas⁴ § 932 Rz 600 ff; *P. Bydliński* in KBB⁶ § 932 Rz 15; *Zöchling-Jud* in ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 45; jeweils mwN.

wenn der Übernehmer die **Selbstverbesserung voreilig** durchgeführt hat, ohne dem Übergeber die Chance zur Mangelbehebung gem § 932 Abs 2 zu gewähren⁹⁷ (Rz 3/87).

Der OGH folgt jener Auffassung, die auch bei Verstoß gegen § 932 Abs 2 S 1 den **Anspruch bejaht** und ihn auf eine Analogie zu den §§ 1168 und 1155 stützt. Der Aufwendersatz wird allerdings nur dann gewährt, wenn er innerhalb der *Frist nach § 933* geltend gemacht wird. Außerdem wird er der Höhe nach mit jenem Betrag *begrenzt*, den sich der *Übergeber* durch die Nichtvornahme der Verbesserung *erspart* hat. Die gleichen Einschränkungen vertritt auch jener Teil der Lehre, der als Grundlage für den Aufwendersatzanspruch § 1042 oder § 1097 S 2 (per analogiam) heranzieht.

Hat hingegen der **Übergeber die „zweite Chance“** zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes **nicht genutzt** (insb bei Verbesserungsverzug oder -verweigerung), kommt als Grundlage für den Anspruch des Übernehmers auf Ersatz seines Aufwandes für Selbst- oder Fremdverbesserung vor allem die analoge Heranziehung von § 1097 S 2, 1. *Alternative* in Betracht⁹⁸. Der Ersatzanspruch umfasst in diesem Fall den *gesamten Verbesserungs Aufwand* des Übernehmers (soweit er nötig war) und nicht bloß jenen Aufwand, den sich der Übergeber durch die Unterlassung der Mangelbehebung erspart hat.

Auf § 933a kann der Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten nur bei Vorliegen der entsprechenden schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen gestützt werden (Rz 3/101).

2. Die sekundären Gewährleistungsrechte

a) Anwendungsbereich

3/97 Da der Übergeber grundsätzlich die Chance erhalten soll, durch Behebung des Mangels den vertragsgemäßen Zustand nachträglich noch herzustellen, steht dem Übernehmer das Recht zur **Vertragsauflösung oder Preisminderung** nur in den (bereits in Rz 3/88 aufgezählten) Fällen des § 932 Abs 4 zu.

Die Parallelbestimmungen für **Verbrauchergeschäfte** über Waren und digitale Leistungen (Rz 3/71a ff) in § 12 Abs 3 und 4 sowie § 20 Abs 3 und 4 VGG stimmen inhaltlich mit § 932 Abs 4 ABGB weitgehend überein (näher dazu im Folgenden).

⁹⁷ Vgl ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 18; *Kietaiabl* in Schwimann/Kodek⁵ § 1167 Rz 66; *Welser*, ZfRV 2007, 8 f.

⁹⁸ Ausführlich *Reischauer* in Rummel/Lukas⁴ § 932 Rz 565 ff; ablehnend *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 932 Rz 15.