



universität  
wien

# DISSERTATION

„Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie  
1999/44/EG in Spanien und Österreich“

Mag. iur. Philipp Hofer

Zur Erlangung des akademischen Grades  
Doktor iuris (Dr. iur)

Wien, April 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner



## Dankesworte

An dieser Stelle möchte ich mich bei all jenen Menschen bedanken, die mich während der Erstellung und Gestaltung dieser Arbeit maßgeblich unterstützt und begleitet haben.

Zu aller erst gilt mein Dank dem Doktorvater dieser Arbeit, Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, der mich durch seine zahlreichen fachlichen Anmerkungen zu juristischen Höchstleistungen motivierte und so die Gestaltung der Arbeit wesentlich beeinflusste.

Ganz besonders möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken, die mir jederzeit unterstützend zur Seite gestanden sind und mich in Momenten des Stillstandes wieder aufgebaut haben.

Einen unersetzlichen Anteil an der Erstellung dieser Arbeit hat meine Freundin, die jederzeit für mich da war und mit ihrer guten Laune und dem nötigen Zuspruch in manch schwierigen Momenten auch für die nötige Abwechslung sorgte. Darüber hinaus möchte ich mich bei meinem Bruder bedanken, der mich immer wieder trickreich motivierte.

Zum Abschluss danke ich meinen Freunden, die mich während dieser Zeit begleitet haben und so die Entwicklung meiner Arbeit stark beeinflussten und positiv mitbestimmten.

¡gracias!





## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	1
Einleitung.....	5
<b>I. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG</b>	
1. Einführung.....	9
1.1 Der lange Weg bis zum Erlass der Richtlinie .....	10
1.2 Ziele der Richtlinie.....	12
1.3 Legitimation des europäischen Gesetzgebers .....	14
2. Anwendungsbereich.....	17
2.1 Persönlicher Anwendungsbereich.....	17
2.2 Sachlicher Anwendungsbereich.....	22
3. Vertragsmäßigkeit.....	29
3.1 Kriterien der Vermutung der Vertragsmäßigkeit .....	32
3.1.1 Entsprechung eines Musters oder Modells .....	32
3.1.2 Eignung für spezielle Zwecke.....	33
3.1.3 Eignung für gewöhnliche Zwecke .....	35
3.1.4 Miteinbeziehung von Werbeaussagen .....	35
3.2 Mangel infolge unsachgemäßer Montage .....	42
3.3 Maßgeblicher Zeitpunkt .....	45
3.4 Beweislastumkehr .....	47
4. Gewährleistungsausschluss.....	53
4.1 Ausschluss bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis .....	53
4.2 Werkvertraglicher Gewährleistungsausschluss.....	55
4.3 Ausschluss durch einschränkende Leistungsbeschreibung.....	56
5. Gewährleistungsbefehle des Verbrauchers .....	59
5.1 Hierarchie der Gewährleistungsbefehle .....	60
5.2 Nachbesserung und Ersatzlieferung.....	61
5.3 Sekundäre Gewährleistungsbefehle .....	66
5.4 Preisminderung und Vertragsauflösung.....	67
5.5 Schadenersatzanspruch .....	69
6. Herstellerhaftung .....	71
6.1 Direkte Herstellerhaftung.....	71
6.2 Regressrecht nach Art 4 .....	73
6.2.1 Voraussetzungen.....	75
6.2.2 Umfang des Regressrechtes .....	77
6.2.3 Kollision mit UN-Kaufrecht .....	78

7.	Fristen.....	79
7.1	Gewährleistungsfrist.....	80
7.2	Rügeobliegenheit.....	82
7.3	Hemmung bzw Unterbrechung von Fristen.....	85
8.	Garantie.....	89
8.1	Definition.....	89
8.2	Inhaltsvorschriften.....	90
9.	Unabdingbarkeit.....	95
10.	Mindestschutz.....	100
<b>II. Die Umsetzung der Richtlinie in Spanien</b>		
1.	Vom Sondergesetz zum allgemeinen Verbraucherschutzkodex.....	101
2.	Anwendungsbereich.....	105
2.1	Persönlicher Anwendungsbereich.....	105
2.1.1	Verbraucher nach dem LGVBC.....	106
2.1.2	Definition des Verbrauchers nach dem LGDCU nF.....	107
2.1.3	Unternehmerbegriff nach Art 4 LGDCU nF (empresario).....	108
2.2	Objektiver Anwendungsbereich.....	108
2.2.1	Produkte als Verbrauchsgüter (productos).....	108
2.2.2	Ausschluss der Anwendung des LGDCU nF nach Art 115 Abs 2.....	114
Exkurs:	Tiere als Sachen (animales).....	116
Sonderregelung bei	haltbaren Waren (productos de naturaleza duradera).....	118
2.2.3	Verträge (contratos).....	119
3.	Vertragsmäßigkeit (conformidad con el contrato).....	123
3.1	Generelles Prinzip.....	123
3.2	Kriterien der Vertragsmäßigkeit.....	126
3.2.1	Entsprechung eines Musters oder Modells.....	128
3.2.2	Eignung für gewöhnliche Zwecke.....	130
3.2.3	Eignung für spezielle Zwecke.....	131
3.2.4	Miteinbeziehung von Werbeaussagen.....	134
3.3	Maßgeblicher Zeitpunkt.....	142
3.4	Beweislastumkehr.....	145
3.5	Montagefehler und IKEA-Klausel.....	147
3.6	Haftungsausschluss.....	150
4.	Rechte (derechos del consumidor).....	157
4.1	Rechte im Überblick.....	157
4.2	Verbesserung und Austausch (reparación y sustitución).....	159
4.2.1	Wahl zwischen Verbesserung und Austausch.....	160

4.2.2	Generelle Regeln der Verbesserung und der Substitution .....	165
4.3	Preisminderung und Vertragsauflösung (rebaja del precio o resolución).....	169
4.4	Unvereinbarkeit mit bisherigen Ansprüchen .....	174
4.5	Alternative Rechte des Verbrauchers .....	177
5.	Fristen .....	181
5.1	Garantiefrist.....	181
5.2	Rügeobliegenheit.....	183
5.3	Verjährungsfrist.....	188
5.4	Hemmung bzw Unterbrechung der Fristen .....	190
6.	Gewährleistungspflichtiger .....	197
6.1	Direktanspruch gegen den Hersteller .....	197
6.2	Regressrecht .....	202
7.	Kommerzielle Garantie .....	205
7.1	Inhaltsvorschriften.....	208
7.2	Sonderbestimmung bei haltbaren Waren .....	210
8.	Unabdingbarkeit.....	213
9.	IPR-Klausel.....	217
<b>III. Die Umsetzung der Richtlinie in Österreich</b>		
1.	Novellierung des ABGB und KSchG .....	219
2.	Anwendungsbereich.....	223
2.1	Sachlicher Anwendungsbereich .....	223
2.2	Persönlicher Anwendungsbereich .....	226
3.	Vertragswidrigkeit vs. Mangel .....	229
3.1	Sachmangel - Rechtsmangel .....	229
3.2	Kriterien der Vertragsmäßigkeit .....	230
3.3	Haftung für öffentliche Äußerungen .....	232
4.	Vermutung der Mangelhaftigkeit.....	235
5.	Gewährleistungsausschluss.....	245
5.1	Ausschluss für offenkundige Mängel.....	245
5.2	Ausschluss bei Werkverträgen .....	246
6.	Gewährleistungsbefehle.....	250
6.1	Verbesserung und Austausch .....	250
6.2	Preisminderung und Wandlung.....	254
7.	Schadenersatz statt Gewährleistung.....	265
7.1	Vorrang der Naturalrestitution .....	265
7.2	Geldersatz als sekundärer Anspruch .....	266
7.3	Verjährung des Schadenersatzanspruches.....	267



7.4	Vertraglicher Haftungsausschluss .....	269
8.	Besonderer Rückgriff nach § 933b.....	271
8.1	Voraussetzungen.....	272
8.2	Inhalt des Rückgriffes.....	274
8.3	Frist des besonderen Rückgriffes .....	275
8.4	Dispositivität des Regressanspruches .....	275
8.5	Verhältnis zu den Bestimmungen der Mängelrüge nach dem UGB .....	276
9.	Fristen.....	277
9.1	Beginn der Gewährleistungsfrist .....	278
9.2	Rechtsnatur der Gewährleistungsfrist.....	279
9.3	Rügepflicht .....	280
9.4	Hemmung bzw Unterbrechung der Fristen .....	281
10.	Spezielle Schutznormen für Verbrauchergeschäfte .....	283
10.1	Erfüllungsort der primären Gewährleistungsbehelfe.....	283
10.2	Kostentragung.....	285
10.3	Unabdingbarkeit .....	286
10.4	Montagefehler.....	289
10.5	Vertragliche Garantie .....	291
10.6	IPR-Klausel .....	294

#### IV. Rechtsvergleich

1.	Einleitung .....	295
2.	Spezialgesetz vs. allgemeine Gewährleistungsänderung .....	297
3.	Anwendungsbereich .....	299
4.	Vertragswidrigkeit vs. Mangel .....	301
5.	Werkvertraglicher Haftungsausschluss .....	305
6.	Garantiefrist vs. Verjährungsfrist.....	307
7.	Mängelrüge vs. bedingungslose Rechtsdurchsetzung.....	309
8.	Hemmung vs. Unterbrechung .....	311
9.	Regress vs. direkte Haftung .....	313
10.	Schlussfolgerung & Richtlinie über Rechte der Verbraucher .....	317
	Literaturverzeichnis.....	321
	Abstract .....	329
	Resumen .....	331
	Curriculum Vitae.....	333

## Abkürzungsverzeichnis

<b>aA</b>	anderer Ansicht (Auffassung)
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
<b>Bd</b>	Band
bez	bezüglich
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
Blg	Beilage,-n
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BT	Besonderer Teil
bzw	beziehungsweise
<b>CC</b>	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Comunidad Europea
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
<b>dh</b>	das heißt
ders	derselbe
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
<b>E</b>	Entscheidung
EB	frühere Bezeichnung der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (nunmehr „Erläuterungen“)
ECLG	European Consumer Law Group
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
endg	endgültig
EP	Europäisches Parlament
ERPL	European Review of Private Law
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Zeitschrift Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
<b>f</b>	und der (die) folgende
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
<b>G</b>	Gesetz
gem	gemäß
GewRÄG	Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
<b>hA</b>	herrschende Ansicht (Auffassung)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
<b>id (n/g) F</b>	in der (neuen/geltenden) Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinn
IHR	Zeitschrift Internationales Handelsrecht
inkl	inklusive
IPR	Internationales Privatrecht
iSd	im Sinne des/der
iVm	In Verbindung mit
<b>JA</b>	Justizausschuss, -bericht
JAB	Justizausschussbericht
JBl	Juristische Blätter
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
<b>Kap</b>	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
leg cit	legis citatae (des zitierten Gesetzes)
LG	Landesgericht
LGDCU	Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios
LGVBC	Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo
lit	litera (Buchstabe)
LOCM	Ley Ordenación Comercio Minorista
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
<b>maW</b>	mit anderen Worten
MEntw	Ministerialratsentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen

<b>nF</b>	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
<b>OGH</b>	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<b>PECL</b>	Principles of European Contract Law
PHG	Produkthaftungsgesetz
PHi	Zeitschrift Produkthaftpflicht International
Pkt	Punkt
Pkw	Personenkraftwagen
<b>RCDI</b>	Revista crítica de derecho inmobiliario
RdP	Revista de Derecho Privado
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
REDC	Revue Européenne de Droit de la Consommation
RIW	Zeitschrift Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RS	Rechtsatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer, Randzahl
<b>S</b>	Seite; Siehe
s	siehe
Slg.	Sammlung
sog	sogenannt
stRspr	ständige Rechtsprechung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>ua</b>	und andere(n), unter anderem
uä	und ähnliche(s)
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UNCITRAL	United Nations Commission International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für das Recht des internationalen Handels)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht)
usw	und so weiter
uva	und viele andere
<b>VO</b>	Verordnung
va	vor allem
vgl	vergleiche
VuR	Zeitschrift Verbraucher und Recht
<b>Wbl</b>	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
<b>Z</b>	Ziffer, Zahl

Zak	Zeitschrift Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	zum Teil

## Einleitung

Mit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 entstand die zentrale Forderung nach einem gemeinsamen Binnenmarkt, der in der Folge bis 1992 realisiert werden sollte. Dadurch ergab sich die Notwendigkeit, die politischen und wirtschaftlichen Ziele der Gemeinschaft durch entsprechende Richtlinien zur Rechtsangleichung in den einzelnen Staaten voranzutreiben. Da diese Vorschläge zumeist die Souveränität der einzelnen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen, kam es in vielen Bereichen zu voneinander abweichenden Realisierungen.

Die vorliegende Arbeit soll am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie diesen differenzierten Zugang zur verpflichteten Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht in zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufzeigen. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gilt als die wichtigste Richtlinie zum Verbraucherschutz, die bislang in der Europäischen Gemeinschaft erlassen wurde.<sup>1</sup> Mit ihr dringt erstmals sekundäres Gemeinschaftsrecht in den Kernbereich des Schuldrechts - nämlich in das Kaufrecht - vor. Sie ist als Ergänzung zur Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>2</sup> anzusehen und soll entscheidend zu einem besseren Verbraucherschutz beitragen. Dabei lehnt sich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie stark an das UN-Kaufrecht von 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), dem Kaufrecht für den zweiseitigen Handelskauf, an<sup>3</sup> und wird zudem als Fortentwicklung dessen angesehen. In vielen Ländern kam es durch die Ratifizierung des UN-Kaufrechts allerdings einerseits zu neuen nationalen Rechten und auf der anderen Seite zu nichtstaatlichen Regelungswerken wie zB den sogenannten *Principles of European Contract Law*

---

<sup>1</sup> Die Arbeit basiert auf einer einheitlichen Zitierweise nach den österreichischen Abkürzungs- und Zitierregeln, *Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)<sup>6</sup> 2008.

<sup>2</sup> Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993, ABIL 095, 29.

<sup>3</sup> So auch schon der erste Kommissionsentwurf KOM (95) 520 endg; als auch in der Stellungnahme der Kommission zu den Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments v. 19.1.1999, KOM (99) 16 endg, 3. Ein wesentlicher Unterschied zum UN-Kaufrecht besteht in der Unabdingbarkeit der Bestimmungen der Richtlinie, aufgrund der in der Regel vorherrschenden sozialen Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien. Vgl dazu Art 7 der RL und Art 6 UN-Kaufrecht. Die Unabdingbarkeit wurde deshalb oft zu unrecht in der Lehre kritisiert, *Wolf*, Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie – ein Vorteil für die Wirtschaft, RIW 1997, 902. Stark kritisiert wurde zudem die Anlehnung des Verbraucherrechtes an das UN-Kaufrecht - eine Sonderregelung für Gewerbetreibende - von *Medicus*, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1925.

(PECL) der Lando-Gruppe<sup>4</sup> und jenen der UNIDROIT<sup>5</sup>. Diese bewirkten auf Gemeinschaftsebene zwar eine erste Harmonisierung der europäischen Kaufrechte, einer vollständigen Harmonisierung nationaler Gewährleistungsvorschriften steht allerdings der Charakter der Richtlinie als Mindestharmonisierung unter Berücksichtigung einer Schutzverstärkungsklausel entgegen. Am Beispiel von Spanien und Österreich werden die Diskrepanzen dargestellt, die bislang einer Vertiefung des europäischen Binnenmarktes entgegenstehen.

Im ersten Abschnitt der Arbeit (Kap I) wird auf die wesentlichen Zielsetzungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie näher eingegangen, um so die Intentionen der Gemeinschaft für einen rechtlichen Rahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Vorgaben aufzuzeigen, wobei aus aktuellem Anlass die erst im Oktober 2008 herausgegebene neue Fassung<sup>6</sup> eingearbeitet wurde. Große Bedeutung kommt vor allem dem Prinzip der Vertragsmäßigkeit zu, welches sich an die Bestimmungen des internationalen UN-Kaufrechts anlehnt. Darüber hinaus werden schwerpunktmäßig jene Bereiche dargestellt, bei deren Umsetzung nationale Unterschiede besonders sichtbar wurden und die eine Harmonisierung in einem entscheidenden Bereich des gemeinsamen Marktes bislang erschwert haben.

Im Folgenden (Kap II) wird auf die entsprechende Vorgangsweise durch Schaffung eines eigenständigen Gesetzes in Spanien eingegangen, wobei speziellen Rechtsfragen wie insbesondere der direkten Herstellerhaftung, den Unterbrechungsregelungen und der Rügeobliegenheit besonderes Augenmerk geschenkt wird.

Im Anschluss daran (Kap III) erfolgt die Darstellung des „österreichischen Weges“. Im Gegensatz zu Spanien wurde in Österreich im Zuge der Richtlinienumsetzung kein Spezialgesetz geschaffen. Die Vorschläge und Regelungen der Richtlinie wurden hier zu Lande in schon bestehendes Recht eingebaut.

---

<sup>4</sup> *Lando/Beale, Principles of European Contract Law* (2000). Dabei handelt es sich um ein Modell für alle Rechtsverträge als Entwurf für ein zukünftiges Europäisches Zivilgesetzbuch.

<sup>5</sup> Zur Bibliographie zum Gegenstand, der nicht auf die europäischen Länder beschränkt ist sondern weltweit Geltung besitzen sollte, sich jedoch nur auf Handelsverträge beschränkt.

<sup>6</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte des Verbrauchers vom 08.10.2008, KOM (2008) 614 endg.

Der abschließende Teil der Arbeit (Kap IV) befasst sich mit einer Gegenüberstellung und Bewertung der Lösungen in den beiden ausgewählten Mitgliedstaaten Spanien und Österreich und hebt die noch bestehenden Differenzen und deren jeweilige Auswirkungen auf die nationalen Rechtsrahmen einerseits und andererseits auf die gewünschte Harmonisierung hervor.





# I. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG

## 1. Einführung

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bestimmt eine Mindestharmonisierung der einzelstaatlichen Gewährleistungsregeln und Vorschriften über zwingende Anforderungen an Hersteller- und Verkäufergarantien.<sup>1</sup> Dabei bleiben die Bestimmungen der Mitgliedstaaten über die Regelung der vertraglichen und außervertraglichen Haftung genauso von der Richtlinie ausgeklammert wie die Regelungen über das Zustandekommen von Kaufverträgen und die der allgemeinen Leistungsstörungen.<sup>2</sup> Da die Richtlinie nur einen Mindestschutz vorschreibt, können die Mitgliedstaaten dem Verbraucher weitergehende als die in der Richtlinie vorhergesehenen Rechte einräumen und somit den Verbraucherschutz zusätzlich stärken.<sup>3</sup> Hauptzweck der Richtlinie ist also die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter zur Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Rahmen des Binnenmarkts.<sup>4</sup> Dabei handelt es sich also nicht um eine rein sektorale Vereinheitlichung, welcher der in Art 153 EG-Vertrag (im Folgenden „EGV“)<sup>5</sup> verankerten Zielsetzung des hohen Verbraucherschutz-niveaus nicht genügen würde, sondern um eine generelle Harmonisierung.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Es soll so auf eine Angleichung des Privatrechts der einzelnen Mitgliedstaaten hingearbeitet werden. Vgl dazu die Entschließung vom 26.5.1989, ABl C 158, v. 26.6.1989, S 400 und die Entschließung vom 6.5.1994, ABl C 205, v. 25.7.1994, S 518.

<sup>2</sup> Zur Ausklammerung des Schadenersatzrechtes siehe auch Erwägungsgrund 6 der RL.

<sup>3</sup> Vgl dazu ausführlich unter Punkt 9 (I).

<sup>4</sup> So proklamiert in Art 1 Abs 1 der RL. Zum Binnenmarkt vgl auch Art 14 Abs 2 EGV.

<sup>5</sup> Zur Legitimation des europäischen Gesetzgebers zur Richtlinienerrlassung siehe gleich unter Punkt 1.3 (I).

<sup>6</sup> *Hondius*, Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, ZEuP 1997, 132f; AA *Schlechtriem*, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, 442. Ein weiteres Argument zur generellen Vereinheitlichung sieht *Schurr*, Die neue RL 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung, ZfRV 1999, 223, in der Sprachenvielfalt in der EU und der daraus resultierenden Verunsicherung des Verbrauchers.

## 1.1 Der lange Weg bis zum Erlass der Richtlinie

Schon seit dem ersten Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Verbraucherschutz<sup>7</sup> wurde die Europäische Kommission vielfach ersucht, Vorschläge zur Verbesserung der Situation der Garantien vorzulegen, um damit den Verbraucher zu grenzüberschreitenden Käufen neu zu motivieren. Durch die Verwirklichung des Binnenmarktes im Jahre 1992, also dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, ist die Befassung mit diesem Thema noch dringlicher geworden. Dabei sollen nicht nur Gewerbetreibende, sondern auch Privatpersonen von den Vorzügen des Binnenmarktes profitieren und ihre privaten Einkäufe auf dem Gemeinsamen Markt tätigen.<sup>8</sup> Es sollte auch dem Verbraucher möglich sein, auf Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Verbrauchsgüterkauf im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates frei einzukaufen.<sup>9</sup> Gerade die Eurobarometer-Umfrage aus dem Jahre 1991<sup>10</sup> hat gezeigt, dass dem Verbraucher das Vertrauen in die Abwicklung von Reparaturen bei grenzüberschreitenden Käufen fehlt. Um solche grenzüberschreitenden Käufe für den Verbraucher attraktiver zu gestalten, ist es allerdings unerlässlich, dem Verbraucher im Falle einer Schlechtlieferung ihm bekannte Gewährleistungs- bzw. Garantierechte im gesamten Gemeinschaftsgebiet zur Verfügung zu stellen. Daraufhin debattierte die Kommission bereits in den Vorschlägen zur Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>11</sup>, im Folgenden AGB-Richtlinie, Harmonisierungsmaßnahmen hinsichtlich der gesetzlichen als auch kommerziellen Garantie beim Kauf von beweglichen Gütern, was vom Europäischen Parlament durchaus befürwortet wurde.<sup>12</sup> Allerdings erachtete es der Rat für angemessen, Regelungen zu diesem Thema gesondert und eingehender zu behandeln, weshalb er sich gegen eine Aufnahme in die AGB-Richtlinie aussprach. Die Kommission wurde im Folgenden dazu aufgefordert, Modalitäten zur Angleichung der in den Mitgliedsstaaten geltenden Garantieregelungen für Verbraucherverträge zu prüfen und auf dieser Grundlage einen Vorschlag für eine

---

<sup>7</sup> Entschließung des Rates vom 14.4.1975, AB1 C 92 vom 25.4.1975.

<sup>8</sup> Vgl die Entscheidung des EuGH vom 7.3.1990, RS C-362/88, Slg 1990, 686 Rz 8: „*Der freie Warenverkehr betrifft [...] nicht nur den gewerblichen Handel, sondern auch Privatpersonen.*“ idS auch Erwägungsgrund 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

<sup>9</sup> Erwägungsgrund 2 der RL.

<sup>10</sup> Eurobarometer-Umfrage Nr. 35 im Juli 1991.

<sup>11</sup> Richtlinie des Rates Nr. 93/13/EWG vom 5.4.1993, AB1 L 95 vom 21.4.1993.

<sup>12</sup> Vgl dazu ausführlich *Grundmann in Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Einleitung Rz 12.

Richtlinie zur Harmonisierung der entsprechenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu unterbreiten.<sup>13</sup> Schließlich mündeten die Arbeiten der Kommission im Jahre 1993 in einem Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst<sup>14</sup>.

Die Aufgabe des Grünbuchs bestand darin, die in den Mitgliedstaaten geltenden Gewährleistungsregeln zu analysieren, deren Probleme aufzuzeigen und Lösungsmöglichkeiten auf Gemeinschaftsebene zu präsentieren. Ausserdem sollte das Grünbuch als Diskussionsgrundlage dienen, wobei im Vordergrund die gesetzliche Garantie, also die allgemeinen Gewährleistungsregelungen, die im Grünbuch bezeichnete „kommerzielle Garantie“, die vom Hersteller, Verkäufer oder einer anderen Person der Absatzkette angeboten wird, sowie der Kundendienst, worunter Leistungen zu verstehen sind, die nicht im Zusammenhang mit einer Garantie stehen.<sup>15</sup> Aus dem Grünbuch wurde geschlossen, dass es die größten Unterschiede innerhalb des Gemeinschaftsgebietes hinsichtlich der Länge der Gewährleistungsfristen sowie den Voraussetzungen der Inanspruchnahme und der Gewährung von verschiedenen Rechtsmitteln bei Vorliegen eines Mangels bzw Vertragswidrigkeit gab. Zunächst wurde dem Grünbuch keine große Beachtung in der Literatur geschenkt.<sup>16</sup> Dies änderte sich schlagartig, als die Kommission im Jahre 1996 ihren ersten Vorschlag zur Erlassung einer eigenen Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien<sup>17</sup> vorlegte. Der Vorschlag folgte im Wesentlichen dem Inhalt des Grünbuches, allerdings wurde auf die Aufnahme von Bestimmungen bezüglich des Kundendienstes verzichtet.<sup>18</sup> Das weitere Vorgehen nach der Unterbreitung des ersten Kommissionsentwurfes richtete sich nach dem Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 idgF EGV.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl dazu die Erklärung des Rates gemäß Protokoll über die förmliche Annahme der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln am 5.4.1993.

<sup>14</sup> Grünbuch KOM (1993) 509 endg.

<sup>15</sup> Vgl dazu das Grünbuch, aaO, S 17ff.

<sup>16</sup> Lediglich *Schnyder/Straub*, Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst – Erster Schritt zu einem einheitlichen Kaufrecht?, ZEuP 1996, 42ff; sowie *Micklitz*, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229ff, gingen näher auf das Grünbuch ein.

<sup>17</sup> Vgl den ersten Kommissionsvorschlag KOM (1995) 520, ABI C 307 vom 16.10.1996.

<sup>18</sup> *Micklitz*, EuZW 1997, 230, bezeichnet diesen Vorschlag als „stark verschlankter Richtlinienentwurf“ und sieht dabei eine bloße Adaption des UN-Kaufrecht auf Verbraucherniveau.

<sup>19</sup> Vgl dazu ausführlich *Grundmann in Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Einleitung Rz 13ff.

Gemäß Art 100a EGV aF hat der Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Gemeinschaften am 27.11.1996 zum Kommissionsvorschlag Stellung<sup>20</sup> genommen und dabei einige Inhaltspunkte kritisiert.<sup>21</sup> Daraufhin wurde der Vorschlag vom Europäischen Parlament in seiner ersten Lesung bearbeitet und grundsätzlich gebilligt. Jedoch wurden der Kommission zahlreiche Änderungsvorschläge unterbreitet. Folglich legte diese ihren geänderten Vorschlag 1998 vor, der die Grundlage für weitere Schritte bei der Richtlinienerrlassung sein sollte. Kurze Zeit darauf einigten sich Kommission und Ministerrat auf den gemeinsamen Standpunkt, welcher wiederum vom Europäischen Parlament in der zweiten Lesung überarbeitet und dieses Mal nicht genehmigt wurde. Es kam somit zu einem Vermittlungsverfahren gemäß Art 251 idgF EGV.

Schlussendlich konnte die Richtlinie auf Grundlage des vom Vermittlungsausschuss gebilligten gemeinsamen Entwurfes der Kommission und dem Europäischen Parlament am 25.5.1999 erlassen werden. Durch die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union am 7.7.1999 ist die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG in Kraft getreten. Die Umsetzung der Richtlinie in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union hatte nach Art 11 der RL<sup>22</sup> bis zum 1.1.2002 zu geschehen.

## 1.2 Ziele der Richtlinie

Aufgrund der festgestellten Unterschiede zwischen den Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten über den Kauf von Verbrauchsgütern existieren auch für Gewerbetreibende uneinheitliche Absatzmärkte, weshalb dies zu Wettbewerbsverzerrungen und folglich zu einer Schwächung des Binnenmarktkonzeptes führen kann. Durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sollen diese Wettbewerbsverzerrungen vermindert werden, um damit den Handel für grenzüberschreitende Geschäfte zu motivieren.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> ABI C 66 vom 3.3.1997, S 5.

<sup>21</sup> So zB die nicht geklärte Frage nach der Natur der Garantiefrist, sowie dem Zeitraum, der zur Klageerhebung offensteht. Zudem war der Ausschuss der Ansicht, dass auch juristische Personen, soweit diese nicht im Rahmen ihrer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit agieren, unter Schutz der Richtlinie gestellt werden sollen. Auch das Regressrecht soll nach Ansicht des Ausschusses verpflichtend sein. Vgl dazu ausführlich die Stellungnahme des Ausschusses, ABI C 66 vom 3.3.1997.

<sup>22</sup> Im folgenden Abschnitt sind Artikelangaben ohne Bezeichnung der Gesetzes- bzw Normenstelle jene der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG.

<sup>23</sup> So auch Erwägungsgrund 3 der RL. Kritisch dagegen *Junker*, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch – Der Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, DZWir

Nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers kommt gerade dem Verbraucher eine fundamentale Aufgabe bei der Vollendung bzw Verwirklichung des Binnenmarktes zu. Der Verbraucher ist aufgefordert, aktiv daran mitzuwirken, um durch seine Kaufentscheidungen die positiven ökonomischen Auswirkungen eines integrierten Marktes beschleunigen zu können.<sup>24</sup> Dabei soll das Entstehen von neuen künstlichen Grenzen aufgrund verschiedener einzelstaatlicher Bestimmungen verhindert werden. Gerade in der heutigen Zeit, in der dem Verbraucher immer modernere Kommunikationstechnologien zur Verfügung stehen und dieser somit einen leichteren Zugang zu den Vertriebssystemen anderer Länder genießt, soll die Weiterentwicklung des Warenkaufs durch eine Mindestharmonisierung der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf unterstützt werden.<sup>25</sup> Durch die Verwirklichung des Binnenmarktes soll zudem die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der Gemeinschaft verbessert werden.<sup>26</sup> Demnach erscheint es nach Erwägungsgrund 5 der RL essentiell, einen gemeinsamen Mindestsockel von Verbraucherrechten zu schaffen, die unabhängig vom Ort des Kaufes gelten, um so das Vertrauen der Verbraucher zu stärken, damit diese die Vorzüge des Binnenmarktes besser nutzen können.<sup>27</sup> Einen weiteren Grund für die Harmonisierung stellten die in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsvorschriften dar, die größtenteils aus einer Zeit stammen, in der bei der Idealvorstellung von einer völligen Parität beider Vertragsparteien ausgegangen wurde. Wiederholt wurde auf den Wandel der ökonomischen Gegebenheiten der heutigen Zeit der Massenfertigung und des Massenvertriebs hingewiesen, dem die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht mehr gewachsen waren.

---

1997, 272, der keine schwerwiegenden Wettbewerbshindernisse im grenzüberschreitenden Verkehr sieht und durch den Erlass der Richtlinie an keine Änderungen der Motivation zu grenzüberschreitenden Käufen glaubt, *Schlechtriem*, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in *Ernst/Zimmermann* (Hrsg), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 208, der dabei lediglich die Absicherung der Kompetenz für eine Richtlinie nach Art 95 und Art 153 Abs 1 und 3 EGV sieht; ähnlich *Ehmann/Rust*, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung des Reformentwurfes der deutschen Schuldrechtskommission, JZ 1999, 854.

<sup>24</sup> Vgl dazu ausführlich die Mitteilung der Kommission, Die optimale Gestaltung des Binnenmarktes – Strategisches Programm, KOM (93) 632 v. 22.12.1993.

<sup>25</sup> Vgl dazu Erwägungsgrund 4 der RL.

<sup>26</sup> Vgl dazu die Entschließung des Rates v. 7.12.1992 zum erfolgreichen Funktionieren des Binnenmarktes, ABI C 334 v. 18.12.1992, S 1.

<sup>27</sup> Erwägungsgrund 5 der RL.

### 1.3 Legitimation des europäischen Gesetzgebers

Der europäische Gesetzgeber stützt sich bei Erlass der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auf verschiedene Kompetenzgrundlagen. Zum einen strebt die Europäische Gemeinschaft nach Art 153 Abs 1 und 3 EGV eine Förderung bzw Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus an.<sup>28</sup> Nach Abs 3 kann sie zur Erreichung des hohen Verbraucherschutzniveaus Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Art 95 EGV erlässt, setzen. Demnach bestimmt Art 95 EGV, dass der Rat nach dem Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 EGV Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen kann, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.<sup>29</sup>

Auf der anderen Seite wird das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art 5 erwähnt, nachdem die Gemeinschaft in jenen Bereichen, welche nicht ausschließlich in ihre Zuständigkeit fallen, nur dann tätig wird, sofern die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene geregelt werden können. Allerdings fällt die Richtlinie nach Ansicht der Europäischen Kommission in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft mit dem Ziel der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes. Dennoch wird in der Begründung des ersten Richtlinienvorschlags auf das Subsidiaritätsprinzip hingewiesen, welches lediglich die Regelung der wesentlichen Aspekte im Zusammenhang mit den gesetzlichen und kommerziellen Garantien gebietet.<sup>30</sup> Zudem sieht die Richtlinie aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes nur eine Mindestharmonisierung vor, wodurch die Mitgliedstaaten über einen großen Ermessensspielraum verfügen und gegebenenfalls strengere Bestimmungen erlassen bzw beibehalten können.

---

<sup>28</sup> Erwägungsgrund 1 der RL.

<sup>29</sup> *Honsell*, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278, sieht diese Norm als keine hinreichende Kompetenzgrundlage zur detaillierten und für die Mitgliedstaaten zwanhaften Rechtsangleichung. Dieser verweist dabei auf die Entscheidung des EuGH zur Tabakwerbe-RL, EuGH 5.10.2000, C-376/98, wonach Art 95 EGV nur dann als Kompetenzgrundlage in Betracht kommt, wenn die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften zu Hindernissen für den Handel oder zu nicht nur geringfügigen Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen; dazu auch *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853f.

<sup>30</sup> Siehe dazu auch die Begründung des ersten Kommissionsentwurfes KOM (96), 520 endg.

Nach den vorangegangenen Verbraucherschutz-Richtlinien stellt die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie einen weiteren kleinen Schritt in Richtung Europäisierung des Privatrechts dar, weshalb es nur noch eine Frage der Zeit sein dürfte bis die Unionsbürger eine gemeinschaftliche Zivilrechtskodifikation in Händen halten dürfen.<sup>31</sup>

Mittlerweile ist der europäische Gesetzgeber jedoch der Ansicht, dass sich eine Binnenmarktharmonisierung nur mittels einer vollständigen Harmonisierung erreichen lässt.<sup>32</sup> Infolgedessen hat die Kommission in ihrem Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz<sup>33</sup> drei Optionen vorgeschlagen.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Zur Europäisierung des Privatrechts *Reich*, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 1999, 2398; sowie *Antenbrink/Schneider*, Europäische Vorgaben für ein neues Kaufrecht und deutsche Schuldrechtsreform, VuR 1999, 300; ferner *Micklitz*, EuZW 1997, 236.

<sup>32</sup> So schon die Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006, KOM(2002) 208.

<sup>33</sup> Vgl dazu das Grünbuch KOM(2006) 744 final.

<sup>34</sup> Zum einen eine vollständige Harmonisierung mit gegenseitiger Anerkennung für bestimmte nicht grundlegende, nicht vollständig harmonisierte Aspekte im Einzelfall; eine Mindestharmonisierung mit gegenseitiger Anerkennung und als dritte Option eine Mindestharmonisierung mit dem Ansatz des Ursprungslandes. Vgl dazu auch die Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013, abrufbar im Internet unter [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm) (aufgerufen am 19. Juni 2008).





## 2. Anwendungsbereich

Wie sich schon aus dem Titel der Richtlinie ergibt, ist die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auf Verbraucherverträge beschränkt, wobei die die von einem Verbraucher abgeschlossenen Kaufverträge im Vordergrund stehen. Jedoch findet die Richtlinie nicht auf alle Fälle einer mangelhaften Leistung Anwendung, sondern bezieht sich aufgrund ihres Verbraucherschutzcharakters lediglich auf bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufes und Garantien für Verbrauchsgüter.<sup>35</sup> Dabei wird der Anwendungsbereich durch die in Art 1 Abs 2 enthaltenen Begriffsbestimmungen näher abgegrenzt und kann demnach in einen persönlichen und einen sachlichen Anwendungsbereich unterteilt werden: der persönliche Anwendungsbereich grenzt den Personenkreis ein, welcher von der RL erfasst wird; der sachliche Anwendungsbereich betrifft den Gegenstand als auch die verschiedenen Arten der vertraglichen Beziehungen.

### 2.1 Persönlicher Anwendungsbereich

Im Mittelpunkt der Richtlinie stehen Verbrauchsgüterkäufe, die zwischen einem Verbraucher auf der einen Seite und einem professionellen Verkäufer auf der anderen Seite abgeschlossen werden. Von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen sind folglich Verträge zwischen Verbrauchern sowie solche zwischen Gewerbetreibenden. Um den Anwendungsbereich nun genauer abgrenzen zu können, muss ein Blick auf die in der Richtlinie verwendeten Definitionen des Verbrauchers und des Verkäufers gemacht werden.

Die Definition des Verbrauchers als Schutzobjekt der Richtlinie bzw der europäischen Verbraucherpolitik orientiert sich letztlich an der klassischen bzw traditionellen Legaldefinition der vorangegangenen Verbraucherschutz-Richtlinien<sup>36</sup>. Der Verbraucher wird demnach in Art 1 Abs 2 lit a bezeichnet als „jede natürliche Person,

---

<sup>35</sup> Art 1 Abs 1 RL.

<sup>36</sup> Vgl dazu die Verbraucherdefinitionen der RL 93/13/EWG, über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, der RL 97/7/EG, über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz, der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und der RL 85/577/EWG, betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträge. Zum gemeinschaftlichen Verbraucherbegriff allgemein *Antenbrink/Schneider*, Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und -garantien, VuR 1996, 368; ferner *Schlechtriem*, JZ 1997, 443; *Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854.

die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“ Jedoch war der Verbraucherbegriff in der Entwicklung dieser RL nicht stets so normiert. Im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst<sup>37</sup> wurde vorgeschlagen, den Kreis der Begünstigten auf die dem ursprünglichen Kauf nachfolgenden Käufer auszudehnen. Zudem stellte die Kommission in ihrem ersten RL-Entwurf<sup>38</sup> noch auf die unmittelbare Zurechnung zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit ab. Dabei sollten gemischte Zweckbestimmungen des Verbraucherkaufes berücksichtigt werden und nur dann ein Ausschluss der Verbrauchereigenschaft erfolgen, wenn dieser Zweck sich unmittelbar der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zurechnen ließ.<sup>39</sup> Allerdings wurde aufgrund der sich daraus ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>40</sup> von diesen Bestrebungen wieder abgegangen<sup>41</sup> und die Verbraucherdefinition gegenüber dem ursprünglichen Richtlinienentwurf der Kommission wieder eingeschränkt. Aus Sicht der Rechtsicherheit ist dies auf jeden Fall zu begrüßen, da eine gewisse Kohärenz mit den bisherigen Verbraucherschutz-Richtlinien beibehalten wird und die nationalen Gesetzgeber keinen neuen Verbraucherbegriff in deren nationale Vorschriften implementieren mussten.<sup>42</sup> Folglich kann nun im Falle eines gemischten Kaufzweckes davon ausgegangen werden, dass der Schwerpunkt zumindest beim privaten Zweck liegen muss, um als Verbraucher den Schutz der Richtlinie genießen zu können und dass die Auslegung bei den sogenannten Dual-Use-Problematiken den nationalen Gerichten bzw dem EuGH überlassen bleibt.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> EG-Dokument KOM (93) 509 endg. vom 15.11.1993.

<sup>38</sup> ABI Nr. C 307 vom 16.10.1996.

<sup>39</sup> So konnten auch Kaufleute, die Waren zu privaten Zwecken kaufen, diese aber auch teilweise zu gewerblichen Zwecken verwenden, als Verbraucher verstanden werden.

<sup>40</sup> *Medicus*, ZIP 1996, 1926; ferner *Welser/Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts (2000) 23f; sowie *Schiller*, Europäische Union: Die Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien, PHI 1999, 120f.

<sup>41</sup> Sowohl der Europäische Rat und das EU-Parlament zogen es vor, den traditionellen Begriffsbestimmungen zu folgen.

<sup>42</sup> Die Mitgliedsstaaten haben aufgrund der vorangehenden Verbraucherschutz-Richtlinien ihren Verbraucherbegriff in den nationalen Rechtssystemen nach der klassischen Konzeption dieser Richtlinien ausgerichtet. Vgl dazu auch *Staudenmayer*, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, in *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 31.

<sup>43</sup> In diesem Sinne auch *Schwartz*, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, ZEuP 2000, 551. Dieser Meinung auch *Lehr/Wendel*, Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien, EWS 1999, 321, die darauf abstellen welcher Anteil der Nutzung überwiegt und dabei Parallelen zur Produkthaftungs-Richtlinie bei Sachschäden feststellen und folglich auf die entsprechende Rsp. verweisen.

Nach dem Wortlaut der klassischen Verbraucherdefinition kommen lediglich natürlichen Personen Verbrauchereigenschaften zu, weshalb juristische Personen unabhängig ihres Kaufzweckes vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Nicht nur vom Wirtschafts- und Sozialausschuss<sup>44</sup>, sondern auch von einem Großteil der Lehre<sup>45</sup> wurde diese Einschränkung auf natürliche Personen stark kritisiert. Zudem vermisst man in der europäischen Verbraucherpolitik eine gewisse Kontinuität, da die Kommission in ihrem zweiten dreijährigen Aktionsplan zur Verbraucherpolitik 1993-1995 noch von juristischen Personen als Verbraucher ausgegangen ist.<sup>46</sup> Geht man davon aus, dass die Richtlinie solche Personen schützen soll, denen beim Vertragsabschluss die nötige Geschäftskompetenz fehlt, scheint es demnach nicht schlüssig, kleine Idealvereine, welche juristische Personen darstellen und in der Regel von ehrenamtlichen Mitgliedern getragen werden, vom Anwendungsbereich auszuschließen.<sup>47</sup> Aufgrund des Mindestschutzcharakters nach Art 8 Abs 2 können jedoch die Mitgliedsstaaten auch juristische Personen als Verbraucher ansehen und somit unter den Schutz der Richtlinie stellen.<sup>48</sup>

Der Kauf darf nicht zu einem Zweck getätigt werden, welcher der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Käufers zugerechnet werden kann.<sup>49</sup> Diese beiden Begriffsbestimmungen stellen den absoluten Gegensatz zur Privatnutzung bzw zum Privatleben dar. Dabei sind die wesentlichen Merkmale eines Gewerbes das selbständige und auf eigene Gefahr und Rechnung basierende Handeln, das zudem auf eine gewisse Dauer ausgelegt sein muss und folglich nicht nur kurzfristig ausgeübt werden darf.<sup>50</sup> Zudem wird keine Gewinnerzielungsabsicht gefordert, da einzig die wirtschaftliche Macht des Gewerbetreibenden gegenüber dem Verbraucher die

---

<sup>44</sup> Der Ausschuss war in seiner Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag der Ansicht, aufgrund der Einschränkung eine Ungleichbehandlung hinsichtlich des durch die Richtlinie gewährten Schutzes zu erkennen, vgl ABl C 66 vom 3.3.1997.

<sup>45</sup> *Medicus*, ZIP 1996, 1926, der dabei hervorhebt, dass auch juristische Personen verbrauchen können; sowie auch *Schiller*, in PHi 1999, 120f.

<sup>46</sup> Vgl KOM (93) 378 endg.

<sup>47</sup> In diesem Sinne *Pfeiffer*, Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 41, der das Abstellen auf natürliche Personen als Ausdruck eines einheitlichen Regelungsprinzips in den EG-Richtlinien unter der Vorstellung, dass die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf die Sphäre des Privaten beschränkt ist, sieht.

<sup>48</sup> So ist zB auch der Verbraucherbegriff nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz beibehalten worden, obwohl zum Teil juristische Personen darunter fallen. Siehe dazu ausführlich unter Punkt 2.2 (I).

<sup>49</sup> Vgl dazu die E des EuGH 14.3.1991 – Rs. C-361/89 *Di Pinto*, Slg. 1991, I-1189.

<sup>50</sup> Allerdings fallen Existenzgründer aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus, vgl dazu E des EuGH 3.8.1997 – Rs. C-269/95 *Benincasa*, Slg. 1997 I, 3788-3800.

Ungleichgewichtslage entstehen lässt. Vielmehr ist ein planmäßiges Handeln von Nöten, welches ein Geschäft erforderlich macht, das nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen ist und entgeltlich durchgeführt wird.<sup>51</sup> Das Gewerbe muss zudem am Wettbewerb teilnehmen und somit dem Verbraucher am freien Markt als Unternehmer gegenüberreten. Ähnlich der gewerblichen lässt sich auch die berufliche Tätigkeit analysieren. Diese muss genauso auf Dauer ausgelegt, entgeltlich und nach außen erkennbar sein. Es kann davon ausgegangen werden, dass die RL lediglich selbständige Tätigkeiten vom Verbraucherschutz ausnehmen wollte und somit unselbständig Tätige als Verbraucher den Schutz der RL genießen.<sup>52</sup>

Als zweiseitige Definition<sup>53</sup> des Verbrauchsgüterkaufes wird auf der anderen Seite des Geschäftes ein professioneller Verkäufer verlangt, welcher in der RL nach Art 1 Abs 2 lit c als „jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Vertrages im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft“ definiert wird. Ausgeschlossen sind demnach private Verkäufe, wie zB ein Gebrauchtwagenverkauf eines Privaten. Auch hinsichtlich dieser Begriffsbestimmung des Verkäufers gibt es kaum Abweichungen zu den bisherigen Verbraucherschutz-Richtlinien.<sup>54</sup> Hinsichtlich beider Definitionen, sowohl der des Verbrauchers als auch der des Verkäufers bzw Unternehmers, wird derzeit diskutiert, einheitliche Definitionen für den ganzen Verbraucherschutzbereich zu schaffen, um so Rechtsunsicherheiten aufgrund unterschiedlicher Begriffsbestimmungen in den einzelnen Verbraucherschutz-Richtlinien zu beschränken. Probleme gibt es nach dem Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz vor allem bei den Geschäften mit gemischtem Zweck, den sogenannten Dual-Use-Geschäften.<sup>55</sup> Demnach

---

<sup>51</sup> Faber, ZEuP 1998, 868f.

<sup>52</sup> Zu dieser Problematik siehe auch Faber, ZEuP 1998, 871ff, der dabei auf die englische Fassung der RL verweist, welche von *trade or profession* spricht und nicht den für Dienstverhältnisse gebräuchlicheren Begriff *employment* verwendet, vgl dazu auch Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 58.

<sup>53</sup> Faber, ZEuP 1998, 856.

<sup>54</sup> So auch in der RL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in der RL 85/577/EWG über den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ähnlich in der RL 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>55</sup> Dabei ergaben sich große Unterschiede bei der Beurteilung, inwieweit ein Verbrauchergeschäft bei gemischten Kaufverträgen vorliegt. Siehe dazu im Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, 17f, KOM (2006) 744 final.

stellt das Grünbuch zwei Optionen der Vereinheitlichung der Definitionen einer Diskussion zu Grunde.<sup>56</sup>

Abschließend muss die Definition des Herstellers nach Art 1 Abs 2 lit d hervorgehoben werden, um den persönlichen Anwendungsbereich abschließen zu können. Die RL bezeichnet den Produzenten als *„den Hersteller von Verbrauchsgütern, deren Importeur für das Gebiet der Gemeinschaft oder jede andere Person, die sich dadurch, daß sie ihren Namen, ihre Marke oder ein anderes Kennzeichen an den Verbrauchsgütern anbringt“*. Dabei wird an die Herstellerdefinition der Produkthaftungs-Richtlinie<sup>57</sup> angeknüpft. Demnach wird nicht nur der eigentliche Produzent des Verbrauchsgutes als Hersteller definiert, sondern auch derjenige, der durch Anbringung seines Kennzeichens auf dem Gut den Anschein gegenüber dem Verbraucher erweckt, dass er der Hersteller sei.<sup>58</sup>

Abgrenzungsschwierigkeiten können allerdings hinsichtlich des UN-Kaufrechts auftreten, da sich der persönliche Anwendungsbereich der RL in bestimmten Fällen mit dem des Wiener Kaufrechtsübereinkommens von 1990 überschneidet. Denn Art 2 lit a UNK bestimmt, dass dieses *„keine Anwendung auf den Kauf von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt [findet], es sei denn, daß der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wußte noch wissen mußte, daß die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde.“* Somit kommt es nur dann zum Ausschluss der Anwendung des UN-Kaufrechts, wenn dem Verkäufer der persönliche Zweck des Kaufes bei Vertragsabschluss bekannt war. Deshalb kann es durchaus vorkommen, dass bei mangelnder Kenntnis oder Erkennbarkeit des privaten Kaufzwecks das UN-Kaufrecht auch Verbrauchergeschäfte iSd RL umfasst. Im Vergleich dazu kommt es bei der RL auf die Erkennbarkeit als Verbrauchergeschäft

---

<sup>56</sup> Zum einen sollen Verbraucher *„natürliche Personen [sein], die zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“* Die Unternehmer *„...würden als natürliche oder juristische Personen definiert, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.“* Diese 1. Option entspricht den Definitionen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und auch das deutsche Bundesministerium der Justiz Berlin spricht sich für eine dahingehenden Angleichung aus, vgl dazu dessen Stellungnahme im Internet abrufbar unter [http://www.bmj.bund.de/files/-/2330/Stellungnahme\\_BReg\\_Grünbuch.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/2330/Stellungnahme_BReg_Grünbuch.pdf) (aufgerufen am 8.4.2008). Nach der 2. Option wäre ein Verbraucher eine natürliche Person, die *hauptsächlich* außerhalb des Rahmens ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.

<sup>57</sup> Art 3 der RL 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

<sup>58</sup> Diese Person wird dabei auch als „Quasi-Hersteller“ bezeichnet.

nicht an, es müssen sich lediglich Verbraucher und Verkäufer iSd RL gegenüberstehen.<sup>59</sup>

Für den Fall, dass nun ein internationales für den Verkäufer nicht erkennbares Verbrauchergeschäft vorliegt, muss klargestellt werden, ob nun die RL oder das UN-Kaufrecht Vorrang genießt. Das Verhältnis von EU-Richtlinien zum UN-Kaufrecht ist allerdings umstritten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass Richtlinien als völkerrechtliche Übereinkünfte angesehen werden und demnach nach Art 90 UNK diesem vorzuziehen sind. Auf der anderen Seite wird zumindest eine analoge Anwendung des Art 90 UNK auf Richtlinien angenommen, da sich diese immerhin auf die Gründungsverträge, also auf völkerrechtliche Verträge, stützen.<sup>60</sup> Nach anderer Ansicht verdrängen die EU-Richtlinien nicht immer und nicht automatisch das UN-Kaufrecht.<sup>61</sup> Zwar hat sich der europäische Gesetzgeber beim Entwurf der RL stark an das UNK angelehnt, allerdings ist dieses Kaufrechtsabkommen speziell für Kaufleute entwickelt und enthält demnach für den Verbraucher ungünstigere Vorschriften als die RL. Um sicher zu gehen, dass der RL der Vorrang gewährt wird, wäre es notwendig, dass die Mitgliedsstaaten im Einzelfall eine Erklärung nach Art 94 UNK<sup>62</sup> abgeben, sodass für jene Fälle, in denen sich die Anwendungsbereiche überschneiden, der RL der Vorrang eingeräumt wird.<sup>63</sup>

## 2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich beschreibt die vertraglichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher. Im Vordergrund der RL steht nach Art 1 Abs 1 der Verbrauchsgüterkauf und demnach die Definition der Verbrauchsgüter. Nach Art 1 Abs 2 lit b sind diese bewegliche körperliche Gegenstände. Allerdings sind einige Güter, welche taxativ in lit b aufgezählt werden, explizit vom Anwendungsbereich

---

<sup>59</sup> Welser/Jud, Reform 26.

<sup>60</sup> Magnus, Wesentliche Fragen des UN-Kaufrechts, ZEuP 1999, 646 mwN.

<sup>61</sup> Magnus, aaO; sowie Janssen, Kollision des einheitlichen UN-Kaufrechts mit dem Verbraucherschutzrecht am Beispiel der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, VuR 1999, 326f.

<sup>62</sup> Art 94 UNK bestimmt: „Zwei oder mehr Vertragsstaaten, welche gleiche oder einander sehr nahekommende Rechtsvorschriften für Gegenstände haben, die in diesem Übereinkommen geregelt werden, können jederzeit erklären, daß das Übereinkommen auf Kaufverträge und ihren Abschluß keine Anwendung findet, wenn die Parteien ihre Niederlassung in diesen Staaten haben...“

<sup>63</sup> Magnus, ZEuP 1999, 648.

ausgenommen.<sup>64</sup> Darunter fallen Güter, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, ebenso Wasser und Gas, wenn diese nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind, und Strom.

Hinsichtlich des Verbrauchsgüterbegriffes gab es ebenso in der Entwicklungsphase der RL etliche Veränderungen. So ging die Kommission im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst noch von Konsumgütern aus, wobei es sich dabei im Speziellen um bewegliche, neue und haltbare Güter handelte.<sup>65</sup> Im ersten RL-Entwurf der Kommission wurde dann das Verbrauchsgut definiert als „*jedes in der Regel für den Letztverbrauch oder zur Letztverwendung bestimmte Erzeugnis mit Ausnahme von Immobilien.*“<sup>66</sup> Der Begriff des Letztverbrauchs und der Letztverwendung war hinsichtlich der Auslegung des Merkmals der Unmittelbarkeit zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit hilfreich, sodass klargestellt wurde, dass auch Kaufverträge zwischen Gewerbetreibenden für den Fall der nicht beruflichen Nutzung unter den Anwendungsbereich fallen konnten.<sup>67</sup> Im Gegensatz zum Grünbuch wurden schließlich im RL-Vorschlag sowohl gebrauchte als auch verderbliche Güter als Verbrauchsgüter angesehen.<sup>68</sup> Damit ein Gut schlussendlich Verbrauchsgut iSd RL ist, muss es demnach lediglich beweglich sowie körperlich sein. Eine Bestimmung der Sache zum Verbrauch wird im Vergleich zum ersten RL-Entwurf nicht mehr gefordert. Da also Verbrauchsgüter beweglich sein müssen, sind unbewegliche Sachen wie Immobilien von der RL ausgenommen. Die Mitgliedsstaaten können demnach entscheiden, ob sie die bis zur Erlassung der Richtlinie geltenden Rechtsnormen bezüglich unbeweglicher Gegenstände belassen oder auch diese den neuen Regelungen nach der RL unterwerfen wollen. Zudem ist die RL nur auf körperliche Güter anzuwenden, weshalb auch Immaterialgüter, wie Lizenzen, Patente oder Urheberrechte, sowie Forderungen von der Anwendung ausgeschlossen sind.

---

<sup>64</sup> Aus Sicht des Mindestschutzcharakters der RL nach Art 8 Abs 2 ist jedoch die Einbeziehung dieser Gegenstände in den Anwendungsbereich nationaler Gesetze jedenfalls möglich.

<sup>65</sup> Vgl dazu die Ausführungen zum Grünbuch in *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 42ff, die dabei hervorheben, dass die Kommission selbst nicht darauf eingeht, was unter den Begriffen beweglich, neu und haltbar zu verstehen ist. Angeführt von der Kommission werden dabei als Beispiele der Pkw, Haushaltsgeräte und elektronische Unterhaltungsgeräte. Zudem wird der Begriff der Haltbarkeit von den Autoren kritisiert, da dieser zu unbestimmt sei und so zur Rechtsunsicherheit führen würde.

<sup>66</sup> Siehe dazu Art 1 Abs 2 lit b des Kommissionsvorschlages KOM (95), 0520 endg. vom 16.10.1996 in ABI C 307.

<sup>67</sup> Vgl auch *Micklitz*, EuZW 1997, 231; sowie *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 31.

<sup>68</sup> Vgl dazu die Begründung zu Art 1 Abs 2 des RL-Vorschlags in ZIP 1996, 1849.



Ein in der Lehre umstrittener Fall ist diesbezüglich das Vorgehen beim Erwerb von Computersoftware. Auch aufgrund der bloßen Erteilung einer Lizenz, also eines Nutzungsrechtes, an der Software wird diese nach überwiegender Lehre als unkörperlich angesehen, womit diese strenggenommen vom Anwendungsbereich der RL ausgeschlossen wäre.<sup>69</sup> Jedoch kommt es nach überwiegender Meinung darauf an, auf welchem Datenträger die Software gespeichert wird, denn ab dem Speichern auf einem festen Datenträger wird die Software selbst zur Sache.<sup>70</sup> Die Mitgliedsstaaten können allerdings auch hier aufgrund des Mindestschutzcharakters der RL die Verbraucherrechte auch auf den Erwerb<sup>71</sup> der Software ausdehnen.

Die Richtlinie ist jedoch nicht nur auf neue, sondern auch auf gebrauchte Güter anzuwenden, was teilweise zu heftiger Kritik in der Lehre führte.<sup>72</sup> Zwar werden gebrauchte Sachen nicht ausdrücklich als Verbrauchsgut bezeichnet, allerdings werden die Verbrauchsgüter auch nicht explizit auf neue Gegenstände beschränkt. Zudem spricht für eine Einbeziehung der Gebrauchtwaren die Tatsache, dass in der RL spezielle Vorschriften<sup>73</sup> für gebrauchte Güter bestehen und diese in den Erwägungsgründen 8 und 16 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ausdrücklich erwähnt werden.

Zusätzlich ist die RL auch auf Vieh- und Tierkäufe anzuwenden, da es an einer Ausnahmenbestimmung mangelt. Auch Tiere sind als bewegliche, körperliche Sachen Verbrauchsgüter iSd RL. Jedoch enthält die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zu diesen Käufen keine näheren Bestimmungen, weshalb zB auch die allgemeine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren bei Tierkäufen anzuwenden ist.

---

<sup>69</sup> Dies stellt nun auch das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz klar und sieht dabei ein zukünftiges Problem für den zunehmenden Verbrauch digitaler Inhalte, weshalb eine Ausweitung des Geltungsbereichs ins Auge gefasst wird. Vgl S 27 des Grünbuchs.

<sup>70</sup> *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 33, mwN.

<sup>71</sup> Beim Lizenzvertrag handelt es sich wohl eher um einen entgeltlichen Überlassungsvertrag und nicht um einen Kaufvertrag.

<sup>72</sup> *Medicus*, ZIP 1996, 1926.

<sup>73</sup> Vgl dazu Art 1 Abs 3, welcher den Mitgliedsstaaten ermöglicht, den Erwerb von gebrauchten Gütern in öffentlichen Versteigerung, bei denen der Verbraucher persönlich anwesend sein konnte, vom Anwendungsbereich auszuschließen, siehe dazu gleich; sowie Art 7 Abs 1 Satz 2, der ebenfalls den Mitgliedsstaaten ermöglicht, den Vertragsparteien beim Erwerb von gebrauchten Gütern eine Vereinbarung einer kürzeren Gewährleistungsfrist, die zumindest ein Jahr betragen muss, vereinbaren zu können, siehe Punkt 7.1 (I).

Vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen sind nach Art 1 Abs 2 lit b Güter, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden. Darunter fallen vor allem Pfandverkäufe sowie Konkursversteigerungen und gleichartige durch hoheitliche Maßnahmen vorgenommene Verkäufe, die durch einen Richter angeordnet oder durchgeführt werden.<sup>74</sup> Die RL geht davon aus, dass in solchen Fällen kein Verbrauchsgut iSd Art 1 Abs 2 lit b vorliegt und die Vorschriften nicht aufgrund der Art des Verkaufes ausgeschlossen werden.

Ebenfalls von der RL ausgeschlossen sind Verkäufe von Wasser und Gas, sofern diese nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge verkauft werden.<sup>75</sup> Zu denken ist dabei an den Kauf einer Mineralwasserflasche oder einer Propangasflasche für Camper. Auf der anderen Seite soll jede Art des Erwerbs von Strom nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Scheinbar hat der europäische Gesetzgeber dabei nicht an vergleichbar gelagerte Fälle wie beim Erwerb von begrenzten Volumina an Wasser und Gas gedacht, wie zB den Kauf von Akkumulatoren oder Batterien, weshalb ein Teil der Lehre von einer analogen Anwendung dieser Vorschriften über den Kauf von Wasser und Gas ausgeht.<sup>76</sup> Dies scheint aus Sicht einer teleologischen Interpretation der Bestimmung schlüssig, da der europäische Gesetzgeber offenbar nur Dauerschuldverhältnisse, wie dies eben Wasser-, Gas- und Stromlieferung darstellen, vom Anwendungsbereich ausschließen wollte. Auch hinsichtlich der Ausnahmen zur Zwangsvollstreckung und elektrischer Energie bzw Strom zeigt sich die Tendenz der Richtlinie, soweit wie möglich eine Parallelität mit dem UN-Kaufrecht herzustellen, da auch beide Fälle vom Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ausgenommen sind.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> *Schwartze*, ZEuP 2000, 533; ferner *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 37f.

<sup>75</sup> Auch in diesen Fällen wird davon ausgegangen, dass keine Verbrauchsgüter iSd RL vorliegen.

<sup>76</sup> *Micklitz*, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485, der die RL auf Batterien anwendbar sieht; ferner *Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2394; sowie *Schwartze*, ZEuP 2000, 533, der dabei auf die speziellen Regelungen derartiger Versorgungsverträge hinweist.

Auf der anderen Seite erklärt *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 36, die fehlende Ausnahme für Batterien bzw Akkumulatoren damit, dass es sich bei diesen strenggenommen um keine elektrischen Energien handle, sondern nur Objekte darstellen, in welche Elektrizität geladen werden kann. Dem ist nicht zu folgen, da es ja sich ja bei einer Flasche selbst auch nicht um Wasser handelt, sondern ebenfalls nur um ein Objekt das mit Wasser gefüllt werden kann.

<sup>77</sup> Vgl dazu Art 2 lit c und f sowie *Staudenmayer*, NJW 1999, 2393f.

Bezüglich gebrauchter Güter haben die Mitgliedsstaaten nach Art 1 Abs 3 die Möglichkeit, in ihren nationalen Gesetzesbestimmungen festzulegen, „*dass unter „Verbrauchsgüter“ keine gebrauchten Güter zu verstehen sind, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, bei der die Verbraucher die Möglichkeit haben, dem Verkauf persönlich beizuwohnen.*“<sup>78</sup> Somit führt der europäische Gesetzgeber eine Option für die Mitgliedsstaaten ein, welche unter der Ratspräsidentschaft Großbritanniens und auf Drängen Deutschlands gefallen sein dürfte.<sup>79</sup> Warum allerdings diese Option auf öffentliche Versteigerungen von gebrauchten Gütern beschränkt ist, bleibt unverständlich. Der Zusatz der Möglichkeit der persönlichen Anwesenheit des Verbrauchers bezweckt lediglich die Chance für den Verbraucher, das Verkaufsgut vor der Versteigerung zu besichtigen und sich somit ein Urteil über den möglichen Kaufgegenstand machen zu können.

Hinsichtlich der Vertragsarten, welche unter diese Richtlinie fallen, muss deutlich hervorgehoben werden, dass der Kaufvertrag im Mittelpunkt der europäischen Rechtsharmonisierung steht.<sup>80</sup> Dementsprechend fallen alle Verbraucherkäufe unter den Anwendungsbereich der Richtlinie, was sich zum einen schon aus dem Titel der Richtlinie, die sich ja auf Verbrauchsgüterkäufe bezieht, und zum anderen aus der Definition des Verkäufers, ergibt.<sup>81</sup> Zusätzlich können auch Ratenkäufe und Sukzessivlieferungsverträge als Kaufvertrag iSd Richtlinie angesehen werden.<sup>82</sup>

Es werden jedoch nicht nur Verbraucherkäufe von der RL erfasst, sondern auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter. Dies lässt sich aus Art 1 Abs 4 ableiten, der diese Verträge den Kaufverträgen iSd RL gleich stellt. Strittig ist allerdings inwieweit dies allgemein als Einbeziehung von

---

<sup>78</sup> Diese Regelung stellt nach dem Grünbuch KOM (2006) eine Quelle erheblicher Rechtsunsicherheit für die Vertragsparteien dar, weshalb diskutiert wird, ob der Begriff der „öffentlichen Versteigerung“ zukünftig definiert werden sollte. Vgl KOM (2006), 744 endg. vom 8.2.2007.

<sup>79</sup> Diese Regelung soll dabei auf die in Großbritannien üblichen Hausratsversteigerungen zurückgehen, *Welser/Jud*, Reform 29; sowie *Staudenmayer*, NJW 1999, 2393.

<sup>80</sup> Der Kaufvertrag wird aber in der Richtlinie nicht näher spezialisiert, da dieser in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union einheitlich als gegenseitiger Vertrag verstanden wird, *Grundmann in Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 10.

<sup>81</sup> Nach Ansicht von *Grundmann in Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 13, sollen Vorverträge und sonstige vorherige Absprachen, aber auch Leasingverträge über bewegliche Sachen, auch wenn der Nutzer das Recht hat, die Sache durch Bezahlung des Restbetrages zu erwerben, nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

<sup>82</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2394. Da die nationalen Bestimmungen in der Regel bei Tauschverträgen auf die Kaufvorschriften verweisen ist auch bei solchen Verträgen von der Anwendbarkeit der Richtlinie auszugehen.

Werkverträgen in den Anwendungsbereich der RL gedeutet werden kann oder ob demnach nur Werklieferungsverträge gemeint sind. Die Bestimmung des Art 1 Abs 4 wurde im ersten RL-Entwurf der Kommission noch vermisst. Erst durch einen Änderungsantrag des Europäischen Parlaments nach seiner ersten Lesung<sup>83</sup> wurde die Richtlinie folglich im Geänderten Vorschlag der Kommission explizit auf Werklieferungsverträge ausgedehnt.<sup>84</sup> Auch in diesem Zusammenhang ist eine gewisse Parallelität zum UN-Kaufrecht nicht zu leugnen, da diese Bestimmung dem ersten Teil des Art 3 UNK fast wörtlich entspricht. Allerdings wurde der Anwendungsbereich bezüglich Werklieferungsverträgen wieder eingeschränkt, nämlich in Art 1 Abs 4 des Gemeinsamen Standpunktes, bei dem auch der zweite Teil des Art 3 UNK Eingang in die Richtlinie gefunden hat. Demnach setzte dieser Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter den Kaufverträgen gleich, „*es sei denn, daß der Verbraucher einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.*“<sup>85</sup> Allerdings einigten sich die EG-Institutionen im Vermittlungsverfahren auf die vom Europäischen Parlament vorgeschlagene, endgültige und oben dargestellte Fassung, womit die dem UNK entsprechende Beschränkung der Anwendung auf Werklieferungsverträge wegfiel. Ein Teil der Lehre geht deshalb davon aus, dass allgemein Werkverträge von der RL erfasst sind.<sup>86</sup> Es kommt zudem nicht mehr darauf an, welche Vertragspartei den Stoff für die Herstellung zur Verfügung gestellt hat.<sup>87</sup> Zusätzlich wurde jedoch ein neuer Haftungsausschluss für den Verkäufer in Art 2 Abs 3 festgelegt, wonach dieser nicht für Vertragswidrigkeiten haften soll, wenn diese auf den vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Stoff zurückzuführen ist.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> Änderungspunkt 17 des Ergebnisprotokolls der ersten Lesung des EP vom 11.3.1998.

<sup>84</sup> Siehe dazu den Geänderten Vorschlag, KOM (98) 217 endg., ABI C 148 vom 14.3.1998.

<sup>85</sup> Vgl dazu den Gemeinsamen Standpunkt, ABI C 333 vom 30.10.1998.

<sup>86</sup> Dazu *Faber*, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBl 1999, 413ff; *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 16; ferner *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 31f.

<sup>87</sup> *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 854.

<sup>88</sup> Siehe dazu ausführlich unter Punkt 4.2 (I).



### 3. Vertragsmäßigkeit

Das Prinzip der Vertragsmäßigkeit bildet das Fundament der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.<sup>89</sup> Demnach ist der Verkäufer nach Art 2 Abs 1 verpflichtet „*dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern.*“<sup>90</sup>, wodurch der Verbrauchervertrag im Mittelpunkt der RL steht. Zudem stellt Erwägungsgrund 7 der Richtlinie fest, dass der Grundsatz der Vertragsmäßigkeit als gemeinsames Element der verschiedenen einzelstaatlichen Rechtstraditionen betrachtet werden kann. Auch im UN-Kaufrecht wird in dessen Art 35 von der Vertragsmäßigkeit der Ware ausgegangen.<sup>91</sup>

Jedoch wurde im Wege des Richtlinienerlasses nicht immer vom Begriff der Vertragsmäßigkeit ausgegangen. Im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst war noch von der Nichtübereinstimmung mit den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers die Rede.<sup>92</sup> Darunter sollte ein dynamisches Konzept zu verstehen sein, welches der Ansicht war, dass die Gewährleistung der Mangelfreiheit ein dem Produkt innewohnendes Element darstelle.<sup>93</sup> Es waren demnach alle Umstände des Einzelfalles, also alle Vertragsbestimmungen, Produktinformationen sowie die Produktdarstellung, aus der Perspektive eines objektiven Verbrauchers maßgebend. Dementsprechend war der Vertrag nur ein Kriterium für die Feststellung der Mangelhaftigkeit des Produktes. Aus objektiver Sicht deshalb, weil von berechtigten Erwartungen ausgegangen wurde und deshalb nicht auf den einzelnen Verbraucher abgestellt wurde, sondern ein objektiver Beurteilungsmaßstab herangezogen werden musste.<sup>94</sup> Aufgrund der berechtigten Erwartungen konnte auch davon ausgegangen werden, dass nur verdeckte Mängel Bedeutung hatten, da die eventuelle Kenntnis vom Mangel seitens des Verbrauchers die objektiven Erwartungen beeinträchtigen würde. Scheinbar wollte man mit der Konzeption der berechtigten Verbrauchererwartungen

---

<sup>89</sup> So auch das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, 29. Vgl KOM (2006), 744 endg. vom 8.2.2007.

<sup>90</sup> Diese Begriffsdefinition ist nach *Honsell*, JZ 2001, 279, tautologisch und in schlechtem Deutsch abgefasst.

<sup>91</sup> Aber auch in modernen Kodifikationen der nordischen Länder, *Tenreiro*, La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, REDC 2000, 13.

<sup>92</sup> Dies scheinbar unter dem Einfluss der Niederlande, der nordischen Staaten, Irlands und des Vereinigten Königreichs. *Faber*, JBl 1999, 417.

<sup>93</sup> *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 16.

<sup>94</sup> *Welser/Jud*, Reform 26.

eine Annäherung an die Produkthaftungs-Richtlinie bezwecken, die in Art 6<sup>95</sup> ebenfalls von diesem Konzept ausgeht.<sup>96</sup> Allerdings wurde bereits im ersten Kommissionsentwurf der Kaufvertrag wieder in den Mittelpunkt gerückt, dementsprechend wieder vom Prinzip der berechtigten Verbrauchererwartungen abgegangen und das Prinzip der Vertragsmäßigkeit neu eingeführt.<sup>97</sup> Dies wurde zum Teil auch von der Lehre sehr begrüßt.<sup>98</sup> Aufgrund der Tatsache, dass nach der Richtlinie der Vertrag das maßgebliche Element zur Bestimmung der Mangelhaftigkeit der Leistung ist, kann von einem subjektiven Sachmangelbegriff ausgegangen werden. Nur hilfsweise ist die Vertragsmäßigkeit objektiv zu bestimmen.<sup>99</sup> Dabei bezieht sich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie lediglich auf Sachmängel.<sup>100</sup>

Die Vertragswidrigkeit kann als nachträgliche Störung des Äquivalenzverhältnisses angesehen werden. Darunter können vor allem Fälle der Schlechtlieferung, somit die verminderte Qualität einer Sachleistung, subsumiert werden. Allerdings können dem Verbraucher aufgrund des sehr extensiven Begriffes der Vertragswidrigkeit auch bei einer Aliud- bzw Falschlieferung die Gewährleistungsbefehle zur Verfügung stehen.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Dabei wird bestimmt, dass ein Produkt dann fehlerhaft ist, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere a) der Darbietung des Produkts, b) des Gebrauchs des Produkts, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, c) des Zeitpunkts, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht wurde, **zu erwarten berechtigt ist**. [Herv. durch Verf.]

<sup>96</sup> Mehr zum Konzept der berechtigten Erwartungen im Grünbuch in *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 45ff; hinsichtlich des europäischen Verbraucherrechts *Roth*, Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 45ff.

<sup>97</sup> Nach der Begründung des Entwurfes wurde hervorgehoben, dass zwar das Konzept der Übereinstimmung mit den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers in Verbraucherkreisen auf breite Zustimmung gestoßen sei, jedoch von den Gewerbetreibenden abgelehnt wurde; vgl dazu die Begründung des Entwurfes, 12.

<sup>98</sup> *Medicus*, ZIP 1996, 1926, welcher das Abstellen auf den Verbraucher als zu generell ansieht, da nicht geklärt ist welcher Verbrauchertyp maßgeblich sein soll. Zudem steht gerade die Berechtigung der Erwartungen des Käufers in Frage.

<sup>99</sup> Dazu mehr unten unter Punkt 3.1 (I).

<sup>100</sup> *Welser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in *FS Hempel* (1997) 325; ferner *B. Jud*, Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht, *ÖJZ* 1997, 442. Dabei dürften die Gründe für diese Ansicht in der fehlenden Erwähnung von Rechtsmängeln sowohl in der RL als auch in den Vorentwürfen liegen. AA *Schmidt-Räntsch*, Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie, *ZEuP* 1999, 298; *Rieger*, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, *VuR* 1999, 287.

<sup>101</sup> Da sich die Richtlinie mit dem Prinzip der Vertragsmäßigkeit an Art 35 UNK anlehnt, kann dementsprechend davon ausgegangen werden, dass auch Aliud- bzw Falschlieferungen vom Begriff der Vertragsmäßigkeit erfasst sind, die auch nach dem UNK als Fälle der Schlechterfüllung angesehen werden, *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 34; *Reich*, *NJW* 1999, 2400; *Faber*, Aliud- und Minderlieferung im Konzept der Vertragsmäßigkeit der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in *Ackermann, Arnold et al* (Hrsg) 10. Tagungsband der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (2000) 2ff; *Kircher*, Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den

Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Begriff der Vertragsmäßigkeit sowohl in der Richtlinie als auch im UNK bewusst gleich gewählt wurde.<sup>102</sup> Das Kriterium der Genehmigungsfähigkeit nach dem UNK ist aufgrund einer fehlenden Einschränkung der Aliud-Bestimmung als irrelevant anzusehen. Auch eine Minderlieferung, also die Leistung einer zu geringen Menge, kann unter den Begriff der Vertragswidrigkeit subsumiert werden.<sup>103</sup>

#### Exkurs: Lieferung nach dem neuen Richtlinienvorschlag

Im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sieht der neue Vorschlag für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher in Art 22 eine Definition der Lieferung vor. Demnach liefert der Verkäufer, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, die Waren, indem er den Besitz daran dem Verbraucher oder einem vom Verbraucher benannten Dritten, der nicht der Beförderer ist, binnen höchstens dreißig Tagen nach Abschluss des Vertrags überträgt. Somit hat die Kommission eine maximale Lieferungsfrist für den Verkäufer bzw. Gewerbetreibenden eingeführt. Aus Verbrauchersicht kann diese Frist jedoch auch kritisiert werden, da eine solche Maximalfrist den Verkäufern auch den Anlass gibt, bis zum Ende dieser Frist mit der Lieferung abzuwarten und somit eine unverzügliche Lieferung hindern. Kritisiert wird zudem Art 22 Abs 2 des Vorschlages, der die Folgen einer nicht fristgerechten Lieferung normiert. Für den Fall, dass der Gewerbetreibende seiner Lieferpflicht nicht nachgekommen ist, bestimmt Abs 2, dass der Verbraucher Anspruch auf Rückzahlung aller geleisteten Zahlungen binnen sieben Tagen ab dem in Abs 1 genannten Liefertermin hat. Somit beinhaltet der Richtlinienvorschlag auch eine Regelung bezüglich eines möglichen Schuldnerverzuges, wonach der Verbrauch lediglich bereits alle geleisteten Zahlungen zurückfordern kann, jedoch weder auf Erfüllung bestehen noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.<sup>104</sup>

---

Verbrauchsgüterkauf, ZRP 1997, 291; *Antenbrink/Schneider*, VuR 1996, 372; *Schermaier* in *Schermaier* (Hrsg), Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung (1998) Einführung. AA ist *Tenreiro*, La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, REDC 1996, 197, der zwar eine Minderlieferung unter den Begriff der Vertragsmäßigkeit subsumiert, allerdings die Falschlieferung vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sieht; so auch *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 856f; sowie *Micklitz*, EuZW 1997, 231.

<sup>102</sup> *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 12, mwN, die dabei aus historischer, grammatikalischer und rechtsvergleichender Auslegungsmethode zu diesem Ergebnis gelangen.

<sup>103</sup> In diesem Sinne auch *Schwartz*, ZEuP 2000, 555.

<sup>104</sup> *Jud*, Vorschlag für eine Richtlinie über Recht der Verbraucher, *ecolex* 2009, 282f, die darin einen erheblichen Nachteil für Verbraucher sieht.



### 3.1 Kriterien der Vermutung der Vertragsmäßigkeit

Der Vertrag soll jedoch nicht das einzige Kriterium zur Bestimmung der Mangelhaftigkeit der Leistung sein,<sup>105</sup> weshalb in Art 2 Abs 2 gewisse Kriterien aufgezählt werden, bei deren Vorliegen vermutet wird, dass die Verbrauchsgüter grundsätzlich vertragsgemäß sind.<sup>106</sup> Dabei handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung der Vertragsmäßigkeit, welche die meisten Situationen abdecken soll. Demnach kann diese Vermutung durch den Beweis widerlegt werden, dass vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Jedoch muss hervorgehoben werden, dass es sich bei diesen Elementen nicht um Bedingungen der Vertragsmäßigkeit handelt, sondern lediglich um Vermutungen der Vertragsmäßigkeit, was folglich eine Beweiserleichterung für den Verkäufer darstellt, vertragsgemäß geleistet zu haben.<sup>107</sup> Durch das Normieren dieser Kriterien soll jedoch auf keinen Fall die Vertragsfreiheit der Parteien eingeschränkt werden.<sup>108</sup> Nicht zufällig entsprechen auch diese Kriterien inhaltlich den in Art 35 Abs 2 UNK aufgezählten. Die Kriterien nach Art 2 Abs 2 der RL müssen nach Erwägungsgrund 8 kumulativ vorliegen, damit es sich um eine vertragsgemäße Leistung des Verkäufers handelt, es sei denn, ein bestimmtes Element ist aufgrund der Umstände des betroffenen Falles offenkundig unanwendbar. Eine Rangordnung zwischen den Elementen bzw Kriterien wird durch die Richtlinie jedoch nicht festgelegt, weshalb es in der Praxis zu Schwierigkeiten der Anwendung führen könnte, da sich mehrere Kriterien widersprechen können.<sup>109</sup>

#### 3.1.1 Entsprechung eines Musters oder Modells

Ein Verbrauchsgut wird als vertragsgemäß vermutet, wenn es nach Art 2 Abs 2 lit a mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmt und die Eigenschaften des

---

<sup>105</sup> Dazu Erwägungsgrund 7 der Richtlinie: „Im Rahmen bestimmter einzelstaatlicher Rechtstraditionen ist es möglicherweise nicht möglich, sich allein auf diesen Grundsatz zu stützen, um ein Mindestmaß an Verbraucherschutz zu gewährleisten. Insbesondere im Rahmen solcher Rechtstraditionen könnte es nützlich sein, zusätzliche innerstaatliche Bestimmungen vorzusehen, um den Verbraucherschutz für den Fall zu gewährleisten, daß die Parteien sich entweder nicht auf spezifische Vertragsklauseln geeinigt haben oder aber Vertragsklauseln vorgesehen oder Vereinbarungen getroffen haben, aufgrund deren die Rechte des Verbrauchers unmittelbar oder mittelbar außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden.“

<sup>106</sup> „Die Vermutungskonstruktion ist unsinnig“, Honsell, JZ 2001, 279, der die Formulierung als stilistisch mangelhaft und in der Sache unpräzise bezeichnet. Grundmann in Grundmann/Bianca (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 17, sind jedoch der Ansicht, dass es sich nicht um Vermutungen handeln kann, da solche die Beweislage betreffen würden, diese aber in Art 2 Abs 2 nicht geregelt wird.

<sup>107</sup> In diesem Sinne Staudenmayer in Grundmann/Medicus/Rolland 34.

<sup>108</sup> So Erwägungsgrund 8 der RL.

<sup>109</sup> In diesem Sinne auch Welser/Jud, Reform 43.

Gutes besitzt, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat.<sup>110</sup> Durch die Vorlage einer Probe bzw eines Musters werden die Eigenschaften konkludent zugesichert und somit zum Vertragsinhalt.<sup>111</sup> Damit die Beschreibung zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit auch relevant ist, muss diese in die Parteienvereinbarung Eingang gefunden haben, da nicht jede Äußerung seitens des Verkäufers dazu herangezogen werden kann.<sup>112</sup> Die Beschreibung des Gutes ist als Wissenserklärung anzusehen, die dadurch, dass sie dem Vertrag zugrundegelegt wird, zur Willenserklärung und demnach bindend für die Parteien wird.<sup>113</sup> Allerdings erscheint die Konjunktion „und“ in lit a unglücklich gewählt, da eine Verbindung zwischen der Beschreibung und der Probe oder dem Muster in der Praxis relativ selten sein dürfte und somit den Vermutungstatbestand sehr stark beschränkt.<sup>114</sup> Der europäische Gesetzgeber schweigt dazu und verweist in der offiziellen Kommentierung des Richtlinienvorschlags<sup>115</sup> lediglich auf Art 35 Abs 2 UNK, wo allerdings nur der Kauf nach Probe und Muster, nicht aber der Kauf nach Beschreibung geregelt wird, weshalb dies kaum behilflich erscheint.<sup>116</sup>

### 3.1.2 Eignung für spezielle Zwecke

Nach lit b wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie *„sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat.“* Dabei handelt es sich um ein subjektives Kriterium, welches in den Entwürfen zahlreichen Veränderungen unterworfen war. Bis zur Festlegung des Gemeinsamen Standpunktes des Rates und des Europäischen Parlaments war dieses Kriterium des speziellen Zweckes dem objektiven Element des gewöhnlichen Gebrauches nachgereiht. Aus diesem Umstand der Voranstellung des subjektiven

---

<sup>110</sup> Lit a entspricht dabei Art 35 Abs 2 lit c UNK, der für den Fall bestimmt, dass die Parteien nichts anderes vereinbart haben, die Ware dem Vertrag nur dann entspricht, *„wenn sie die Eigenschaften einer Ware besitzt, die der Verkäufer dem Käufer als Probe oder Muster vorgelegt hat.“*

<sup>111</sup> Dieser Ansicht B. Jud, ÖJZ 1997, 443; sowie Faber, JBl 1999, 419.

<sup>112</sup> Welser in FS Hempel 326.

<sup>113</sup> In diesem Sinn Welser/Jud, Reform 44f; sowie Faber, JBl 1999, 421, welcher der Ansicht ist, dass die RL vermutet, eine Wissenserklärung werde in den Vertrag einbezogen.

<sup>114</sup> Schlechtriem in Ernst/Zimmermann 214; ferner Schurr, ZfRV 1999, 225. Honsell, JZ 2001, 279, ist dabei der Ansicht, dass die Konjunktion „und“ fälschlich verwendet wurde und statt dessen ein „oder“ gesetzt werden müsste, da die Verkäuferbeschreibung und die Musteridentität nicht kumulativ vorliegen müssen; vgl auch Grundmann in Grundmann/Bianca (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 23.

<sup>115</sup> Siehe KOM (98) 217 endg. ABI C 148 vom 14.5.1998.

<sup>116</sup> Eine Streichung des Vermutungstatbestandes der Beschreibung wäre deshalb ratsam gewesen.

Kriteriums kann geschlossen werden, dass der europäische Gesetzgeber in seinen Überlegungen den auf Parteienvereinbarungen nahestehenden bzw basierenden Elementen den Vorzug einräumen will.

Bis zum abschließenden Vermittlungsverfahren<sup>117</sup> war zudem vorgesehen, dass sich das Verbrauchsgut für den vom Verbraucher angestrebten Zweck eignet, sofern er diesem dem Verkäufer zur Kenntnis gebracht hat, und „*sich nicht aus den Umständen ergibt, daß der Käufer auf die Erklärungen des Verkäufers nicht vertraute.*“<sup>118</sup> Dieser Zusatz entspricht Art 35 Abs 2 lit b UNK, der ein entsprechendes Element für den Handelskauf schafft. Die praktische Relevanz ist bei Verbraucherkäufen jedoch sehr gering, da der Verbraucher in der Regel auf die Kompetenz des Verkäufers vertraut, weshalb es konsequent erscheint, dass der europäische Gesetzgeber diesen Zusatz wieder fallen ließ.

Auf der anderen Seite wurde bis zur endgültigen Richtlinienversion keine Zustimmung des Verkäufers zum vom Verbraucher angestrebten Zweck verlangt, weshalb der Verkäufer lediglich davon in Kenntnis zu setzen war, um eine Haftung für diesen bestimmten Zweck auszulösen.<sup>119</sup> Letztlich wurde das Zustimmungserfordernis des Verkäufers gesetzlich verankert, weshalb klar erscheint, dass es nur dann zu einer Haftung führt, wenn der besondere Zweck als Eigenschaft des Verbrauchsgutes vertraglich bedungen wurde. Die Zustimmung des Verkäufers muss allerdings nicht ausdrücklich erteilt werden sondern kann auch konkludent erfolgen.<sup>120</sup> Es kann jedoch bei konkludenten Zustimmungen des Verkäufers zu Beweisschwierigkeiten des Verbrauchers kommen. Würde allerdings die Kenntnisgabe des angestrebten

---

<sup>117</sup> Abgegangen wurde davon lediglich im Geänderten Vorschlag, KOM (1998) 217 endg. ABl C 148 vom 14.5.1998.

<sup>118</sup> Vgl dazu Art 2 Abs 2 lit c des Kommissionsvorschlags, KOM (1995) 0520 endg. ABl C 307 vom 16.10.1996. Ähnlich dazu auch Art 2 Abs 2 lit b des Gemeinsamen Standpunkts, ABl C 333 vom 30.10.1998.

<sup>119</sup> So auch in Art 35 Abs 2 lit b UNK. *Faber*, JBl 1999, 413ff, spricht dementsprechend von einer Obliegenheit des Verkäufers, den Verbraucher von sich aus über eine allenfalls fehlende Eignung aufzuklären. Widerspricht dieser nämlich der Käuferintention, wird die Eignung zum angestrebten Käuferzweck nicht zum Vertragsinhalt, da nach Art 2 Abs 3 keine Vertragswidrigkeit vorliegt, wenn der Verbraucher Kenntnis von der abweichenden Beschaffenheit hatte.

<sup>120</sup> *Lehr/Wendel*, EWS 1999, 322, der eine für den Käufer erkennbare Zustimmungshandlung des Verkäufers als ausreichend betrachtet. Für *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 25, ist der erfolgte Vertragsabschluss bei Kenntnis des vom Verbraucher angestrebten Zweckes als konkludente Zustimmung und Einbeziehung in den Vertragsinhalt zu deuten.

Verwendungszwecks seitens des Verbrauchers ausreichen, würde dies zu einer nahezu unbeschränkten Haftung des Verkäufers für Käufermotive führen.<sup>121</sup>

### 3.1.3 Eignung für gewöhnliche Zwecke

Ist kein bestimmter Zweck von den Vertragsparteien angestrebt, wird zumindest vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie *„sich für die Zwecke eignen, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.“*<sup>122</sup> Entscheidend ist dabei nicht, ob sich das Verbrauchsgut für alle Zwecke derselben Gattung eignet oder nicht, sondern es muss für jene Zwecke verwendet werden können, für die auch vergleichbare Waren üblicherweise verwendet werden. Maßgeblich ist demnach der gewöhnliche Gebrauch der Sache, der sich nach Usancen im betreffenden Markt richtet.<sup>123</sup> Fraglich ist nur, inwieweit es zu einer Vertragswidrigkeit führt, wenn das Verbrauchsgut zwar für einen vom Verbraucher verfolgten bestimmten Zweck geeignet ist jedoch nicht für gewöhnliche Zwecke verwendet werden kann. Ist nach der Parteienvereinbarung der gewöhnliche Gebrauch ausgeschlossen worden, liegt aufgrund Art 2 Abs 3 keine Vertragswidrigkeit vor. Auf der anderen Seite ist zu hinterfragen, warum der Verbraucher nicht auch die Eignung zu gewöhnlichen Zwecken erwarten kann, wenn er lediglich zusätzlich einen bestimmten Zweck mit dem Kauf angestrebt hat.

### 3.1.4 Miteinbeziehung von Werbeaussagen

Als innovativstes Kriterium der Vermutung der Vertragsmäßigkeit des Art 2 Abs 2 kann lit d bezeichnet werden, da dieses im Gegensatz zum UN-Kaufrecht eine Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen normiert. Demnach sollen Verbrauchsgüter als vertragsgemäß vermutet werden, wenn diese *„eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften*

---

<sup>121</sup> Welser/Jud, Reform 45f. AA dagegen Staudenmayer in Grundmann/Medicus/Rolland 35, der auf Art 2 Abs 1 der RL verweist und hervorhebt, dass dieser eine Willensübereinstimmung der Vertragsparteien voraussetzt.

<sup>122</sup> Dies entspricht Art 35 Abs 2 lit a UNK.

<sup>123</sup> Grundmann in Grundmann/Bianca (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 26.

*des Gutes in Betracht gezogen werden.*<sup>124</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass Verbrauchsgüter eine Qualität und Leistungen aufweisen müssen, die zum einen bei Gütern gleicher Art gewöhnlich sind, und zum anderen vom Verbraucher vernünftigerweise erwartet werden können.<sup>125</sup> Allerdings erscheint demnach nicht klar, inwieweit zwei voneinander unabhängige Tatbestände geschaffen wurden, oder ob diese vielmehr als kumulativ betrachtet werden müssen.<sup>126</sup> Aufgrund der Konjunktion „und“ wird wohl davon auszugehen sein, dass die Angaben in der Werbung oder bei Etikettierung lediglich zur Konkretisierung der berechtigten Erwartungen des Verbrauchers *in concreto* heranzuziehen sind.<sup>127</sup>

Auch bestand lit d nicht immer in dieser Form. Im ersten RL-Entwurf der Kommission musste das Verbrauchsgut lediglich zufriedenstellend sein.<sup>128</sup> Dabei spielte die Beschaffenheit des Verbrauchsgutes genauso eine Rolle, wie dessen Preis.<sup>129</sup> Aufgrund starker Kritik des Wirtschafts- und Sozialausschusses auch hinsichtlich der Tatsache, dass ein Verbraucher, der ein und dasselbe Produkt billiger als ein anderer erworben hat, Gewährleistungsansprüche in geringerem Maße geltend machen könnte, verwarf man das Preiskriterium wieder.<sup>130</sup> Schließlich wich man im Gemeinsamen Standpunkt von der Forderung nach einer zufriedenstellenden Leistung wieder ab und fügte die Formulierung „vernünftigerweise erwarten kann“ ein, welche sich auf die Mangeldefinition des Grünbuchs stützt.<sup>131</sup>

Wie schon zuvor erwähnt, hat dieses Konzept der berechtigten Erwartungen des Verbrauchers trotz mehrmaliger Verwendung in der Produkthaftungs-Richtlinie keinen Eingang als Mangeldefinition in die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gefunden. Jedoch werden zumindest in Art 2 Abs 2 lit d die berechtigten Verbrauchererwartungen

---

<sup>124</sup> *Honsell*, JZ 2001, 279, kritisiert einmal mehr die Undeutlichkeit der Richtlinienfassung: „Wie kann ein Verbrauchsgut Leistungen aufweisen?“ In diesem Sinne kann auch die Setzung der Anführungszeichen von *Welser/Jud*, Reform 46, verstanden werden.

<sup>125</sup> Nach *Grundmann* in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 2 Rz 28, handle es sich dabei um einen Auffangtatbestand zu lit c.

<sup>126</sup> *Faber*, JBl 1999, 413ff.

<sup>127</sup> In diesem Sinne *Schlechtriem* in *Ernst/Zimmermann* 216.

<sup>128</sup> Dies wurde seitens des Wirtschafts- und Sozialausschusses kritisiert, da eine zufriedenstellende Leistung das Bestehen zumindest geringfügiger Mängel nicht ausschließen würde, eine vertragsgemäße Leistung allerdings im Allgemeinen nur dann vorliegen wird, wenn das Verbrauchsgut frei von jeden Mängeln geliefert wird. Vgl ABI C 66 vom 3.3.1997, S 5.

<sup>129</sup> Vgl dazu KOM (95), 0520 endg. ABI C 307 vom 16.10.1996.

<sup>130</sup> Siehe dazu die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABI C 66 vom 3.3.1997.

<sup>131</sup> Zum Konzept der berechtigten Erwartungen im Grünbuch siehe oben unter Punkt 3 (I) sowie *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 16.

geschützt und zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit eines Verbrauchsgutes herangezogen und so eine Haftung für Informationsangaben beibehalten.

Zu fragen ist nun, wie öffentliche Äußerungen den Vertragsinhalt und damit die Gewährleistungspflicht des Verkäufers determinieren können und welche Eigenschaften solche Äußerungen aufweisen müssen, um für den Verbrauchsgüterkauf relevant zu sein.<sup>132</sup> Schwierig erscheint dabei die Frage, inwieweit solche Äußerungen von sich aus zu einer Haftung führen oder ob dies nur dann der Fall ist, wenn diese so geäußert werden, dass man davon ausgehen kann, dass die Parteien diese stillschweigend dem Vertrag zugrundegelegt hätten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass nicht auf den Inhalt übereinstimmender Willenserklärungen abgestellt werden müsse, sondern alleine die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers Gewährleistungsansprüche nach Werbeaussagen auslösen können.<sup>133</sup> Auf der anderen Seite kann man doch davon ausgehen, dass es auch bei solchen öffentlichen Äußerungen auf die vertragliche Vereinbarung ankommt, denn nur so kann der Ausschlusstatbestand des Art 2 Abs 4 der RL verstanden werden. Demnach haftet der Verkäufer nicht für solche Äußerungen, die er nicht kannte oder vernünftigerweise nicht kennen musste.<sup>134</sup> Würde man auf die berechtigten Verbrauchererwartungen abstellen, so würde diesem Ausschlusstatbestand der Sinn entzogen, denn die Erwartungen des Verbrauchers bestehen ja unabhängig von der Kenntnis des Verkäufers.<sup>135</sup>

Die Tatsache, dass die Richtlinie den Werbeaussagen besondere Bedeutung zumisst, entspricht den tatsächlichen Verhältnissen des modernen Wirtschaftslebens.<sup>136</sup> Die Kaufentscheidung des Käufers bzw Verbrauchers basiert in der Praxis grundsätzlich nicht auf einem Individualgespräch mit dem Verkäufer, sondern auf Informationen über Produkteigenschaften, mit welchen der Verbraucher mittels Werbung täglich konfrontiert wird. Die Werbung selbst wird in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nicht

---

<sup>132</sup> Dem deutschen Gewährleistungsrecht ist die vorgesehene Haftung für Werbeaussagen keineswegs fremd. Praktische Anwendungsfälle gibt es etwa beim Pkw-Kauf, insbesondere bei Herstellerangaben zum Kraftstoffverbrauch eines Neuwagens. Der BGH hat dabei einen Sachmangel bejaht, sobald der tatsächliche Kraftstoffverbrauch erheblich über dem angegebenen Verbrauch liegt, vgl dazu BGH in NJW 1997, 2590.

<sup>133</sup> In diesem Sinne *Faber*, JBl 1999, 422f.

<sup>134</sup> Siehe dazu gleich im Anschluss.

<sup>135</sup> *Welser/Jud*, Reform 48f.

<sup>136</sup> *Wolf*, RIW 1997, 900.

definiert, weshalb die Definition der Irreführungsrichtlinie<sup>137</sup> heranzuziehen ist.<sup>138</sup> Dessen Art 2 Abs 2 definiert die Werbung als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.“<sup>139</sup> Allerdings bezieht sich lit d auf öffentliche Äußerungen, weshalb sich diese an einen individuell nicht begrenzten Kreis von Personen richten müssen.<sup>140</sup> Individuelle Werbeangaben sind demnach genauso zu vernachlässigen wie die Versendung von Werbebroschüren an einen bestimmten, begrenzten Personenkreis. Verkäufer sollen dabei auch an solche Äußerungen gebunden sein, wenn sie dadurch ihre Produkte anpreisen und sich folglich eine Umsatzsteigerung damit realisieren lässt.<sup>141</sup>

Als öffentliche Äußerung ist nicht nur die Werbung anzusehen, denn auch die Etikettierung wird in lit d als Beispiel einer öffentlichen Äußerung erwähnt. Im Gemeinsamen Standpunkt wurde noch von der auf dem Etikett gemachten öffentlichen Äußerung ausgegangen.<sup>142</sup> Allerdings wurde von dieser Formulierung abgegangen, weshalb die Äußerung nicht direkt auf dem Etikett enthalten sein muss, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Etikettierung stehen muss.<sup>143</sup> Jedoch muss hervorgehoben werden, dass die in lit d gemachte Aufzählung rein demonstrativer Natur ist. Dies kann aus dem Wort „insbesondere“ geschlossen werden, weshalb die Werbung und die Etikettierung lediglich die in der Praxis relevantesten öffentlichen Äußerungen darstellen sollen. Als öffentliche Äußerung kann jede Art von Tätigkeit, durch die das Produkt in die Bewusstseinsphäre des Verbrauchers eingeführt wird, verstanden werden.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> Richtlinie 84/450/ECC, über die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung.

<sup>138</sup> *Augenhofer*, Die Bedeutung von Werbeaussagen – sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers – für die Begründung von Gewährleistungsansprüchen, JBl 2001, 83.

<sup>139</sup> Dabei muss jedoch die Werbung in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aufgrund des auf bewegliche, körperliche Güter beschränkten Anwendungsbereichs auf solche Güter beschränkt werden.

<sup>140</sup> In diesem Sinne *Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 284.

<sup>141</sup> So auch *Augenhofer*, JBl 2001, 83, die der Ansicht ist, dass auch Prospekte, die nur an einen bestimmten Personenkreis versandt werden, zur Beurteilung der Vertragsmäßigkeit herangezogen werden sollen.

<sup>142</sup> Vgl dazu den Gemeinsamen Standpunkt, ABl C 333 vom 30.10.1998.

<sup>143</sup> *Augenhofer*, JBl 2001, 83.

<sup>144</sup> *Augenhofer*, JBl 2001, 84, die dabei auf die Produkthaftungs-Richtlinie und den in dessen Art 6 verwendeten Begriff „Art der Darbietung“ verweist und diesen mit dem Begriff der öffentlichen Äußerungen gleichsetzt. Demnach können Werbeaussagen, Produktbeschreibungen,

Die Erwartungen des Verbrauchers müssen nach lit d vernünftig bzw. berechtigt sein, um für die Bestimmung der Vertragsmäßigkeit relevant zu sein. Um die Frage der Berechtigung der Erwartungen klären zu können, muss dabei ein Blick auf das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild geworfen werden, welches als Maßstab herangezogen werden sollte.<sup>145</sup> Es handelt sich hierbei um eine Objektivierung der Erwartungen, weshalb nicht die Erwartungen des einzelnen Verbrauchers im konkreten Fall relevant sein können, sondern auf die eines durchschnittlichen, aufgeklärten und rationalen Verbrauchers abgestellt wird.<sup>146</sup>

Allerdings sind nicht alle Äußerungen des Verkäufers sowie des Herstellers relevant. Es können nur solche Äußerungen berechtigte Erwartungen beim Verbraucher hervorrufen, die konkrete Eigenschaften des Verbrauchsgutes beschreiben.<sup>147</sup> Die Grenze zwischen Eigenschaftsangaben und Aussagen, die im Verbraucher gewisse Emotionen wecken sollen, ist fließend. Gerade die Werbung zielt darauf ab, den Verbraucher in seiner Kaufentscheidung zu beeinträchtigen und zu beeinflussen. Demnach müssen Werbeaussagen ernst gemeint sein, weshalb auch marktschreierische Übertreibungen niemals Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers auslösen können.<sup>148</sup> Ebenfalls begründet die Abweichung von blumigen Werbeaussagen keinen Gewährleistungsanspruch.<sup>149</sup> Auch hier spielt das Verbraucherleitbild des EuGH eine Rolle, denn zur Beurteilung, inwieweit solche unverbindlichen Anpreisungen oder doch Aussagen über konkrete Eigenschaften vorliegen, wird auf das Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers abzustellen sein.<sup>150</sup> Würde nicht diesem Verbraucherleitbild gefolgt und von einem unmündigen Verbraucher ausgegangen werden, so käme es zu einer weiten Ausdehnung der Haftung für Werbeaussagen und aufgrund der extremen Haftungsvorschriften folglich nur noch zu inhaltsleeren

---

Gebrauchsanweisungen, Montageanleitungen, Verpackungshinweise etc. als öffentliche Äußerungen angesehen werden.

<sup>145</sup> *Lehmann*, JZ 2000, 284.

<sup>146</sup> *Lehmann*, aaO; sowie *Faber*, JBl 1999, 423.

<sup>147</sup> *Schwartze*, ZEuP 2000, 557; ferner *Lehr/Wendel*, EWS 1999, 323.

<sup>148</sup> Die österreichische Judikatur dazu: „Marktschreierisch sind Werbebehauptungen, die jedermann sogleich als nicht ernst gemeinte reklamehafte Übertreibung erkennt und auf ihren tatsächlichen Gehalt zurückführt, welcher deutlich erkennbar nicht in einer ernst gemeinten Tatsachenbehauptung, sondern in einer ohne Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftretenden Anpreisung liegt.“ OGH 4 Ob 67/05i vom 24.05.2005. Demnach ist folgende Anpreisung marktschreierisch „Jolly muss her, denn Jolly kann mehr“, ÖBl 1978,64.

<sup>149</sup> Zum Beispiel: „Unser Waschmittel wäscht noch weißer“, Beispiel von *Schmidt-Räntsch*, Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie, ZIP 1998, 851.

<sup>150</sup> *Lehmann*, JZ 2000, 284.



Äußerungen seitens der Verkäufer, um einer etwaigen Haftung zu entgehen.<sup>151</sup> Dies kann jedoch aus Sicht der europäischen Verbraucherpolitik nicht als wünschenswert betrachtet werden.

Zusätzlich muss hervorgehoben werden, dass der Verkäufer nicht nur an seine eigenen Werbeaussagen sondern auch an die des Herstellers<sup>152</sup> sowie dessen Vertreters<sup>153</sup> gebunden ist.<sup>154</sup> Diese Erweiterung der Haftung des Verkäufers ist verständlich und schlüssig, da sich dieser aufgrund der Äußerungen des Herstellers oder des Vertreters ebenfalls eine Umsatzsteigerung erhofft und somit Vorteile aus diesen ziehen kann. Demnach soll der Verkäufer auch für solche Äußerungen gebunden werden.<sup>155</sup> Zudem unterscheidet der Verbraucher in der Praxis relativ selten zwischen Informationen, die vom Händler stammen oder vom Hersteller bzw. Vertreter zur Verfügung gestellt werden.<sup>156</sup>

Die Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen wird jedoch nach Art 2 Abs 4 beschränkt. Danach soll der Verkäufer nicht an öffentliche Äußerungen gebunden sein, wenn er *„nachweist, daß er die betreffende Äußerung nicht kannte und vernünftigerweise nicht davon Kenntnis haben konnte.“* Der Verkäufer soll also nicht für Eigenschaftszusagen haften, die er nicht kannte oder vernünftigerweise nicht kennen musste und deshalb nicht imstande war, diese zu erfüllen. Dabei muss es sich logischerweise um Äußerungen des Herstellers oder dessen Vertreter handeln, da der Verkäufer über selbst gemachte Äußerungen nicht in Unkenntnis sein kann. Da die Richtlinie keine Ausführungen über den Sorgfaltsmaßstab an den des Kennenmüssens

---

<sup>151</sup> *Augenhöfer*, JBl 2001, 85.

<sup>152</sup> Zur Herstellerdefinition siehe oben unter Punkt 2.1 (I).

<sup>153</sup> Eine Legaldefinition des Vertreters fehlt in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Allerdings kann auf Art 1 Abs 2 lit f des Geänderten RL-Vorschlages vom 31.3.1998, KOM (98) 217 endg. verwiesen werden, der dabei noch eine Definition des Vertreters enthielt. Ein Vertreter des Herstellers ist demnach *„jede natürliche oder juristische Person, die als autorisierter Fachhändler des Herstellers auftritt und/oder jedes autorisierte Kundendienstzentrum mit Ausnahme der unabhängigen Verkäufer, die ausschließlich als Einzelhändler tätig sind.“*, *Lehmann*, JZ 2000, 285.

<sup>154</sup> Im Grünbuch wird dabei auf das dänische Gewährleistungsrecht verwiesen, wonach ein Erzeugnis ua dann mangelhaft ist, wenn der Verkäufer oder ein anderer an der Vertriebskette Beteiligter dem Verbraucher oder der Öffentlichkeit gegenüber auf der Verpackung, in Form von Werbung oder eines anderen Kommunikationsmediums Angaben zur Produktbeschaffenheit gemacht hat, mit denen das Erzeugnis dann nicht übereinstimmt. Vgl dazu die Ausführungen im Grünbuch KOM (93) 509 endg. Kritisiert wird die Haftung für Werbeaussagen Dritter von *Kircher*, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf (1998) 277, der die Haftung zwar als richtig ansieht, allerdings eine Regelung im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht bevorzugen würde.

<sup>155</sup> In diesem Sinne auch *Wolf*, RIW 1997, 900; ferner *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 35.

<sup>156</sup> *Faber*, JBl 1999, 413ff.

des Verkäufers enthält, muss nach dem Wortlaut von keinen zu großen Untersuchungspflichten ausgegangen werden.<sup>157</sup> Der Begriff scheint allerdings doch sehr auslegungsbedürftig zu sein, um solche Fragen wie zB ob der Verkäufer auch die Internetpräsenz des Herstellers regelmäßig konsultieren muss, um Kenntnis davon zu haben, wie der Hersteller das Produkt bewirbt und dieses präsentiert, beantworten zu können. Eine Auslegung dürfte der Rechtsprechung des EuGH überlassen werden. Bislang wurde jedoch noch kein Verfahren angestrengt, bei dem die Auslegung bzw der Sorgfaltsmaßstab des Kennenmüssens des Verkäufers ausjudiziert wurde.

Der Verkäufer ist auch dann nicht an öffentliche Äußerungen gebunden, wenn er nachweisen kann, „*daß die betreffende Äußerung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war.*“ Demzufolge genügt der Beweis der Berichtigung der Äußerung bis zum Vertragsschluss, um sich als Verkäufer von der Haftung befreien zu können. Eine positive Kenntnis des Käufers von der Richtigstellung ist nicht gefordert.<sup>158</sup>

Ein weiterer Ausschlusstatbestand stellt extreme Beweislastprobleme dar, da der Verkäufer nicht an öffentliche Äußerungen gebunden sein soll, wenn er beweisen kann, „*daß die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äußerung beeinflusst sein konnte.*“ Dabei bezieht sich dieser Tatbestand auf die inneren Kaufmotive des Verbrauchers, welche einem Beweis des Verkäufers in der Regel entzogen sind. Da die Werbung ja gerade das Ziel hat, den Verbraucher in seiner Kaufentscheidung zu beeinflussen, wird in den meisten Fällen der Nachweis seitens des Verkäufers scheitern. Auch wenn die Werbung bzw öffentliche Äußerung nicht aktiv wahrgenommen wurde, wird sie wohl unterbewusst den Verbraucher beeinflusst haben.<sup>159</sup>

Aus diesen Tatbeständen kann aber auch geschlossen werden, dass sich der Verkäufer nicht dadurch freibeweisen kann, dass er behauptet oder nachweist, nicht gewusst zu

---

<sup>157</sup> So auch *Augenhofer*, JBl 2001, 87.

<sup>158</sup> *Augenhofer*, JBl 2001, 87. Zudem kann auch bei diesem Ausschlusstatbestand argumentiert werden, dass der Gesetzgeber nicht alleine von den berechtigten Verbrauchererwartungen ausgeht, da sonst die positive Kenntnis des Verbrauchers notwendig wäre, um dessen Erwartungen zu korrigieren.

<sup>159</sup> Zu denken ist dabei ein Werbeschaltungen im Radio, die nicht immer aktiv wahrgenommen werden allerdings zumeist im Zeitpunkt der Kaufentscheidung im Supermarkt in Verbindung mit dem Produkt gebracht werden.

haben, dass die öffentlichen Äußerungen des Herstellers oder dessen Vertreters irreführend waren.<sup>160</sup>

### 3.2 Mangel infolge unsachgemäßer Montage

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ist iSd Art 2 Abs 5 auch auf Werkverträge anzuwenden. Demnach wird *„ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes der Vertragswidrigkeit gleichgestellt, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde. Das gleiche gilt, wenn das zur Montage durch den Verbraucher bestimmte Erzeugnis vom Verbraucher montiert worden ist und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist.“* Dabei handelt es sich also um zwei verschiedene Tatbestände der Montagehaftung. Im ersten Fall geht es folglich um eine mangelhaft vorgenommene Montage, im zweiten Fall um eine unsachgemäße Montage infolge einer mangelhaften Montageanleitung.

Dabei wurde schon im Grünbuch die Ausdehnung der Gewährleistungsregeln auf Service-Leistungen im Zusammenhang mit Verbrauchsgütern, somit die Einbeziehung der Montage, Reparatur und Wartung unter den Anwendungsbereich der RL diskutiert. Dementsprechend wurden schon im ersten RL-Entwurf der Kommission die gesetzlichen Garantieregeln auf die Montage von Verbrauchsgütern ausgedehnt.<sup>161</sup> Dabei zeigt sich das Anliegen der Kommission, den Kundendienst doch in der Regelung des Verbrauchsgüterkaufs mit zu erfassen.<sup>162</sup> Auf eine generelle Erweiterung auf Dienstleistungen wurde aufgrund deren Vielgestaltigkeit und Komplexität verzichtet.<sup>163</sup> Die Bestimmung des Art 2 Abs 5 führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>164</sup>, stellt jedoch im Ergebnis eine erhebliche Ausdehnung der Gewährleistungsrechte dar. Demnach handelt es sich beim ersten Fall nicht um die Mangelhaftigkeit der Montage selbst, sondern um einen Mangel, der infolge einer unsachgemäßen Montage aufgetreten ist. Das Verbrauchsgut wird in diesen Fällen also mangelfrei übergeben und erst aufgrund

---

<sup>160</sup> In diesem Sinne *Lehmann*, JZ 2000, 285.

<sup>161</sup> Entspricht in etwa dem heutigen Art 2 Abs 5 Satz 1.

<sup>162</sup> *Micklitz*, EuZW 1997, 232.

<sup>163</sup> Siehe dazu die Begründung des Art 2 Abs 3 des RL-Entwurfes 1996, in ZIP-Dokumentation 43/96, 1850.

<sup>164</sup> Demnach ist es im Einzelfall schwer zu beurteilen, ob ein Kaufvertrag, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag oder ein gemischter Vertrag vorliegt. *Wolf*, RIW 1997, 901.

der Montage mangelhaft.<sup>165</sup> Die Vertragswidrigkeit entsteht durch die unsachgemäße Montage des zunächst mangelfreien Verbrauchsgutes. Dies kann als Systembruch des Konzeptes der RL eingestuft werden, da ja der Verkäufer grundsätzlich nach Art 3 Abs 1 nur für Vertragswidrigkeiten haften soll, die zum Zeitpunkt der Übergabe vorliegen.<sup>166</sup> Die Montage muss allerdings Bestandteil des Kaufvertrages des zu montierenden Verbrauchsgutes sein, um für eine Gewährleistungshaftung nach dem ersten Satz des Art 2 Abs 5 relevant zu sein. Schwierig erscheint die Behandlung dieser Montageverpflichtung innerhalb des Vertragsrechts. Zum einen kann diese als eine von der Übergabe der Sache unabhängige vertragliche Verpflichtung angesehen werden, wonach ein Mangel an der Sache selbst infolge einer unsachgemäßen Montage als Folgeschaden einzustufen wäre, welcher in der Regel lediglich mittels schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ausgeglichen werden könnte.<sup>167</sup> Kommt man zu dem Schluss, dass die Montageverpflichtung und der Kaufvertrag einen einheitlichen Vertrag darstellen, so würde die Übergabe erst mit vollendeter Montage durchgeführt werden. Folglich hätte der Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt für jede Verschlechterung an der Sache gewährleistungsrechtlich einzustehen.<sup>168</sup> Bei der Haftung für eine mangelhafte Montage ohne Folgeschäden handelt es sich um eine werkvertragliche Gewährleistungspflicht. Die Montage muss entweder vom Verkäufer selbst oder unter seiner Verantwortung durchgeführt werden, weshalb eine Selbstmontage des Verbrauchers zu keiner Haftung des Verkäufers führt.

Auf der anderen Seite ist dann von einer Vertragswidrigkeit auszugehen, wenn das Verbrauchsgut vom Verbraucher selbst montiert worden ist und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist. Diese Bestimmung des Art 2 Abs 5 Satz 2 wurde erst auf Antrag des Europäischen Parlaments<sup>169</sup> in die endgültige Fassung der Richtlinie aufgenommen und ist allgemein als *IKEA-Klausel* bekannt. Das Erfordernis der Schriftlichkeit der Montageanleitung aus dem Geänderten Richtlinienvorschlag wurde nicht übernommen. Demnach haftet der Verkäufer auch für mündliche mangelhafte Montageanleitungen, was zu

---

<sup>165</sup> Welser in FS Hempel 326, geht deshalb auch davon aus, dass es nicht um die Mangelhaftigkeit der Montageleistung als solche geht, sondern um einen durch diese Leistung herbeigeführten Mangel der montierten Sache.

<sup>166</sup> Welser/Jud, Reform 68 und 73ff.

<sup>167</sup> Welser/Jud, Reform 69. Zum deutschen Recht *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 856.

<sup>168</sup> In diesem Sinne auch Welser/Jud, aaO.

<sup>169</sup> Siehe dazu den Abänderungsantrag Nr. 15 des Europäischen Parlaments nach der zweiten Lesung.

Beweisproblemen führen könnte.<sup>170</sup> Umfasst sind folglich aber auch Anleitungen, die auf CDs oder DVDs gespeichert sind und in Zukunft einen noch höheren Stellenwert erlangen werden. Der Verkäufer haftet also in diesem Fall nicht für die Montage selbst, sondern für eine mangelhafte Montageanleitung aufgrund derer der Verbraucher eine Vertragswidrigkeit beim Verbrauchsgut „herbeigezaubert“<sup>171</sup> hat. In der Regel stammt die Anleitung vom Hersteller, weshalb auch hier der Verkäufer ohne Rücksicht auf ein Verschulden haftet.<sup>172</sup> Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorliegt. Allerdings muss beachtet werden, dass ja nicht die Montageanleitung das Verbrauchsgut ist, welches aufgrund der Vertragswidrigkeit ausgetauscht bzw verbessert werden soll, sondern das zu montierende Verbrauchsgut. Folglich kann auch in diesen Fällen von einem Mangelfolgeschaden ausgegangen werden, der grundsätzlich nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu ersetzen wäre. Allerdings kann auch von einer Verletzung von Informations- bzw Aufklärungspflichten, also von Nebenvertragspflichten, ausgegangen werden, die zu einer Schadenersatzpflicht des Verkäufers führen würde. Jedoch stellt die Richtlinie den Mangelfolgeschaden gerade in Art 2 Abs 5 der Vertragswidrigkeit gleich, weshalb es zu einer Gewährleistungspflicht des Verkäufers kommt.<sup>173</sup> Zudem entspricht die „IKEA-Klausel“ auch dem Erwägungsgrund 4 aus der Resolution des Rates über Gebrauchsanleitungen für technische Konsumgüter<sup>174</sup>.

In beiden Fällen kann der Verbraucher mit den Gewährleistungsrechten jedoch keinen Schaden an sonstigen Rechtsgütern geltend machen, da ein Ersatz dieser nur bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers begehrt werden kann.<sup>175</sup> Abschließend sei noch darauf hinzuweisen, dass die deutsche Fassung der Richtlinie in Art 2 Abs 5 stets vom Begriff des Mangels ausgeht und dabei als Synonym zur Vertragswidrigkeit des Art 2 Abs 1 aufzufassen ist.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> *Welser/Jud*, aaO.

<sup>171</sup> Hervorhebung durch Verfasser.

<sup>172</sup> Allerdings wird dem Verkäufer durch das in der RL geschaffene Regressrecht ein Ausgleich dafür gewährt. Dazu unten mehr unter Punkt 6.2 (I).

<sup>173</sup> *Welser/Jud*, Reform 70.

<sup>174</sup> Vgl dazu ABl C 411 vom 31.12.1998.

<sup>175</sup> *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 856.

<sup>176</sup> *Kircher*, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung 277. Im Vergleich dazu wird in den anderen sprachlichen Fassungen stets der in Art 2 Abs 1 verwendete Begriff gebraucht.

### 3.3 Maßgeblicher Zeitpunkt

In der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wird in Art 3 Abs 1 ausdrücklich festgelegt, wann eine Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes bestehen muss, um eine Haftung des Verkäufers auszulösen. Demnach haftet der Verkäufer dem Verbraucher für „jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.“<sup>177</sup> So soll der Verkäufer nur für ursprüngliche Mängel einstehen müssen, nicht aber für solche, die nachträglich beim Verbrauchsgut auftreten. Maßgeblicher Zeitpunkt im UN-Kaufrecht ist im Vergleich dazu jener des Gefahrenübergangs.<sup>178</sup> Die RL definiert jedoch nicht, was unter dem Begriff der Lieferung zu verstehen ist. Dabei sind zwei verschiedene Lösungen denkbar. Zum einen die tatsächliche Übergabe des Verbrauchsgutes an den Verbraucher und zum anderen der Gefahrenübergang. Schwierigkeiten dürften jedoch jene Fälle bereiten, wonach der Erfüllungszeitpunkt und der Zeitpunkt des Gefahrenüberganges auseinanderfallen, wie zB beim Versendungskauf<sup>179</sup> als auch beim Annahmeverzug des Verbrauchers. Das UN-Kaufrecht, an das sich die Richtlinie anlehnt, zielt in Art 36 Abs 1 auf den Gefahrenübergang als maßgebenden Zeitpunkt zur Bestimmung der Vertragswidrigkeit ab. Allerdings stellte die Kommission in ihrem ersten Entwurf noch auf die tatsächliche Übergabe an den Verbraucher ab, und wollte hierbei verstanden wissen, dass es beim Versendungskauf nicht mehr auf den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ankomme.<sup>180</sup>

Auf der anderen Seite musste davon ausgegangen werden, dass im Falle eines Annahmeverzuges des Gläubigers die RL den Verbraucher nicht belohnen wollte, weshalb in diesen Fällen der Gefahrenübergang maßgeblich sein sollte.<sup>181</sup> Aufgrund der Tatsache, dass die Kommission in ihrem Erwägungsgrund 14 der RL nun ausdrücklich betont, dass die Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Lieferung nicht bedeutet, dass die

---

<sup>177</sup> Als Ausnahme dieser Regelung kann Art 2 Abs 5 angesehen werden, denn hierbei haftet der Verkäufer auch für solche Mängel, die erst nach Übergabe auftreten, aber auf die fehlerhafte Montage oder Montageanleitung des Verkäufers zurückzuführen sind. Siehe dazu oben Punkt 3.2 (I).

<sup>178</sup> So Art 36 Abs 1 UNK. Dieser Zeitpunkt wird jedoch nicht selbst im UN-Kaufrecht bestimmt, sondern richtet sich nach den nationalen Regelungen, Grundmann in Grundmann/Bianca (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 3 Rz 13.

<sup>179</sup> Dabei geht die Gefahr mit Übergabe an das Transportunternehmen bzw an die Transportperson auf den Verbraucher über.

<sup>180</sup> Vgl dazu die Begründung zu Art 3 des Kommissionsentwurfes in ZIP Dokumentation 43/96, 1850. Dabei wird ausdrücklich das Abgehen von Art 36 UN-Kaufrecht, bei dem es auf den Gefahrenübergang ankommt, bestimmt.

<sup>181</sup> So auch schon Wilhelm, Entwurf einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, ecorex 1996, 826; B. Jud, ÖJZ 1997, 444.

Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefahrenübergang ändern müssen, kann dieses Problem als beseitigt angesehen werden. Demnach ist ein Abstellen der Mitgliedstaaten auf den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs beim Versendungskauf durchaus legitim und richtlinienkonform. Auf der anderen Seite geht jedoch ein Teil der Lehre davon aus, dass sowohl bei Fällen des Versendungskaufes als auch des Annahmeverzuges der Lieferzeitpunkt maßgeblich sein soll.<sup>182</sup> Dem kann nicht gefolgt werden, denn wie schon *Welser/Jud* schlüssig erläutert haben, ist der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ja untrennbar mit der Frage verbunden, welcher Zeitpunkt für das Vorliegen der Vertragswidrigkeit und der daraus resultierenden Gewährleistungspflicht des Verkäufers maßgeblich ist. Würde man dabei stets auf den Liefer- bzw. Übergabezeitpunkt abstellen, müsste der Verkäufer auch für jene Mängel einstehen, die gerade nach dem Gefahrenübergang auf den Verbraucher entstanden sind, wie auch im Falle eines Annahmeverzuges des Gläubigers. Demnach würde es zu einer Verlagerung des Zeitpunkts des Gefahrenübergangs in den Erfüllungszeitpunkt kommen, wozu die Mitgliedstaaten nach Erwägungsgrund 14 der RL eben gerade nicht verpflichtet werden sollten.<sup>183</sup>

Ein weiteres Indiz für den Gefahrenübergang als maßgebender Zeitpunkt stellen die Vorarbeiten zur RL dar. Dabei ist zu bemerken, dass noch im ersten Kommissionsentwurf von der Übergabe an den Verbraucher ausgegangen wurde. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates und der Kommission entwickelte dann den Begriff des Zeitpunktes der Lieferung, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass nicht die tatsächliche Übergabe als maßgebender Zeitpunkt herangezogen werden soll.

#### Exkurs: Risikoübergang als maßgeblicher Zeitpunkt nach dem neuen Richtlinienvorschlag

Bislang wurde den Mitgliedstaaten die Regelung des Risikoübergangs bzw der Gefahrtragung der nationalen Gesetzgebung überlassen. Der neue Richtlinienvorschlag sieht demgegenüber nun in Art 23 Abs 1 eine Definition des Risikoübergangs vor, wonach das Risiko für einen Verlust oder eine Beschädigung der Ware auf den Verbraucher übergeht, wenn er oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht der

---

<sup>182</sup> In diesem Sinne *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 857, die davon ausgehen, dass beim Versendungskauf das Verbrauchsgut bis zur Ablieferung an den Verbraucher mangelfrei sein muss; ferner *Schiller*, PHI 1999, 124.

<sup>183</sup> *Welser/Jud*, Reform 74.

Beförderer ist, den Besitz an den Waren erworben hat. Zudem stellt Abs 2 klar, dass das in Abs 1 genannte Risiko zu dem von den Vertragsparteien vereinbarten Liefertermin auf den Verbraucher übergeht, wenn der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, keine angemessenen Schritte unternommen hat, um den Besitz an den Waren zu erwerben. Somit wird auch hier mittels einer Vollharmonisierung in zentrale Fragen des Zivilrechts der nationalen Rechtssysteme eingegriffen. An den Risikoübergang wird folglich auch in Art 25 des Richtlinienvorschlags als maßgeblicher Zeitpunkt angeknüpft. Demnach haftet der Gewerbetreibende dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt des Risikoübergangs auf den Verbraucher besteht. Somit wird versucht, die vor allem beim Versandkauf existenten Probleme des Abstellens auf den Lieferungszeitpunkt, der in vielen Mitgliedstaaten bereits bei Übergabe der Ware an den Beförderer vorliegt, zu lösen.

### 3.4 Beweislastumkehr

Die Richtlinie enthält keine Bestimmungen bezüglich der Beweislastverteilung, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass diese der Regelung durch die einzelnen Mitgliedstaaten überlassen wird. Somit kommt es prinzipiell zur Beweislast des Verbrauchers, der demnach das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit nachweisen muss. In der Regel muss der Verbraucher das Vorliegen des Mangels bzw der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe iSd Art 3 Abs 1 beweisen. Dies ist auch aus der durch die Richtlinie geschaffenen Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers zu schließen.<sup>184</sup> Die Richtlinie überlässt zwar den Mitgliedstaaten die Festlegung der Beweislastregeln<sup>185</sup>, bestimmt jedoch in Art 5 Abs 3, dass bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, *„daß Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der*

---

<sup>184</sup> Auch die Begründung zu Art 3 Abs 3 des ersten RL-Entwurfes der Kommission weist darauf hin: „Nach den herkömmlichen Beweisregelungen wäre es eigentlich Sache des Verbrauchers zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit, zumindest im Ansatz, zum Zeitpunkt der Annahme der Sache durch den Verbraucher bereits vorlag.“ vgl dazu ZIP-Dokumentation 43/96, 1851.

<sup>185</sup> Dies war auch schon in den bisherigen Verbraucherschutz-Richtlinien so, *Staudenmayer*, Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts - Bausteine für ein europäisches Privatrecht?, in *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 1999, 73.



*Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar.*<sup>186</sup>, wodurch eine Beweiserleichterung für den Verbraucher geschaffen wird. Die sechsmonatige Frist beginnt ab dem Zeitpunkt der Lieferung zu laufen. Binnen dieser sechs Monate ist der Verbraucher vom Beweis der Ursprünglichkeit der Vertragswidrigkeit befreit. Da es sich allerdings um eine widerlegbare Vermutung handelt, kann sich der Verkäufer mittels Gegenbeweises, nämlich dass der Mangel nicht schon bei Lieferung bestanden hat, von der Haftung befreien.

Allgemein sehen die Konsumentenschützer die Beweislastumkehr als großen Fortschritt<sup>187</sup> an, denn dem Verbraucher wird somit die Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte erheblich erleichtert.<sup>188</sup> Bei der Entwicklung der Beweislastumkehr des Art 2 Abs 5 spielte die Überlegung eine Rolle, dass es für den Verbraucher oft eine unüberwindbare Schwierigkeit darstellt, den Beweis der Ursprünglichkeit des Mangels zu beweisen, vor allem dann, wenn der Mangel später jedoch innerhalb der Gewährleistungsfrist zu Tage tritt. Dem Gewerbetreibenden fällt ein solcher Beweis, die Vertragsmäßigkeit nachzuweisen und den Mangel im entsprechenden Fall auf einen unsachgemäßen Gebrauch durch den Verbraucher zurückzuführen, aufgrund der Kenntnis über seine Produkte leichter als dem Verbraucher.<sup>189</sup> Allerdings ist die Beweislastumkehr auf sechs Monate beschränkt, was zu einiger Kritik in der Lehre führte, da es dem Verbraucher nach den abgelaufenen sechs Monaten ja zumindest gleich schwer fällt, die Ursprünglichkeit der

---

<sup>186</sup> Kritisiert wird dabei der systematische Standort der Regelung, da die Beweislastumkehr vielmehr Art 2 tangiert als mit den Fristenregelungen zu korrespondieren. Vgl dazu *Schiller*, PHi 1999, 126; gleicher Ansicht sind *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 857; ferner *Schwartze*, ZEuP 2000, 560.

<sup>187</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396; ferner *Kircher*, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung 272. Auf der anderen Seite wird diese aufgrund einer fehlenden Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Verkäuferinteressen kritisiert, so auch *Schiller*, PHi 1999, 126; ferner *Wolf*, RIW 1997, 902, welche sogar der Ansicht ist, dass diese Vorschrift über die eigentlichen Vorgaben der Richtlinie hinausschießen und kaum noch mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbaren lässt; sowie *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 857, welche die Beweislastumkehr als unzumutbare Belastung des Verkäufers bezeichnen.

<sup>188</sup> Der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat der Bestimmung zugestimmt und zudem hervorgehoben, dass die Verkäufer eine entsprechende Beweislastumkehr aus Motivation einer langen Kundenbeziehung bereits in der Praxis freiwillig anbieten.

<sup>189</sup> Vgl die Begründung des ersten Kommissionsentwurfes in ZIP-Dokumentation 43/96, 1851, ferner *Marco Molina*, La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 2002, 2317; sowie *Costas Rodal*, El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo, Arancadi Civil 2004, 2061; als auch *García-Granero*, Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el derecho español y portugués, Revista de Derecho Privado 2005, 82.

Vertragswidrigkeit zu beweisen.<sup>190</sup> Zudem gilt die Beweislastumkehr zunächst auch bei einer missbräuchlichen Verwendung des Verbrauchsgutes oder bei einer vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Beschädigung durch den Verbraucher.<sup>191</sup>

Bezüglich der Frist stellt sich zudem die Frage, inwieweit auch die Anzeige der Vertragswidrigkeit binnen sechs Monate durchgeführt werden muss und somit diese Vermutungsfrist also folglich auch für Mängel gilt, die zwar binnen der Vermutungsfrist von sechs Monaten offenbar geworden sind, allerdings vom Verbraucher erst nach Ablauf dieser Frist angezeigt wurden. Schon aufgrund des Wortlautes der Richtlinienbestimmung muss man zur Erkenntnis gelangen, dass lediglich der Mangel innerhalb dieser Frist offenbar werden muss, um diese Vermutung auszulösen, weshalb es nicht auf die Anzeige des Verbrauchers ankommt.<sup>192</sup> Auch aufgrund der *ratio* dieser Bestimmung muss man zu diesem Ergebnis kommen, denn diese beruht darauf, dass bei einem frühzeitigen Auftreten des Mangels sein Vorliegen im Zeitpunkt der Übergabe bzw. Lieferung sehr wahrscheinlich ist. Dies muss aber unabhängig davon gelten, wann schließlich der Verbraucher diese Vertragswidrigkeit anzeigt.<sup>193</sup> Dieser hat jedoch in solchen Fällen zu beweisen, dass der Mangel innerhalb der Vermutungsfrist aufgetreten ist.<sup>194</sup>

Auf die Kritik der zu kurzen Frist der Beweislastumkehr hat der europäische Gesetzgeber reagiert und eine neue Diskussion mit dem Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz geschaffen. Dabei ist der Kommission von Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vermutung berichtet worden. Diese führt folglich aus, dass aufgrund der Tatsache, dass der Verbraucher nach Ablauf der sechs Monate etwas zu beweisen hat, was ohne Zugang zu den relevanten technischen Daten und ohne Unterstützung von Fachleuten äußerst

---

<sup>190</sup> In diesem Sinne *Gsell*, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, *European Review of Private Law* 1999, 168; ferner *Amtenbrink/Schneider*, *VuR* 1996, 371.

<sup>191</sup> *Lehr/Wendel*, *EWS* 1999, 324, welche davon ausgehen, dass dem Verkäufer der Beweis der missbräuchlichen Verwendung durch den Verbraucher nicht immer gelingen wird und es somit auch in diesen Fällen zu einer wesentlichen Verschlechterung der Rechtsposition der Händler und Verkäufer bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen des Verbrauchers kommt.

<sup>192</sup> Dazu auch *Steiner*, Der Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbrauchsgüterkauf und -garantien und das geltende österreichische Recht, in *Schermaier* (Hrsg.), *Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung* (1998) 263.

<sup>193</sup> *Welser/Jud*, *Reform* 77.

<sup>194</sup> *B. Jud*, *ÖJZ* 1997, 444.

schwer nachzuweisen ist. Auf der anderen Seite muss auch in den ersten sechs Monaten in jedem Einzelfall geprüft werden, ob sich der Verbraucher auf die Vermutung berufen kann und diesem somit die Beweislastumkehr zu Gute kommt. Demnach hat die Kommission kurz und bündig erklärt, dass die Beweislastumkehr auf diese Weise de facto als Einschränkung der Gewährleistung wirkt, da die Verbraucher vermehrt durch teure Gutachten das Vorhandensein der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Lieferung beweisen müssen.<sup>195</sup> Aufgrund dieser massiven Probleme die sich letztlich in der Anwendbarkeit der Gewährleistungsrechte durch den Verbraucher auswirken, erwägt nun die Kommission diese Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers auf die gesamte Gewährleistungsfrist von zwei Jahren auszudehnen.<sup>196</sup> Damit soll auch die praktische Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche gewährt werden.

Der Verbraucher kann sich allerdings dann nicht auf die Beweislastumkehr berufen, wenn die Vermutung mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.<sup>197</sup> Es soll somit eine Beschränkung der Interessensbeeinträchtigung des Verkäufers auf ein sachgerechtes Maß erreicht werden.<sup>198</sup> Im Vorentwurf war sogar noch vorgesehen, dass der Verkäufer die Kosten für ein Sachverständigengutachten zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit zu tragen hat.<sup>199</sup> Allerdings enthält die Richtlinie keine Erläuterungen darüber, in welchen Fällen die Vermutung mit der Art des Gutes oder mit der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist, weshalb eine Konkretisierung wohl durch die Rechtsprechung erfolgen muss.<sup>200</sup> Hinsichtlich der Art des Gutes müssen wohl jene Verbrauchsgüter subsumiert werden, die dem Verfall ausgesetzt sind, so zB in der Regel kurzlebige Lebensmittel.<sup>201</sup> Auf der anderen Seite ist die Vermutung dann nicht anzuwenden, wenn sich aufgrund technischer Gründe eindeutig nachweisen lässt, dass eine solche Vertragswidrigkeit nicht bereits zum Zeitpunkt der Lieferung

---

<sup>195</sup> Vgl dazu ausführlich das Grünbuch KOM(2006) 744 endg., vom 8.2.2007.

<sup>196</sup> Der Verbraucher muss allerdings gutgläubig sein und die Vermutung mit der Art des Gutes und des Mangels vereinbar sein. Vgl dazu Frage J4 und die zur Auswahl stehenden Optionen im Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg., vom 8.2.2007.

<sup>197</sup> Dabei sind im ersten Kommissionsentwurf noch die Begriffe „Beschaffenheit der Sache“ und „Natur der Vertragswidrigkeit“ verwendet worden. Vgl KOM (1995) 0520 endg., vom 23.8.1996, sowie *B. Jud.*, ÖJZ 1997, 444.

<sup>198</sup> In diesem Sinne *Medicus*, ZIP 1996, 1927; ferner *Micklitz*, EuZW 1997, 232.

<sup>199</sup> Siehe dazu auch *Tenreiro*, REDC 1996, 203.

<sup>200</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396. Zur österreichischen Judikatur siehe unten unter Punkt 4 (III).

<sup>201</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396. *Medicus*, ZIP 1996, 1927, erwähnt dabei das Beispiel der Tomaten; Vgl dazu *Kircher*, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung 272, der die Vermutung des Art 5 Abs 3 für alle nicht langlebigen Güter als nicht anwendbar sieht.

vorhanden gewesen sein kann.<sup>202</sup> Ein typisches Beispiel dafür sind die Abnutzungserscheinungen bei Reifen eines Neuwagens.<sup>203</sup> Allerdings muss hervorgehoben werden, dass gebrauchte Güter nicht generell von dieser Beweislastumkehr ausgenommen werden. Vielmehr müssen im Einzelfall die Ausschlusstatbestände geprüft und vom Verkäufer nachgewiesen werden.<sup>204</sup> Aufgrund weiterer Ausschlusstatbestände und der fehlenden Konkretisierung der Begriffe wird diese Bestimmung vereinzelt kritisiert und bezweifelt, ob dem Verbraucher überhaupt durch die Beweislastumkehr gedient sei, denn dieser muss zunächst die Konkretisierung durch die Gerichtsinstanzen auf eigenes Kostenrisiko im Rechtsstreit klären lassen.<sup>205</sup> Der Käufer erhält zumindest im Ergebnis einen Anreiz, innerhalb einer kurzen Frist das Verbrauchsgut auf etwaige Vertragswidrigkeiten zu überprüfen und dem Verkäufer zur Kenntnis zu bringen.<sup>206</sup> Wie schon zuvor erwähnt, muss der Verbraucher trotz Beweislastumkehr immer noch das tatsächliche Vorliegen einer Vertragswidrigkeit beweisen.

---

<sup>202</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396.

<sup>203</sup> *B. Jud*, ÖJZ 1997, 444.

<sup>204</sup> *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 857.

<sup>205</sup> *Ehmann/Rust*, aaO.

<sup>206</sup> *Schwartz*, ZEuP 2000, 561, spricht dabei von einer abgeschwächten Untersuchungs- und Rügeobliegenheit; so auch *Micklitz*, EuZW 1999, 486.



## 4. Gewährleistungsausschluss

Unter gewissen Umständen kann die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach der RL ausgeschlossen sein. Auffällig ist dabei, dass im Allgemeinen nicht die Haftung des Verkäufers für die nicht korrekt gelieferte Ware selbst, sondern das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit ausgeschlossen wird. Die Richtlinie kennt einige Ausschlusstatbestände, die allerdings aufgrund der Mindestharmonisierung von den Mitgliedstaaten nicht übernommen werden müssen, um so dem Verbraucher einen weitergehenden Schutz zu bieten.

### 4.1 Ausschluss bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis

Der Verkäufer haftet nach der Richtlinie weiterhin nur für verdeckte Mängel, die weder dieser noch der Verbraucher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte. Demnach bestimmt die Richtlinie in Art 2 Abs 3, dass keine Vertragswidrigkeit vorliegt, „*wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte...*“<sup>207</sup> Folglich kommt es also zu einem Haftungsausschluss für offenkundige Mängel. Diese Bestimmung befand sich schon im ersten RL-Entwurf<sup>208</sup> und ist an Art 35 Abs 3 UNK angelehnt. Dabei begründet die Kommission diesen Ausschlusstatbestand damit, dass es sich bei offenkundigen Mängeln in Wirklichkeit um keine Vertragswidrigkeit handeln kann, da der Verbraucher die Sache in dem Zustand, in dem sie sich befindet, angenommen hat und diese folglich vertragsgemäß ist.<sup>209</sup> Auf der anderen Seite muss dies auch für jenen Fall gelten, in dem der Verkäufer keine Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte. Eine etwaige Kenntnis des Verbrauchers von der Vertragswidrigkeit muss bei Vertragsabschluss vorliegen, um die Haftung des Verkäufers ausschließen zu können, da eine etwaige Vertragswidrigkeit nur in diesem Moment in die Äquivalenzüberlegungen der Parteien einfließen kann.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2395, ist der Ansicht, dass die Qualifizierung „vernünftigerweise“ ein Entgegenkommen des Rates gegenüber dem Europäischen Parlament, das diese Klausel gänzlich streichen wollte, darstelle.

<sup>208</sup> Vgl dazu Art 3 Abs 1 des ersten Richtlinienentwurfes.

<sup>209</sup> So auch schlüssig der Kommentar zum entsprechenden Art 3 Abs 1 des ersten Richtlinienentwurfes der Kommission.

<sup>210</sup> Jedoch kann bei Werkverträgen, die auf die Herstellung eines gewissen Erfolges abzielen, eine Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bestehen, weshalb dieser Ausschlusstatbestand bei Werkverträgen nicht zur Anwendung kommen kann.

Die Richtlinie präzisiert auf der anderen Seite nicht, welcher Sorgfaltsmaßstab an das Kennenmüssen des Verbrauchers anzulegen ist. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine grobe Fahrlässigkeit des Verbrauchers bereits die Vertragswidrigkeit und somit die Haftung des Verkäufers ausschließe.<sup>211</sup> In diesem Sinne wird auch die Regelung des Art 35 Abs 3 UN-Kaufrecht interpretiert.<sup>212</sup> Zum anderen Teil wird ein über die grobe Fahrlässigkeit hinausgehender Fahrlässigkeitsgrad verlangt.<sup>213</sup> Der ersten Ansicht ist jedoch zu folgen, da sich die Bestimmung eindeutig an den entsprechenden Art 35 Abs 3 des UN-Kaufrechts anlehnt und folglich dessen Auslegung heranzuziehen ist.

Allerdings bezieht sich die Bestimmung der Richtlinie im Vergleich zum UN-Kaufrecht nicht alleine auf die vermutete Vertragsmäßigkeit des Abs 2, sondern generell auf den gesamten Artikel. Folglich wäre auch eine Anwendung des Ausschlusstatbestandes für jene Fälle denkbar, wonach dem Verbraucher die betreffende Eigenschaft ausdrücklich zugesichert wurde.<sup>214</sup> Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie selbst enthält keine Regelung solcher Fälle einer ausdrücklichen Zusicherung von Eigenschaften. Aufgrund des Telos der Richtlinie, den Schutz des Verbrauchers zu verbessern und zu sichern, muss allerdings davon ausgegangen werden, dass in solchen Fällen der Haftungsausschluss keine Anwendung findet und der Parteienvereinbarung bzw dem Schutz des Vertrauens des Verbrauchers auf die Zu- bzw Aussagen des Verkäufers Vorrang gegenüber des Art 2 Abs 3 einzuräumen ist.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> *Antenbrink/Schneider*, VuR 1996, 374, *dieselben* VuR 1999, 297; *Rieger*, VuR 1999, 290. Auf der anderen Seite reicht für *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 857, schon jede fahrlässige, also auch die leichte, Unkenntnis seitens des Verbrauchers um den Ausschluss der Haftung auszulösen.

<sup>212</sup> *Magnus* in *Staudinger*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG) (2005) Art 35 Rz 48.

<sup>213</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2398, der davon ausgeht, dass lediglich jene Fälle erfasst werden sollen, bei denen sich dem Verbraucher die Vertragswidrigkeit geradezu aufdränge; Dieser Ansicht ist auch *Micklitz*, EuZW 1999, 486; derselbe EuZW 1999, 491f, auch allgemein zum europäischen Begriff „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein“; ferner *Reich*, NJW 1999, 2402.

<sup>214</sup> *Faber*, JBl 1999, 424, weist auf den Fall hin, dass der Käufer bei Vertragsschluss vom Mangel Kenntnis hat, jedoch berechtigterweise annehmen kann, der Verkäufer werde diesen bis zur Übergabe beseitigen und sich deshalb die Eigenschaft ausdrücklich zusichern lässt.

<sup>215</sup> In diesem Sinne auch *Faber*, JBl 1999, 424, wonach diese Schlussfolgerung dem Normzweck entspreche. Zum einen räume Art 2 der Beschaffenheitsvereinbarung höchste Bedeutung ein, und zum anderen kann Abs 3 nur den Zweck haben, eine Haftung des Verkäufers für jene Fälle auszuschließen, in denen der Käufer in seinen Erwartungen nicht schutzwürdig ist, also der Verbraucher den Mangel kennend das Verbrauchsgut in dem Zustand annimmt, in dem sich dieses befindet; so auch die Begründung zum ersten Kommissionentwurf. Nach schlüssiger Ansicht *Fabers*, aaO, lässt sich eine solche Vertragsauslegung allerdings bei ausdrücklicher Zusicherung von Eigenschaften nicht aufrecht erhalten.

Allerdings darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch die Einführung dieses Ausschlusstatbestandes eine Untersuchungspflicht des Verbrauchers bei Empfang der Sache statuieren wolle. Eine solche ist zwar nach dem UN-Kaufrecht vorgesehen und unter Kaufleuten durchaus nachvollziehbar, würde jedoch im Verbrauchergeschäft eine zu große Belastung des Verbrauchers als oft unwissenden Käufer darstellen.

Eine große Bedeutung dürfte dem Ausschlusstatbestand zudem beim Kauf von gebrauchten und beschädigten Sachen zukommen, die zu einem reduzierten Preis verkauft werden.<sup>216</sup> Zumeist wurden bislang Gewährleistungsrechte bei solchen Verkäufen ausgeschlossen, was nun aber durch den zwingenden Charakter der Richtlinie und der daraus resultierenden Rechte nicht mehr möglich ist.

## 4.2 Werkvertraglicher Gewährleistungsausschluss

Der zweite Halbsatz des Art 2 Abs 3 der RL sieht vor, dass keine Vertragswidrigkeit für jene Fälle vorliegt, „wenn die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.“ Kritisch zu betrachten ist dabei die gewählte Formulierung, da es dabei ja nicht zum Haftungsausschluss des Verkäufers kommt. Es liegt vielmehr keine Vertragswidrigkeit vor, wenn die Vertragswidrigkeit, die ja eben keine sein soll, auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Dabei handelt es sich also um einen werkvertraglichen Ausschlusstatbestand, der auf der Begründung beruht, dass der Verkäufer dann nicht haften soll, wenn sich die Vertragswidrigkeit aus der Sphäre des Verbrauchers ergibt. Der Verkäufer soll demnach nicht für solche Mängel einstehen, die aufgrund des mangelhaften Stoffes des Verbrauchers entstehen.<sup>217</sup> Dieser Tatbestand wurde wahrscheinlich aufgrund der generellen Anwendbarkeit der Richtlinie auf Werkverträge in die endgültige Fassung aufgenommen.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 851.

<sup>217</sup> Welser/Jud, Reform 63, sehen diesen Haftungsausschlussgrund als sachlich gerechtfertigt.

<sup>218</sup> Wie bereits oben unter Punkt 2.2 (I) erwähnt, wurden nach dem Gemeinsamen Standpunkt nur solche Werkverträge als Kaufverträge angesehen und behandelt, bei denen der Verbraucher nicht einen wesentlichen Teil des für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffes zur Verfügung gestellt hat. Diese Einschränkung ist allerdings weggefallen, weshalb auch Werkverträge, bei denen der Verbraucher den gesamten Stoff zur Verfügung stellt, unter den Anwendungsbereich der RL fallen.



### 4.3 Ausschluss durch einschränkende Leistungsbeschreibung

Nach der Richtlinie und dessen Art 2 ist der Vertrag das grundlegende Element zur Bestimmung einer mangelfreien Leistung. Der Vertrag steht also im Mittelpunkt, weshalb auch das Prinzip der Vertragsfreiheit durch die Richtlinie nicht eingeschränkt werden soll. Die in Art 2 Abs 2 bestimmten gesetzlichen Kriterien sollen demnach nur dann zur Bestimmung des Vertragsinhaltes herangezogen werden, wenn es an Parteienvereinbarungen mangelt. Auf der anderen Seite sind der Vertragsfreiheit auch Grenzen gesetzt, weshalb Vereinbarungen, welche die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers im Vorhinein ausschließen, nach Art 7 Abs 1 aufgrund des zwingenden Charakters der Richtlinie und der daraus resultierenden Rechte für den Verbraucher nicht bindend sind. Somit ist die entscheidende Frage, ob auch die gesetzlichen Kriterien für die Auslegung und Ergänzung des Vertragsinhaltes zugunsten des Verbrauchers zwingend sind.

Folgendes Beispiel soll die Problematik verdeutlichen: Nach Art 2 Abs 2 lit c wird dann die Vertragsmäßigkeit vermutet, wenn das Verbrauchsgut sich für Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden. Demgegenüber stellt sich also die Frage, inwieweit die gewöhnlichen Eigenschaften durch Vertragsvereinbarungen ausgeschlossen werden können ohne damit den zwingenden Charakter der Richtlinie nach Art 7 Abs 1 zu unterlaufen. Hervorzuheben ist dabei, dass sich der zwingende Charakter der Richtlinie nicht lediglich auf sonstige Regelungen, wie Fristen und Rechtsbehelfe, bezieht. Unrichtig wäre es deshalb anzunehmen, dass die Bestimmung der Sollbeschaffenheit des Verbrauchsgutes gänzlich den Parteienvereinbarungen überlassen bliebe.<sup>219</sup> Faber ist folglich der Ansicht, dass Art 7 Abs 1 eine Anordnung zu einer Art Inhaltskontrolle für die die Sollbeschaffenheit bestimmende Vertragsvereinbarungen darstellt.<sup>220</sup> Danach kann aus den gesetzlichen Kriterien des Art 2 Abs 2 der gemeinsame Normzweck gewonnen werden, dass „*der Verkäufer veranlaßt werden soll, den Verbraucher darauf hinzuweisen, wenn das gewünschte Produkt seine berechtigten Erwartungen nicht erfüllt.*“<sup>221</sup> Für diese Ansicht spricht auch der Ausschluss der Vertragswidrigkeit nach Art 2 Abs 3 bei Kenntnis der

---

<sup>219</sup> Faber, JBl 1999, 425f.

<sup>220</sup> Faber, JBl 1999, 426.

<sup>221</sup> Faber, aaO.

Vertragswidrigkeit durch den Verbraucher im Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>222</sup> und Erwägungsgrund 22 der Richtlinie, wonach Klauseln, denen zufolge dem Verbraucher jede zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts bekannt gewesen sein soll, unwirksam sind.

Es kommt somit durch die Richtlinie zu einer gewissen inhaltlichen Schranke für allgemeine Vertragsklauseln. Einer Parteienvereinbarung ist demnach nur dann der Vorrang einzuräumen, wenn auf die Abweichung des Verbrauchsgutes von den in Art 2 Abs 2 lit a bis d aufgezählten gesetzlichen Kriterien ausdrücklich hingewiesen wurde.<sup>223</sup> Demnach will die Richtlinie verhindern, dass sich der Verkäufer durch einschränkende Leistungsbeschreibungen, die in unzulässigen Gewährleistungsausschlüssen in allgemeinen Klauseln über die Beschaffenheit der Ware versteckt sind, von der Gewährleistungspflicht befreien kann.<sup>224</sup> Ob unzulässige Gewährleistungsausschlüsse im Einzelfall vorliegen, ist schließlich durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

---

<sup>222</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 4.1 (I).

<sup>223</sup> *Faber*, aaO; in diesem Sinne auch *Welser/Jud*, Reform 60.

<sup>224</sup> *Welser/Jud*, Reform 61.



## 5. Gewährleistungsbefehle des Verbrauchers

„Der Verkäufer haftet dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.“ So lautet der in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedsstaaten verankerte Grundsatz der Gewährleistung.<sup>225</sup> Ausgehend von dieser Haftung sollen dem Verbraucher gewisse Rechte bzw Befehle als Ausgleich zur vertragswidrigen Leistung durch den Verkäufer zur Verfügung stehen. In der Entstehungsgeschichte der Richtlinie waren die Gewährleistungsbefehle zahlreich diskutiert worden und zählen auch deswegen zu den wohl wichtigsten Punkten der Richtlinie bzw des europäischen Verbraucherrechts.

Anfänglich wurden dem Verbraucher nach dem Grünbuch wahlweise vier verschiedene Rechtsbefehle eingeräumt, nämlich die Auflösung des Vertrages, die Preisminderung, der Austausch oder die kostenlose Verbesserung des mangelhaften Verbrauchsgutes.<sup>226</sup> Auf der anderen Seite war zugunsten des Verkäufers ein Verteidigungsmittel vorgesehen, wonach dieser dem Verbraucher ein anderes als das vom Verbraucher gewählte Rechtsmittel entgegensetzen konnte. Aufgrund dieser Gegenrechte des Verkäufers konnte im Ergebnis von einem Wahlrecht des Verkäufers ausgegangen werden.<sup>227</sup> Schon im ersten Kommissionsentwurf wurden diese Gegenrechte des Verkäufers aufgegeben, weshalb der Verbraucher eine freie Wahl zwischen den schon zuvor genannten Rechtsbefehlen hatte.<sup>228</sup> Als einzige Einschränkung dieses Wahlrechts konnte die Bestimmung in Art 3 Abs 4 verstanden werden, wonach es den Mitgliedstaaten frei stand, bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten<sup>229</sup> das Wahlrecht beliebig zu beschränken. Allerdings kam es zu teils starker Kritik auch seitens des Wirtschafts- und Sozialausschuss bei dessen Stellungnahme.<sup>230</sup> Demnach würde es durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten des Ausschlusses einzelner Rechtsbefehle bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten aufgrund unterschiedlicher Regelungen in den Mitgliedstaaten zu einer neuerlichen Rechtsunsicherheit sowie

---

<sup>225</sup> So Erwägungsgrund 9 der Richtlinie.

<sup>226</sup> Vgl dazu das Grünbuch KOM (93) 509 endg.

<sup>227</sup> Zu dieser Problematik der Gegenrechte im Grünbuch siehe *Schnyder/Straub*, ZEuP 1996, 53.

<sup>228</sup> *B. Jud*, ÖJZ 1997, 445f.

<sup>229</sup> Zum Begriff der geringfügigen Vertragswidrigkeiten siehe unten unter Punkt 5.4 (I).

<sup>230</sup> Die uneingeschränkte Wahlmöglichkeit des Verbrauchers wurde auch von *Schlechtriem*, JZ 1997, 445, kritisiert.

Wettbewerbsverzerrungen für Verbraucher und Verkäufer kommen.<sup>231</sup> Der Ausschuss hat demnach empfohlen, die Frage der Zulässigkeit aller Rechtsbehelfe schon auf Richtlinienenebene selbst zu klären.<sup>232</sup>

Auch in der deutschen und österreichischen Lehre kam es folglich aufgrund dieses umfassenden Wahlrechts des Verbrauchers zu heftiger Kritik.<sup>233</sup> Dieses Ungleichgewicht zu Lasten des Gewerbetreibenden versuchte man dadurch auszugleichen, indem man den Anspruch auf Ersatzlieferung oder Vertragsauflösung auf ein Jahr befristete.<sup>234</sup> In Folge führte diese Kritik zur Einführung eines Stufenbaus der einzelnen Gewährleistungsbehelfe in der RL, der im Folgenden näher beschrieben werden soll.

## 5.1 Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe

Als Gewährleistungsbehelfe stehen dem Verbraucher nach Art 3 Abs 2 also der Anspruch auf unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder jener auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut zu.<sup>235</sup> Diese Behelfe stehen zueinander in einem Hierarchieverhältnis, welches in Art 3 Abs 3 konzipiert ist. Dabei wird den Ansprüchen auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes als primäre Gewährleistungsbehelfe der Vorrang eingeräumt und der Verbraucher gelangt nur unter gewissen Voraussetzungen zu den sekundären Abhilfen der Preisminderung oder der Vertragsauflösung.<sup>236</sup> Auch die Frage des Übergangs zwischen den beiden Stufen von Behelfen war wie die Frage, wem das Wahlrecht zustehen sollte, einer der Streitpunkte, die nach langen Diskussionen unter britischer Ratspräsidentschaft gelöst wurde. Dies ist deshalb hervorzuheben, da die Lösungen zumindest von dieser Gesetzgebungstradition

---

<sup>231</sup> Vgl dazu die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, AB I C 66 vom 3.3.1997, S 5.

<sup>232</sup> Der Ausschuss hielt eine Regelung, wonach zwar alle Rechtsbehelfe eingeräumt werden sollen, jedoch die Geltendmachung des Anspruches auf Auflösung des Vertrages im Falle des Vorliegens von geringfügigen Vertragswidrigkeiten vertraglich ausschließen zu können, für denkbar. Vgl dazu ausführlich die Stellungnahme des Ausschusses AB I C 66 vom 3.3.1997.

<sup>233</sup> Dabei war der Lehre vor allem das dem Verbraucher gewährte unbedingte Vertragsauflösungsrecht ein Dorn im Auge, vgl dazu auch *B. Jud*, ÖJZ 1997, 445; *Micklitz*, EuZW 1997, 233; *Wolf*, RIW 1997, 902; *Schlechtriem*, JZ 1997, 445; sowie *Medicus*, ZIP 1996, 1927.

<sup>234</sup> Vgl dazu Art 3 Abs 4 des ersten Richtlinienentwurfes KOM (95) 0520 endg.

<sup>235</sup> Durch die Möglichkeit zur Nachbesserung und Ersatzlieferung wird das Gewährleistungsrecht besser an die heutigen ökonomischen Gegebenheiten angepasst, vgl dazu die Begründung im ersten Kommissionsentwurf KOM (95) 0520 endg.

<sup>236</sup> Zu diesen Voraussetzungen siehe unten unter Punkt 5.3 (I).

beeinflusst wurden und deshalb eine sehr starke Regelungsdichte aufweisen, weshalb den Mitgliedstaaten kaum Umsetzungsspielraum eingeräumt wurde.<sup>237</sup> Ohne allerdings auf die durch die Richtlinie geschaffene Hierarchie angewiesen zu sein, kann der Verkäufer jederzeit eine der zur Verfügung stehenden Abhilfemöglichkeiten anbieten, um eine gütliche Einigung mit dem Verbraucher zu erzielen. Die Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des betreffenden Vorschlages bleibt dem Verbraucher anheimgestellt.<sup>238</sup>

## 5.2 Nachbesserung und Ersatzlieferung

Der Verbraucher kann somit zunächst bei Vorliegen einer Vertragswidrigkeit primär lediglich die unentgeltliche Nachbesserung<sup>239</sup> oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung des Verbrauchsgutes verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Diesen Gewährleistungsrechten wurde von der Kommission der Vorrang eingeräumt, weil sie den Realitäten der modernen Massenproduktion besser entsprechen als die traditionellen Rechte der Preisminderung oder Vertragsauflösung.<sup>240</sup>

Dabei definiert die Richtlinie lediglich die Nachbesserung in Art 1 Abs 2 lit f als Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes.<sup>241</sup> Nach dem Wortlaut des Art 3 Abs 3 wird dem Verbraucher als Käufer ein Wahlrecht zugestanden, welches er nach seinem freien Willen ausüben kann.<sup>242</sup> Allerdings ist dieses Wahlrecht auf jene Fälle beschränkt, in denen diese Abhilfen unmöglich oder unverhältnismäßig sind.<sup>243</sup> Wann eine Abhilfe unmöglich ist, wird in der Richtlinie nicht erläutert. Dabei muss wohl von einer faktischen Unmöglichkeit ausgegangen werden. Im Gegensatz zur Unverhältnismäßigkeit stellt die Richtlinie auch nicht eindeutig klar, ob die Unmöglichkeit der Abhilfe objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist. *Schurr* ist dabei

---

<sup>237</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2395.

<sup>238</sup> Erwägungsgrund 12 der Richtlinie.

<sup>239</sup> Nach *Medicus*, ZIP 1996, 1927 FN 12, liegt rechtstechnisch eine gewisse durch den Kaufpreis gedeckte und daher entgeltliche Leistung vor.

<sup>240</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2395.

<sup>241</sup> *Schwartz*, ZEuP 2000, 563 FN 129, sieht dabei die zuvor verwendete Definition der Nachbesserung als Instandsetzung als präziser an.

<sup>242</sup> Dies bestimmt auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie. Für *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 38, ist dies gerechtfertigt, denn es scheint diesem nicht einsichtig, warum die Partei, die eine Vertragswidrigkeit erzeugt hat, auch noch dafür belohnt werden sollte, indem diese das Wahlrecht der gesetzlichen Behelfe des Verbrauchers ausüben kann. AA ist dagegen *Honsell*, JZ 2001, 279, der es als sachwidrig ansieht, dass der Käufer das Wahlrecht innehat; ferner *Kircher*, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung 281.

<sup>243</sup> Für *Schurr*, ZfRV 1999, 226, ist diese Klausel verzichtbar, da er der Ansicht ist, dass Unmögliches und völlig Unverhältnismäßiges im Schuldrecht nicht verlangt werden könne.

der Ansicht, dass schon eine subjektive Unmöglichkeit genügt, um den Verbraucher die alternative Abhilfe aufzuzwingen.<sup>244</sup> Auf der anderen Seite geht ein Teil der Lehre davon aus, dass die Nachbesserung unmöglich ist, wenn sie nach objektiven Gesichtspunkten nicht durchführbar ist.<sup>245</sup> Dies ist zutreffend, denn sonst würde die Einschränkung des Wahlrechtes des Verbrauchers in den Händen des Verkäufers liegen, der sich nur auf eine etwaige subjektive Unmöglichkeit stützt und so den Verbraucher zum Austausch zwingen könnte. Allerdings muss bei der objektiven Unmöglichkeit dort die Grenze gezogen werden, wo eine Nachbesserung bzw Ersatzlieferung für den Verkäufer nicht mehr zumutbar erscheint, weshalb auch hier eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist.<sup>246</sup> Ein Beispiel für die Unmöglichkeit bietet der Kauf eines gebrauchten Verbrauchsgutes. Eine Ersatzlieferung ist bei solchen Gütern schon aufgrund ihrer Eigenart in der Regel nicht möglich, weshalb der Verbraucher lediglich die Nachbesserung fordern kann.<sup>247</sup> Folglich ist die Ersatzlieferung auf Gattungssachen beschränkt, bei denen zumindest davon ausgegangen werden kann, dass sich der Verkäufer zusätzliche Produkte der gleichen Art anschaffen kann.<sup>248</sup> Eine Nachbesserung ist bei Rechtsmängeln wohl in den meisten Fällen als unmöglich anzusehen, da die Beseitigung der rechtlichen Belastungen häufig vom Willen des Dritten abhängig ist.<sup>249</sup>

Auf der anderen Seite führt Art 3 Abs 3 recht umfassend aus, in welchen Fällen eine Abhilfe als unverhältnismäßig anzusehen ist, nämlich dann *„wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die angesichts des Wertes, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte,*

---

<sup>244</sup> Schurr, ZfRV 1999, 226, hebt in diesem Zusammenhang die möglichen Schwierigkeiten der Nachbesserung in der Praxis hervor, da der Verkäufer in der Regel nicht die technischen Fähigkeiten des Herstellers aufweise, um eine Verbesserung durchführen zu können, weshalb dieser zum Schluss kommt, dass schon eine subjektive Unmöglichkeit eine Nachbesserung unmöglich iSd Art 3 Abs 3 macht.

<sup>245</sup> In diesem Sinne auch Lehr/Wendel, EWS 1999, 324; ferner Medicus, ZIP 1996, 1927, der deshalb davon ausgeht, dass die Verbesserung nicht zwingend vom Verkäufer selbst durchzuführen ist.

<sup>246</sup> Dabei kann zB der doppelte Kaufpreis als äußerster zumutbarer Aufwand des Verkäufers zur Durchführung der geforderten Abhilfe angesehen werden.

<sup>247</sup> Erwägungsgrund 16 der Richtlinie.

<sup>248</sup> In diesem Sinne auch Schwartz, ZEuP 2000, 564.

<sup>249</sup> Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 3 Rz 31.

*verglichen mit der anderen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.*<sup>250</sup> Demnach richtet sich die Unverhältnismäßigkeit nach der Zumutbarkeit der Kosten für den Verkäufer. Zur Bestimmung, ob unzumutbare Kosten vorliegen, sollen die aufgezählten Kriterien herangezogen werden, also der Wert des mangelfreien Verbrauchsgutes unter Berücksichtigung der Vertragswidrigkeit und inwieweit auf die alternative Abhilfe zurückgegriffen werden könnte ohne dem Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten zuzufügen. Als erhebliche Unannehmlichkeit kann zB eine Minderung des Wiederverkaufswertes des Verbrauchsgutes für den Verbraucher angenommen werden.<sup>251</sup> Deshalb werden die Kostenüberlegungen gegenüber den erheblichen Unannehmlichkeiten des Verbrauchers zur Beurteilung der Zumutbarkeit abzuwägen sein.<sup>252</sup> Demnach führen erhebliche Unannehmlichkeiten des Verbrauchers dazu, dass dem Verkäufer höhere Kosten zuzumuten sind.<sup>253</sup> Die Unverhältnismäßigkeit muss nach dem Erwägungsgrund 11 der Richtlinie objektiv festgestellt werden, weshalb nicht auf den Verkäufer des konkreten Einzelfalls abgestellt wird. Zudem führt der Erwägungsgrund aus, dass eine Abhilfe dann unverhältnismäßig ist, wenn diese im Vergleich zu anderen unzumutbare Kosten verursacht. Dabei soll entscheidend sein, ob die Kosten der Abhilfe deutlich höher sind als die Kosten einer anderen Abhilfe.<sup>254</sup> Sehr umstritten war bislang die Frage, inwieweit auch die sekundären Behelfe bei der Prüfung einer Verhältnismäßigkeit herangezogen werden sollen. Allerdings muss aufgrund der Klarstellung des europäischen Gesetzgebers im EG-Verbraucherrechtskompendium davon ausgegangen werden, dass lediglich die Nachbesserung bzw Ersatzlieferung als Maßstab der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden soll.<sup>255</sup>

In der Regel wird es beim Kauf von billigen Massenprodukten vermehrt zu Austauschansprüchen der Verbraucher kommen, hingegen wird bei teuren, qualitativ

---

<sup>250</sup> Nach *Honsell*, JZ 2001, 279, wird auf die einzig maßgebliche Relation, nämlich dass der Nutzen des Verbrauchers in keinem Verhältnis zu den Kosten des Verkäufers steht, nicht abgestellt.

<sup>251</sup> In diesem Sinne *Schlechtriem* in *Ernst/Zimmermann* 218f.

<sup>252</sup> *Micklitz*, EuZW 1999, 487.

<sup>253</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2395.

<sup>254</sup> Vgl dazu den Erwägungsgrund 11 der Richtlinie.

<sup>255</sup> Dabei stellt das EG-Verbraucherrechtskompendium klar, dass die Richtlinie eine Klarstellung im Richtlinien text in der Hinsicht erhalten könne, „...dass das Verhältnismäßigkeitskriterium keinen Vergleich der Nachbesserung/Ersatzlieferung mit der Minderung gestattet, um insoweit bestehende Ungewissheiten zu beseitigen.“ Vgl dazu das EU Consumer Law Compendium, abrufbar im Internet unter [www. http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm) (aufgerufen am 10.Juni 2008).



hochwertigen Produkten die Verbesserung im Vordergrund stehen.<sup>256</sup> Dies entspricht im Wesentlichen auch den Interessen der Vertragsparteien. Allerdings ist die Grenze bei den doch relativ unbestimmten Begriffen der Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit als auch der erheblichen Unannehmlichkeit fließend, weshalb dies in der Praxis zur Rechtsunsicherheit, vor allem des Handels, führen kann.<sup>257</sup>

Sowohl die Nachbesserung als auch die Ersatzlieferung müssen nach Abs 3 unentgeltlich durchgeführt werden.<sup>258</sup> Die Richtlinie bestimmt, welche Kosten vom Begriff der Unentgeltlichkeit umfasst werden, nämlich die zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.<sup>259</sup> Dabei handelt es sich lediglich um eine demonstrative Aufzählung, was aus dem Wort „insbesondere“ geschlossen werden kann, weshalb auch noch andere als die in Abs 4 aufgezählten Kosten denkbar sind, wie zB Zollgebühren, Fahrtkosten etc. All diese Kosten hat der Verkäufer als Verpflichteter zu tragen, weshalb dieser die Kosten auch nicht mittels Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Verbraucher aufzwingen kann. Solche Klauseln sind für den Verbraucher iSd Art 7 Abs 1 als nicht bindend zu betrachten.<sup>260</sup>

Nach Art 3 Abs 3 müssen die Nachbesserung und die Ersatzlieferung „*innerhalb einer angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.*“ Jedoch bestimmt auch in diesem Fall die Richtlinie nicht näher, welcher Zeitraum als angemessen zu deklarieren ist und welcher Zeitpunkt als Beginn der Frist angesehen werden kann, weshalb dies im Einzelfall und nach dessen Umständen zu beurteilen ist. Aus dem Wortlaut der Richtlinie ist jedoch zu schließen, dass es keiner Fristsetzung des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer bedarf, sondern dieser die primären Behelfe innerhalb einer angemessenen Frist durchführen muss.<sup>261</sup> Die Frist wird wohl schon durch Mitteilung

---

<sup>256</sup> Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 295. Bei serienmäßig hergestellten Gütern sind die Kosten einer Nachbesserung dann unvertretbar, wenn sie höher als die Produktionskosten sind, Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 3 Rz 33.

<sup>257</sup> Kritisiert wird dies auch bei Micklitz, EuZW 1999, 487; ferner Lehr/Wendel, EWS 1999, 324.

<sup>258</sup> Wie schon zuvor erwähnt, ist Medicus, ZIP 1996, 1925 FN 12, der Ansicht, dass die Verbesserung schon vom Kaufpreis erfasst ist und deshalb gegen Entgelt geleistet werde.

<sup>259</sup> Diese Bestimmung wurde auf Vorschlag des EPs in den Richtlinienentwurf übernommen.

<sup>260</sup> Siehe zur Unabdingbarkeit unten unter Punkt 9 (I).

<sup>261</sup> Welser/Jud, Reform 89.

des Verbrauchers an den Verkäufer in Gang gesetzt.<sup>262</sup> Sollte eine Verbesserung oder Ersatzlieferung nicht innerhalb dieser angemessenen Frist erfolgen, stehen dem Verbraucher die sekundären Behelfe zur Verfügung, weshalb dieser dann entweder die Preisminderung oder Vertragsauflösung vom Verkäufer verlangen kann.<sup>263</sup> Der Begriff der erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher wurde bereits bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der gewählten Abhilfe geklärt und muss auch in diesem Zusammenhang herangezogen werden.<sup>264</sup>

Hinsichtlich der Berücksichtigung der Art des Verbrauchsgutes ist zu sagen, dass es bei großen, unhandlichen, nur schwer zu befördernden Gütern konsequenterweise zu einer längeren angemessenen Frist oder auch zu größeren Unannehmlichkeiten des Verbrauchers kommen kann. Aber auch der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, muss bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist bzw der erheblichen Unannehmlichkeiten berücksichtigt werden. Wesentlich ist dabei, dass ein vertraglich vereinbarter Zweck des Verbrauchers dem Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses klar sein muss, denn sonst könnte der Verbraucher mittels nachträglicher Nennung eines bestimmten Verwendungszweckes den Vorrang einer der Abhilfen umgehen.<sup>265</sup>

Bezüglich des Erfüllungsortes der Verbesserung bzw der Ersatzlieferung enthält die Richtlinie keine Aussagen. Demnach muss davon ausgegangen werden, dass auch diese am ursprünglichen Erfüllungsort der Leistung durchzuführen bzw zu leisten sind.<sup>266</sup> Diskutiert wurde dabei auch, inwieweit die Aufzählung der Versandkosten unter Art 3 Abs 4 eine eindeutige Auslegung zulässt. Allerdings erscheint unklar, ob der europäische Gesetzgeber durch diese Regelung überhaupt eine Aussage über den Erfüllungsort beabsichtigt.<sup>267</sup> Folglich muss davon ausgegangen werden, dass der Erfüllungsort der ursprünglichen Leistung ausschlaggebend sein soll. Eine Vereinbarung zwischen den Parteien ist diesbezüglich natürlich zulässig, solange dem

---

<sup>262</sup> Micklitz, EuZW 1999, 488.

<sup>263</sup> Dies bestimmt Art 3 Abs 5. Siehe dazu gleich unter Punkt 5.3 (I).

<sup>264</sup> Zum Begriff der erheblichen Unannehmlichkeiten siehe weiter oben.

<sup>265</sup> Welser/Jud, Reform 88f.

<sup>266</sup> Welser/Jud, Reform 89.

<sup>267</sup> Welser/Jud, Reform 90. Faber, JBl 1999, 427, sieht dabei lediglich eine Erweiterung der Verbraucherrechte und eine dementsprechende Klarstellung, dass in jedem Fall der Verkäufer die Versandkosten zu tragen hat.

Verbraucher dadurch keine Kosten entstehen, denn gerade diese sollten ja vom Begriff der Unentgeltlichkeit des Art 3 Abs 4 gedeckt werden.

### 5.3 Sekundäre Gewährleistungsbehelfe

Art 3 Abs 5 der Richtlinie bestimmt, in welchen Fällen sich der Verbraucher auf die sekundären Gewährleistungsrechte, die Preisminderung oder Vertragsauflösung, stützen kann. Diese können nach der Richtlinie dann gefordert werden, „*wenn der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat oder der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat.*“ Diese Kriterien müssen alternativ betrachtet werden, weshalb schon das Vorliegen eines dieser Kriterien zur Preisminderung oder Vertragsauflösung berechtigt. Der Verbraucher hat weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung für den Fall, dass diese Behelfe aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit oder Unmöglichkeit iSd Art 3 Abs 3 nicht gefordert werden können.<sup>268</sup> In den beiden anderen genannten Fällen gelangt der Verbraucher dann zu den sekundären Behelfen, wenn entweder nicht in angemessener Frist oder nur mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen wurde. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann geschlossen werden, dass dem Verkäufer nur ein Nachbesserungsversuch zusteht, da es in der Regel eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher darstellt, wenn ein erster Verbesserungsversuch scheiterte. Die Formulierung dieser Bestimmung wurde zum Teil stark kritisiert, denn sie scheint sehr schlecht gewählt zu sein. Nach der Wortinterpretation könne nämlich verstanden werden, dass der Verbraucher die Preisminderung oder die Vertragsauflösung auch dann verlangen kann, wenn der Verkäufer das Verbrauchsgut zwar verbessert bzw ausgetauscht hat, dies allerdings nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgte. Folglich würde der Verbraucher nicht nur die Nachbesserung, sondern darüber hinaus noch eine Preisminderung erhalten.<sup>269</sup> Allerdings würde dies zu einer doppelten Liquidation der Vertragswidrigkeit führen, die so von der RL nicht intendiert war.<sup>270</sup> Es finden sich weder in den Erwägungsgründen noch in den Vorentwürfen Anhaltspunkte dafür, dass einer solchen Interpretation Basis verleihen

---

<sup>268</sup> Wie schon zuvor ausgeführt, ist die Verhältnismäßigkeit lediglich zwischen den beiden primären Behelfen zu überprüfen.

<sup>269</sup> *Antenbrink/Schneider*, VuR 1996, 298.

<sup>270</sup> *Welser/Jud*, Reform 86.

werden soll. Folglich würde es zudem zu einer zusätzlichen Bestrafung des Verkäufers für eine vertragswidrige Leistung kommen, für welche das Gewährleistungsrecht nicht konzipiert ist.<sup>271</sup> Der Verbraucher kann somit nur dann die sekundären Behelfe wählen, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist verbessert bzw Ersatz liefert oder dies nur mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verwirklichen könnte.

#### Exkurs: freie Wahl für den Verbraucher nach dem neuen Richtlinienvorschlag

Durch eine neue Bestimmung, die im neuen Richtlinienvorschlag vorgesehen ist, soll dem Verbraucher neuer Spielraum eingeräumt werden, um die vom Verkäufer geschuldete vertragsmäßige Leistung zu erhalten. Für bestimmte Fälle sieht der Vorschlag ein freies Wahlrecht des Verbrauchers vor. Art 26 Abs 4 bestimmt, dass der Verbraucher eine der diesem zur Verfügung stehenden Abhilfemöglichkeiten frei wählen kann, wenn einer der folgenden Fälle vorliegt: a) der Gewerbetreibende hat sich implizit oder explizit geweigert, der Vertragswidrigkeit abzuhelpen; b) der Gewerbetreibende hat der Vertragswidrigkeit nicht binnen einer angemessenen Frist abgeholfen; c) der Gewerbetreibende hat versucht, der Vertragswidrigkeit abzuhelpen und dem Verbraucher dabei erhebliche Unannehmlichkeiten bereitet; d) derselbe Fehler ist innerhalb kurzer Zeit mehrmals aufgetreten. Dementsprechend soll der Verbraucher schneller zu den sekundären Behelfen gelangen, was aus Sicht eines hohen Verbraucherschutzniveaus sinnvoll erscheint.

## **5.4 Preisminderung und Vertragsauflösung**

Als klassische bzw traditionelle Rechtsbehelfe können die Preisminderung und die Vertragsauflösung bezeichnet werden. Die RL gewährt dem Verbraucher auch auf der zweiten Stufe der Gewährleistungsrechte ein freies Wahlrecht, eine dieser beiden Behelfe zu wählen.<sup>272</sup> Jedoch enthält die RL kaum Angaben zu beiden sekundären Behelfen. Dies dürfte daran liegen, dass diese sogenannten ädilizischen Rechtsbehelfe bereits vor Jahrhunderten Eingang in das Rechtssystem vieler Mitgliedstaaten gefunden haben und es somit keiner näheren Erläuterung durch den europäischen Gesetzgeber

---

<sup>271</sup> Welser/Jud, aaO.

<sup>272</sup> Allerdings besteht eine Beschränkung hinsichtlich der Vertragsauflösung, siehe dazu gleich im Anschluss.

bedurfte.<sup>273</sup> Demnach wird bezüglich der Preisminderung nicht erläutert, wie eine solche zu berechnen ist. Im Gegenteil: Es wird lediglich eine angemessene Minderung des Kaufpreises gefordert. Im Vergleich dazu wurde im Grünbuch diesbezüglich noch auf die Preisdifferenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Wert des defekten Produkts abgestellt, wovon jedoch wieder abgegangen wurde.<sup>274</sup> Allerdings bestimmt das UN-Kaufrecht in Art 50, dass der Preis in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in dem der Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware zum Zeitpunkt der Lieferung hatte, zu dem Wert steht, den eine vertragsgemäße Ware zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte.<sup>275</sup> Da die Art der Berechnung der Preisminderung von der Richtlinie nicht vorgegeben wurde, steht es den Mitgliedsstaaten frei, diese zur Ermittlung einer angemessenen Kaufpreisminderung zu bestimmen und gesetzlich zu verankern.<sup>276</sup>

Die Auflösung des Vertrages ist durch Art 3 Abs 6 beschränkt, da eine solche bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten nicht vom Verbraucher gefordert werden kann.<sup>277</sup> Allerdings kann sowohl aus der Richtlinie als auch aus deren Vorentwürfen nicht entnommen werden, welche Mängel der europäische Gesetzgeber unter eine geringfügige Vertragswidrigkeit subsumiert.<sup>278</sup> Ein Teil der österreichischen Lehre stellt diesen Begriff dem des unwesentlichen Mangels<sup>279</sup> gleich. Auf der anderen Seite geht ein Teil von einer Gleichstellung der geringfügigen Vertragswidrigkeit mit dem unerheblichen Mangel<sup>280</sup> aus. Eine solche Gleichsetzung mit innerstaatlichen Begriffen scheint allerdings nur bedingt zulässig. Im Gegensatz dazu verlangt Art 49 Abs 1 lit a UN-Kaufrecht eine wesentliche Vertragsverletzung, um eine Vertragsauflösung zu erlauben, weshalb auch ein Teil der Lehre eine gewisse Schwere der Vertragsverletzung

---

<sup>273</sup> *Schwartz*, ZEuP 2000, 566.

<sup>274</sup> Vgl dazu das Grünbuch, KOM (93) 509 endg., S 114.

<sup>275</sup> Die relative Berechnungsmethode wird auch in den Rechtssystemen Österreichs und Deutschlands verwendet. Zur österreichischen Berechnung siehe unten unter Punkt 6.2 (III).

<sup>276</sup> In diesem Sinne auch *Welser/Jud*, Reform 91.

<sup>277</sup> Im ersten Richtlinienentwurf wurde den Mitgliedstaaten noch die Entscheidung überlassen, welche Rechte dem Verbraucher bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten gewährt werden sollen, vgl dazu KOM (95) 0520 endg., ABl C 307 vom 16.10.1996. Die Einschränkung war ein Zugeständnis des Rates an die skandinavischen Staaten, welche auf eine solche Einschränkung bestanden, *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 39.

<sup>278</sup> *B. Jud*, ÖJZ 1997, 446.

<sup>279</sup> *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 826. Vgl dazu ausführlich auch *B. Jud*, ÖJZ 1997, 446.

<sup>280</sup> In diesem Sinne bez des deutschen Rechts *Antenbrink/Schneider*, *VuR* 1996, 375f; *Ehmann/Rust*, *JZ* 1999, 859; *Schlechtriem* in *Ernst/Zimmermann* 221; ferner *Schiller*, *PHi* 1999, 124.

verlangt.<sup>281</sup> Aufgrund der fehlenden Klarstellung bezüglich des Begriffes der geringfügigen Vertragswidrigkeit wird dieser von der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten auszulegen sein, weshalb es auch hier zu Unterschieden und so zur Disharmonie kommen wird.<sup>282</sup> Eine klärende Interpretation seitens des EuGH wäre wünschenswert.<sup>283</sup>

Hinsichtlich der Durchführung einer etwaigen Vertragsauflösung weist Erwägungsgrund 15 darauf hin, dass die Regelung der Modalitäten einer Vertragsauflösung dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Zudem können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit Lieferung erfolgt ist.<sup>284</sup> Allerdings hat der EuGH klargestellt, dass Art 3 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.<sup>285</sup>

## 5.5 Schadenersatzanspruch

Das allgemeine Schadenersatzrecht wird durch die Richtlinie bewusst nicht geregelt und tangiert somit nicht das in den Mitgliedstaaten jeweils geltende Schadenersatzrecht.<sup>286</sup> Dies stellt Art 8 Abs 1 der Richtlinie klar: „*Andere Ansprüche, die der Verbraucher aufgrund innerstaatlicher Rechtsvorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung geltend machen kann, werden durch die aufgrund der Richtlinie gewährten Rechte nicht berührt.*“ Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten Regelungen schaffen bzw beibehalten können, die dem Verbraucher einen Anspruch auf Schadenersatz bei schuldhaften vertragswidrigen Leistungen des Verkäufers gewähren. Folglich werden auch in Zukunft bei schuldhaft vertragswidrigen Leistungen im

---

<sup>281</sup> *Schwartze*, ZEuP 2000, 567, der davon ausgeht, dass die Aufhebung des Vertrages nur als letztes Mittel zulässig sein soll. Für eine Parallelität der beiden Begriffe auch *Flessner*, Richtlinie und Reform, in *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 243.

<sup>282</sup> Dieser Ansicht auch *Schiller*, PHi 1999, 124.

<sup>283</sup> Dafür spricht sich auch *Faber*, JBl 1999, 427, aus.

<sup>284</sup> Erwägungsgrund 15 der Richtlinie.

<sup>285</sup> EuGH vom 17. April 2008, C-404/06.

<sup>286</sup> So auch in der Begründung zum ersten Richtlinienentwurf vom 18.06.1996, vgl ZIP 1996, 1847.

Verbraucherkauf punktuell unterschiedliche Regelungssysteme zur Anwendung kommen.<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> *Kircher*, Voraussetzungen der Sachmängelhaftung 283.

## 6. Herstellerhaftung

Nach der Richtlinie ist nicht der Hersteller das zur Gewährleistung verpflichtete Subjekt, sondern der Verkäufer, der das Verbrauchsgut dem Verbraucher verkauft. Eine direkte Haftung des Herstellers als Verantwortlicher der Herstellung des Verbrauchsgutes sieht die Richtlinie nicht vor. Jedoch gewährt diese dem Letztverkäufer unter gewissen Voraussetzungen einen Regress gegen seine Vormänner und schließlich auch gegen den Hersteller. Das in Art 4 geregelte Rückgriffsrecht soll dem Verkäufer unter bestimmten Umständen einen Regress gegenüber seine Vorgänger in der Vertriebskette ermöglichen, für den Fall, dass der Verkäufer aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens einer dieser Personen vom Verbraucher in Anspruch genommen wurde. Dieses Recht bezieht sich also nicht auf die Vertragsbeziehungen des Verkäufers zum Verbraucher, weshalb diese Regelung weit über den von der Richtlinie anvisierten Verbraucherschutz hinausläuft.<sup>288</sup>

### 6.1 Direkte Herstellerhaftung

Schon im Grünbuch wurde diskutiert, inwieweit der Verkäufer die alleinige Haftung für Vertragswidrigkeiten tragen sollte. Gerade für jene Fälle, bei denen sich der Mangel aus der Herstellung des Produktes ergibt, ist es doch widersprüchlich, dass der Verkäufer, der keinen Einfluss auf den Produktionsprozess hat, der einzige Verantwortliche ist.<sup>289</sup> Folglich strebte auch die Europäische Kommission die Einführung einer unmittelbaren Haftung des Herstellers für Vertragswidrigkeiten eines Produktes an. Als Grund dafür nannte die Kommission auch mögliche Vorteile für den Verbraucher, denn zumeist verfüge der Hersteller über größere finanzielle Mittel als der Verkäufer, weshalb es die Chance zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes für den Verbraucher erhöhen würde.<sup>290</sup> Eine unmittelbare Haftung des Herstellers bestand schon vor der Umsetzung der Richtlinie in den Rechtsordnungen Frankreichs, Belgiens und Luxemburgs, welche als *action directe* bezeichnet wird. Nach zahlreichen Diskussionen wurde demnach im Grünbuch von einer gemeinsamen Verantwortung des Herstellers und des Letztverkäufers ausgegangen.<sup>291</sup> Dieses Modell der unmittelbaren Haftung des

---

<sup>288</sup> Reich, NJW 1999, 2398.

<sup>289</sup> Vgl dazu ausführlich das Grünbuch, KOM (93) 509 endg., S 111.

<sup>290</sup> Vgl Grünbuch, KOM (93) 509 endg., S 111.

<sup>291</sup> Vgl dazu ausführlich in Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 49ff.



Herstellers wurde allerdings nicht in den ersten Richtlinienentwurf übernommen, weshalb als Ausgleich ein Regressrecht zugunsten des Letztverkäufers eingeführt wurde.

Nach Art 4 kann also der Letztverkäufer den oder die Haftenden in Regress nehmen, wenn dieser selbst vom Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit in Anspruch genommen wurde. Die Richtlinie überlässt es den nationalen Gesetzgebern den oder die Haftenden, die der Letztverkäufer in Regress nehmen kann, sowie das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten dieses Regresses zu bestimmen.<sup>292</sup> Allerdings muss klargestellt werden, dass diese Regelung keine unmittelbare Haftung des Herstellers begründet, sondern dem Letztverkäufer lediglich ein Recht einräumt, sich schadlos zu halten und somit seinen wirtschaftlichen Nachteil auf den Verursacher des Mangels zu überwälzen.<sup>293</sup> Nach dem Mindestschutzcharakter der Richtlinie nach Art 8 Abs 2 können die Mitgliedstaaten jedoch durchaus eine solche unmittelbare Haftung bzw. *action directe* im nationalen Recht einführen und dem Verbraucher somit ein zusätzliches Haftungsobjekt zur Verfügung stellen.

Die große Brisanz dieses Themas zeigt sich jedoch dabei, dass die Kommission die Frage der Zweckmäßigkeit der Einführung einer unmittelbaren Produzentenhaftung analysierte und in einer Mitteilung im Jahre 2007 veröffentlichte.<sup>294</sup> Dabei geht hervor, dass es in sieben verschiedenen Mitgliedstaaten zur Einführung bzw. Beibehaltung einer unmittelbaren Haftung des Herstellers kam.<sup>295</sup> Allerdings ist die Haftung in den einzelnen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltet, zum einen hinsichtlich der haftenden Personen und zum anderen hinsichtlich dessen Umfangs. Bezüglich der Auswirkungen einer solchen Haftung auf den Verbraucherschutz sind die betroffenen Interessensvertretungen und die Mitgliedstaaten geteilter Meinung. Die meisten Mitgliedstaaten sind jedoch der Ansicht, den Verbraucherschutz dadurch verbessern zu können. Dabei führen diese an, dass die unmittelbare Produzentenhaftung für die Verbraucher ein geeignetes Rechtsmittel wäre, wenn ein Verkäufer nicht in der Lage

---

<sup>292</sup> Nach Art 4 Satz 2 der Richtlinie.

<sup>293</sup> *Welser/Jud*, Reform 156.

<sup>294</sup> Dabei handelt es sich um eine Mitteilung über die Anwendung der Richtlinie 1999/44/EG mit einer Analyse zur Frage der Zweckmäßigkeit der Einführung einer unmittelbaren Produzentenhaftung, vgl KOM (2007) 210 endg. vom 24.4.2007.

<sup>295</sup> So in Belgien, Finnland, Frankreich, Lettland, Portugal, Spanien und Schweden. Einige andere Länder tragen sich nach der Mitteilung der Kommission mit dem Gedanken, eine solche unmittelbare Haftung demnächst einzuführen, so auch Ungarn.

oder nicht gewillt ist, bei Verbraucherschutzreklamationen Abhilfe zu schaffen. Demnach könne eine solche Haftung als Sicherheitsnetz fungieren.<sup>296</sup>

Schließlich hebt die Kommission in ihrer Mitteilung hervor, dass die Tatsache, dass die unmittelbare Produzentenhaftung verschieden geregelt ist, ein potentielles Problem für den Binnenmarkt darstelle. Allerdings sei es nach Ansicht der Kommission noch zu früh, um endgültige Schlüsse aus dieser Analyse ziehen zu können, weshalb sie von einer Vorlage von Vorschlägen abgesehen hat und die Problematik daher im Rahmen des Grünbuchs über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz<sup>297</sup> weiter verfolgen werde.

## 6.2 Regressrecht nach Art 4

Bislang war heftig umstritten, wozu die Mitgliedstaaten durch Art 4 der RL verpflichtet werden. Anfänglich wurde noch die Ansicht vertreten, dass die Bestimmung keine besondere Umsetzung verlange<sup>298</sup> oder lediglich die Gewährleistungsfrist im Handelsgeschäft angepasst werde.<sup>299</sup> Mittlerweile hat sich aber eine gegenteilige Ansicht durchgesetzt, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, ein effektives Regressrecht für den Letztverkäufer zu schaffen, dabei jedoch frei in der Ausgestaltung der Modalitäten sind.<sup>300</sup> Eine entsprechende Klarstellung liefert Erwägungsgrund 9 der Richtlinie. Danach „muss“ der Verkäufer den Hersteller, einen früheren Verkäufer innerhalb derselben Vertragskette oder eine andere Zwischenperson, in Regress nehmen können, es sei denn, dass er auf dieses Recht verzichtet hat.<sup>301</sup> Für eine Umsetzungsverpflichtung spricht nicht nur der Wortlaut dieser Bestimmung sondern auch der Verbraucherschutzgedanke, da dem Verbraucher das Regressrecht mittelbar zugutekommen kann.<sup>302</sup> Zudem spreche der Grundsatz des *effet utile*<sup>303</sup> für eine

---

<sup>296</sup> Vgl dazu KOM (2007), 210 endg. vom 24.4.2007.

<sup>297</sup> Siehe KOM (2006) 744 endg. vom 8.2.2007.

<sup>298</sup> In diesem Sinne *Rieger*, VuR 1999, 291; *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396; *Schmidt-Räntsch*, ZIP 1998, 850; *derselbe*, ZEuP 1999, 298; *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 862.

<sup>299</sup> *Schmidt-Räntsch*, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 1639; *Medicus*, ZIP 1996, 1929; *Schäfer/Pfeifer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, ZIP 1999, 1835.

<sup>300</sup> *Micklitz*, EuZW 1999, 490; sowie *Welser/Jud*, Reform 157f; ferner *B. Jud*, Zum Händlerregreß im Gewährleistungsrecht - Überlegungen zur Umsetzung des Art 4 der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf, ÖJZ 2000, 662; *Schmidt-Kessel*, Der Rückgriff des Letztverkäufers, ÖJZ 2000, 668ff; *Lehmann*, JZ 2000, 290; *Gsell*, Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 73; *Reich*, NJW 1999, 2400; *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 861.

<sup>301</sup> Herv. durch Verfasser.

<sup>302</sup> *B. Jud*, Regressrecht des Letztverkäufers - Art 4 der RL 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und die Reform in Österreich und Deutschland, ZfRV 2001, 203, die dabei das plakative Beispiel anführt,

Umsetzungsverpflichtung, denn nach der stRsp des EuGH ist eine Gemeinschaftsnorm so auszulegen, dass sie ihre volle Wirkung entfalten kann.<sup>304</sup> In Erwägungsgrund 9 der RL wird zudem ausgeführt, dass die Richtlinie den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer und seinen Vormännern innerhalb der Vertriebskette nicht berührt.<sup>305</sup> Dies bedeutet also, dass der Verkäufer vertraglich auf das Regressrecht gegenüber seinen Vormännern verzichten kann. Allerdings kann man aus dem Grundsatz des *effet utile* eine gewisse Einschränkung ableiten, weshalb der nationale Gesetzgeber keine vertraglichen Regelungen zulassen darf, wonach der Letztverkäufer überhaupt keine Rechte mehr gegen den Vormann haben würde, da dies mittelbar den Verbraucher schädigen würde.<sup>306</sup>

Aufgrund eines Größenschlusses aus Art 5 Abs 2 ergibt sich, dass weiterhin eine Rügeobliegenheit innerhalb der Vertragskette beibehalten werden kann.<sup>307</sup> Diese ist zwar durch das gesetzliche Regressrecht stark beschränkt, weshalb es zu Fällen kommen kann, dass der Letztverkäufer durch Verletzung der handelsrechtlichen Rügepflicht seine Gewährleistungsrechte verwirkt hätte, jedoch diese auf dem Umweg des neuen Regresses gegen den Vertragspartner geltend machen könnte.<sup>308</sup>

Ein Rückgriff des Letztverkäufers setzt voraus, dass dieser infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson zur Gewährleistung an den Verbraucher verpflichtet wurde. Dabei kann also der Verursacher der Vertragswidrigkeit aus der Vertragskette stammen, allerdings findet sich keine Definition dieser Vertragskette in der Richtlinie.<sup>309</sup> Es muss also davon ausgegangen werden, dass Verkäufer derselben Vertragskette derjenige ist, der das fertige Produkt oder zu dessen Herstellung notwendige Stoffe in Richtung Letztverkäufer geliefert hat.

---

dass der Letztverkäufer insolvent ist und der Verbraucher somit seinen Gewährleistungspflichtigen verliert. Das Regressrecht hätte uU aber seine Insolvenz verhindert und somit auch dem Verbraucher gedient.

<sup>303</sup> Zum Grundsatz des *effet utile* vgl. *Schwarze* in *Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, Art 220 EGV Rz 29.

<sup>304</sup> Diese Wirkung könnte die Gemeinschaftsnorm nicht entfalten, wenn die Mitgliedstaaten kein effektives Regressrecht des Letztverkäufers gewährleisten würden.

<sup>305</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9 der RL.

<sup>306</sup> *Roth*, Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in *Grundmann et al* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 121.

<sup>307</sup> *Micklitz*, EuZW 1999, 487.

<sup>308</sup> Vgl. dazu ausführlich *Welser/Jud*, Reform 161f.

<sup>309</sup> *Schmidt-Kessel*, ÖJZ 2000, 670, geht dabei vom französischen Modell der *chaîne contractuelle* aus.

Darunter fallen demzufolge alle Händler, somit uU auch jene, die Veränderungen am Produkt vorgenommen haben. Allerdings ist derjenige kein Verkäufer, dem das Produkt oder zu dessen Herstellung erforderlichen Materialien lediglich zur Bearbeitung überlassen wurde, weshalb nicht jedes Glied in der Vertragskette gleichzeitig Verkäufer iSd Art 4 Satz 1 ist.<sup>310</sup> Als weiterer Verursacher kommt der Hersteller in Frage, der in Art 1 Abs 2 lit d definiert wird. Es ist dabei nicht nur an den Produzenten des Endproduktes zu denken, sondern auch an jene, die ein Teilprodukt oder lediglich den Grundstoff herstellen. Eine andere Zwischenperson iSd Art 4 ist jener, der planmäßig mit der Ware oder den zu ihrer Herstellung erforderlichen Stoffen in Berührung kommt<sup>311</sup>, wie zB Konstrukteure, die nicht an der Produktion beteiligt sind sowie Transporteure, Spediteure oder Makler, welche das Produkt vermittelt haben.<sup>312</sup>

Das Regressrecht ist im Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher nicht mehr vorhergesehen. Ob ein solches Regressrecht in den nationalen Gesetzen im Lichte der Vollharmonisierung der geplanten Richtlinie beibehalten werden kann, muss in Zukunft noch geklärt werden.<sup>313</sup> Aufgrund der Tatsache, dass es sich beim Regressrecht nicht um ein exklusives Verbraucherrecht handelt, kann davon ausgegangen werden, dass dieses Recht des Letztverkäufers in den nationalen Gesetzen durchaus weiterhin Bestand haben kann.

### 6.2.1 Voraussetzungen

Damit der Verkäufer das Regressrecht nach Art 4 ausüben kann, müssen allerdings zwei Voraussetzungen gegeben sein.

Zum einen muss der Verkäufer vom Verbraucher in Anspruch genommen, also mit Gewährleistungsrechten des Verbrauchers konfrontiert werden. Der Letztverkäufer hat demnach kein Regressrecht, wenn am Ende der Absatzkette kein Verbraucher steht. Als Grund für diese Beschränkung kann dabei ins Treffen geführt werden, dass der

---

<sup>310</sup> *Schmidt-Kessel*, aaO.

<sup>311</sup> *Schmidt-Kessel*, ÖJZ 2000, 670.

<sup>312</sup> Dabei müssen diese Personen nicht notwendig Glieder der Vertragskette sein, *Schmidt-Kessel*, aaO.

<sup>313</sup> Da sich die Richtlinie auf Beziehungen zwischen Verbraucher und Gewerbetreibende bezieht, können Fälle, die außerhalb dieses Anwendungsbereiches liegen, einzelstaatlich unterschiedlich geregelt werden, da diese Fälle bzw Situationen nicht der Vollharmonisierung unterliegen. Somit müsste das Regressrecht, das sich ja primär auf die Beziehungen zwischen zwei Gewerbetreibende bezieht, in den einzelnen Mitgliedstaaten beibehalten werden können.

Verkäufer ja nur bei Verbrauchergeschäften einer zwingenden Gewährleistungspflicht unterliegt und diese nicht privatautonom ausgeschlossen werden kann.<sup>314</sup>

Zum anderen muss die Vertragswidrigkeit, aufgrund welcher es zur Inanspruchnahme durch den Verbraucher kommt, von einem Dritten verursacht sein. Dabei ist an solche Fälle zu denken, in denen das Verbrauchsgut bereits aufgrund des Vertrages zwischen dem Hersteller oder einem sonstigen Vormann und dem Verkäufer bereits mangelhaft war bzw dass die Sache durch einen Zwischenhändler beschädigt wurde und deshalb dem Verbraucher vertragswidrig geleistet wurde.<sup>315</sup> Zudem ist an jene Fälle zu denken, wonach sich eine Vertragswidrigkeit aufgrund öffentlicher Äußerungen des Herstellers oder dessen Vertreters in der Werbung oder auf dem Etikett iSd Art 2 Abs 2 lit d ergibt. Äußert sich der Hersteller also öffentlich über gewisse Eigenschaften des Verbrauchsgutes und werden diese folglich zum Inhalt des Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher, kommt es folglich zu einer Vertragswidrigkeit, wenn es dem Verbrauchsgut an diesen Eigenschaften mangelt. Nach Art 2 Abs 2 lit d müsse demnach der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit haften, die der Hersteller verursacht hat, weshalb es hierbei legitim erscheint, dem Letztverkäufer ein Regressrecht gegen den Verursacher einzuräumen. Genauso kann dies bei einer Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes iSd Art 2 Abs 2 lit c gesehen werden. Sollte sich demnach das Gut nicht für den Zweck eignen, für den Güter gleicher Art gewöhnlich gebraucht werden, und ist dieser Mangel durch eine mangelhafte Herstellung des Produzenten verursacht worden, so kann sich der Verkäufer am Hersteller regressieren. Das gleiche gilt auch für mangelhafte Montageanleitungen iSd Art 2 Abs 5 für den Fall, dass diese vom Hersteller oder einer anderen Person abgegeben wurden.

Folglich soll der Letztverkäufer den wirtschaftlichen Nachteil aus der vertragswidrigen Leistung nur dann ersetzt bekommen, wenn ihn für diese Vertragswidrigkeit kein Verschulden trifft.<sup>316</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass dem Letztverkäufer dann kein Regressrecht zur Verfügung steht, wenn diesem die Vertragswidrigkeit bekannt ist, also zB das Fehlen einer öffentlich zugesicherten Eigenschaft, und das Verbrauchsgut trotzdem verkauft. In solchen Fällen ist der Verkäufer nicht schutzwürdig, da die

---

<sup>314</sup> B. Jud, ZfRV 2001, 206.

<sup>315</sup> Welser/Jud, Reform 157.

<sup>316</sup> B. Jud, ÖJZ 2000, 661f.

Richtlinie nach Art 4 nur jene Letztverkäufer schützen will, denen kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.<sup>317</sup> Auf der anderen Seite kann dann nicht von einer Verursachung des Mangels durch den Hersteller gesprochen werden, wenn sich die Vertragswidrigkeit aufgrund der Diskrepanz der Istbeschaffenheit des Verbrauchsgutes und der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ergibt.

Das Regressrecht besteht auch bei gebrauchten Gütern, da die RL keine gegenteiligen Angaben enthält und selbst die gebrauchten Güter unter den Anwendungsbereich der RL fallen. Zwar gibt es in der Regel bei gebrauchten Sachen keine Vertriebsketten, allerdings kann dies auch nicht gänzlich ausgeschlossen werden.<sup>318</sup>

### 6.2.2 Umfang des Regressrechtes

Strittig ist zudem, in welchem Umfang der Letztverkäufer das Regressrecht ausüben kann. Diesbezüglich lassen sich weder aus Erwägungsgrund 9 noch aus Art 4 Schlüsse ziehen und eine Interpretation ableiten. Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, ob der Verkäufer seinen gesamten wirtschaftlichen Nachteil, welchen er durch die eigens erbrachte Gewährleistung erlitten hat, mittels Regressrecht einfordern kann. Unterdessen muss sich der Nachteil nicht immer mit den eigenen vertraglichen Ansprüchen gegen den Vormann decken, wobei zB der Verbesserungsaufwand gegenüber dem Verbraucher höher sein kann als die Preisminderung gegen den vertraglichen Partner.<sup>319</sup> Zu beachten ist auch ein entsprechender wirtschaftlicher Nachteil, welchen eine Rufschädigung durch die vorhandene Vertragswidrigkeit des verkauften Produktes mit sich bringt. Zudem sind die verschiedenen Handelsspannen innerhalb der Absatzkette zu berücksichtigen, weshalb ein voller Regress zur Folge haben würde, dass der Umfang der Haftung für den Regresspflichtigen überhaupt nicht kalkulierbar wäre, da dieser von den im Einzelfall vereinbarten Handelsspannen abhängt.<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> So völlig zutreffend *B. Jud*, ZfRV 2001, 207. AA offenbar *Schmidt-Kessel*, ÖJZ 2000, 671.

<sup>318</sup> *B. Jud*, ZfRV 2001, 206, führt dabei das Beispiel des organisierten Absatzmarktes für gebrauchte Sachen an, wie zB beim Gebrauchtwagenhandel. Es kann durchaus vorkommen, dass ein Unternehmer die Gebrauchtwagen von Verbrauchern zurückkauft, eventuell Wartungen durchführt und an einen Einzelhändler verkauft, der diese dann an den Verbraucher weiterverkauft.

<sup>319</sup> Vgl dazu ausführlich *B. Jud*, ZfRV 2001, 211.

<sup>320</sup> *B. Jud*, ÖJZ 2000, 661f.

Ob voller Aufwandersatz nach der Richtlinie gefordert werden kann oder nicht ist strittig. Da sowohl die Richtlinie als auch deren Vorentwürfe keine Schlüsse in die eine oder andere Richtung zulassen, muss davon ausgegangen werden, dass der Umfang des Regressrechtes des Letztverkäufers den Mitgliedstaaten überlassen wird. Für einen vollen Aufwandersatz spricht sich dabei *Lehmann* aus, der dies mit Art 3 Abs 5 des ersten Richtlinienentwurfes begründet, da nach diesem ein Regressanspruch des Letztverkäufers gegen die haftbaren Personen notwendig sei, auf die er die durch die Vertragswidrigkeit verursachten Kosten abwälzen kann.<sup>321</sup> Auf der anderen Seite bezweifelt *B. Jud*, ob die Richtlinie ein derart weitgefasstes Regressrecht schaffen wolle.<sup>322</sup> Diese Frage wird wohl endgültig vom EuGH zu entscheiden sein.

### 6.2.3 Kollision mit UN-Kaufrecht

Ein heikles Thema ist auch die Lösung der Kollisionslage mit dem UN-Kaufrecht, denn nach Art 1 Abs. 1 lit a UNK findet grundsätzlich das internationale Kaufrechtsabkommen auf Exportverträge Anwendung.<sup>323</sup> Das UN-Kaufrecht kennt im Vergleich zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie jedoch keine speziellen Regelungen bezüglich eines Unternehmensregresses. Demnach würde der Exporteur, da dessen Kaufverträge dem liberalen UN-Kaufrecht unterfallen, deutlich besser gestellt als bei der Anwendung des nationalen Rechtes, welches nach Art 4 der Richtlinie dem Letztverkäufers einen effektiven Regress gewähren muss.<sup>324</sup> Folglich scheint es unentbehrlich, die Kollisionslage zwischen dem nationalen auf der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gestützten Recht und des UN-Kaufrechts zu lösen.

---

<sup>321</sup> *Lehmann*, JZ 2000, 289f; in diesem Sinne auch *Schmidt-Kessel*, ÖJZ 2000, 671, welcher der Ansicht ist, dass der Letztverkäufers die erforderlichen Aufwendungen ersetzt bekommen müsse; ferner *Roth* in *Grundmann et al* 136.

<sup>322</sup> Dabei führt sie zwei Argumente aus, die gegen einen vollen Aufwandersatz sprechen. Zum einen zieht sie dabei die Ratio des Art 4 heran, wobei dessen Materialien lediglich zu den Problemen der Haftungsausschlüssen und der andererseits regelmäßig kürzeren Verjährungsfristen Stellung nehmen, nicht aber dass die vertraglichen Ansprüche zu keinem ausreichenden Ersatz führen. Zum anderen da ein voller Regress für den Regresspflichtigen kaum kalkulierbar wäre. Der Umfang des Regresses würde sich letztlich aus der Größe der Handelsspanne des Letztverkäufers ergeben, vgl dazu ausführlich *B. Jud*, ZfRV 2001, 212.

<sup>323</sup> Dies ist dann der Fall, wenn ein in Deutschland niedergelassener Exporteur einen in einem anderen Vertragsstaat des UN-Kaufrechts ansässigen Abnehmer beliefert und am Ende die gleiche Ware an einen Verbraucher verkauft wird. Auf das erste Lieferungsverhältnis ist das UN-Kaufrecht anzuwenden.

<sup>324</sup> *Janssen*, Das Rückgriffsrecht des Letztverkäufers gemäß der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das schwierige Verhältnis zum UN-Kaufrecht, *The European Legal Forum* 2003, 181ff.

## 7. Fristen

Eine für den Verbraucherschutz ebenfalls wichtige Frage ist die Länge der Gewährleistungsfristen. Bislang konnte man diesbezüglich kaum einheitliche Regelungen in den nationalen Rechtsordnungen beobachten, weshalb eine Harmonisierung umso essentieller erschien. Dabei kann Art 39 Abs 2 UNK, welcher eine zweijährige Frist bestimmt, als einziger gemeinsamer Anhaltspunkt angesehen werden.<sup>325</sup>

Im ersten Kommissionsentwurf wurde grundsätzlich von einer zweijährigen Gewährleistungsfrist ausgegangen, die allerdings nach Art 3 Abs 4 bezüglich der Vertragsauflösung als auch der Ersatzlieferung auf ein Jahr beschränkt wurde. Dies wurde damit begründet, dass diese zwei genannten Behelfe Mittel sind, die im Laufe der Zeit umso unzweckmäßiger werden als sich die Nutzungsdauer verlängert.<sup>326</sup> Zudem musste der Verbraucher nach Art 4 Abs 1 des Richtlinienentwurfes binnen Monatsfrist den Mangel dem Verkäufer anzeigen, um überhaupt in den Genuss seiner Rechte zu kommen. Durch die Anzeige wurde die Verjährung der Gewährleistungsfrist nach Art 3 Abs 4 unterbrochen.<sup>327</sup> Demnach wurde zwar eine relativ lange Gewährleistungsfrist von zwei Jahren geschaffen, allerdings wurde eine Rügeobliegenheit zu Lasten des Verbrauchers eingeführt.<sup>328</sup> Aufgrund der doch recht heftigen Kritik an der Schaffung einer verpflichtenden Rügeobliegenheit im Verbraucherrecht wurde diese auf Antrag des Europäischen Parlaments ersatzlos gestrichen. Gleichzeitig wurde die Beschränkung der Garantiefrist auf ein Jahr für die Vertragsauflösung und Ersatzlieferung im geänderten Vorschlag der Kommission beseitigt.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> Vgl dazu ausführlich das Grünbuch, KOM (93) 509 endg., S53 sowie *Welser/Jud.*, Reform 133.

<sup>326</sup> So die Begründung zu Art 3 Abs 4 des ersten Kommissionsentwurfes in ZIP 1996, 1851. Zudem sollte ein Kompromiss zu den Traditionen der Länder, die dem Common Law unterliegen, gefunden werden, da diese zwar eine recht lange Garantiefrist für Schadenersatzansprüche vorsehen, allerdings die Vertragsauflösung auf einen relativ knapp bemessenen Zeitraum beschränkt ist. Schlüssig kritisierte *Medicus*, ZIP 1996, 1928, diese Bestrebungen des europäischen Gesetzgebers, indem er darauf verwies, dass der Verkäufer lediglich mit der Zurücknahme einer gebrauchten Sache nicht einverstanden wäre, sich dieses Problem aber schon ab Übergabe stelle. Die Länge des Gebrauches sei dabei zweitrangig.

<sup>327</sup> *Welser* in FS Hempel 327ff; ferner *B. Jud.*, ÖJZ 1997, 446.

<sup>328</sup> Dies führte zu teils starker Kritik, vgl dazu *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 826; *Micklitz*, *EuZW* 1997, 234; *Medicus*, ZIP 1996, 1927f. *AA Wolf*, *RIW* 1997, 901.

<sup>329</sup> Siehe dazu KOM(1998) 217 endg., ABl C 148 vom 14.5.1998.



## 7.1 Gewährleistungsfrist

Der Verkäufer haftet nach Art 5 Abs 1 der RL, „wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach Lieferung offenbar wird.“<sup>330</sup> Der Verbraucher muss demnach innerhalb dieser zwei Jahresfrist beweisen, dass eine Vertragswidrigkeit zu Tage getreten ist.<sup>331</sup> Zur Wahrung dieser Frist wird also lediglich das Manifestwerden der Vertragswidrigkeit verlangt, weshalb diese Frist nicht als zeitlicher Begrenzungsrahmen für eine Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche angesehen werden kann.<sup>332</sup> Somit handelt es sich hierbei um eine Ausschlussfrist.<sup>333</sup> Allerdings muss diese Frist nicht immer zwei Jahre betragen, denn nach Art 7 Abs 1 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Vertragsparteien beim Kauf gebrauchter Sachen eine kürzere Garantiefrist vertraglich vereinbaren können.<sup>334</sup> Allerdings darf diese vereinbarte Frist ein Jahr nicht unterschreiten. Demzufolge kann der nationale Gesetzgeber solche vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien zulassen, diese Frist aber nicht selbst kürzen und somit das Verbraucherschutzniveau herabsetzen.<sup>335</sup> Abschließend muss hervorgehoben werden, dass die Zweijahresfrist nicht als Haltbarkeitsgarantie angesehen werden darf, man denke nur an kurzlebige Waren wie Lebensmittel.<sup>336</sup>

---

<sup>330</sup> Die Formulierung „offenbar werden“ entspricht dabei Art 36 Abs 1 UNK. *Schiller*, PHi 1999, 124f, spricht daher auch von einer Mängelerscheinungsfrist; ähnlich auch *Staudenmayer*, The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law, ERPL 2000, 566.

<sup>331</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396, hebt folglich schlüssig hervor, dass es sich dabei nicht um eine Garantie der Dauerhaftigkeit des Produktes handelt.

<sup>332</sup> *Gsell*, European Review of Private Law 1999, 153f. *Schwartze*, ZEuP 2000, 570, geht ferner davon aus, dass der Verbraucher auch nach Ablauf dieser Frist noch jede Vertragswidrigkeit, die innerhalb der zwei Jahre auftritt, geltend machen kann, solange er das „offenbar werden“ innerhalb der Frist beweisen kann; idS auch *Faber*, JBl 1999, 429. AA offenbar *B. Jud*, ÖJZ 1997, 447, bezüglich des ersten Kommissionsentwurfes, da diese darin eine Präklusivfrist vermutete, welche auch die Geltendmachung der Ansprüche regle.

<sup>333</sup> *Staudenmayer*, ERPL 2000, 566.

<sup>334</sup> Dies kann im Speziellen bei Gebrauchtwagenkäufen oder ähnlichen Risikogeschäften als Entlastung des gewerblichen Verkäufers angesehen werden; vgl dazu *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 861; ferner *Schurr*, ZfRV 1999, 226; sowie *Schwartze*, ZEuP 2000, 571f.

<sup>335</sup> Nach dem Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz ist aufgrund der unterschiedlichen Umsetzung dieses Optionsrechtes in den einzelnen Mitgliedstaaten die Frage aufgeworfen worden, inwieweit eine Vereinheitlichung erzielt werden könnte, entweder durch generelle Abschaffung der Möglichkeit einer verkürzten Gewährleistungsfrist beim Kauf von gebrauchten Gütern oder durch das Aufstellen von verpflichtenden speziellen Vorschriften für gebrauchte Güter, wonach auch eine kürzere Frist möglich wäre.

<sup>336</sup> *Staudenmayer*, ERPL 2000, 566.

Zusätzlich bestimmt Art 5 Abs 1 Satz 2, dass eine allenfalls bestehende oder in Erwägung gezogene innerstaatliche Verjährungsfrist nicht vor dem Ablauf von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung endet.<sup>337</sup> Zudem darf diese Frist nicht dadurch unterschritten werden, dass nach den innerstaatlichen Vorschriften für den Beginn der Frist ein anderer Zeitpunkt als die Lieferung des Gutes festgelegt wird.<sup>338</sup>

Es bestehen nach dem Wortlaut des Art 5 Abs 1 also zwei verschiedene Fristen. Zum einen eine materielle Frist<sup>339</sup>, wonach die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren nach der Lieferung offenbar werden muss und zum anderen eine prozessrechtliche Frist, die zumindest zwei Jahre ab der Lieferung betragen und innerhalb derer die Vertragswidrigkeit geltend gemacht werden muss.<sup>340</sup> Die Geltendmachung muss gerichtlich erfolgen, demnach mittels entsprechender Klageerhebung bzw Einrede des Verbrauchers. Da die RL dies aber nicht genauer festsetzt und die Einführung einer Verjährungsfrist den Mitgliedstaaten überlassen wird, muss davon ausgegangen werden, dass diese auch die Art und Weise der Geltendmachung frei regeln können. Die materielle Gewährleistungsfrist beginnt also stets mit dem Zeitpunkt der Lieferung zu laufen.

Bei einer etwaigen innerstaatlichen Verjährungsfrist kann der Fristbeginn unterschiedlich gesetzt sein, sei es mit der Lieferung oder mit der Kenntnis des Mangels.<sup>341</sup> Es handelt sich bei diesen zeitlichen Grenzen um zwei völlig voneinander getrennte Fristen mit unterschiedlichen Charakteren und Folgewirkungen.<sup>342</sup> Allerdings

---

<sup>337</sup> Diese Klarstellung bezüglich einer etwaigen Verjährungsfrist konnte letztlich durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates erzielt werden.

<sup>338</sup> Vgl dazu auch Erwägungsgrund 17 der RL.

<sup>339</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396.

<sup>340</sup> *Staudenmayer*, aaO, der schlüssig darauf hinweist, dass in der Praxis die materielle Frist zum Ende hin für jene Fälle verkürzt wird, bei denen die Vertragswidrigkeit am letzten Tag der zwei Jahresfrist auftritt, weshalb dessen gerichtliche Geltendmachung durch den Verbraucher wohl in der Regel unmöglich sein wird; ferner *Schwartze*, ZEuP 2000, 571, sowie *Gsell*, *European Review of Private Law* 1999, 157f, die der Ansicht ist, dass die Position des Käufers im Vergleich zu den ursprünglichen Kommissionsvorschlägen verschlechtert wurde, da nach diesen, eine nationale Verjährungsfrist, die mit der Entdeckung der Vertragswidrigkeit zu laufen beginnen sollte, durchaus zulässig gewesen wäre. Dies ist auch nach der RL möglich, allerdings muss beachtet werden, dass diese zumindest zwei Jahre beträgt.

<sup>341</sup> Allerdings muss beachtet werden, dass diese auf keinen Fall vor dem Ablauf von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung enden darf.

<sup>342</sup> Eine derartige Interpretation war im ersten Entwurf der Kommission noch nicht eindeutig zu erkennen, da nur von einer einzigen Frist materieller und prozessrechtlicher Natur ausgegangen wurde. Es wurde demnach die Ansicht vertreten, dass die Frist des Offenbarwerdens von Vertragswidrigkeiten auch gleichzeitig eine zeitliche Begrenzung ihrer Geltendmachung darstelle, *Hondius*, ZEuP 1997, 137. Deshalb wurde auch davon ausgegangen, dass eine Unterbrechung dieser Frist durch die damals noch

wird der zweijährigen Gewährleistungsfrist durch die vorhergesehene nationale Verjährungsfrist jede eigenständige Bedeutung genommen, da diese Zweijahresfrist in diesem Kontext keinerlei selbständige Rechtsfolgen entfalten kann.<sup>343</sup>

## 7.2 Rügeobliegenheit

Wie schon zuvor erwähnt, sieht die Richtlinie in Art 5 Abs 2 eine Optionsmöglichkeit der Mitgliedstaaten vor, eine Mängelrügeverpflichtung für den Verbraucher in das jeweilige nationale Recht einzuführen.<sup>344</sup> Von einer verpflichtenden Rügepflicht des Verbrauchers, die noch nach dem ersten Kommissionsentwurf vorgesehen wurde und nach Art 39 UNK bei internationalen Warenkäufen zwischen Kaufleuten besteht, wurde aufgrund der Beschränkung bzw Hierarchisierung der Gewährleistungsbehelfe wieder abgegangen und eine solche ersatzlos gestrichen.<sup>345</sup> Allerdings wurde den Mitgliedstaaten schon im Gemeinsamen Standpunkt das auch in der Richtlinie in Art 5 Abs 2 enthaltene Optionsrecht wieder eingeräumt.<sup>346</sup>

Entscheidet sich ein Mitgliedstaat also zur Implementierung einer solchen Anzeigepflicht, so muss diese nach Art 5 Abs 2 zumindest zwei Monate ab dem Zeitpunkt, indem der Verbraucher die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, betragen.<sup>347</sup> Somit wird auf die positive Kenntnis des Verbrauchers abgestellt und nicht wie im ersten Kommissionsentwurf auf das unsichere Element des „hätte feststellen

---

verpflichtende Anzeige seitens des Verbrauchers ausgelöst werde, vgl dazu die Begründung zum ersten Kommissionsentwurfes zu Art 4 Abs 2 in ZIP 1996, 1852; ferner auch *Faber*, JBl 1999, 428 FN 126.

<sup>343</sup> *Gsell*, European Review of Private Law 1999, 159.

<sup>344</sup> Die Rügepflicht soll dem Interesse des Verkäufers entsprechen, relativ zügig von einer Vertragswidrigkeit des verkauften Produktes zu erfahren, um so auf etwaige Gewährleistungsansprüche seitens des Verbrauchers vorbereitet zu sein.

<sup>345</sup> Die Kommission sah in ihrer Begründung zum geänderten Vorschlag keine Berechtigung mehr für die Anzeigepflicht, da diese einen Ausgleich für die freie Wahlmöglichkeit des Verbrauchers zwischen allen Gewährleistungsbehelfen darstellen sollte und diese mit dem geänderten Vorschlag beseitigt wurde. Vgl dazu S 4 der Begründung des geänderten Vorschlags der Kommission KOM (1998) 217 endg.

<sup>346</sup> *Gsell*, European Review of Private Law 1999, 161, sieht dabei keine wirkliche Kompromisslösung zur Rügepflicht des ursprünglichen Vorschlages, da nach dem Mindestschutzgebot der Richtlinie ein höherer Verbraucherschutz möglich wäre und es so schon nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag ein Nebeneinander von nationalen Rechtsordnungen mit und ohne Rügeobliegenheit hätte geben können. *Staudenmayer* in *Grundmann/Medicus/Rolland* 41f, kritisierte dies wie auch die Kommission heftig und sieht die gewählte Lösung als die denkbar schlechteste an, da sie dem Grundgedanken der Harmonisierung eindeutig widerspreche.

<sup>347</sup> *Hondius*, in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 5 Rz 14, betont dabei, dass die Mitgliedstaaten, welche sich für die Einführung einer Rügeobliegenheit entschließen, die Rechtsprechung bezüglich der Art 38 und 49 UNK in Erwägung ziehen sollten.

müssen“.<sup>348</sup> Bei der Mängelrüge handelt es sich um eine Obliegenheit und nicht um eine Verpflichtung im technischen Sinne, da der Verbraucher nicht zur Abgabe der Anzeige gezwungen werden kann. Rügt der Verbraucher die fehlende Vertragskonformität nicht rechtzeitig, so wird er lediglich seiner Rechte verlustig.<sup>349</sup>

Nach der Richtlinie besteht für die Mängelanzeige keinerlei Formzwang, weshalb eine solche auch mündlich ergehen kann. Da die Richtlinie zudem nichts über eine Beweislastverteilung hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Anzeige des Verbrauchers enthält, muss der Verbraucher grundsätzlich nach den Beweislastregelungen der Mitgliedstaaten den Beweis erbringen, dass dieser innerhalb der Zweimonatsfrist die Vertragswidrigkeit gerügt hat<sup>350</sup> oder die Mitgliedstaaten sehen eine spezielle Beweislastverteilung im innerstaatlichen Recht vor. Der Beweis der Rechtzeitigkeit kommt auch aufgrund der Tatsache, dass die positive Kenntnis der Vertragswidrigkeit einen inneren Vorgang des Verbrauchers darstellt, einem teuflischen Beweis bzw einer *probatio diabolica* gleich.

Diese Ausgestaltung als Optionsrecht der Mitgliedstaaten wird nicht nur aufgrund des Widerspruches zur Binnenmarktharmonisierung und im Lichte einer erhöhten Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Verbrauchsgüterkauf stark kritisiert.<sup>351</sup> Auch in den eigenen Reihen des europäischen Gesetzgebers sorgte dieses für regen

---

<sup>348</sup> Dazu wird in der Begründung näher ausgeführt, dass ein gewisse Sorgfaltspflicht des Verbrauchers, nämlich „...*die gekaufte Sache in Augenschein zu nehmen, ohne dass damit dem Verbraucher eine zwingende Verpflichtung auferlegt würde, die betreffende Sache genauestens zu prüfen oder Versuche durchzuführen, um ihre Funktionstüchtigkeit oder Leistungen zu beurteilen*“, verlangt wird, vgl dazu den kommentierten Richtlinienvorschlag in ZIP 1996, 1851. *Medicus*, ZIP 1996, 1928, hingegen ist der Ansicht, dass dabei auf die Evidenz des Mangels abgestellt werde und daraus regelmäßig auf die Kenntnis des Käufers geschlossen werden dürfe. Zudem kann nach dem Wegfall des Abstellens auf das „hätte feststellen müssen“ geschlossen werden, dass dem Verbraucher nach der Richtlinie in keinem Fall eine Untersuchungspflicht trifft, vgl dazu auch oben unter Punkt 4.1 (I).

<sup>349</sup> *Hondius*, in *Grundmann/Bianca* (Hrsg), EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 5 Rz 10.

<sup>350</sup> *Gsell*, *European Review of Private Law* 1999, 163, die dies aus der Formulierung des Art 5 Abs 2 ableitet.

<sup>351</sup> *Staudenmayer*, *NJW* 1999, 2396, ferner *Micklitz*, *EuZW* 1999, 491. *Schurr*, *ZfRV* 1999, 227, sieht dabei insbesondere das Problem der Aufklärung der Verbraucher über das Bestehen einer etwaigen Rügepflicht in den Mitgliedstaaten als große Hürde. Es kann dem Verbraucher trotz des nach dem Erwägungsgrund 20 vorhergesehenen Informationsmechanismus nicht zugemutet werden, sich vor einem Kauf in einem anderen Mitgliedstaat Informationen zu seinen Pflichten bei einer etwaigen Ausübung von Gewährleistungsrechte einzuholen; ferner *Gsell*, *European Review of Private Law* 1999, 163f, welche zwar prinzipiell davon ausgeht, dass eine Anzeigepflicht zu Lasten des Verbrauchers keine Überforderungen desgleichen darstelle, allerdings den Schlüssel in einer ausführlichen Information der Verbraucher über die Rechtslage sieht. Vgl dazu die Kritik der Kommission in der Stellungnahme zum Gemeinsamen Standpunkt vom 25.9.1998, SEK(1998) 1553 endg., S 9.

Diskussionsstoff, was wiederum in Erwägungsgrund 19 deutlich zum Ausdruck kommt: „Die Mitgliedstaaten können ein höheres Niveau des Verbraucherschutzes gewährleisten, indem sie keine derartige Verpflichtung einführen.“ Zudem spiegle sich das von *Staudenmayer* hervorgehobene schlechte Gewissen des Rates<sup>352</sup> in Erwägungsgrund 20 und Art 5 Abs 2 der Richtlinie wider, welche eine Reihe von zusätzlichen Maßnahmen für das Optionsrecht beinhalten. Danach sollen die Mitgliedstaaten vorbeugende Maßnahmen ergreifen, damit eine solche Unterrichtsfrist die Verbraucher bei grenzüberschreitenden Käufen nicht benachteiligt. Zudem sollen die Mitgliedstaaten die Kommission über ihre gewählte Lösung unterrichten und die Kommission folglich die Auswirkungen der unterschiedlichen Anwendung dieser Bestimmung auf die Verbraucher und den Binnenmarkt beobachten und einen Bericht darüber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichen.<sup>353</sup>

Einer Mitteilung der Kommission im Jahr 2007 über die Anwendung der Richtlinie zufolge besteht in sechzehn Mitgliedstaaten eine dementsprechende Anzeigepflicht, diese jedoch auch unter unterschiedlichen Voraussetzungen.<sup>354</sup> Aufgrund der noch immer in diesem Bereich fehlenden Harmonisierung des Binnenmarktes kommt es erneut im Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz zu Reformdiskussionen, wobei drei Optionen für eine künftige Beseitigung der derzeitigen Unterschiede in einem horizontalen Rechtsinstrument vorgeschlagen werden.

Option 1 geht von einer allgemeinen Rügepflicht über jede Vertragswidrigkeit aus. Demgegenüber sieht Option 2 eine Pflicht zur Unterrichtung des Verkäufers nur unter bestimmten Umständen vor, zB wenn der Verkäufer gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen oder grob fahrlässig gehandelt hat. Option 3 zielt auf eine Abschaffung der Pflicht zur Unterrichtung innerhalb einer bestimmten Frist ab. Eine Rügeobliegenheit iSd Option 2 erscheint durchaus sinnvoll, da dadurch möglicherweise

---

<sup>352</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2396

<sup>353</sup> Vgl dazu Art 5 Abs 2 und den Erwägungsgrund 20 der Richtlinie. Die vorgesehenen Berichtspflichten sind nach *Micklitz*, EuZW 1999, 488, allerdings viel zu kurz bemessen.

<sup>354</sup> Lediglich Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Lettland, Luxemburg, Österreich (dazu mehr unter Punkt 9.3 (III)) die Tschechische Republik und das Vereinigte Königreich haben keinen Gebrauch dieses Optionsrechtes gemacht. Vgl dazu ausführlich die Mitteilung vom 24.4.2007, KOM(2007) 210 endg.

größerer Schaden verhindert werden könnte. Somit würde dem Verbraucher eine gewisse Schadenminimierungspflicht auferlegt, die den gesellschaftlichen Interessen durchaus entsprechen würde.<sup>355</sup>

#### Exkurs: verpflichtende Mängelrüge nach dem neuen Richtlinienvorschlag

Der Richtlinienvorschlag sieht nun in Art 28 Abs 4 eine verpflichtende Mängelrüge für den Verbraucher vor. Um seine Gewährleistungsrechte in Anspruch nehmen zu können, muss dieser demnach binnen zwei Monaten nach dem Zeitpunkt, an dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, den Gewerbetreibenden zu unterrichten. Durch den Charakter der Richtlinie als Vollharmonisierung käme es somit in vielen nationalen Rechtssystemen zu einem enormen Bruch mit geltenden Verbraucherschutzbestimmungen.

### **7.3 Hemmung bzw Unterbrechung von Fristen**

Im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag sieht die Richtlinie seit dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates keine expliziten Regelungen bezüglich der Hemmung bzw Unterbrechung von Fristen mehr vor. Dabei sah der erste Kommissionsentwurf in Art 4 Abs 2 bei rechtzeitiger Anzeige eine Unterbrechung der Frist des Art 3 Abs 4 vor, wobei die Modalitäten der Durchführung der Unterbrechung der Verjährungsfrist durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften geregelt hätten werden sollen.<sup>356</sup> Im Vergleich dazu berücksichtigte der geänderte Kommissionsvorschlag zusätzlich die Problematik einer fehlgeschlagenen Abhilfe. Dabei sah dieser nach Art 3 Abs 5 Satz 2 vor, dass die zweijährige Gewährleistungsfrist nach erfolgter Ersatzleistung sowie nach Behebung eines Mangels für den behobenen Mangel neu zu laufen beginnen sollte.<sup>357</sup> Zudem war vorgesehen, dass bei einer Anzeige der Vertragswidrigkeit des Verbrauchers die Garantiefrist bis zur Erfüllung der Pflichten durch den Verkäufer gehemmt wird. Ebenso sollte dies durch die Inanspruchnahme eines außergerichtlichen Beschwerdesystems oder durch Klageerhebung bis zur Entscheidungsfindung möglich sein.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> Zu denken ist dabei an sicherheitsrelevanten Vertragswidrigkeiten bei Produkten, wobei der Verbraucher mittels verpflichteter Mängelrüge das Entstehen größerer Schäden verhindern könnte.

<sup>356</sup> Vgl dazu die Begründung des ersten Kommissionsvorschlages in ZIP 1996, 1852.

<sup>357</sup> Vgl dazu den Geänderten Vorschlag vom 14.5.1998, ABI C 148/11.

<sup>358</sup> Vgl Art 5 des Geänderten Vorschlags.

Schlussendlich wird nun in der Richtlinie auf die Hemmung bzw Unterbrechung von Fristen lediglich in Erwägungsgrund 18 eingegangen, welcher bestimmt, dass die Mitgliedstaaten im Falle einer Nachbesserung oder Ersatzlieferung sowie bei Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien über eine gütliche Einigung mittels innerstaatlichen Rechtsvorschriften gegebenenfalls eine Hemmung oder Unterbrechung der Garantie- und der Verjährungsfrist vorsehen können.<sup>359</sup> Die Mitgliedstaaten tragen folglich die Entscheidungskompetenz, etwaige Regelungen diesbezüglich in ihren nationalen Rechtssystemen einzuführen. Für den Verbraucher allerdings bedeutet diese Regelung keine zufriedenstellende Lösung, denn gerade im Falle eines ganz kurz vor dem Ablauf der Garantiefrist auftretenden Mangels ist es von großem Interesse des Verbrauchers, ob hinter der Verhandlungsbereitschaft des Verkäufers ein taktisches Manöver zu vermuten ist, um von der notwendigen Klageerhebung des Verbrauchers abzulenken und damit den Verjährungseintritt herbeizuführen.<sup>360</sup> Zudem ist es wichtig, dass der Verbraucher darüber im Klaren ist, ob dieser durch eine formlose Anzeige die Verfristung seiner Ansprüche verhindern kann oder nicht.

Da einzelne Mitgliedstaaten spezielle Vorschriften hinsichtlich der Hemmung oder Unterbrechung der Gewährleistungsfristen in ihren nationalen Rechtssystemen eingeführt haben, kam es zu erheblichen Unterschieden zwischen diesen, die den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen könnten. Daher wurde im Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz die Frage erläutert, ob eine zukünftige Richtlinie die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um die Zeitspanne, in welcher der Verbraucher die Güter wegen des Versuches einer Mängelbeseitigung nicht nutzen konnte, vorsehen sollte.<sup>361</sup>

#### Exkurs: Unterbrechung bei Ersatzlieferung

Die Kommission schwieg zwar zur zuvor gestellten Frage in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, allerdings enthält der Richtlinienvorschlag

---

<sup>359</sup> Erwägungsgrund 18 der Richtlinie. *Gsell*, *European Review of Private Law* 1999, 165, hebt dabei schlüssig hervor, dass ein Neubeginn der Garantiefrist nach Art 5 Abs 1 Satz 1 allenfalls nach einer Nachbesserung oder Instandsetzung in Betracht komme und nicht bei Verhandlungen über eine gütliche Einigung, da diese Frist in Bezug auf einen bereits offenbar gewordenen Mangel nicht mehr verwirkt werden könne.

<sup>360</sup> *Gsell*, *European Review of Private Law* 1999, 168. Diese kritisiert das Fehlen einer entsprechenden Regelung in der Richtlinie und plädiert zudem für eine Verjährungshemmung bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich der informierte Verkäufer dem Gewährleistungsbegehren unmissverständlich widersetzt.

<sup>361</sup> Vgl dazu ausführlich das Grünbuch vom 8.2.2007, KOM(2006) 744 final.

im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie Bestimmungen bezüglich einer möglichen Unterbrechung der Fristen. Art 28 Abs 2 sieht demnach vor, dass für den Fall, dass der Gewerbetreibende der Vertragswidrigkeit durch Ersatzlieferung abgeholfen hat, dieser erneut haftet, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach dem Erwerb des Besitzes an den ersetzten Waren durch den Verbraucher oder einen vom Verbraucher benannten Dritten offenbar wird.<sup>362</sup>

---

<sup>362</sup> *Jud*, *ecolex* 2009, 283, sieht diese Regelung offenbar in Widerspruch zu Art 21 Abs 3 des neuen Richtlinienvorschlags, der das Kapitel IV über sonstige Verbraucherrechte in Bezug auf Kaufverträge nicht auf Ersatzteile anwendbar sieht.





## 8. Garantie

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht nur, einheitliche Bestimmungen bezüglich der gesetzlichen Gewährleistung zu schaffen, sondern sie dringt mit Art 6 auch in einen Bereich vor, der den einzelnen Rechtssubjekten bislang relativ grenzenlos zur Verfügung gestanden ist, nämlich jener der vertraglichen Garantie. Als Grund für die Miteinbeziehung der vertraglichen Garantie in den Regelungsbereich der Richtlinie kann die Tatsache angesehen werden, dass solche Garantien in gewissen Branchen sehr weit verbreitet sind und so auch den Wettbewerb zugunsten des Verbrauchers stimulieren können.<sup>363</sup>

### 8.1 Definition

Neben der sogenannten „gesetzlichen Garantie“ enthält die Richtlinie zudem noch Regelungen für vertragliche Garantien<sup>364</sup>. Nach Art 1 Abs 2 lit e ist die Garantie *„jede von einem Verkäufer oder Hersteller gegenüber dem Verbraucher ohne Aufpreis eingegangene Verpflichtung, den Kaufpreis zu erstatten, das Verbrauchsgut zu ersetzen oder nachzubessern oder in sonstiger Weise Abhilfe zu schaffen, wenn das Verbrauchsgut nicht den in der Garantieerklärung oder in der einschlägigen Werbung benannten Eigenschaften entspricht.“*<sup>365</sup> Es handelt sich dabei also um eine freiwillig eingegangene, vertragliche Verpflichtung des Garantiegebers, bei Auftreten gewisser Vertragswidrigkeiten innerhalb eines gewissen Zeitraumes Abhilfe zu schaffen. Eine Pflicht zur Gewährung einer Garantie besteht folglich nicht.<sup>366</sup>

Garantiegeber kann nach der allgemeinen Definition der Richtlinie der Verkäufer oder Hersteller sein, obwohl dies nicht als taxative Aufzählung zu bewerten ist.<sup>367</sup> Da nur

---

<sup>363</sup> Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Einleitung Rz 72. Vgl dazu auch den Erwägungsgrund 21.

<sup>364</sup> Die Europäische Kommission bezeichnet diese Garantie in ihren Richtlinienvorschlägen auch als kommerzielle Garantie.

<sup>365</sup> Nach dem ersten Kommissionsentwurf wurde die Garantie noch folgendermaßen definiert: *„Garantie ist die über die gesetzliche Regelung für den Verkauf von Verbrauchsgüter hinausgehende, von einem Verkäufer oder Hersteller eingegangene Verpflichtung, bei Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts den Kaufpreis zu erstatten, die Sache umzutauschen oder in Stand zu setzen oder sich in sonstiger Weise der Sache anzunehmen.“*

<sup>366</sup> In Europa gab es in Großbritannien die erste gesetzliche Regelung über Garantien, welche im Aufsatz *„The Consumer Guarantee“* vom National Consumer Council vorgestellt und diese Idee später von der Europäischen Kommission übernommen wurde, vgl dazu auch *Hondius*, ZEuP 1997, 138.

<sup>367</sup> *Medicus*, ZIP 1996, 1929. AA *Micklitz*, EuZW 1997, 234.

solche Garantien unter die Definition der RL fallen, welche ohne Aufpreis angeboten wurden, bleiben damit etwa die in England bekannten *extended warranties*, also bezahlte Garantien, von der RL ausgeklammert.<sup>368</sup> Jedoch können auch solche entgeltliche Garantien mit einem Kaufvertrag verbunden sein, soweit diese nicht missbräuchlich sind.<sup>369</sup> Der Grund für eine Regelung der Garantieerklärungen in der Richtlinie wird in Erwägungsgrund 21 näher dargelegt. Dabei wird hervorgehoben, dass es bei bestimmten Warengattungen üblich ist, dass die Verkäufer oder die Hersteller Garantien gewähren, wobei diese Praxis zu mehr Wettbewerb am Markt führen kann. Jedoch besteht bei Einräumung solcher Garantien die Gefahr der Irreführung des Verbrauchers, weshalb die Richtlinie in Art 6 bestimmte Inhaltserfordernisse solcher Garantieerklärungen vorschreibt, um so für eine gewisse Transparenz zugunsten des Verbrauchers zu sorgen.<sup>370</sup>

## 8.2 Inhaltsvorschriften

Demnach stellt Art 6 Abs 2 klar, dass eine Garantie deutlich darlegen muss, dass der Verbraucher zu den in der Garantie versprochenen Rechten auch gesetzliche Gewährleistungsrechte hat und diese durch die Garantie nicht beeinträchtigt werden. Die Praxis hat gezeigt, dass der Verbraucher in der Regel oft keine Unterschiede zwischen gesetzlichen und kommerziellen Garantien sieht.<sup>371</sup> Bereits im Grünbuch wurde auf dieses Problem der Unwissenheit der Verbraucher hingewiesen, dass diese auch gesetzliche Ansprüche besitzen und diese nicht durch eine etwaige kommerzielle Garantie beschränkt werden.<sup>372</sup>

Grundsätzlich soll die Garantie nach Art 6 Abs 2 in einfachen und verständlichen Formulierungen den Inhalt darlegen und die wesentlichen Angaben enthalten, die für eine Inanspruchnahme notwendig sind. Dabei wird insbesondere die Dauer, der räumliche Geltungsbereich sowie Name und Anschrift des Garantiegebers anzugeben sein. Aufgrund der gewählten Formulierung „insbesondere“ ist von keiner abschließenden Auflistung auszugehen. Hervorzuheben ist, dass die in Art 6 Abs 2

---

<sup>368</sup> Zerres, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts (2007) 58.

<sup>369</sup> Staudenmayer, NJW 1999, 2394.

<sup>370</sup> Micklitz, EuZW 1997, 235.

<sup>371</sup> Im Interesse des europäischen Verbraucherschutzes dürfte eine verstärkte Aufklärung des Verbrauchers zielführend sein.

<sup>372</sup> Vgl dazu das Grünbuch, KOM(1993) 509 endg.

statuierten Regeln jenen des Art 5 der AGB-Richtlinie entsprechen, welche vorsehen, dass eine Klausel klar und verständlich abgefasst sein muss.<sup>373</sup> Zudem muss dem Verbraucher auf dessen Wunsch die Garantie schriftlich zur Verfügung gestellt werden oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger, der dem Verbraucher zugänglich ist, enthalten sein.<sup>374</sup> Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten, in denen das Verbrauchsgut in Verkehr gebracht wird, vorsehen, dass die Garantie in einer oder mehreren Sprachen abzufassen ist, die der jeweilige Staat unter den Amtssprachen der Gemeinschaft auswählt.<sup>375</sup>

Als Verpflichteter der Garantie kann derjenige angesehen werden, der sich vertraglich zu Garantieleistungen verpflichtet hat. Demnach bindet die Garantie auch nur denjenigen, der sie anbietet, zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen.<sup>376</sup> Der Garantiegeber bzw Garant ist demnach nicht nur an seine abgegebene Garantieerklärung gebunden, sondern auch an die in der Werbung getätigten Aussagen über die Bedingungen der Garantie. Dabei wird den eigentlichen Garantieerklärungen die Werbung mit Garantien gleichgesetzt.<sup>377</sup> Das begründet der europäische Gesetzgeber damit, dass in der Praxis der Verbraucher vor dem Kauf in der Regel keinen Zugang zu Garantieunterlagen besitzt, weshalb dieser die Garantie lediglich aus der Werbung kennt. Deshalb ist davon auszugehen, dass solche Werbeaussagen fester Bestandteil der Garantiebestimmungen werden.<sup>378</sup> Schließlich bleibt die Frage offen, welchen Erklärungen im Konfliktfall der Vorrang eingeräumt wird, entweder dem Inhalt der Werbung oder jenem der eigentlichen Garantieerklärung. Nach historischer Interpretation in Bezug auf das Grünbuch müssen dabei die für den Verbraucher vorteilhafteren Werbeaussagen den Garantieunterlagen vorgehen, da der Verbraucher vor dem Kauf in der Regel den Inhalt der Garantie nur aus der Werbung

---

<sup>373</sup> *Malinvaud in Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 6 Rz 29, der auch die dafür vorgesehene Sanktion auf die Kaufrechts-Richtlinie übertragen wissen will. Somit soll für den Verbraucher die günstigste Auslegung heranzuziehen sein.

<sup>374</sup> Vgl dazu Art 6 Abs 3; Die Schriftform der Garantie war im ersten Kommissionsentwurf noch zwingend vorgesehen.

<sup>375</sup> Art 6 Abs 4 der Richtlinie.

<sup>376</sup> Das stellt Art 6 Abs 1 ausdrücklich klar.

<sup>377</sup> Die Bindung an die in den Garantieunterlagen festgelegten Bedingungen bedeutet nicht, dass eine juristische Qualifikation der Garantie als Vertrag, einseitige Zusage oä vorgenommen wird, weshalb das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten nicht angetastet wird. Vgl dazu die Begründung des ersten Kommissionsentwurfes ZIP 1996, 1852; sowie *Micklitz*, EuZW 1997, 234.

<sup>378</sup> So die Begründung zum ersten Kommissionsentwurf, welche zudem auf ein vergleichbares Prinzip in der Pauschalreise-Richtlinie 90/314/ EG verweist.

kennt und folglich sein darauf gestütztes Vertrauen zu schützen ist.<sup>379</sup> Nach dem ersten Kommissionsentwurf wurde zudem noch gefordert, dass die Garantie den Begünstigten in eine vorteilhaftere Lage versetzen muss als jene, die sich aus der Regelung aufgrund der einzelstaatlichen Bestimmungen ergibt.<sup>380</sup> Dieses Erfordernis der verbesserten Stellung des Verbrauchers ist in der Richtlinie nicht mehr enthalten. Für den Fall, dass der Verkäufer die Garantie anbietet, ist eine Unterschreitung des Mindestschutzniveaus der Richtlinie schon aufgrund Art 7 für den Verbraucher nicht bindend. Differenziert muss eine Herstellergarantie betrachtet werden, da der Hersteller nach der Richtlinie nicht haftet, weshalb dieser auch Vereinbarungen mit dem Verbraucher treffen bzw. Garantien abgeben kann, die den gesetzlichen Mindestschutz unterschreiten. Für den Verbraucher ist der Eintritt des Herstellers als Haftender generell als ein Plus an Rechten anzusehen.<sup>381</sup>

Werden die in Art 6 Abs 2 bis 4 festgesetzten Inhaltserfordernisse von einer Garantieerklärung nicht erfüllt, so berührt dies nach Art 6 Abs 5 niemals die Gültigkeit der Garantie selbst. Folglich kann der Verbraucher weiterhin die Rechte aus der Garantie geltend machen und deren Einhaltung einfordern. Die Richtlinie enthält demnach keine Sanktion dafür, dass die Inhaltserfordernisse nicht eingehalten werden, also dass zB der Hinweis auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche fehlt oder dass dem Transparenzgebot nicht entsprochen wurde.<sup>382</sup> Ein ähnlicher Hinweis zu jenem des ersten Kommissionsentwurfes, dass die Mitgliedstaaten auf die Einhaltung der damals zwingenden Schriftlichkeit drängen sollen, ist auch nicht mehr in der Richtlinie zu finden. Einzig die in Art 10 statuierte Aufnahme der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in den Anhang zur Richtlinie 98/27/EG über grenzüberschreitende Unterlassungsklagen ermöglicht es, dass grenzüberschreitende Verletzungen des Transparenzgebotes im Wege einer Verbandsklage oder durch zuständige Verwaltungsbehörden verfolgt werden können.<sup>383</sup> Somit liegt es in den Händen der Mitgliedstaaten, Sanktionen an eine

---

<sup>379</sup> *Tenreiro*, REDC 1996, 211f; sowie *Micklitz*, EuZW 1997, 234.

<sup>380</sup> Dabei war es allerdings nicht erforderlich, dass sämtliche Elemente der kommerziellen Garantie über das hinausgehen, was in den einzelstaatlichen Bestimmungen vorgesehen ist. Vielmehr genügte es, dass die sich daraus ergebende Stellung des Verbrauchers auf die eine oder andere Weise verbessert war. Vgl dazu die Begründung des ersten Kommissionsvorschlages in ZIP 1996, 1852.

<sup>381</sup> *Malinvaud*, in *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 6 Rz 36.

<sup>382</sup> *Micklitz*, EuZW 1999, 488. *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 863, bezeichnen die Formvorschriften aufgrund des Fehlens von zivilrechtlichen Sanktionen als verhaltenssteuernde ordnungspolitische Gebote.

<sup>383</sup> *Staudenmayer*, NJW 1999, 2397; sowie *Micklitz*, EuZW 1999, 489.

etwaige Verletzung der in Art 6 Abs 2 bis 4 enthaltenen Inhaltserfordernisse zu knüpfen.<sup>384</sup>

Die Praxis hat ergeben, dass die Verbraucher mitunter dadurch getäuscht worden sind, dass sie sich auf unbestimmte Angaben verlassen ohne genauer nachzuprüfen, ob die Garantie zusätzliche Rechte gewährt.<sup>385</sup> Folglich wurde im Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz diskutiert, ob ein horizontales Rechtsinstrument geschaffen werden sollte, wonach ein bestimmter Inhalt einer Garantie mit gewissen grundlegenden Rechten vorgeschrieben wird, die dem Verbraucher auch dann zustehen müssen, wenn sie im Garantieschein nicht angegeben sind.<sup>386</sup> Zusätzlich wird dabei auch an einen Anspruch auf Ersatz oder Nachbesserung für den Fall gedacht, dass die Güter dem Vertrag nicht entsprechen. Sollte die Dauer der Garantie nicht angegeben werden, könnte von der voraussichtlichen Lebensdauer der Güter ausgegangen werden, was eine massive Beeinträchtigung der Interessen des Garanten zur Folge haben würde. Sollte sich die Garantie in Zukunft in diese zur Zeit diskutierte Richtung entwickeln, also dem Garanten kaum Spielraum der Gestaltung überlassen, werden einige Unternehmen ganz auf eine Garantieabgabe verzichten und somit das Gegenteil des eigentlichen Zwecks bewirken.

Ein anderer Diskussionspunkt im Grünbuch betrifft die Übertragbarkeit einer kommerziellen Garantie bei Weiterverkauf des Verbrauchsgutes auf einen anderen Käufer, die derzeit nach der Richtlinie nicht geregelt ist. Die Übertragbarkeit der Garantie ist sowohl für Verbraucher wichtig, die ein Produkt verkaufen wollen, als auch für spätere Käufer, die großes Interesse am Weiterbestand der Garantie haben.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 826, sowie *Welser* in FS Hempel 330, haben dabei an eine Verwaltungsstrafe gedacht. *Schmidt-Räntsch*, ZIP 1998, 853, denkt hinsichtlich des deutschen Rechtes an Instrumente des Gesetzes für Unlauteren Wettbewerb UWG; dieser Ansicht auch *Reich*, NJW 1999, 2402.

<sup>385</sup> Vgl dazu das Grünbuch, KOM(2007) 744 final, S35.

<sup>386</sup> Auch *Hondius*, ZEuP 1997, 138, spricht sich für einen Minimalstandard von Garantien aus.

<sup>387</sup> Vgl dazu das Grünbuch, KOM(2007) 744 final, S 35.



## 9. Unabdingbarkeit

Art 7 regelt die Unabdingbarkeit der in der Richtlinie dem Verbraucher gewährten Rechte, um zu verhindern, dass diese aufgrund des zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern bestehenden strukturellen Ungleichgewichts in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen oder beschränkt werden.<sup>388</sup> Somit sichert dieser Artikel die Realisierung der Ziele der Richtlinie. Diese Regelung der Unabdingbarkeit befindet sich schon traditionell in gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutznormen.<sup>389</sup> Dabei wird in Abs 1 klargestellt, dass „*Vertragsklauseln oder mit dem Verkäufer vor dessen Unterrichtung über die Vertragswidrigkeit getroffene Vereinbarungen, durch welche die mit dieser Richtlinie gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden, für den Verbraucher gemäß dem innerstaatlichen Recht nicht bindend sind.*“<sup>390</sup>

Folglich sind zum einen Vertragsklauseln, welche die Verbraucherrechte ausschließen, ebenso unzulässig wie auch Einschränkungen nach dem innerstaatlichen Recht. Da nur Vereinbarungen, die vor Unterrichtung über die Vertragswidrigkeit getroffen wurden, für den Verbraucher nicht bindend sind, kann daraus geschlossen werden, dass von der Richtlinie abweichende Vereinbarungen nach Kenntnis über die Vertragswidrigkeit durchaus erlaubt sind.<sup>391</sup> Demnach kann von einem zugunsten des Verbrauchers relativ zwingenden Charakter der Bestimmungen ausgegangen werden. Alle Rechte der Richtlinie dürfen deshalb weder unmittelbar noch mittelbar ausgeschlossen werden.<sup>392</sup> Nicht erfasst davon ist das in Art 4 statuierte Regressrecht, das von den Vertragsparteien ausgeschlossen werden kann.<sup>393</sup> Nach Abs 1 sollen die Mitgliedstaaten

---

<sup>388</sup> Staudenmayer in Schulte-Nölke/Schulze 67.

<sup>389</sup> So auch in der AGB-Richtlinie in dessen Art 6 Abs 1 oder in der Time-sharing-Richtlinie in dessen Art 8.

<sup>390</sup> Demnach werden auch mittelbar einschränkende Vereinbarungen von Art 7 Abs 1 mit einbezogen, weshalb auch Klauseln wie „Verkauft wie besehen“ darunter fallen, Staudenmayer, NJW 1999, 2397, schlüssig, der darauf hinweist, dass diese Klauseln zwar nicht ausdrücklich Verbraucherrechte ausschließen, im Ergebnis aber darauf abzielen.

<sup>391</sup> Vgl auch Amtenbrink/Schneider, VuR 1996, 377; ferner Staudenmayer in Grundmann/Medicus/Rolland 44. Dies ergibt sich auch aus Art 2 Abs 3, da keine Vertragswidrigkeit in jenen Fällen vorliegt, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also hier im Vereinbarungszeitpunkt, Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte.

<sup>392</sup> Als Beispiel einer verbotenen Klausel kann die Abbedingung der Vermutungsfrist nach Art 5 Abs 3 angesehen werden. Zu möglichen verbotenen Klauseln und Abreden siehe ausführlich Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 7 Rz 23ff.

<sup>393</sup> Zum Regressrecht und der dadurch uneingeschränkten Privatautonomie siehe oben unter Punkt 6.2 (I).



vorsehen, welche Sanktionen sie an verbotene Klauseln und Abreden knüpfen wollen, also deren Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit etc., da solche Vereinbarungen „gemäß dem innerstaatlichen Recht nicht bindend sind.“<sup>394</sup> Die Unabdingbarkeit der Regelungen kann allerdings auch aus anderen Blickwinkeln betrachtet werden, da durch den zwingenden Charakter die Vertragsfreiheit maßgeblich eingeschränkt und damit nicht unerheblich in die Privatautonomie der Vertragsparteien eingegriffen wird. Für die Wirtschaft scheint es deshalb umso schwieriger, auf Vertragsebene auf Gegebenheiten des Marktes zu reagieren.<sup>395</sup>

Nach Art 7 Abs 2 werden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zu treffen, damit dem Verbraucher der durch die Richtlinie gewährte Schutz nicht dadurch entzogen bzw vorenthalten wird, dass das Recht eines Nichtmitgliedstaates als das auf den Vertrag anwendbare Recht gewählt wird, sofern der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsgebiet aufweist.<sup>396</sup> Diese schon in früheren Verbraucherschutz-Richtlinien bekannte Klausel wird auch als Binnenmarktklausel oder IPR-Klausel bezeichnet.<sup>397</sup> Demnach soll der Verbraucher vor missbräuchlicher Rechtswahl<sup>398</sup> geschützt werden. Die Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal des engen Zusammenhangs ist relativ weit gefasst, allerdings auch begründbar, denn das Ziel der Richtlinie ist ja nicht die Vereinheitlichung des IPR, sondern der Verbraucherschutz und folglich die Schaffung eines Mindestsockels an Verbraucherrechten für das Gemeinschaftsgebiet.<sup>399</sup>

Diese Klausel war jedoch nicht immer derart ausgestaltet, da im ursprünglichen Kommissionsvorschlag im Allgemeinen auf das auf den Vertrag anwendbare Recht Bezug genommen wurde, was zur Folge gehabt hätte, dass es zu einem Schutz des Verbrauchers vor den allgemeinen Regeln des IPR gekommen wäre, was allerdings nicht mehr durch die Zielsetzung der Richtlinie gerechtfertigt wäre.<sup>400</sup>

---

<sup>394</sup> *Tenreiro/Gomez*, REDC 2000, 33. Zu den möglichen Rechtsfolgen siehe auch *Stijns/van Gerven*, in *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 7 Rz 53ff.

<sup>395</sup> *Wolf*, RIW 1997, 902.

<sup>396</sup> Vgl dazu auch Erwägungsgrund 22 der RL.

<sup>397</sup> So in der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Vertragsklauseln; ferner in Art 12 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG; ähnlich in Art 9 der Time-sharing-Richtlinie 94/47/EG. Dies auch die Begründung in der Kommentierung zum ersten Richtlinienentwurf, KOM(1995) 520 endg., 17.

<sup>398</sup> *Welser/Jud*, Reform 171.

<sup>399</sup> *Staudenmayer* schlüssig in *Schulte-Nölke/Schulze* 70f.

<sup>400</sup> *Welser/Jud*, Reform 171; sowie *Staudenmayer* in *Schulte-Nölke/Schulze* 70ff.

Es besteht folglich nach Art 7 Abs 2 eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen eigenen kollisionsrechtlichen Tatbestand<sup>401</sup> zu schaffen, um somit den Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dabei kann als Vorreiter einer solchen Norm das EWG-Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19.6.1980, EVÜ, angesehen werden, welches in Art 5 und Art 7 Regeln zum Schutz des Verbrauchers vorsieht.<sup>402</sup> Allerdings zielen die Verbraucherschutz-Richtlinien auf die Förderung des Binnenmarktes ab, weshalb diese vor allem von einem aktiven Verbraucher, der grenzüberschreitende Verträge abschließt, ausgehen. Im Gegensatz dazu schützt Art 5 des EVÜ lediglich den passiven Verbraucher, was für die Zielsetzung der Verbraucherschutz-Richtlinien als nicht ausreichend erscheint.<sup>403</sup>

Das EVÜ wurde mit 17. Dezember 2009 durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) abgelöst. Bei Verbraucherverträgen soll diese Kollisionsnorm es den Verbrauchern ermöglichen, die Kosten für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten zu senken, die häufig einen geringen Streitwert haben, sowie der Entwicklung des Fernabsatzes Rechnung zu tragen.<sup>404</sup> Auch die Rom I-Verordnung geht grundsätzlich von einer Rechtswahl zwischen den Parteien aus. Allerdings ist bei Verbraucherverträgen zu beachten, dass diese nach Art 6 Abs 1 der VO dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer a) seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder b) eine solche Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser

---

<sup>401</sup> *Faber*, JBl 1999, 430.

<sup>402</sup> Vgl dazu EWG-Übereinkommen, ABl 1980 Nr. L 266, 1. Art 5 bezieht sich dabei auf Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen an einen Verbraucher zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Verbrauchers zugerechnet werden kann. Nach dessen Abs 2 darf eine Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird. Allerdings wird die Rechtswahl nur unter gewissen Voraussetzungen, die in Abs 2 aufgelistet sind, beschränkt. Dementsprechend geht der Schutz des Art 7 Abs 2 der RL über den des Art 5 EVÜ hinaus, da der in RL gewährte Schutz an keine Anforderungen geknüpft ist. Auf der anderen Seite ist aber Art 5 EVÜ strenger, da der Verbraucher nicht nur bei Geltung des Rechtes eines Nichtmitgliedstaates geschützt wird, sondern auch bei Geltung des Rechtes eines Mitgliedstaates. *Welser/Jud*, Reform 171f.

<sup>403</sup> *Staudenmayer* schlüssig in *Schulte-Nölke/Schulze* 71f; ferner *Stijns/van Gerven*, in *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 7 Rz 66.

<sup>404</sup> Erwägungsgrund 24 der Rom I VO.

Tätigkeit fällt. Die Parteien können ungeachtet dieser Bestimmung das auf den Verbrauchervertrag anzuwendende Recht wählen. Diese Rechtswahl darf nach Art 6 Abs 2 Rom I-Verordnung jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Art 6 Abs 1 der VO mangels Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.



## 10. Mindestschutz

Die schon in vorherigen Verbraucherschutz-Richtlinien traditionelle Mindestschutzklausel findet sich auch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wieder, nämlich in Art 8 Abs 2. Demnach können die Mitgliedstaaten in dem unter dieser Richtlinie fallenden Bereich mit dem Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.<sup>405</sup> Dies wird von der Europäischen Kommission mit dem Subsidiaritätsprinzip begründet.<sup>406</sup> Allerdings wird auch mit dieser Richtlinie keine Antwort auf die heikle Frage gegeben, ob und wann eine nationale Bestimmung den Verbraucherschutz anhebt. Es muss davon ausgegangen werden, dass in der Regel ein höheres Schutzniveau mit der nationalen Regelung erreicht werden muss.<sup>407</sup> Auf jeden Fall ist nicht nur die Aufrechterhaltung sondern auch die Neueinführung einer strengeren nationalen Bestimmung möglich.

---

<sup>405</sup> Vgl dazu auch Erwägungsgrund 24 der RL. Dabei kann an die Verlängerung der Fristen, an die Einführung einer Herstellerhaftung, etc. gedacht werden, vgl dazu auch *Tenreiro*, REDC 1996, 224.

<sup>406</sup> Vgl KOM(1995) 520 endg., II c, 10.

<sup>407</sup> *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 8 Rz 7, mwN.

## II. Die Umsetzung der Richtlinie in Spanien

### 1. Vom Sondergesetz zum allgemeinen Verbraucherschutzkodex

„Wir haben die Richtlinie 1999/44/CE umgesetzt, wie es eine Bananenrepublik gemacht hätte, als hätten wir keine Rechtstradition.“<sup>1</sup>

In Spanien gestaltete sich die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG schwieriger als von einigen Autoren erwartet. Bislang bestand nämlich ein vielschichtiges Nebeneinander von Regelungen, die den Bereich der Gewährleistung zum einen Teil regelten aber zu einem anderen Teil nur vereinzelt tangierten.<sup>2</sup>

Einerseits beinhaltet der spanische *Código Civil* (im Folgenden „CC“) die aus dem römischen Recht abgeleiteten und bekannten ädilizischen Klagen, die *actio quanti minoris* und die *actio redhibitoria*. Die *actio quanti minoris* gibt dem Käufer einer mangelhaften Sache dabei ein Recht zur Preisminderung, mit der die subjektive Äquivalenz der Leistungen wieder hergestellt werden soll. Eine Vertragsauflösung und die anschließende Rückübereignung der schon erbrachten Leistungen werden mit der *actio redhibitoria* geltend gemacht.

Andererseits bestand schon vor Umsetzung der Richtlinie ein allgemeines Konsumentenschutzgesetz, *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (im Folgenden „LGDCU“), das 1984 zum besonderen Schutz der Konsumenten erlassen wurde. Dieses regelt unter anderem die speziellen Anforderungen von Garantien, die ein Verkäufer einhalten muss. Eine Garantieabgabe im Sinne des Art 11 LGDCU aF ist für den Verkäufer verpflichtend, allerdings nur wenn es sich um haltbare Waren handelt, da sich das Gesetz lediglich auf solche Güter bezieht. Welche Waren als haltbar bzw als *bienes con naturaleza duradera* gelten, wird

---

<sup>1</sup> Eigene Übersetzung der Aussage Carrasco Perera, Redundancia y ruido en las ventas de consumo, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2003, 3, „Hemos transpuesto la Directiva 1999/44/CE como lo haría una tribu bananera, como si no tuviéramos tradición jurídica.“

<sup>2</sup> Dieses Nebeneinander wurde nicht gänzlich durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie beseitigt.

durch die königliche Verordnung 1507/2000<sup>3</sup> taxativ bestimmt.<sup>4</sup> Jedoch bestimmte das LGDCU aF keine Garantiefrist, in welcher die Garantie geltend gemacht werden muss. Dabei wird lediglich auf das Kleinhandelsgesetz, *Ley Ordenación Comercio Minorista* (im Folgenden „LOCM“) mit dessen relativ kurzer Gewährleistungsfrist von sechs Monaten in dessen Art 12 Abs 2, verwiesen.

Aus diesem Nebeneinander von Regelungen standen dem spanischen Gesetzgeber drei mögliche Umsetzungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zur Verfügung. Einerseits eine große Umsetzung, die eine Modifikation des gesamten CC und des LGDCU inklusive des Art 12 LOCM bringen würde. Die zweite Möglichkeit bestand in der Modifikation des LGDCU und des LOCM, also einer Novellierung des allgemeinen Verbraucherschutzgesetzes. Die dritte Umsetzungsmöglichkeit sah die Schaffung eines Spezialgesetzes, welches lediglich die von der Richtlinie geforderten Bestimmungen umsetzen würde, vor. Nach langen Diskussionen hat sich der spanische Gesetzgeber letztendlich wohl für die einfachste Variante<sup>5</sup> entschieden und am 23. Juli 2003 ein Spezialgesetz erlassen, das *Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (im Folgenden „LGVBC“). Dies führte bei einem großen Teil der Lehre zu heftiger Kritik<sup>6</sup>, da aufgrund der schon bestehenden Regelungen, den ädilizischen Klagen des CC, der Garantieverpflichtungen des LGDCU und LOCM, eine Vereinheitlichung der Bestimmungen die Anwendung der verschiedenen Regelungskomplexe erleichtert hätte.

Um die zahlreichen Kritiker etwas zu beruhigen, startete der spanische Gesetzgeber im Jahr 2003 eine Initiative zum Erlass eines allgemeinen Verbraucherschutzgesetzes bis zum Jahr 2006, welches alle bisherigen Spezialgesetze mit Verbraucherschutzcharakter beinhalten und auch Standort für zukünftige Umsetzungen von Richtlinien werden soll.<sup>7</sup> Dies schien jedoch lediglich eine Maßnahme zur Ruhigstellung der Kritiker zu sein, da ein Jahr nach dem vermeintlichen Erlassungstermin immer noch keine Gesetzesinitiative gestartet wurde. Es kam zu einer neuerlichen Initiative, in Folge derer schlussendlich am 16. November 2007 die Novellierung des allgemeinen

---

<sup>3</sup> Real Decreto 1507/2000.

<sup>4</sup> Darunter fallen nach dem Anhang II der königlichen Verordnung zB Werkzeuge, Möbel, elektrische Geräte, Autos als auch Liegenschaften.

<sup>5</sup> Carrasco Perera, Cordero Lobato und Martínez Espín, Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo, Estudios sobre Consumo 2000, 125 ff.

<sup>6</sup> Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 20ff; sowie Vérguez, La Protección 15ff.

<sup>7</sup> Diese Vorschrift zur Gesetzesinitiative ist in der finalen Zusatzbestimmung des LGVBC zu finden.

Konsumentenschutzgesetzes LGDCU durchgeführt und somit ein einziges Verbraucherschutzgesetz geschaffen wurde. Einbezogen wurden dabei alle zur Richtlinienumsetzung geschaffenen Sondergesetze. Die Implementierung des LGVBC in das LGDCU nF wurde an vielen Stellen wortwörtlich vollzogen, weshalb es zu keiner Änderung der bisherigen Rechtslage kam und somit sowohl auf die Literatur als auch auf die Rechtsprechung zum LGVBC zurückgegriffen werden kann.

Im Folgenden werden die wichtigsten Bereiche bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Spanien vorgestellt und bei Differenzen zur bisherigen Rechtslage an gegebener Stelle näher auf diese eingegangen.





## 2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des bisher geltenden LGVBC ergab sich nicht ausdrücklich aus den Bestimmungen dieses Gesetzes; es wurde jedoch in dessen Erwägungsgründen hervorgehoben, dass nur Kaufverträge über Verbrauchsgüter, die zwischen einem professionellen Verkäufer und einem Verbraucher abgeschlossen wurden, unter den Anwendungsbereich fallen sollen. Im Gegensatz dazu bestimmt das novellierte LGDCU nun in dessen Art 2<sup>8</sup>, dass dieses auf alle Beziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher im Allgemeinen anzuwenden ist und somit den Anwendungsbereich sehr weitreichend abgrenzt.<sup>9</sup> Zunächst muss hierbei ein Blick auf die Definitionen sowohl der Beteiligten als auch der des Objekts des Verbrauchergüterkaufs geworfen werden, um den Anwendungsbereich des LGDCU nF näher bestimmen zu können.<sup>10</sup> Aufgrund der verschiedenen Definitionen, zum einen des Verbrauchers und des Verkäufers und zum anderen des Verbrauchsgutes, kann von einem subjektiven und einem objektiven Anwendungsbereich gesprochen werden. Um eine gewisse Systematik einzuhalten,<sup>11</sup> wird zuerst auf den subjektiven Anwendungsbereich eingegangen.

### 2.1 Persönlicher Anwendungsbereich

Wie schon zuvor erwähnt, ist das LGDCU nF auf alle rechtsgeschäftlichen Beziehungen anzuwenden, die zwischen einem professionellen Verkäufer auf der einen und einem Verbraucher auf der anderen Seite geschlossen werden. Folglich unterliegen sowohl Verträge, die zwischen zwei Kaufleuten als auch solche die zwischen zwei Verbrauchern geschlossen werden, nicht dem Anwendungsbereich des allgemeinen Verbraucherschutzgesetzes. Da bei solchen Geschäften in der Regel kein

---

<sup>8</sup> Artikelangaben ohne Bezeichnung des Gesetzes sind im folgenden Abschnitt jene des novellierten Verbraucherschutzgesetzes LGDCU nF.

<sup>9</sup> Art 2 bestimmt dabei: „*Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.*“ [Hervorhebung durch Verfasser]

<sup>10</sup> Durch die Novellierung des LGDCU wurden auch größere systematische Fehler des LGVBC behoben. Bei diesem wurden die Definitionen der, gerade den Anwendungsbereich abgrenzenden und somit bestimmenden, Begriffe des Verbrauchers, Verkäufers und des Verbrauchsgutes unter dessen Art 1, der den Titel „generelle Prinzipien“ trug, aufgelistet. Art 2 beinhaltete unter dem Titel „Anwendungsbereich“ lediglich mehrere Ausnahmetatbestände, bei deren Zutreffen es nicht zur Anwendung des LGVBC kam. Dies wurde auch intensiv von *Castilla Barea*, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo* (2005) 36f, kritisiert. Im Vergleich dazu werden diese Definitionen auch in der Richtlinie in deren Art 1 „Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen“ normiert.

<sup>11</sup> Nach dem LGDCU nF werden die subjektiven den objektiven Begriffen vorgezogen.

Ungleichgewicht zwischen beiden Vertragsparteien vorherrscht, bedurften diese auch keiner Regulierung durch das Gesetz.

Der Anwendungsbereich wird daher primär durch die Definitionen beider Vertragsteile auf subjektiver Seite abgegrenzt. Kaum Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es bezüglich der Definition des Verkäufers, da diese bereits bisher einheitlich geregelt wurde und dabei stark an der Legaldefinition des Verkäufers der RL orientiert ist. Mehr Probleme bereitet jedoch der Verbraucherbegriff, da dieser im bislang geltenden LGVBC erheblich von dem der Richtlinie abwich und es folglich so zu einigen Differenzen bei der Anwendung der Gewährleistungsbestimmungen kam.

### 2.1.1 Verbraucher nach dem LGVBC

Das LGVBC beinhaltete in Art 1 ausschließlich eine Definition des Verkäufers, welcher als natürliche oder juristische Person im Rahmen seiner professionellen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft. Hingegen wurde der Verbraucher in Art 1 LGVBC nicht eigens definiert, sondern auf die Legaldefinition im allgemeinen Verbraucherschutzgesetz LGDCU verwiesen. Demzufolge war nach Art 1 Abs 2 LGDCU aF ein Verbraucher eine *„natürliche oder juristische Person, die bewegliche oder unbewegliche Sachen, Produkte, Dienstleistungen, Arbeiten oder Beschäftigungen als Letzterwerber erwirbt, gebraucht oder genießt.“*<sup>12</sup>

Nicht ausdrücklich vom Verbraucherbegriff ausgeschlossen waren demnach juristische Personen, weshalb die im LGVBC bzw LGDCU aF gewählte Definition als umfassender und weitreichender als die in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>13</sup> enthaltene Verbraucherdefinition, die selbst juristische Personen vom Anwendungsbereich ausschließt,<sup>14</sup> betrachtet werden konnte. Juristische Personen konnten demnach immer dann als Verbraucher angesehen werden, solange diese als Letztverbraucher Verbrauchsgüter erwarben, gebrauchten oder genossen. Zudem war der Verbraucherbegriff des LGDCU aF aufgrund der Notwendigkeit eines

---

<sup>12</sup> Neben der positiven Definition des Verbrauchers nach Abs 2 enthielt Abs 3 eine negative Definition: *„Natürliche oder juristische Personen, die Waren erwerben oder verbrauchen oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen, um diese danach erneut in den Rechtsverkehr zu integrieren (Herstellung, Verarbeitung und Handel), sind nicht als Konsumenten zu betrachten.“*, Navas Navarro, Umsetzung der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien, IHR 2005, 89ff.

<sup>13</sup> Aufgrund des Mindestschutzcharakters der Richtlinie, geregelt in deren Art 8 Abs 2, sind verbraucherschützendere Regelungen nach dem innerstaatlichen Recht stets zulässig.

<sup>14</sup> Siehe oben unter Punkt 2.1 (I).

Letztverbrauchs umfassender als jener der Richtlinie. Geschützt war mithin nicht nur ein Verbraucher, der von einem professionellen Verkäufer ein Verbrauchsgut erwarb, sondern auch derjenige, der das Gut mittels Schenkung vom Erstkäufer erwarb und somit als Letztverbraucher iSd LGDCU aF letztlich die Garantirechte des LGVBC gegen den professionellen Verkäufer geltend machen konnte, ohne mit diesem in vertraglicher Beziehung gestanden zu sein.<sup>15</sup>

### 2.1.2 Definition des Verbrauchers nach dem LGDCU nF (consumidor o usuario)

Durch die Novellierung des allgemeinen Verbraucherschutzgesetzes LGDCU kam es zu einer wesentlichen Veränderung der Verbraucherdefinition. Nach Art 3 sind Verbraucher oder Konsumenten nunmehr „*natürliche oder juristische Personen, die außerhalb einer gewerblichen oder professionellen Tätigkeit handeln.*“<sup>16</sup> Demnach reagierte der spanische Gesetzgeber auf die zahlreiche Kritik der Lehre<sup>17</sup> und beschloss eine neue Verbraucherdefinition festzulegen, welche sich an der in vielen Richtlinien<sup>18</sup> verwendeten Legaldefinition orientiert. Zum Teil kann dies damit begründet werden, dass gerade die Vereinheitlichung der geschaffenen Sondergesetze das Hauptziel der Novellierung des LGDCU gewesen ist und ein einheitlicher Verbraucherbegriff sicherlich dazu beitragen könnte. Zudem wollte man durch die Vereinheitlichung einen für in Zukunft umzusetzende europäische Richtlinien adäquaten Rahmen schaffen, um eine Integration der RL in das novellierte LGDCU zu erleichtern. Hilfreich ist dabei mit Sicherheit ein an den Verbraucherschutz-Richtlinien orientierter Verbraucherbegriff.

---

<sup>15</sup> Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 38.

<sup>16</sup> Eigene Übersetzung des Art 3: „...son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.“

<sup>17</sup> Marco Molina, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2293, die eine Interpretation des LGDCU aF im Sinne des Verbraucherbegriffes der Richtlinien forderte, weshalb jede Person die außerhalb ihrer professionellen Tätigkeit, gleichgültig ob diese als Letzterwerber tätig wird oder nicht, als Verbraucher angesehen würde; AA offenbar Carrasco Perera, Cordero Lobato und Martínez Espín, Estudios sobre Consumo 2000, 127, die für eine Beibehaltung des Verbraucherbegriffes des LGDCU aF eintreten; ferner Vérguez, La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (2004) 33, die eine Einbeziehung der juristischen Personen in das Verbraucherkonzept des LGVBC kaum als angemessen ansieht, da nach ihrem Verständnis, dies mit dem Erfordernis des privaten Konsums richten, unvereinbar sei.

<sup>18</sup> So die Richtlinie 93/13/CE über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, als auch die Fernabsatz-Richtlinie, 2002/65/CE, die den Verbraucher folgendermaßen definiert: „...toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional.“ Vgl dazu die Verbraucherdefinition des LGDCU nF in FN 19 (II).

Im Vergleich zum Verbraucherbegriff der Richtlinie sind jedoch auch weiterhin Unterschiede zu erkennen. Aufgrund der Tatsache, dass juristische Personen nicht *ex ante* vom Verbraucherbegriff nach Art 3 ausgeschlossen sind, treten diese stets dann als Verbraucher auf, wenn sie außerhalb ihres professionellen bzw gewerblichen Rahmens handeln. Nach der Richtlinie können juristische Personen unter keinen Umständen als Verbraucher auf dem Markt auftreten.

### 2.1.3 Unternehmerbegriff nach Art 4 LGDCU nF (empresario)

Anders als die Verbraucherdefinition hat sich die Begriffsbestimmung des Verkäufers bzw Unternehmers im Vergleich zum LGVBC durch die Novellierung des LGDCU kaum verändert. Demnach ist gemäß Art 4 ein Unternehmer „*jede natürliche oder juristische Person, sei sie öffentlicher oder privater Natur, die innerhalb ihrer betrieblichen oder professionellen Tätigkeit handelt.*“<sup>19</sup> Schlüssigerweise wurde aufgrund der für das LGDCU nF allgemein geltenden Unternehmerdefinition auf den Zusatz „Verkauf von Verbrauchsgütern“ iSd Richtlinie und des LGVBC verzichtet, sodass eine einheitliche Definition des Unternehmers bzw *empresario* erzielt wurde.

## 2.2 Objektiver Anwendungsbereich

Beim objektiven Anwendungsbereich steht einerseits der Begriff des Verbrauchsgutes bzw des Produktes nach dem LGDCU nF im Mittelpunkt, andererseits werden in Art 115 Abs 2 gewisse Güter ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts ausgeschlossen.

### 2.2.1 Produkte als Verbrauchsgüter (productos)

In Art 6 wird allgemein als Produkt „*jedes bewegliche Gut gemäß Art 335 Código Civil*“<sup>20</sup> bezeichnet.<sup>21</sup> Der spanische Gesetzgeber reagierte somit auf die Kritik hinsichtlich der bisher geltenden Definition des Verbrauchsgutes als „*jedes bewegliche, körperliche Gut, welches für den Privatkonsum bestimmt ist.*“<sup>22</sup> nach Art 1 LGVBC.

---

<sup>19</sup> Eigene Übersetzung des Art 4: „...*se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.*“

<sup>20</sup> Eigene Übersetzung des Art 6: „...*todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil.*“

<sup>21</sup> Eine andere Definition sieht lediglich Art 136 hinsichtlich einer Produkthaftung vor, wonach jedes bewegliche Gut, auch wenn es mit einer unbeweglichen Sache vereint oder in diesem integriert ist, als Produkt iSd Produkthaftung angesehen wird.

<sup>22</sup> Eigene Übersetzung des Art 1 LGVBC: „...*los bienes muebles corporales destinados al consumo privado.*“

Das bislang geltende Spezialgesetz wich dabei zwar nur marginal allerdings unverständlicherweise von der Richtlinienkonzeption<sup>23</sup> ab. Eine Begründung für diese Abänderung des europarechtlichen Begriffes gab es kaum.<sup>24</sup> Die im LGVBC verwendete, auf den privaten Verbrauch bzw Konsum abgezielte Finalität spiegelte sich, wie schon zuvor gesehen, bei der alten Verbraucherdefinition wider. Durch das zusätzliche Anknüpfen an die Zweckbestimmung des privaten Konsums sah *Morgenroth* allerdings bislang keinen Widerspruch zur Richtlinie, wobei dieser lediglich eine richtlinienkonforme Auslegung als ausreichend betrachtete.<sup>25</sup> Auch im Entwicklungsstadium der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wurde ein solcher Letztverbrauch bzw eine Letztverwendung des Verbrauchsgutes im geänderten Vorschlag bereits thematisiert, jedoch schließlich vor der endgültigen Fassung der Richtlinie wieder verworfen.<sup>26</sup> *Vérgez* hingegen betrachtete bereits den im LGVBC verwendeten Begriff des Verbrauchsgutes ident mit dem der Richtlinie, da es ihrer Ansicht nach keine Art bzw Gattung von privaten Konsumgütern gäbe, die durch ihre besondere Beschaffenheit determiniert wird, und die Intention des Gesetzgebers jene war, dass der Verbraucher das Gut nicht nur außerhalb seiner professionellen Aktivität erwerben, sondern dieses auch privat gebrauchen müsse.<sup>27</sup>

In der neuen Definition des Produktes in Art 6 ist kein privater Gebrauch mehr von Nöten. Die Sache muss beweglich iSd Art 335 CC sein, welcher bestimmt: „*Als beweglich gelten diejenigen aneignungsfähigen Sachen, die im vorangehenden Kapitel [Art 334 CC, der die unbeweglichen Sachen beinhaltet] nicht enthalten sind, und allgemein diejenigen, die ohne Schaden an der unbeweglichen Sache, mit der sie*

---

<sup>23</sup> Die RL bezeichnet Verbrauchsgüter in Art 1 Abs 2 lit b allgemein als „*bewegliche körperliche Gegenstände*“, eine notwendige Bestimmung zum Privatkonsum fehlt dabei, vgl dazu oben Punkt 2.2 (I).

<sup>24</sup> *Lete Achirica*, La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo, in Universidad de Santiago de Compostela (Hrsg), *Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (2004) 197, der aufgrunddessen Zweifel aufkommen sah, welche Güter unter den objektiven Anwendungsbereich des Gesetzes subsumiert werden konnten.

<sup>25</sup> *Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien und Deutschland (2003) 252, sieht dabei auch den „...Grund, weshalb der spanische Gesetzgeber im LGVBC auf die Definition des Verbrauchers verzichtet.“

<sup>26</sup> Vgl den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments sowie des Rates zu bestimmten Aspekten von Verbrauchsgüterkauf und -garantien KOM/99/16 endg. – COD 96/0161.

<sup>27</sup> „*La fórmula adoptada es la misma que la recogida en la Directiva, salvo la referencia expresa al destino de los bienes al consumo privado, una matización que no aporta nada nuevo ya que no existe una categoría determinada de bienes de consumo privado por su propia naturaleza a la que se esté haciendo referencia con esta disposición.*“, *Vérgez*, La Protección 34ff.

verbunden waren, von einem Ort zum anderen geschafft werden können.“<sup>28</sup> Aufgrund der Tatsache, dass ausdrücklich nur bewegliche Sachen unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF fallen, können wie schon nach der RL *a sensu contrario* unbewegliche Güter vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Das Gesetz unterscheidet zudem nicht zwischen neuen und gebrauchten Gütern, weshalb letztere auch unter den Produktbegriff des LGDCU nF subsumiert werden können und somit auch für diese weiterhin die Gewährleistungsrechte vom Verbraucher geltend gemacht werden können.<sup>29</sup>

Wie schon nach der bisherigen Gesetzeslage sind auch die gesetzlichen Bestimmungen des LGDCU nF auf gebrauchte Sachen anzuwenden. Dabei sind für diese vom spanischen Gesetzgeber einige Sondervorschriften vorgesehen, die folglich zu beachten sind. Diese Spezialvorschriften wurden allerdings nicht durch den nationalen Gesetzgeber ausgearbeitet, sondern von der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgeschlagen. Den Mitgliedsstaaten wird dabei lediglich die Entscheidung überlassen, ob sie davon Gebrauch machen wollen oder nicht. So überlässt die RL den Mitgliedsstaaten in deren Art 1 Abs 3 die Normierung, gebrauchte Güter, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, bei der die Verbraucher die Möglichkeit haben, dem Verkauf persönlich beizuwohnen, nicht als Verbrauchsgüter bzw Produkt zu verstehen.<sup>30</sup> Der spanische Gesetzgeber hat bei der Novellierung von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Nach Art 115 Abs 2 wird dabei die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen auf gebrauchte Güter, die in einer administrativen bzw verwaltungsrechtlichen Versteigerung erworben wurden, bei der die Verbraucher persönlich anwesend sein können, ausgeschlossen.<sup>31</sup> Durch die Umsetzung der RL sowohl im LGVBC als auch im LGDCU nF wurde somit das Konzept einer verwaltungsrechtlichen Versteigerung eingeführt. Diese kann aufgrund der Beziehung zum Modell des gerichtlichen Verkaufs nach Satz 1 des Art 115 Abs 2 folglich als

---

<sup>28</sup> Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 90.

<sup>29</sup> Dabei werden vom Gesetz spezielle Regelungen bez dieser Güter festgelegt, zB hinsichtlich der Garantiefrist. Vgl dazu unten unter Punkt 5.1 II).

<sup>30</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 2.2 (I).

<sup>31</sup> Dazu die spanische Bestimmung Art 115 Abs 2: „*Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.*”

Versteigerung, die durch einen offiziellen Auktionator durchgeführt wird, verstanden werden.<sup>32</sup>

In Spanien wurde auf diese Weise eine neue Art von Versteigerungen eingeführt, die so nicht in der Richtlinie enthalten ist. Die RL geht im Vergleich dazu lediglich von einer öffentlichen Versteigerung aus. Dabei verfolgt sie die Idee, dass diese an einem zuvor publizierten Tag und Ort öffentlich durchgeführt wird, wobei die Güter und deren Eigenschaften ebenfalls zuvor der Öffentlichkeit präsentiert werden. Zudem muss es sich bei diesen Gütern um gebrauchte Sachen handeln und dem Verbraucher die Möglichkeit offen stehen, an der Versteigerung persönlich teilzunehmen. Die im LGDCU nF normierte verwaltungsrechtliche Versteigerung weist somit eine gewisse Abweichung zur Richtlinienkonzeption auf, weshalb es kaum sinnvoll erscheint, solche Versteigerungen vom Anwendungsbereich des LGDCU nF auszuschließen, da der Ausschluss durch dieses neue Element selbst nicht bestimmt werden kann. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass lediglich öffentliche Versteigerungen iSd Art 56 LOCM auszuschließen sind, da sowohl gerichtliche als auch administrative Versteigerungen unter diesen Begriff der öffentlichen Versteigerung subsumiert werden.<sup>33</sup> Klar erscheint zumindest, dass der Verbraucher die Möglichkeit haben muss, bei der Versteigerung persönlich anwesend sein zu können. Dabei muss von einer faktischen Möglichkeit der Anwesenheit ausgegangen werden. Dieser Zusatz scheint allerdings aus Sicht einer öffentlichen Versteigerung entbehrlich, da grundsätzlich der Terminus „öffentlich“ bereits die Möglichkeit einer persönlichen Anwesenheit impliziert. Der Anwesenheit eines Verbrauchers ist jene der gesetzlichen Vertretung gleichzusetzen.<sup>34</sup>

Das Produkt iSd LGDCU nF muss beweglich sein. Dabei kann dieses Gut jeglicher Art sein, ob neu oder gebraucht, verderblich, haltbar, verbrauchbar, unvertretbar, ob Medikament oder Auto etc.<sup>35</sup> Der Erwerb von Liegenschaften unterliegt hingegen nicht dem Schutz durch das allgemeine Konsumentenschutzgesetz. Allerdings wurde diese Beschränkung auf bewegliche Güter intensiv bei der Entwicklung des Sondergesetzes

---

<sup>32</sup> Vérguez, La Protección 42. Dies resultiert aus einer systematischen Interpretation des Art 115 Abs 2.

<sup>33</sup> Vérguez, La Protección 42f.

<sup>34</sup> Dieser schlüssigen Ansicht auch *del Lirio Martín García*, Aspectos publicitarios de la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo, Revista de Derecho Privado 2004, 329.

<sup>35</sup> *Marín López*, Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, Actualidad Civil 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (20.08.2007).



LGVCB diskutiert. Zum Teil wurde dabei kritisiert, dass durch die Beschränkung der Käufer einer preiswerten beweglichen Sache gegenüber dem Käufer einer doch in der Regel hochpreisigen Liegenschaft bevorzugt wird,<sup>36</sup> da die auf den Kauf von unbeweglichen Sachen anzuwendenden Bestimmungen den Verbraucher schlechter stellen würden als jene des LGDCU nF. Schon alleine aus diesem Grund wurde die Einbeziehung von unbeweglichen Gütern in den Anwendungsbereich des LGDCU von einem Teil der Lehre gefordert.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber konnte sich jedoch nicht zu einer Aufnahme der unbeweglichen Güter in der Definition des Produktes nach Art 6 durchringen. Der Ausschluss dieser erschien aufgrund der vielmehr auf austauschbare Güter zugeschnittenen Regelungen als treffend. Kaufverträge über unbewegliche Sachen unterliegen somit nicht dem LGDCU nF, sondern zum Teil dem Anwendungsbereich eines eigenen Gesetzes, dem *Ley de Ordenación de la Edificación* (im Folgenden „LOE“), welches Bestimmungen über den Bau und der Errichtung von Gebäuden und einer daraus folgenden Haftung sowie über Verpflichtungen von Agenten und Immobilienmaklern enthält. Da Liegenschaften jedoch nach einem königlichen Dekret<sup>38</sup> auch als haltbare Waren anzusehen sind, unterliegen diese ebenso Bestimmungen des LGDCU nF.<sup>39</sup> Demnach besteht für solche Güter nach Art 126 eine Garantiepflicht, welche schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss.<sup>40</sup> Zudem ist das LOE nur dann anwendbar, wenn es sich um bebaute Immobilien handelt, weshalb der Grundstückskauf nicht darunter subsumierbar ist. Bei Unanwendbarkeit des LOE sind die generellen Normen über verdeckte Mängel und deren Beseitigung des CC<sup>41</sup> anzuwenden.<sup>42</sup>

Der größte Unterschied zwischen diesen Normen ist dabei die verschieden lange Schutzfrist. Nach den Bestimmungen des CC genießt der Käufer lediglich eine

---

<sup>36</sup> *García Rubio*, La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, *Diario La Ley* 2003, 1529ff.

<sup>37</sup> ZB Vorschläge der Sozialistischen Gruppierung im Parlament, vgl dazu die Novellierungsvorschläge Nr. 35 und 45 für das *Ley de Garantías* in BOCG, Congreso de los Diputados, Seria A, Nr. 117-12, vom 25.02.2003, abrufbar unter [www.congreso.es](http://www.congreso.es) (Zugriff am 5. Dezember 2007)

<sup>38</sup> Real Decreto 1507/2000.

<sup>39</sup> Vgl auch *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff, bezüglich des LGVCB und der Beziehung zu den Regeln im LGDCU aF.

<sup>40</sup> Zur Garantiepflicht bei haltbaren Waren siehe unten unter Punkt 7.2 (II).

<sup>41</sup> Art 1484ff CC, das alte Konzept der *saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida*.

<sup>42</sup> *Tamayo Carmona*, Ley 23/2003, de 10 julio, de garantías en la venta de bienes de consumo: Régimen de plazos y derechos del consumidor, in *Reyes López* (Hrsg), *La Ley 23/2003 de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro* (2005) 211ff.

sechsmonatige Schutzfrist zur Geltendmachung der aus dem Kauf einer mangelhaften Sache erwachsenden Rechte.<sup>43</sup> Im LOE wiederum ist die Gewährleistungspflicht auf ein Jahr begrenzt, also in der Regel kürzer als die Schutzfrist des LGDCU nF, welche nach Art 123 für neue Sachen zumindest zwei Jahre und für gebrauchte zumindest ein Jahr beträgt.<sup>44</sup> Nichtsdestotrotz blieb es weiterhin fraglich, ob unbewegliche Güter unter den Anwendungsbereich des LGVBC bzw LGDCU nF fallen, da sie wie schon zuvor erwähnt, als haltbare Waren bezeichnet werden können und auf diese im Gesetz Art 126 Bezug genommen wird.<sup>45</sup> Bewegliche Güter, die Teil einer Liegenschaft sind und notwendige Elemente zum Anschluss der Liegenschaft an die Wasser-, Strom- und Gasversorgung darstellen, fallen nicht unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF, da diese zu stark mit der Immobilie verbunden sind.<sup>46</sup>

Im Gegensatz zu den beiden Definitionen des Verbrauchsgutes sowohl in der RL als auch im LGVBC wird nach Art 6 nicht ausdrücklich geklärt, ob lediglich körperliche oder aber auch unkörperliche Güter als Produkt iSd Gesetzes angesehen werden. Immaterielle bzw unkörperliche Güter sind sowohl Rechte als auch die Elektrizität und die Software, somit alle nicht wahrnehmbaren Sachen. Nach Art 335 CC, auf den in Art 6 verwiesen wird, gibt es keine eindeutigen Anhaltspunkte, um unkörperliche Gegenstände vom Anwendungsbereich auszuschließen.<sup>47</sup> Im Gegensatz dazu waren immaterielle Güter nach der im LGVBC verwendeten Definition bisher vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>48</sup> Die so bestehende Unbestimmtheit lässt zwei Argumentationen zu: Zum einen, dass unkörperliche Gegenstände vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen, da ein solcher Ausschluss bisher ausdrücklich im LGVBC und in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie verankert war. Zum anderen, dass nur gewisse unkörperliche Sachen die nach dem LGDCU nF ausdrücklich aufgezählt werden, wie die Elektrizität<sup>49</sup>, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden sollen. Der Verweis auf Art 335 CC scheint vom spanischen

---

<sup>43</sup> Siehe dazu Art 1490 CC: „Die Ansprüche [...] erlöschen in sechs Monaten, gerechnet von der Übergabe der verkauften Sache.“ Übersetzung von *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 275.

<sup>44</sup> Zu den Fristen siehe unten unter Punkt 5 (II).

<sup>45</sup> Vgl dazu unter Punkt 7.2 (II).

<sup>46</sup> *Reyes López*, La Ley 23/2003 162, bezüglich des LGVBC.

<sup>47</sup> Eine spezielle Regelung für unkörperliche Güter existiert im gesamten Zivilgesetzbuch nicht.

<sup>48</sup> Nach Art 1 LGVBC waren Konsumgüter „...alle beweglichen, **körperlichen** Güter die für den privaten Konsum bestimmt waren.“ [Hervorhebung des Verfassers].

<sup>49</sup> Bezüglich des Ausschlusses der Elektrizität siehe gleich im Anschluss.

Gesetzgeber bewusst gewählt worden zu sein, weshalb ganz allgemein auch unkörperliche Sachen unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF fallen sollen. Jedoch werden, wie schon zuvor erwähnt, gewisse unkörperliche Güter davon ausgenommen, wie beispielsweise Strom. Aufgrund des Mindestschutzcharakters der RL nach Art 8 Abs 2, wonach strengere nationale Bestimmungen zur Erzielung eines höheren Verbraucherschutzniveaus stets zulässig sind, ist diese Miteinbeziehung der unkörperlichen Gegenstände unter den Anwendungsbereich auch aus Sicht der Richtlinienkonformität nicht weiter problematisch. Daraus kann geschlossen werden, dass auch die *Software* als Produkt iSd LGDCU nF angesehen werden kann, wobei unter *Software* sowohl Computerprogramme als auch -daten zu verstehen sind. Bislang war in der Lehre umstritten, ob die *Software* als unantastbares Gut dem Terminus immateriell gleichzusetzen ist und somit dem Schutzbereich des LGVBC entzogen wird. Obwohl beide Bezeichnungen, unantastbar und immateriell, fast ident miteinander sind, verteidigte die spanische Lehre den Ansatz, dass darauf die Bestimmungen des LGVBC anzuwenden sind.<sup>50</sup>

## 2.2.2 Ausschluss der Anwendung des LGDCU nF nach Art 115 Abs 2

Der spanische Gesetzgeber macht nach Art 115 Abs 2 von der Möglichkeit Gebrauch, gewisse Güter als auch Erwerbshandlungen von der Anwendung auszuschließen, so wie dies Art 1 Abs 2 der RL normiert und einen solchen Ausschluss den Mitgliedstaaten freistellt. Hervorzuheben ist jedoch, dass im Vergleich zur Richtlinie nicht die Eigenschaft als Verbrauchsgut negiert sondern lediglich bestimmt wird, dass in solchen Fällen die Vorschriften des LGDCU nF nicht zur Anwendung kommen.<sup>51</sup> Der

---

<sup>50</sup> Vgl *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1531, die sich eine explizite Regelung der Software gewünscht hätte; sowie *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 197. Zudem wurde die Miteinbeziehung der *Software* damit begründet, dass die *Software* Platz auf einer Harddisk des Computers einnimmt, welche wiederum als bewegliches, körperliches Gut unter den Anwendungsbereich des LGVBC gefallen ist. Auch bezüglich der *Software* konnte schließlich argumentiert werden, dass im Moment der Implementierung auf einem Computer die *Software* für den Verbraucher greifbar wird und so die Datenflut minimalisiert und auf ein bestimmtes Maß auf einem PC begrenzt wird, ähnlich der Einschränkungen bei Wasser und Gas.

<sup>51</sup> Die Richtlinie definiert Verbrauchsgüter als „...bewegliche, körperliche Gegenstände, mit Ausnahme von – Gütern, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft...“, vgl dazu oben unter Punkt 2.2 (I). Im Gegensatz dazu definiert der spanische Gesetzgeber das Produkt in Art 6. Ein Ausschluss der Anwendung erfolgt in Art 115 Abs 2: „...das in diesem Gesetz Vorgesehene nicht auf Güter, die in einem gerichtlichen Verkauf erworben wurden, zur Anwendung gelangt...“.

Ausschluss erfolgt somit aufgrund der speziellen Erwerbsart und nicht aufgrund der fehlenden Qualifikation als Verbrauchsgut.<sup>52</sup>

Demnach kann der Verbraucher die gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsrechte dann nicht geltend machen, wenn er das Produkt mittels gerichtlichem Verkauf erworben hat, da dem Verbraucher bei dieser Erwerbsart spezielle, eigenständige Garantien zur Verfügung stehen.<sup>53</sup> Als gerichtlicher Verkauf können sowohl Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Folge einer Pfändung etc. als auch andere gerichtliche Maßnahmen verstanden werden, welche durch einen Richter durchgeführt, nach seiner Anordnung ausgeführt oder durch autorisierte Personen in einem gerichtlichen Verfahren geleitet werden.<sup>54</sup>

Allerdings ist diese Regelung dem spanischen Rechtssystem nicht neu. Einen ähnlichen Ausschluss normiert schließlich Art 1489 CC<sup>55</sup> hinsichtlich verdeckter Mängel bei Kaufverträgen durch gerichtliche Verkäufe, wobei in solchen Fällen eine Schadenersatzhaftung unweigerlich ausgeschlossen ist.<sup>56</sup> Jedoch bleiben alle anderen Behelfe hinsichtlich verdeckter Mängel, also auch die Gewährleistungsbehelfe nach den Art 1484ff CC, anwendbar und stehen dem Käufer bei einem gerichtlichen Verkauf zu. Demnach fallen diese zwar nicht unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF, allerdings kann der Verbraucher die ädilizischen Klagen nach den allgemeinen Bestimmungen des spanischen CC geltend machen. Somit wird der Verbraucher im Vergleich zum LGDCU nF besser gestellt, da er nicht schutzlos bleibt.<sup>57</sup>

Ebenso sind die Bestimmungen des LGDCU nF gemäß Art 115 Abs 2 nicht auf den Kauf von Wasser und Gas anzuwenden, wenn diese nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind.<sup>58</sup> Demnach fallen Wasser- und Gasflaschen<sup>59</sup> aller Art sehr wohl unter den Anwendungsbereich des

---

<sup>52</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 43f.

<sup>53</sup> *del Lirio Martín García*, Revista de Derecho Privado 2004, 329.

<sup>54</sup> *Vérgez*, La Protección 41.

<sup>55</sup> Art 1489 CC bestimmt: „Bei gerichtlichen Verkäufen besteht niemals eine Haftung für Schäden und Nachteile...“, Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 275.

<sup>56</sup> *Vérgez*, La Protección 39.

<sup>57</sup> *Vérgez*, La Protección 40f, hinsichtlich der gleichen Bestimmung im bisher geltenden LGVBC, der schon damals eine Angleichung der Vorschriften forderte.

<sup>58</sup> Dabei wird die RL-Formulierung des Ausschlusses beinahe wortwörtlich übernommen.

<sup>59</sup> Zu denken ist dabei an Sauerstoff- bzw. Btutanflaschen.

Verbraucherschutzgesetzes. Somit folgt der spanische Gesetzgeber der Richtlinienvorgabe und übernimmt diese Option des Ausschlusses. Zudem soll auch der Kauf von Strom bzw Elektrizität nach Art 115 Abs 2 ausgeschlossen sein.<sup>60</sup> Dieser Ausschluss wurde schon bezüglich des in der Richtlinie normierten Ausschlusses zum Teil heftig in der Lehre kritisiert. Dabei war man der Meinung, dass zwar eine wörtliche Interpretation klar für den Ausschluss der Elektrizität als Ganzes spricht, jedoch aus teleologischer Sicht von einem gleichen Ansatz wie beim Kauf von Wasser und Gas ausgegangen werden kann. Zu denken ist dabei vorrangig an Batterien bzw Akkumulatoren, welche Strom bzw Elektrizität speichern.<sup>61</sup>

Wie schon zuvor erwähnt, kommt es gemäß Art 115 Abs 2 beim Kauf von gebrauchten Gütern in administrativen Versteigerungen, bei denen ein Verbraucher persönlich anwesend sein konnte, ebenfalls zum Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach dem Verbraucherschutzgesetz.

#### Exkurs: Tiere als Sachen (animales)

Das LGDCU nF enthält, wie auch schon das LGVBC, keine explizite Regelung über den Erwerb von Tieren und einer etwaigen Mängelhaftung. In Folge dessen ist ein Blick auf die allgemeinen Regelungen im CC hilfreich, im Speziellen auf die Art 335 und 1491ff. Zum einen können Tiere nach Art 335 CC als beweglich eingestuft werden, da sie ohne Schaden an der unbeweglichen Sache, mit der sie verbunden waren, von einem Ort zum anderen geschafft werden können.<sup>62</sup> Zum anderen wird nach den Art 1491ff CC auf die allgemeinen Gewährleistungsregeln des CC auch beim Kauf eines Tieres verwiesen.<sup>63</sup> So steht dem Käufer für den Fall, dass ein Mangel diesen zur Wandlung

---

<sup>60</sup> *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2275ff, sieht jedoch die Elektrizität als bewegliches, körperliches Gut an, weshalb diese eine andere Erklärung zum schon im LGVBC geregelten Ausschluss der Elektrizität liefert. „Die Verträge, die über die Elektrizität abgeschlossen werden, generieren Leistungen, die mit einem „**Machen**“ charakterisiert werden können, was dazu führt, dass diese geleistet und nicht „**gegeben**“ werden müssen und als Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des LGDCU nF ausgeschlossen sind.“ [Herv. durch Verf.]; in diesem Sinne auch *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2049.

<sup>61</sup> Dieser Ansicht auch *Vérgez*, La Protección 36, die Art 115 Abs 2 auch für Batterien analog anzuwenden versucht; ferner *Tamayo Carmona* in *Reyes López*, La Ley 23/2003 211ff, welcher die Elektrizität auf der einen Seite und Generatoren bzw Akkumulatoren auf der anderen Seite als verschiedene Sachen betrachtet.

<sup>62</sup> *García-Cruces*, Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Estudios de derecho Judicial 2004, 75ff. Siehe dazu auch oben unter Punkt 2.2 (II).

<sup>63</sup> Dabei bestimmt Art 1491 CC: „*Werden zwei oder mehrere Tiere zusammen verkauft, sei es zu einem Pauschalpreis, sei es unter Bezeichnung eines Preises für jedes einzelne von ihnen, so gibt ein zur*

berechtigt, nach Art 1499 CC auch eine Preisminderung zu.<sup>64</sup> Obwohl Tiere bzw Vieh Objekte von kommerziellen Aktivitäten sein können und eine gewisse rechtliche Gleichstellung mit Sachen aufweisen, muss doch deren Besonderheit speziell beachtet werden. Deshalb wäre eine besondere Bestimmung für Tierkäufe im Verbraucherschutzgesetz sehr hilfreich gewesen. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei Tieren auch um bewegliche Sachen handelt, fallen diese unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF. Auch *García Rubio* ist dieser Meinung und sieht Tiere ebenso als Verbrauchsgüter iSd LGVBC bzw als Produkte iSd LGDCU nF, weshalb sich der Verbraucher beim Kauf eines mangelhaften Tieres auf die Ansprüche des Gewährleistungsrechts stützen kann.<sup>65</sup>

Bleibt demnach nur die Frage, inwieweit Tiere neue oder gebrauchte Sachen iSd LGDCU nF darstellen. Die Frage ist deshalb von essentieller Bedeutung, da hinsichtlich gebrauchter Güter Spezialvorschriften<sup>66</sup> bestehen, zB eine mögliche vertragliche Verkürzung der Garantiefrist von zwei Jahren auf ein Jahr.<sup>67</sup> Sowohl die Richtlinie als auch das spanische LGDCU nF lassen Interpretationshilfen vermissen, da in keiner dieser Normen Bezug auf den Kauf eines Tieres genommen wurde. Eine exakte Trennung ist aufgrund des verschiedenen Nutzens, welchen der Käufer mit dem Kauf des Tieres verfolgt, kaum möglich. Allerdings muss beachtet werden, dass der Kauf von Nutztieren zur Bewirtschaftung des Hofes nicht als Verbrauchergeschäft gewertet werden kann, da es an der notwendigen Verbraucherqualifikation des Käufers mangelt. Sind die Tiere dabei nur für die Eigenversorgung des Käufers und deren Familie vorgesehen, muss allerdings ein Verbraucherkauf angenommen werden. Folglich kann dann ein Tier als neue Sache betrachtet werden, wenn dieses Tier zuvor nicht bereits

---

*Wandlung berechtigender Fehler eines jeden Tieres nur Raum für die es betreffende Wandlung, und nicht hinsichtlich der anderen,...*“, Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 275.

<sup>64</sup> Dabei wird im speziellen auf die in Art 1486 CC statuierten Behelfe, auf das Recht zur Preisminderung und Wandlung, verwiesen. Art 1499 CC bestimmt: „*Beim Verkauf von Tieren und Vieh mit Mängeln, die zur Wandlung berechtigen, steht dem Käufer auch die in Artikel 1486 genannte Befugnis [Preisminderung] zu...*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 276.

<sup>65</sup> *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1529ff, sieht den professionellen Tierversauf als wirtschaftlich nicht unbedeutende Aktivität an.

<sup>66</sup> So auch der Ausschluss der Gewährleistungsregeln beim Kauf von gebrauchten Gütern bei Versteigerungen iSd Art 115 Abs 2, vgl dazu oben unter Punkt 2.2.2 (II).

<sup>67</sup> Siehe dazu unten unter Punkt 5.1 (II).

zum gleichen Nutzen gebraucht bzw verwendet wurde, zB eine erstmalige Verwendung als Nutztier zur Eigenversorgung.<sup>68</sup>

### Sonderregelung bei haltbaren Waren (productos de naturaleza duradera)

Im spanischen Gewährleistungsrecht wird nicht nur auf das Verbrauchsgut bzw das Produkt eingegangen, sondern es taucht noch ein anderer Sachbegriff auf, nämlich jener der haltbaren Waren. Sowohl das LGDCU aF als auch die neue Fassung erwähnt diesen Produktbegriff, weshalb es bereits zu Kollisionen mit der im LGVBC verwendeten Definition des Verbrauchsgutes kam.<sup>69</sup> Diese Begriffe müssen jedoch aus gesetzlicher Sicht stets getrennt werden, womit schließlich zwei Arten von Gütern im Gewährleistungsrecht existieren und geregelt werden.<sup>70</sup> Ein Blick auf die Entwicklung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie lässt erkennen, dass sich auch der europäische Gesetzgeber mit haltbaren Waren beschäftigt hat und über deren Regelung diskutierte.<sup>71</sup> In Spanien werden haltbare Waren als langlebige Güter verstanden, die in der königlichen Verordnung 1507/2000<sup>72</sup> aufgelistet sind. Darunter fallen vor allem Möbel, Autos, Elektrowaren, sowie die Software und schließlich Liegenschaften. Dies führte aufgrund des Ausschlusses der Gewährleistungsregeln beim Kauf von Liegenschaften nach dem LGVBC zu Schwierigkeiten. Bislang normierte das LGDCU aF eine Pflicht des Herstellers oder Lieferanten zur Garantieabgabe bei haltbaren Waren, welche in Art 11 Abs 2 LGDCU aF geregelt wurde.<sup>73</sup> Im Gegensatz dazu wurden haltbare Waren im LGVBC lediglich in dessen Art 11 Abs 5 erwähnt, der in Bezug auf diese die Schriftlichkeit der Garantieerklärung verlangte,<sup>74</sup> wobei zwar keine generelle Pflicht zur Garantieabgabe bestand, allerdings die Form der Einräumung genauer geregelt wurde. Durch diese im LGVBC enthaltene Bestimmung kamen erhebliche Zweifel über die Grenze des Anwendungsbereiches auf. Da die Regelung des LGDCU aF weiterhin

---

<sup>68</sup> Eine eindeutige Lösung ist aber auch nach diesen Gesichtspunkten kaum möglich, weshalb eine gesetzliche Bestimmung von großem Nutzen gewesen wäre.

<sup>69</sup> Art 11 Abs 2 LGDCU aF spricht von sogenannten *bienes de naturaleza duradera*, bei deren Kauf eine selbständige Garantie gewährleistet werden musste.

<sup>70</sup> Vgl auch *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff, die jedoch in der Praxis kaum eine Differenzierung zwischen beiden Produktarten sieht.

<sup>71</sup> Grünbuch, KOM (95), wonach Verbrauchsgüter nur langlebige Sachen sein konnten. Davon wurde letztlich wieder abgegangen. Siehe dazu oben unter Punkt 2.2 (I).

<sup>72</sup> Siehe dazu den Anhang 2 der Königlichen Verordnung 1507/2000.

<sup>73</sup> Art 11 Abs 2 LGDCU aF: „*En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que , formalizada por escrito, expresará necesariamente...*“.

<sup>74</sup> Art 11 Abs 5 LGVBC sah dementsprechend bei haltbaren Sachen vor, dass „...*die kommerzielle Garantie und die Rechte die dieses Gesetz beim Vorliegen einer fehlenden Vertragskonformität dem Verbraucher einräumt, immer schriftlich oder auf irgendeinem dauerhaften Träger abgegeben wird.*“

neben dem LGVBC anwendbar war, wurde Art 11 Abs 2 LGDCU aF nicht derogiert. Interpretative Zweifel entstanden dadurch, dass zum einen das LGVBC auf „*bewegliche, körperliche Güter*“ verwies, zugleich jedoch eine Bestimmung für haltbare Waren enthielt. Zum anderen nahm das LGDCU aF auf haltbare Waren Bezug, worunter auch die Software und Liegenschaften zu subsumieren waren. Somit stellte man sich die Frage, inwieweit auch haltbare Waren unter den Anwendungsbereich des LGVBC fallen konnten.<sup>75</sup>

Der spanische Gesetzgeber versuchte die dadurch entstandenen Zweifel durch den Erlass einer neuen Vorschrift in Art 126 zu beseitigen. Dabei stellt dieser Artikel klar, dass hinsichtlich haltbarer Güter eine Garantiepflicht besteht, jedoch aber auf den weiteren Bestand der gesetzlichen Gewährleistungsrechte hingewiesen werden muss.<sup>76</sup> Zudem muss nach der gewählten Gesetzesformulierung davon ausgegangen werden, dass die gesetzlich gewährten Gewährleistungsbehelfe gegenüber der vertraglich verpflichtenden Garantie unabhängig und kompatibel sind.<sup>77</sup>

### 2.2.3 Verträge (contratos)

Im Vergleich zu anderen Regelungsbereichen stellt Art 115 Abs 1 eindeutig klar, welche Verträge unter den Anwendungsbereich des neuen Gesetzes fallen sollen. Dabei erwähnt der spanische Gesetzgeber explizit den normalen Kaufvertrag<sup>78</sup> sowie den Werklieferungsvertrag, bei dem hergestellte oder erzeugte Produkte geliefert werden, unabhängig davon welche Partei die zur Herstellung benötigten Stoffe bereitgestellt hat. Allerdings kommt es nach Art 116 Abs 3 zu einem Haftungsausschluss für den Fall, dass die Vertragswidrigkeit auf einem vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Stoff

---

<sup>75</sup> Mehr dazu bei *Pita Ponte*, Las garantías en la venta de bienes de consumo. El alcance de la Directiva en la práctica: el punto de vista de los consumidores, in *Universidad de Santiago de Compostela* (Hrsg), *Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (2004) 289ff.

<sup>76</sup> Zur speziellen Garantiepflicht nach Art 126 siehe unten unter Punkt 7.2 (II).

<sup>77</sup> Vgl dabei die Wortwahl des Art 126: „*En los productos de naturaleza duradera deberá entregarse en todo caso al consumidor, formalizada por escrito o en cualquier soporte duradero aceptado por el consumidor y usuario, y con el contenido mínimo previsto en el artículo anterior, la **garantía comercial** en la que **constará expresamente los derechos que este título concede al consumidor y usuario ante la falta de conformidad con el contrato y que éstos son independientes y compatibles con la garantía comercial.***“ [Herv. durch Verf.]

<sup>78</sup> Das war bislang nicht der Fall, da im LGVBC der Kaufvertrag nicht explizit erwähnt wurde, obwohl dieser das Zentrum des Anwendungsbereiches des Garantierechts darstellt. Lediglich durch die Erwähnung im Titel des Gesetzes, welches sich auf Garantien im Verkauf bezogen hatte, und die bezüglich des subjektiven Anwendungsbereich auf den Kauf von Verbrauchsgütern gemachten Referenzen, ließ auf die Anerkennung des Kaufvertrages als wesentliches Objekt der Gewährleistungsbestimmungen schließen, siehe dazu auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 45f.



basiert.<sup>79</sup> Schon hinsichtlich des LGVBC sah *Castilla Barea* durch diese Bestimmung die Anwendung von Werkverträgen - *contratos de obras muebles*<sup>80</sup>- bejaht, da der Terminus „*Verbrauchsgüter, die hergestellt oder erzeugt werden müssen*“ grundsätzlich das von einem Werkvertrag verfolgte Ziel beschreibt. Zusätzlich wurde sie in ihrer Argumentation durch Art 3 Abs 3 LGVBC bestätigt, da dieser die Haftung des Verkäufers für eine fehlende Vertragskonformität des Verbrauchsgutes ausgeschlossen hat, für den Fall, dass diese ihren Ursprung in den vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Materialien hat.<sup>81</sup> Diese Terminologie wird weiterhin wortgleich in Art 115 Abs 1 verwendet, weshalb die Anwendung der Bestimmungen auf Werkverträge nach wie vor nicht explizit geregelt wurde und eine solche Anwendung demnach nur durch Auslegung bzw Rechtsprechung gelöst werden kann.

Die im LGDCU nF ausdrücklich erwähnten Vertragsarten, Kaufvertrag und Werklieferungsvertrag, dürfen nicht als eine vollständige Aufzählung angesehen werden. Wie schon zur Richtlinie ausgeführt, sind andere Vertragstypen durchaus als anwendbar anzusehen.<sup>82</sup> Naheliegend ist dabei der Tausch, der eine Sonderform des Kaufvertrages im allgemeinen Zivilrecht darstellt.<sup>83</sup> Aufgrund dieses Naheverhältnisses mit dem Kaufrecht ist die Anwendbarkeit der Gewährleistungsregeln auf den Tausch sinnvoll und nachvollziehbar.<sup>84</sup> Denkbar wäre zudem die Anwendung des LGDCU nF sowohl bei Mietverträgen<sup>85</sup> als auch bei gemischten Verträgen immer dann, wenn es zum Austausch Verbrauchsgut gegen Entgelt kommt. Fraglich ist hingegen auch die

---

<sup>79</sup> Siehe dazu unter Punkt 3.6 (II).

<sup>80</sup> Der Werkvertrag wird in Art 1544 CC näher definiert: „*Bei der Gewährung von Werk- oder Dienstleistungen verpflichtet sich eine der Parteien, zu einem bestimmten Preis eine Werkleistung zu erbringen...*“, Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 284. Zudem enthält der CC Spezialvorschriften für den Werkvertrag, vgl Art 1588 bis 1600 CC.

<sup>81</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 46f, die dabei klarstellt, dass nicht die Einbeziehung des Werklieferungsvertrages kritisiert wird, sondern lediglich die scheinbar vorgenommene Identifikation des Lieferungsvertrages mit der Notwendigkeit einer Herstellung oder Erzeugung von Gütern. Ähnlicher Ansicht ist auch *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff, der die Ursache für die explizite Erwähnung des Werklieferungsvertrages im LGVBC die von der Richtlinie verwendete Terminologie sieht.

<sup>82</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 2.2 **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** (I).

<sup>83</sup> Vgl dazu Art 1541 CC, der auf den Tausch, soweit nicht andere Regelungen vorgesehen sind, die Bestimmungen des Kaufvertrages anwendbar erklärt.

<sup>84</sup> In diesem Sinne auch *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (10.12.2007); sowie *Vérez*, *La Protección* 30f; ferner *Reyes López*, *La Ley* 23/2003 141.

<sup>85</sup> Dies aufgrund der im Art 1553 CC geregelten Anwendung der allgemeinen, beim Kaufvertrag geltenden, Gewährleistungsrechte bei Mietverträgen: „*Für den Überlassungsvertrag gelten die Mängelbeseitigungsvorschriften im Titel über den Kauf.*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 286; *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (10.12.2007).

Anwendung der Gewährleistungsregeln auf Leasing-Verträge. Steht dabei die Kaufoption des Verbrauchers im Vordergrund, wird der Verbraucher wohl die im LGDCU nF geregelten Ansprüche geltend machen können. Auf jeden Fall von der Anwendung ausgeschlossen bleiben Dienstleistungen, also jede Aktivität des Machens, für den Fall, dass diese selbst einen eigenständigen Vertragszweck darstellen.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Vgl dazu *Vérgez*, La Protección 30f, die Dienstleistungen jedoch dann unter den Anwendungsbereich subsumieren will, wenn ein Kauf gleichzeitig die Leistung eines Machens beinhaltet, wie dies im Art 116 Abs 2 vorgesehen ist.



### 3. Vertragsmäßigkeit (conformidad con el contrato)

Der europäische Gesetzgeber hat durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie das Prinzip der Vertragsmäßigkeit eingeführt, wobei es sich um ein Vermutungsprinzip handelt, da bei Erfüllung gewisser Kriterien die Vertragsmäßigkeit der Leistung vermutet wird.<sup>87</sup> Die Mitgliedstaaten wurden demnach verpflichtet, dieses Prinzip in ihre nationalen Regelungen umzusetzen.

Dieses neue Prinzip der Vertragsmäßigkeit löste in Spanien die alte „Konzeption der verdeckten Mängel“ und der daraus folgenden ädilischen Klagen des CC ab. Dabei geht man im CC vom Vertrag als Band zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern, welches Verbindlichkeiten und Pflichten erzeugt, aus. Eine vertragliche Haftung ergibt sich durch die Nichterfüllung der aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen. Jedoch kommt es nur dann zur Haftung, wenn bestimmte Verhaltenspflichten der Vertragspartner schuldhaft nicht erfüllt werden und somit die Nichterfüllung dem Schuldner gegenüber als verwerflich angesehen werden kann.<sup>88</sup> Demgegenüber geht die Lehre beim neuen Prinzip der Vertragsmäßigkeit von einer Garantie für das Resultat aus, woraus in Folge dessen aus dem angelsächsischen Konzept des Vertragsbruches die vertragliche Haftung abgeleitet wird.<sup>89</sup>

#### 3.1 Generelles Prinzip

„Der Verkäufer ist verpflichtet vertragskonforme Produkte dem Verbraucher zu übergeben.“<sup>90</sup>, so beschreibt Art 114 die allgemeine Pflicht zur vertragskonformen Leistung des professionellen Verkäufers. Darin wird weiter ausgeführt, dass der Verkäufer „gegenüber dem Verbraucher für jede fehlende Vertragskonformität haftet, die im Zeitpunkt der Übergabe des Produktes existiert.“<sup>91</sup> Somit führt dieses Prinzip zu

---

<sup>87</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3 (I).

<sup>88</sup> *Avilés García*, Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Actualidad Civil* 2000, 1189f.

<sup>89</sup> *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1189.

<sup>90</sup> Eigene Übersetzung des Art 114: „*El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.*“

<sup>91</sup> Diese beiden Verpflichtungen wurden bisher nicht in einem formuliert, da das LGVBC diese noch streng voneinander trennte. Aufgeteilt waren beide Pflichten in dessen Art 1 (vertragskonforme Leistung) und Art 4 (Haftung), was schon damals zu Kritik führte. So kritisierte auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 74, diese systematische Schwäche des LGVBC, da diese die

zwei Verpflichtungen für den Verkäufer, nämlich einerseits zur Pflicht der vertragskonformen Leistung, und andererseits im Falle einer vertragswidrigen Leistung zur Pflicht der Gewährleistung, primär zur Herstellung des vertraglich vereinbarten Zustandes.

Trotz des Abgehens von der alten juristischen Tradition ist das Prinzip der Vertragsmäßigkeit weder im spanischen Garantierecht noch in der Richtlinie genauer definiert worden. Ungeachtet dessen lässt sich aufgrund der in Art 116 aufgezählten Kriterien der Vertragsmäßigkeit eine Generaldefinition gewinnen. Folglich gleicht die Vertragskonformität der exakten Entsprechung, Angemessenheit oder Identität zwischen der im Vertrag vorgesehenen und der effektiv durchgeführten Leistung durch den Verkäufer.<sup>92</sup> Durch die Einführung dieses Prinzips ergibt sich eine gewisse Novität, die der spanischen Lehre bisher im allgemeinen Zivilrecht fremd war. Wie schon zuvor zur RL erwähnt, hatte das UN-Kaufrecht großen Anteil an der Entwicklung des Prinzips der Vertragsmäßigkeit.<sup>93</sup> Da das UN-Kaufrecht in Spanien im Jahr 1991 ratifiziert wurde<sup>94</sup>, kann jedoch nicht vollends von einer Neuerung gesprochen werden.<sup>95</sup> Die Vertragskonformität kann als weitreichender als die alte Konzeption des verdeckten Mangels des CC<sup>96</sup> angesehen werden, da nicht nur diese Mängel, sondern jede andere Art von Abweichung des zwischen den Parteien festgelegten vertraglichen Programms davon absorbiert werden. Somit erfasst das Prinzip der Vertragsmäßigkeit Defekte bzw Mängel der Qualität der verkauften Sache, die Lieferung einer anderen als vertraglich vereinbarten Sache - Aliudlieferung (*aliud pro alio*) – als auch Quantitätsunterschiede, folglich alle Fälle von Nichterfüllung des Vertrages, mit Ausnahme des Falles der nicht stattgefundenen Übergabe der Sache.<sup>97</sup>

---

vertragskonforme Leistung als Basis der Haftung des Verkäufers sieht, und erst eine Nichterfüllung der vertragskonformen Leistung die Haftung folglich erzeugt.

<sup>92</sup> Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 66.

<sup>93</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3 (I).

<sup>94</sup> Vgl dazu Boletín oficial de Estado, BOE, vom 30. Januar 1991.

<sup>95</sup> Da zudem Art 11 LGDCU aF bereits teilweise das Konzept der Vertragsmäßigkeit beinhaltetete.

<sup>96</sup> Vgl Art 1484 CC: „Der Verkäufer ist wegen der verborgenen Mängel, die die Sache hat, zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn die Sache wegen der Mängel sich nicht mehr zum vorgesehenen Gebrauch taugt, oder wenn diese den Gebrauch dergestalt einschränken, dass der Käufer, hätte er sie gekannt, die Sache nicht erworben oder [nur] einen geringeren Preis dafür gezahlt hätte.“ Übersetzung nach Soth, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 274.

<sup>97</sup> Lete Achirica in Universidad de Santiago de Compostela 208f; ferner García Rubio, Diario La Ley 2003, 1529ff.

Die Aliudlieferung wurde bislang als Spezialfall der Nichterfüllung angesehen, weshalb dementsprechend deren Regelungen, insbesondere die lange Verjährungsfrist von 15 Jahren nach Art 1964 CC, zur Anwendung kamen. Die spanische Rechtsprechung behandelte jedoch solche Fälle unterschiedlich, je nachdem, ob durch die Aliudlieferung die Nützlichkeit der Sache für den Käufer vollkommen eliminiert oder nur vermindert wurde. Lediglich bei einer Verminderung sprach man sich für die Anwendung der allgemeinen Regeln über die Schlechterfüllung nach Art 1484ff CC aus. Erst bei einer vollkommenen Beeinträchtigung des Nutzens für den Käufer wurde von einem *aliud pro alio* ausgegangen und folglich die Nichterfüllungsregeln herangezogen.<sup>98</sup> Allerdings ergaben sich daraus keine Abgrenzungsprobleme zwischen beiden Regelungskomplexen, da nach spanischer Judikatur<sup>99</sup> Nichterfüllungsansprüche grundsätzlich neben den allgemeinen Ansprüchen aus der Gewährleistung nach den Art 1484ff CC anwendbar waren.<sup>100</sup> Schlussendlich hat man sich aufgrund des extensiven Begriffes der Vertragsmäßigkeit entschlossen, eine Aliudlieferung künftig als Schlechterfüllung zu betrachten und somit dem Verbraucher die Gewährleistungsbehelfe des LGDCU nF zu gewähren.<sup>101</sup> Eine Beibehaltung der alten Regelung wäre durchaus richtlinienkonform gewesen, da die Regelungen aus Nichterfüllung den Verbraucher besser stellen würden als nach den Bestimmungen des LGDCU nF.

Erwägungsgrund 7 der RL hebt das gemeinsame Element des neuen Prinzips der Vertragskonformität innerhalb des Gemeinschaftsraumes hervor. Jedoch vermisst man bei einem Vergleich zum bisherigen Regelungskomplex der Gewährleistung in Spanien jegliche Ähnlichkeit, da das Prinzip der Vertragsmäßigkeit größtenteils aus dem angloamerikanischen UN-Kaufrecht abgeleitet wurde.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl dazu die Urteile des Obersten Gerichtshofs Spaniens – Sentencia del Tribunal Supremo, im folgenden STS - vom 3. April 1981, 10 Juni 1983, 7. April 1993, 24. Juli 2000, 10 Oktober 2000.

<sup>99</sup> Grundlegend das Urteil vom 6. Mai 1911; weiters u.a. STS 1. Juli 1947; 10. Juni 1983; 19. Dezember 1984; 3. Februar 1986.

<sup>100</sup> Dazu ua *Fenoy Picón*, *Falta de compraventa e incumplimiento en la compraventa* (1996) 376.

<sup>101</sup> *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff, zieht ein gesetzliches Argument in Betracht, dass es aufgrund eines Größenschlusses auch bei einer Aliudlieferung zur Anwendung der Garantierechte kommen müsse: „nach Art 10 Abs 2 LGVBC [nun Art 124 Abs 2] haftet der Hersteller für die fehlende Vertragsmäßigkeit, die mit der Identität, der Herkunft oder der Eignung des Verbrauchsgutes zusammen hängt. Wenn nun schon der Hersteller für eine solche fehlende Vertragsmäßigkeit haftet, sollte auch der Verkäufer für dieselbe einzustehen haben.“ [Herv. durch Verf.].

<sup>102</sup> *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1189.

Weder LGDCU nF noch LGVBC nehmen zum Problem der Rechtsmängel als Vertragswidrigkeit Stellung. Da jedoch ein Großteil der Lehre davon ausgeht, dass die RL lediglich materielle Fehler unter den Begriff der Vertragsmäßigkeit subsumieren möchte,<sup>103</sup> muss davon ausgegangen werden, dass der spanische Gesetzgeber dieser Ansicht gefolgt ist und Rechtsmängel nicht als Vertragswidrigkeit iSd LGDCU nF ansieht. Daraus ergibt sich, dass für solche Rechtsmängel weiterhin die allgemeinen Gewährleistungsregeln über verdeckte Mängel nach den Art 1484ff CC anzuwenden sind.<sup>104</sup>

### 3.2 Kriterien der Vertragsmäßigkeit

Wie schon zuvor erwähnt, enthält das LGDCU nF keine generelle Definition der Vertragsmäßigkeit, es werden jedoch in Art 116 Abs 1 einige Kriterien aufgezählt, bei deren Vorliegen die Vertragsmäßigkeit der Leistung vermutet wird. Danach wird bis zu einem allfälligen Beweis des Gegenteils vermutet, dass eine Sache vertragskonform ist, wenn alle gesetzlichen Kriterien erfüllt werden, außer für den Fall, dass einzelne dieser Voraussetzungen sich als unanwendbar herausstellen oder dass ein Kriterium die anderen überwiegt.<sup>105</sup> Ist der Verbraucher trotz Erfüllung aller Kriterien der Meinung, dass das Verbrauchsgut nicht vertragskonform sei, obliegt diesem der Beweis. Keine Beweisschwierigkeiten sollten demnach entstehen, wenn alle Eigenschaften des vertraglich vereinbarten Gutes schriftlich auf einem Dokument festgehalten wurden. Dabei wird lediglich die vertraglich verpflichtete mit der effektiv durchgeführten Leistung verglichen. In der Praxis wird aber eine schriftliche Festlegung der Eigenschaften eher die Minderheit der Fälle darstellen, dies vor allem bei Alltagsgeschäften, bei denen die Quittung inklusive der Artikelbezeichnung das einzige Dokument des getätigten Kaufes repräsentiert. Jedoch kann man davon ausgehen, dass die Kriterien des Art 116 Abs 1 erst dann zum Tragen kommen, wenn es an einer genauen vertraglichen Vereinbarung über die Eigenschaften des Verbrauchsgutes mangelt. Insofern steht bei der Betrachtung einer möglichen fehlenden Vertragsmäßigkeit immer das zwischen den Vertragsparteien vertraglich Vereinbarte im Vordergrund, da es sich ja um die Bewertung der Vertragskonformität handelt.

---

<sup>103</sup> Siehe dazu ausführlich oben unter Punkt 3 (I).

<sup>104</sup> Carrasco Perera, Cordero Lobato und Martínez Espín, Estudios sobre Consumo 2000, 127.

<sup>105</sup> Vgl dazu Costas Rodal, Arancadi Civil 2004, 2054f, die zB das Kriterium des vom Verbraucher geforderten speziellen Gebrauchs über jenes des typischen Gebrauchs der Sache den Vorzug gibt.

Die durch die Richtlinie eingeführte Vermutung der Vertragsmäßigkeit stellt demnach Annahmen dar, welche die gewöhnlichsten Vertragssituationen Abdecken sollen. Auf keinen Fall soll aber dadurch die Privatautonomie der Parteien in irgendeiner Form eingeschränkt werden.<sup>106</sup> Folglich kommen die in Art 116 Abs 1 aufgezählten Kriterien der Vertragsmäßigkeit erst für den Fall zur Anwendung, dass die Parteien keine anderen Kriterien vertraglich vereinbart haben.<sup>107</sup> Demnach erscheint es bei einer ausreichenden und vollständigen Festlegung des Vertrages nicht notwendig, zu diesen gesetzlichen Kriterien zu greifen, um eine etwaige Vertragsmäßigkeit bzw -widrigkeit bestimmen zu können.<sup>108</sup> Allerdings muss beachtet werden, dass es in der Praxis jedoch vergleichsweise selten vorkommt, dass der Verbraucher alle Eigenschaften des erworbenen Produktes vertraglich festsetzt, geschweige denn diese Eigenschaften für eine spätere Beweiserleichterung dokumentarisch<sup>109</sup> festhält, weshalb in der Regel die gesetzlichen Kriterien zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit der Leistung herangezogen werden. In gewissem Umfang muss jedoch von einer Einschränkung der Privatautonomie ausgegangen werden, da Art 10 einen vorzeitigen Verzicht auf die dem Verbraucher nach dem LGDCU nF gewährten Rechte für nichtig erklärt.<sup>110</sup>

Die Bestimmung einer Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes ergibt sich nun bei mangelnder vertraglicher Festsetzung aus den gesetzlichen Kriterien und deren Vermutungswirkung einer vertragskonformen Leistung.<sup>111</sup> Diese können in generelle und spezielle Kriterien unterteilt werden.<sup>112</sup> Als spezielles Kriterium kann zB der vom Verbraucher geforderte Gebrauch des Gutes angesehen werden. Da die speziellen Kriterien eher dem Parteiwillen entsprechen, muss auch diesen der Vorrang gegenüber

---

<sup>106</sup> Dies wird auch im Erwägungsgrund 8 der Richtlinie erwähnt: „...eine widerlegbare Vermutung der Vertragsmäßigkeit einzuführen, die die meisten normalen Situationen abdeckt. Diese Vermutung stellt keine Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit dar.“ Vgl dazu oben unter Punkt 3.1 (I).

<sup>107</sup> Allerdings fehlt es dem LGDCU nF an einer derart ausgestalteten Klarstellung.

<sup>108</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 76f, welche dabei vom ergänzenden Charakter der gesetzlichen Kriterien spricht.

<sup>109</sup> Es bestehen bezüglich des Verbraucherkaufes keine Formerfordernisse.

<sup>110</sup> Zur Unabdingbarkeit der Verbraucherrechte siehe ausführlich unten unter Punkt 8 (II).

<sup>111</sup> Die spanische Lehre ist deshalb vom ergänzenden Charakter der gesetzlichen Kriterien überzeugt; vgl auch *Sanz Valentin*, La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Actualidad Civil* 1999, 1073ff; sowie *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1189f, *derselbe*, Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas, *RCDI* 2000, 2792, *derselbe*, Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Noticias de la Unión Europea* 2002, 99ff.

<sup>112</sup> *Vérgez*, La Protección 54ff, wiederum unterscheidet diese je nach ihrer Funktionalität hinsichtlich der näheren Beschreibung des Verbrauchsgutes.



den generellen Kriterien eingeräumt werden, obwohl letztlich stets entscheidend ist, auf welches Kriterium sich der Verbraucher bzw Verkäufer im Streitfall stützt. Da alle Kriterien kumulativ vorliegen müssen, damit eine vertragskonforme Leistung vorliegt, lässt sich folgern, dass eine Reihung der Anwendung der Kriterien mit dieser Bestimmung nicht vereinbar ist.<sup>113</sup> Bei Aufzählung der gesetzlichen Kriterien, sind diese fast wortwörtlich aus der Richtlinienkonzeption in das spanische Recht übernommen worden.<sup>114</sup> Im Folgenden sollen die einzelnen gesetzlichen Kriterien zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit näher betrachtet werden.

### 3.2.1 Entsprechung eines Musters oder Modells

Wie schon in der RL bestimmt Art 116 Abs 1 lit a, dass ein Verbrauchsgut dann vertragskonform ist, wenn es unter anderem „mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmt und die Eigenschaften eines Gutes besitzt, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat.“<sup>115</sup>

Näher betrachtet kann bei dieser Bestimmung von zwei kumulativen Umständen ausgegangen werden, welche alternativ die Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsgutes bewerten können. Zum einen die vom Verkäufer vorgenommene Beschreibung, die in jeder Art und Form durchgeführt werden kann, und zum anderen die Spezifizierung der Eigenschaften durch eine Probe oder eines Musters, das als spezieller Vertragstypus Kauf auf Probe eine spezifische Behandlung durch das spanische Handelsgesetzbuch, *Código de Comercio* (im Folgenden „CCo“), erhält.<sup>116</sup>

Hinsichtlich der Beschreibung muss hervorgehoben werden, dass diese nicht vertraglich vereinbart werden muss, um für die Evaluierung der Vertragskonformität von

---

<sup>113</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 84f.

<sup>114</sup> Zu kritisieren ist dabei allerdings die systematische Reihenfolge der Kriterien, da nicht nachvollziehbar erscheint, warum die Reihung nach der Richtlinie verändert wurde. Art 116 Abs 1 lit b listet zuerst die Eignung des Verbrauchsgutes zum gewöhnlichen Gebrauch und folgend in lit c die Eignung zum vertraglich vereinbarten Gebrauch auf. Vgl auch die Kritik von *Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 255.

<sup>115</sup> Eigene Übersetzung des Art 116 Abs 1 lit a: „*Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.*“ *Vérgez*, La Protección 54, sieht dabei eine Annahme die auf den Kennzeichen des Objekts gründet.

<sup>116</sup> Nach Art 327 CCo ist von einem Kauf auf Probe - *venta sobre muestras* - bei Gattungssachen die Rede, deren Bestimmung bzw Individualisierung mittels gegebener Probe bzw Muster durchgeführt wird. Vgl dazu auch *Vérgez*, aaO.

Bedeutung zu sein, sondern es genügt eine einseitige Bezeichnung der Eigenschaften des Verbrauchsgutes durch den Verkäufer, um Vertragsinhalt zu werden.<sup>117</sup>

Die über den Kauf auf Probe existierenden Regeln<sup>118</sup> des CCo sind deswegen von großem Interesse, da der Käufer die Übergabe der Sache, die der Probe bzw dem Muster entspricht, nicht ablehnen kann.<sup>119</sup> Aufgrund der Konjunktion „und“ zwischen den beiden erwähnten Umständen in lit a muss davon ausgegangen werden, dass sich die vom Verkäufer getätigten Beschreibungen notwendigerweise auf einen Kaufvertrag, der über eine Probe bzw Muster geschlossen wurde, beziehen müssen.<sup>120</sup> Sollte nämlich eine Beschreibung derart detailliert vorgenommen werden, dass alle Eigenschaften der Sache beschrieben wären, und zudem diese unabhängig vom abgegebenen Muster sein, würde dies zur Unanwendbarkeit der gesetzlichen Kriterien führen, da diesen die vertraglich vereinbarte Beschreibung der Eigenschaften vorgezogen wird. Das gleiche gilt auch für den Fall, dass die Beschreibung mit dem zur Verfügung gestellten Muster absolut widersprüchlich ist.<sup>121</sup> Allerdings verliert die Beschreibung dann ihre autonome Kraft, wenn der Verbraucher direkt über das Muster bzw die Probe verfügt und diese dementsprechend in den Vordergrund der Bestimmung der Eigenschaften des Verbrauchsgutes rückt. Mittels Beschreibung kann nun zusätzlich zum Muster eine gewisse Eigenschaft hervorgehoben oder ausgeschlossen werden. Ist dies nicht der Fall, hat der Verbraucher den Anspruch ein Verbrauchsgut zu fordern, welches die gleichen Eigenschaften des vorgelegten Musters aufweist.<sup>122</sup> Für den Verbraucher stellt somit ein Muster eine Erleichterung der Bestimmung einer etwaigen Vertragswidrigkeit dar, da dieser lediglich die Divergenz zum vorgelegten Muster beweisen muss. Andererseits bietet es dem Verkäufer ebenfalls Vorteile, da ein einmal zur Zufriedenheit des Verbrauchers überprüfetes Muster bei späterer Identität des Kaufobjekts keine Basis

---

<sup>117</sup> Vérgéz, aaO.

<sup>118</sup> Vgl Art 327 CCo.

<sup>119</sup> Vgl auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 95, die deshalb neuerdings das Novum des Prinzips der Vertragskonformität relativiert sieht.

<sup>120</sup> In diesem Sinne *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1193, *derselbe*, RCDI 2000, 2797, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 109; ferner *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 95f.

<sup>121</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 96.

<sup>122</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 96, die dem Verbraucher einen Anspruch auf Erhalt eine vollständig identen, also mit **allen** Eigenschaften des Musters ausgestatteten, Ware zuerkennt (Herv. durch Verf.). Hingegen schränkt *Morales Moreno*, Comentario de los arts. 35 a 40, in *Díez Picazo* (Hrsg), La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena (1998) 286ff, dies auf jene Eigenschaften ein, mit denen der Verbraucher auch vernünftigerweise rechnen konnte.

mehr für etwaige Ansprüche aufgrund einer fehlenden Vertragsmäßigkeit gibt.<sup>123</sup> Trotz der bestimmenden Kraft<sup>124</sup> der Probe müssen zusätzlich die restlichen gesetzlichen Kriterien des Art 116 erfüllt werden.

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich der Beweisführung. Da Art 116 eine widerlegbare Vermutung der Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsgutes bestimmt, muss grundsätzlich der Verbraucher, wenn er sich auf die Abweichung der Eigenschaften des Kaufobjekts zu denen des Musters beruft, die Übergabe des Musters beweisen. Auf der anderen Seite trägt der Verkäufer die Beweislast dafür, wenn dieser als Kläger die Übergabe eines Musters geltend macht. Nicht notwendig ist jedoch eine spezielle Vereinbarung, dass das Verbrauchsgut die Eigenschaften des vorgelegten Musters aufweisen soll. Es genügt demnach die Vorlage der Sache als Muster oder Probe gegenüber dem Verbraucher.<sup>125</sup>

### 3.2.2 Eignung für gewöhnliche Zwecke

Bei der Umsetzung dieser Bestimmung wurde Art 2 Abs 2 lit c der RL wortwörtlich vom spanischen Gesetzgeber übernommen. Demnach wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn diese „*sich für die Zwecke eignen, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.*“<sup>126</sup> Es handelt sich hierbei um ein Kriterium über die objektive Funktionalität des Verbrauchsgutes. Dieses ist nicht nur bei Gattungs- sondern auch bei Speziessachen anzuwenden, da sich diese trotz Spezifikation einer gewissen Art von Gütern zuordnen lassen und einen gewöhnlichen Gebrauch aufweisen. Dementsprechend ist daraus zu folgern, dass im Falle fehlender vertraglicher Spezifikationen bezüglich des Gebrauches des Verbrauchsgutes dann eine Sache vertragsgemäß ist, wenn diese zu Zwecken für die gewöhnlich Güter der gleichen Art dienen, verwendet werden kann. Deshalb wurde aus systematischer Sicht die Änderung der Reihung der Kriterien im spanischen Verbraucherschutzgesetz, welches

---

<sup>123</sup> Hat der Verbraucher das Muster in Händen nimmt er automatisch Kenntnis von den Eigenschaften des Verbrauchsgutes. Dies ist auch was *Morales Moreno* in *Díez Picazo* 286ff und *Avilés García* *Actualidad Civil* 2000, 1193, *derselbe*, RCDI 2000, 2797, *derselbe*, *Noticias de la Unión Europea* 2002, 109, auch als Ausschlussfunktion der Probe oder des Musters bezeichnen.

<sup>124</sup> *Vérgez*, *La Protección* 56.

<sup>125</sup> *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1193; ferner *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2056.

<sup>126</sup> Eigene Übersetzung des Art 116 Abs 1 lit b: „*Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo.*“

den gewöhnlichen vor den speziellen Gebrauch reiht, stark kritisiert.<sup>127</sup> Obwohl diese Systematik bereits im LGVBC<sup>128</sup> verwendet wurde, verzichtete der spanische Gesetzgeber auf eine systematische Änderung und behielt diese im neuen Verbraucherschutzgesetz bei.

In der Praxis definiert der gewöhnliche Gebrauch wohl die regelmäßigen Eigenschaften des Gutes, wie zB die Fahrtüchtigkeit eines Autos. Ein solcher Gebrauch wird grundsätzlich kaum vertraglich vereinbart, da dieser aufgrund des Verständnisses bzw der schon vorhandenen Kenntnisse des Verbrauchers über die Art des Verbrauchsgutes von diesem vorausgesetzt wird. Aus der Bestimmung lässt sich nicht ableiten, welcher Grad der Beeinträchtigung des gewöhnlichen Gebrauchs gefordert wird, um eine allfällige Vertragswidrigkeit darzustellen.<sup>129</sup> Bereits in der alten Fassung des LGDCU wurde auf den gewöhnlichen Gebrauch der Sache abgestellt, wobei Art 11 Abs 3 LGDCU aF forderte, dass die Sache mit den optimalen Konditionen ausgestattet ist, um dem Gebrauch, zu dem diese bestimmt ist, zu entsprechen. Es genügte dabei nicht, dass das Verbrauchsgut funktionierte, sondern dieses musste vielmehr auch für die eigenen, typischen Anwendungsgebiete verwendet werden können.<sup>130</sup>

Schon bisher existierte eine ähnliche Regelung im spanischen Zivilgesetzbuch in Art 1484 CC, die dem Verkäufer eine Verpflichtung zur Gewährleistung auferlegt, falls die Mängel welche die verkaufte Sache aufweist, diese für den Gebrauch, für den sie bestimmt ist, unbrauchbar macht oder diesen in irgendeiner Weise beeinträchtigt.<sup>131</sup>

### 3.2.3 Eignung für spezielle Zwecke

Bei diesem subjektiven Kriterium wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn diese *„sich für einen speziellen vom Verbraucher geforderten Zweck eignen*,

---

<sup>127</sup> Kaum verständlich ist der Abgang von der systematisch korrekten Reihung der gesetzlichen Kriterien, die durch die Richtlinie vorgenommen wurde, *Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 255; ferner Castilla Barea, *Nuevo régimen legal* (2005) 103.

<sup>128</sup> Vgl Art 3 Abs 1 LGVBC, der nicht nur systematisch sondern auch fast wortgleich - einzig wurde der Begriff „Ware“ durch „Produkt“ ersetzt - durch den spanischen Gesetzgeber im neuen allg. Verbraucherschutzgesetz übernommen wurde.

<sup>129</sup> Für *Vérgez*, *La Protección 57*, ist bereits bei einer leichten Abweichung bzw Ermangelung des gewöhnlichen Gebrauchs von einer fehlenden Vertragskonformität auszugehen.

<sup>130</sup> *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2055.

<sup>131</sup> In diesem Sinne auch *Reyes López*, *La Ley 23/2003* 185.

wenn dieser dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht wurde und dem der Verkäufer zugestimmt hat.“<sup>132</sup>

Im Gegensatz zu lit b handelt es sich bei diesem Kriterium also nicht um den normalen, gewöhnlichen, objektiven Gebrauch einer Sache der gleichen Art, sondern um einen vom Verbraucher selbst geforderten bzw angestrebten Gebrauch. Damit dieser spezielle Gebrauch für die Vertragserfüllung relevant ist, muss dem Verkäufer der geforderte Gebrauch des Verbrauchsgutes zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Kenntnis gebracht werden. Die Funktion dieser Regelung besteht nicht darin, den Willen der Vertragspartner zu deklarieren oder diesen zu ersetzen, sondern um einem Vertragsteil hauptsächliche Relevanz zu geben, der möglicherweise verschleiert bleiben könnte.<sup>133</sup>

Dies bedeutet für den Fall, dass lit c nicht existieren würde, dass der Verbraucher zwar ohne Weiteres eine Vertragswidrigkeit auf die auf den speziellen Gebrauch abzielende vertragliche Vereinbarung stützen kann. Allerdings würde das Problem auftauchen, ob dieses Extrem oder die Vermutung der Vertragsmäßigkeit bei Aufweisen des gewöhnlichen, objektiven Gebrauchs nach lit b überwiegt.<sup>134</sup> Aufgrund der Tatsache, dass es sich um einen vom Verbraucher speziell geforderten Gebrauch handelt, muss der Verkäufer diesem zustimmen. Im Gegensatz dazu steht die im UN-Kaufrecht geregelte Bestimmung<sup>135</sup>, da dem Verkäufer zwar dieser spezielle Gebrauch zur Kenntnis gebracht werden muss, allerdings wird dort eine Zustimmung des Verkäufers, einer Eignung dieser Ware für den speziellen Gebrauch, nicht gefordert. Jedoch kommt es dann zum Ausschluss der Anwendung nach Art 35 Abs 2 UNK, wenn der Käufer

---

<sup>132</sup> Eigene Übersetzung des Art 116 Abs 1 lit c: „Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.“ Die bisherige Regelung des LGVBC – Art 3 Abs 1 lit c - wurde vom spanischen Gesetzgeber wortwörtlich in das LGDCU nF übernommen. Im Vergleich zur Richtlinienkonzeption sind nur vereinzelt kleinere Unterschiede zu erkennen.

<sup>133</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 108.

<sup>134</sup> In diesem Sinne *Castilla Barea*, aaO, die darauf verweist, dass sich immer dann das Kriterium des lit b gegenüber den speziellen Gebrauch durchsetzen muss, wenn die Zustimmung des Verkäufers nicht bewiesen werden kann.

<sup>135</sup> Art 35 Abs 2 UNK bestimmt: „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so entspricht die Ware dem Vertrag nur, wenn sie sich für einen bestimmten Zweck eignet, der dem Verkäufer bei Vertragsabschluß ausdrücklich oder auf eine andere Weise zur Kenntnis gebracht wurde, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte;“

nicht auf die Kompetenz und Einschätzungen des Verkäufers vertraut hat oder vernünftigerweise nicht darauf vertrauen konnte.<sup>136</sup>

Wie schon bei der Richtlinienformulierung vermisst man auch in lit c nähere Details über die Art und Form der Mitteilung des speziellen Gebrauches seitens des Verbrauchers. Ob eine stille bzw schlüssige Mitteilung ausreicht, ist mehr als fraglich.<sup>137</sup> Jedoch muss davon ausgegangen werden, dass eine solche immer dann als ausreichend anzusehen ist, wenn sie dem Verkäufer zugegangen ist und dieser demnach faktische Kenntnis vom geforderten Gebrauch erlangt hat. Zudem muss die vom Gesetz geforderte Zustimmung der Eignung seitens des Verkäufers näher betrachtet werden. Daraus geht hervor, dass dieser die Eignung für den speziellen Gebrauch bejahen muss, was auf eine explizite bzw ausdrückliche Zustimmung schließen lässt. Eine konkludente Billigung des Verkäufers müsste demnach als nicht ausreichend angesehen werden kann,<sup>138</sup> wenngleich in Spanien nicht näher auf die Formerfordernisse dieser Zustimmung eingegangen wurde.<sup>139</sup> Dies kann zum einen eine Erleichterung der Beweisführung für den Verkäufer darstellen, da dieser bei einem Mangel seiner ausdrücklichen Zustimmung lediglich das Fehlen dieser Zustimmung beweisen muss und sich daraus folgend die Nichteignung des Verbrauchsgutes zu dem vom Verbraucher gewünschten Gebrauch ergibt. Zum anderen schließt die Geltendmachung des speziellen Gebrauches seitens des Verbrauchers aber nicht gleichzeitig eine Anwendung des objektiven Kriteriums nach lit b aus.<sup>140</sup> Denkbar ist ein Ausschluss dieses objektiven Kriteriums nämlich nur dann, wenn dies eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung vorsieht.

In der Praxis wird allerdings bei einem Verbraucherkauf kaum ein spezieller Gebrauch vom Verbraucher festgelegt werden. Denkbar ist ein solch geforderter Gebrauch

---

<sup>136</sup> Vgl dazu auch *Vérgez*, La Protección 59, die den Grund für die differenzierte Regelung bei der auf den professionellen Bereich zugeschnittenen Regelungen des UN-Kaufrechts sieht, wodurch dieser spezielle Gebrauch nicht unbedingt auf eine Ware beschränkt ist, sondern stets durch den Handel an sich bestimmt wird; ferner *Morales Moreno* in *Díez Picazo* 286ff. *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1194, sieht den Verbraucherschutz als Grund für das Weglassen dieser Bestimmung im Garantierecht.

<sup>137</sup> In diesem Sinne auch *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2057.

<sup>138</sup> Art 116 Abs 1 lit c: „...zur Kenntnis gebracht hat und dem [Gebrauch] der Verkäufer **zugestimmt hat.**“ [Herv. durch Verfasser]

<sup>139</sup> Was vielfach zu Kritik geführt hat, vgl dabei *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 109.

<sup>140</sup> *Vérgez*, *La Protección* 60f.

vielmehr bei einem Werkvertrag, der ebenfalls nach Art 115 Abs 1 unter den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes fällt.

### 3.2.4 Miteinbeziehung von Werbeaussagen

Nach lit d sind Verbrauchsgüter vertragsgemäß, wenn diese „eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen wurden.“<sup>141</sup> Im Vordergrund dieser Bestimmung steht der Vertrauensschutz des Verbrauchers bezüglich Aussagen des Verkäufers. Kritisiert wurde zum Teil die im Gesetz aber auch in der Richtlinie gewählte Systematik, da ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass im ersten Teil des lit d zwei Kriterien der Vermutung der Vertragsmäßigkeit, die verschiedener Natur sind, aufgelistet werden.<sup>142</sup>

Wie auch schon hinsichtlich der RL sind vor allem das Kriterium der öffentlichen Äußerungen und deren Auswirkungen auf den Vertragsinhalt bzw auf die Bestimmung einer etwaigen fehlenden Vertragsmäßigkeit von großem Interesse in der spanischen Lehre. Dabei muss zuerst von der Klärung der Frage ausgegangen werden, was eigentlich unter öffentlichen Äußerungen verstanden werden kann. Da das LGDCU nF wie auch die Richtlinie von öffentlichen Äußerungen *insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung*<sup>143</sup> spricht, muss davon ausgegangen werden, dass auch der spanische Gesetzgeber nach der Wortinterpretation keine taxative Aufzählung

---

<sup>141</sup> Auch dieses Kriterium wurde wortwörtlich aus der Richtlinie als auch aus der bisher geltenden Regelung in Art 3 Abs 1 lit d LGVBC übernommen.

<sup>142</sup> Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 111, die zum einen die Qualität und gewöhnlichen Leistungen, die der Verbraucher vernünftigerweise bei einem Gut der gleichen Art erwarten kann und zum anderen die Behauptungen in Bezug auf die Eigenschaften der Sache, was auch deren Qualität und gewöhnlichen Leistungen umfasst, welche sich aus öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, Herstellers oder dessen Vertreter im Speziellen in Form von Werbung und Etikettierung hervorgehen, voneinander trennt. Zudem ist *Castilla Barea*, aaO, der Meinung, dass die vom Verbraucher erwarteten Qualitäten bzw gewöhnlichen Leistungen als objektives Kriterium besser in lit b desselben Artikels aufgehoben wäre, weshalb sie von einem „desorden interno“ spricht; dieser Ansicht ist auch *Orti Vallejo*, Los Defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999-44 CE (2002) 62, bezüglich der gleichen Bestimmung in der Richtlinie; ähnlich *O'Callaghan*, Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor, in *Reyes López*, La Ley 23/2003 145, der dieses gesetzliche Kriterium in ein objektives und ein subjektives aufzuteilen versucht.

<sup>143</sup> Hervorhebung durch Verfasser.

vornimmt und somit andere Äußerungen, welche die Voraussetzungen von öffentlichen Äußerungen erfüllen, darunter subsumiert werden können. Denkbar wäre zB auch eine Qualifikation der Beschreibung bezüglich der Probe bzw des Modells in Art 116 Abs 1 lit a als öffentliche Äußerung. Allerdings dürfte es hierbei an der Öffentlichkeit scheitern, da eine solche Beschreibung immer an eine bestimmte Anzahl von Personen gerichtet wird und deshalb das Erfordernis der Öffentlichkeit nicht erfüllt.<sup>144</sup> Dieses Erfordernis der Öffentlichkeit erfüllen sowohl die Werbung als auch die Etikettierung, jedoch kann auch hier nicht davon ausgegangen werden, dass dies eine ausschließende Aufzählung darstellt.<sup>145</sup> Grundsätzlich werden sowohl die Werbung als auch die Etikettierung als Hauptanwendungsfälle einer öffentlichen Äußerung angesehen, weshalb sich ein Großteil der Lehre auch nur mit diesen beschäftigt.<sup>146</sup>

Die Äußerung muss nicht nur öffentlich sein, sie muss sich zudem auf konkrete Eigenschaften der Produkte beziehen. Infolgedessen erzeugen nur solche Äußerungen eine in diesem Ausmaß begrenzte Bindung des Verkäufers, welche eine nähere Beschreibung der Produkteigenschaften vornehmen.<sup>147</sup> Dementsprechend kann nicht jede Erklärung, die einen Erwerb eines Gutes attraktiver gestaltet, nur deshalb eine verpflichtende Kraft entwickeln.<sup>148</sup> Nachdem im ersten Abschnitt des lit d von Qualität und Leistungen die Rede ist, müssen sich die konkreten Eigenschaften auf diese beziehen, weshalb der Verkäufer nicht für Äußerungen gebunden sein kann, die sich zB auf die Vermarktung der Güter, wie insbesondere auf den Preis oder die Art und Weise der Zahlung, beziehen.<sup>149</sup>

Diese konkreten, in öffentlichen Äußerungen zugesicherten, Eigenschaften müssen darüber hinaus so ausgestaltet sein, dass sie vom Verbraucher vernünftigerweise zu

---

<sup>144</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 112f.

<sup>145</sup> Denkbar wären zudem marktschreierische Äußerungen als öffentliche Äußerungen. Allerdings scheint hierbei nicht die Öffentlichkeit das Problem zu sein, sondern eher die nicht vorhandene Ernsthaftigkeit des Angebotes. Die Öffentlichkeit muss jedoch stets im Einzelfall gesondert überprüft werden. *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 113, zieht zudem eine mögliche öffentliche Äußerung bei einem umherziehenden Verkäufer, der mündlich auf seine Produkte aufmerksam macht, in Betracht.

<sup>146</sup> *Corral García*, La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles, RdP 2000, 532f.

<sup>147</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 114; ferner *Morales Moreno*, Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva), Anuario de Derecho Civil 1999, 273f; sowie *Vérgez*, La Protección 63.

<sup>148</sup> *Vérgez*, aaO.

<sup>149</sup> *Castilla Barea*, aaO.



erwarten sind.<sup>150</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass ein Verkäufer dann ungebunden bleiben soll, wenn das Vertrauen des Verbrauchers in die Eigenschaften ungerechtfertigt ist. Demnach sollen Fälle ausgeschlossen werden, bei denen der Verbraucher Eigenschaften eines Gutes erhofft, welche dieses nicht hat, nicht suggeriert bzw die versprochen wurden.<sup>151</sup> Dabei ist gerade dieses gerechtfertigte Vertrauen, das auch das Prinzip des guten Glaubens fordert, das diesen Schutz der Verbraucherinteressen für angemessen erklärt.<sup>152</sup> Aufgrund der Unbestimmtheit dieses Konzepts des begründeten Vertrauens ist es allerdings unmöglich ein generelles, auf alle Fälle der öffentlichen Äußerungen anwendbares, Kriterium zu schaffen, weshalb die Umstände jedes Einzelfalls in Betracht gezogen werden müssen.<sup>153</sup>

Von den im Gesetz genannten öffentlichen Äußerungen sollte die Werbung aufgrund ihres täglichen Einflusses auf die Entscheidungsfindung der Verbraucher näher beleuchtet werden. Als Werbung kann jede Form der Kommunikation an eine unbestimmte Anzahl von Personen, unabhängig ihrer Art und Weise, angesehen werden. Eine Definition der Werbung liefert in Spanien das allgemeine Gesetz über Werbung<sup>154</sup>, welches diese in Art 2 folgendermaßen definiert: „*Jede Form der Kommunikation, die durch eine physische oder juristische, öffentliche oder private Person in Ausübung einer kommerziellen, gewerblichen, handwerklichen oder professionellen Tätigkeit mit dem Ziel direkt oder indirekt den Vertragsabschluss über bewegliche oder unbewegliche Güter, Dienstleistungen, Rechte oder Verpflichtungen zu fördern, durchgeführt wird.*“<sup>155</sup>

Die verpflichtende Kraft der Werbung besteht darin, dass bei Fehlen von in der Werbung angepriesenen Eigenschaften eine Vertragswidrigkeit entstehen kann. Dies

---

<sup>150</sup> Dabei kann auch von legitimen Verbrauchererwartungen gesprochen werden. Vgl zu den europäischen Verbrauchererwartungen oben unter Punkt 3.1.3 (I).

<sup>151</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 115.

<sup>152</sup> In diesem Sinn auch *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 274; ferner *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1198, *derselbe*, RCDI 2000, 2803, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 112.

<sup>153</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>154</sup> Vgl Ley General de Publicidad, vom 11. November 1988.

<sup>155</sup> Eigene Übersetzung des Art 2 des Ley General de Publicidad: „*Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*“, der mit dieser Definition teilweise von der in der Richtlinie 2006/114/EG, über irreführende und vergleichende Werbung, verwendeten Definition der Werbung abweicht, vgl auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 115.

geschieht dadurch, dass die Werbung dem vertraglich Vereinbarten eingegliedert wird.<sup>156</sup> Allerdings stellt die Anerkennung der verpflichtenden Kraft der Werbung keine absolute Neuigkeit in der spanischen Rechtsprechung<sup>157</sup> als auch in den Gesetzen dar, da sowohl bereits in früheren Richtlinien<sup>158</sup> als auch in Art 8 Abs 1 LGDCU aF, welcher nun in Art 61 Abs 1<sup>159</sup> geregelt ist, eine solche Kraft der Werbung anerkannt wurde. Somit ist die Einbindung der Werbung in den Vertrag aufgrund bestehender Regelungen im spanischen Recht unumstritten.<sup>160</sup> Denkbar ist zum einen die Eingliederung aufgrund des Prinzips des guten Glaubens<sup>161</sup> oder zum anderen aufgrund der Überlegung, dass die Werbung einen Teil des vertraglichen Angebotes formt, was jeweils vom konkreten Fall abhängt.<sup>162</sup> Offensichtlich sind die Wahrnehmungen der Sache, welche durch die Werbung übermittelt werden, imstande, beim Verbraucher ein gewisses Vertrauen zu erwecken, welches, wenn es denn gerechtfertigt ist, schutzwürdig erscheint.

Hinsichtlich der Reichweite der Werbung muss festgehalten werden, dass diese nur dann ihre verpflichtende Kraft entwickelt, wenn sie auf konkrete Eigenschaften des Verbrauchsgutes hinweist.<sup>163</sup> Demnach muss zwischen einer informativen und der bloß überzeugenden Werbung unterschieden werden, da nur die informative den Verkäufer entsprechend seiner Angaben bindet und konkrete Erwartungen beim Verbraucher erzeugt.<sup>164</sup> Im Gegensatz dazu zielt die bloß überzeugende Werbung auf ein Antreiben der Kaufbereitschaft des Verbrauchers ab, was grundsätzlich bei jeder Art von Werbung im Vordergrund steht.<sup>165</sup> Jedoch kann aufgrund einer in dieser Bestimmung fehlenden Unterscheidung der genannten Arten von Werbungen *a priori* bei keiner dieser

---

<sup>156</sup> Vgl auch *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 268ff; ferner *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1195ff, *ders*, RCDI 2000, 2799, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 110ff; *Orti Vallejo*, Defectos 62ff; *Sanz Valentín*, Actualidad Civil 1999, 1081f.

<sup>157</sup> Vgl dazu STS vom 14. Juni 1976, 27. Januar 1977 und vom 9. Februar 1981.

<sup>158</sup> Vgl dazu die Pauschalreiserichtlinie 1990/314/EG als auch die Time-sharing-Richtlinie 1994/47/EG.

<sup>159</sup> Eigene Übersetzung des Art 61 Abs 1. Dieser regelt die verpflichtende Kraft der Werbung folgendermaßen: „Der Inhalt des Angebots, Förderung oder der Werbung, die eigenen Leistungen jeder Sache oder Dienstleistung, die rechtlichen oder wirtschaftlichen Zustände und angebotenen Garantien sind von den Verbrauchern und Konsumenten einklagbar, selbst wenn diese nicht ausdrücklich im geschlossenen Vertrag oder im erhaltenen Dokument oder Beleg enthalten sind und müssen bei der Bestimmung des Prinzips der Vertragsmäßigkeit in Betracht gezogen werden.“

<sup>160</sup> *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 274.

<sup>161</sup> In diesem Sinne *Corral García*, RdP 2000, 532.

<sup>162</sup> *Orti Vallejo*, Defectos 67.

<sup>163</sup> *Sanz Valentín*, Actualidad Civil 1999, 1082.

<sup>164</sup> *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 269, der dabei diese Terminologien verwendet.

<sup>165</sup> *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1195, *derselbe*, RCDI 2000, 2800, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 110.

öffentlichen Aussagen die Bindungswirkung ausgeschlossen werden. Vielmehr muss im Einzelfall beurteilt werden, inwieweit eine verpflichtende Kraft von der Werbung ausgeht. Dies ist eben dann der Fall, wenn sie sich auf konkrete Eigenschaften des Verbrauchsgutes bezieht und somit begründete Erwartungen beim Verbraucher erzeugt.<sup>166</sup>

Zusätzlich muss man die Frage aufwerfen, welchen Stellwert die Privatautonomie hat, um Werbeaussagen auszuschließen und inwieweit eine für den Verbraucher vorteilhaftere Vereinbarung die Werbung verdrängt. Für den Fall, dass vertragliche Vereinbarungen existieren, die für den Verbraucher vorteilhafter sind, kann ein Blick auf Art 61 Abs 3 geworfen werden, da dieser die Werbung unter gewissen Umständen von ihrer verpflichtenden Wirkung entbindet.<sup>167</sup> Jedoch fehlt hinsichtlich der Reichweite dieser die Werbungsangaben ausschließenden Vereinbarung eine ausdrückliche Bestimmung in Art 61 Abs 3. Jedoch muss stets beachtet werden, dass nur dann die in Art 116 Abs 1 aufgelisteten gesetzlichen Kriterien zur Anwendung kommen, wenn eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien fehlt oder mangelhaft ist. Folglich wird einer derartigen Vereinbarung, die gewisse Eigenschaften des Gutes ausschließt und somit den Rahmen der Vertragsmäßigkeit absteckt, der Vorrang gegenüber den in der Werbung gemachten Anpreisungen zu geben sein. Darüber hinaus kann eine solche Vereinbarung als eine vom Verkäufer gewollte Korrektur der in der Werbung zugesicherten Eigenschaften sein, was folglich eine Haftung für jene Fälle ausschließen würde, wenn diese Korrektur schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden hat.<sup>168</sup> Folglich muss daher davon ausgegangen werden, dass der Vorrang einer vorteilhafteren Vereinbarungen sich nicht aus Art 61 Abs 3 ableiten lässt, sondern in Art 116 Abs 1 begründet ist, da demnach bei ausreichender vertraglicher Gestaltung die gesetzlichen Kriterien bei der Beurteilung einer allfälligen fehlenden Vertragsmäßigkeit nicht zur Anwendung kommen.<sup>169</sup>

Schließlich gilt noch zu klären, was mit der Werbung passiert, wenn diese den Eigenschaften, die sich aus der Anwendung der anderen Kriterien ableiten,

---

<sup>166</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 122f.

<sup>167</sup> Art 61 Abs 3 bestimmt: „...falls der abgeschlossene Vertrag vorteilhaftere Bestimmungen enthält, überwiegen diese über den Inhalt des Angebots, der Reklame oder Werbung.“ [Eigene Übersetzung].

<sup>168</sup> In diesem Sinn auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 126.

<sup>169</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 127.

entgegensteht, also zB einem speziellen vom Verbraucher geforderten Gebrauch.<sup>170</sup> Aufgrund der Tatsache, dass zwischen den gesetzlichen Kriterien des Art 116 Abs 1 kein Hierarchieverhältnis besteht, muss jenem Kriterium der Vorrang eingeräumt werden, welches sich stärker auf den erklärten Willen der Vertragsparteien stützt. Sollte dies nicht feststellbar sein, kann ein solches Anwendungsproblem nur noch mit dem Prinzip *pro consumatore*, das als Interpretationsmittel für alle Normen des Verbraucherrechtes fungiert, gelöst werden.<sup>171</sup>

Hinsichtlich der Etikettierung ist vorerst die generelle Regelung in Art 18 Abs 1 hervorzuheben, die neben anderen spezifischen Bestimmungen, den Inhalt der Etikettierung regelt. Nach Art 18 Abs 1 muss *„sowohl die Etikettierung als auch die Präsentation der Sachen, Dienstleistungen und der Modalitäten müssen von solcher Natur sein, damit kein Irrtum beim Verbraucher hervorgerufen werden kann, im Speziellen: über die Eigenschaften der Sache oder der Dienstleistung, dabei insbesondere über deren Natur, Identität, Qualitäten, Zusammenstellung, Quantität, Haltbarkeit, Herkunft und Art der Erzeugung oder Gewinnung.“*<sup>172</sup> Zusätzlich müssen nach Abs 2 *„alle Sachen und Dienstleistungen die dem Verbraucher zur Verfügung gestellt sind, wahre, wirksame und ausreichende Informationen über deren wesentliche Eigenschaften anschließen, beifügen oder in klarer und verständlicher Form gestalten.“*<sup>173</sup> Die Regelungen bezüglich der Etikettierung sind sehr ergiebig. Folglich erzeugen diese eine Verpflichtung des Herstellers und Verkäufers, eine Anzahl von Informationen bezüglich verschiedener Aspekte der Güter in der Etikettierung dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen der Etikettierung werden nun durch die Bestimmung des Art 116 Abs 1 lit d zum Vertragsinhalt,<sup>174</sup> nämlich in der Form, dass all die in der Etikettierung genannten Eigenschaften, Qualitäten, Quantitäten usw. für den Verbraucher einklagbar werden.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> Ähnliche Überlegungen macht sich *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 271; ferner *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1197f, *derselbe*, RCDI 2000, 2802f, *ders*, Noticias de la Unión Europea 2002, 112.

<sup>171</sup> Dieses Prinzip räumt jener Norm bzw Vereinbarung den Vorrang ein, welche den Verbraucherinteressen besser entspricht, *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 128.

<sup>172</sup> Eigene Übersetzung des Art 18 Abs 1.

<sup>173</sup> Eigene Übersetzung des Art 18 Abs 2.

<sup>174</sup> Bezüglich der Richtlinie bekräftigt dies *Orti Vallejo*, Defectos 62.

<sup>175</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 130.

Eine Verantwortung für die in der Werbung bzw. Etikettierung gemachten Zusicherungen besteht nach lit d jedoch nicht nur für die Äußerungen des Verkäufers, sondern auch für jene des Herstellers als auch dessen Vertreters. Dabei definiert das LGDCU nF in Art 4 den Begriff des Unternehmers bzw. in Art 5 jenen des Herstellers. Das Verbraucherschutzgesetz bestimmt jedoch wie auch die RL nicht, was unter dem Begriff des Vertreters verstanden werden kann.<sup>176</sup> Nach Art 116 Abs 1 lit d bleibt somit der Verkäufer sowohl für seine eigenen öffentlichen Äußerungen als auch für jene des Herstellers oder dessen Vertreters haftbar.<sup>177</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass der Verkäufer der einzige Haftende nach dem spanischen Gesetz bleibt, denn Art 124 gewährt dem Verbraucher unter gewissen Umständen einen Direktanspruch gegenüber dem Hersteller.<sup>178</sup> Entscheidend für die Einbeziehung der Werbeaussagen in den Vertrag ist demnach nicht, ob derjenige der die Äußerung getätigt hat später auch Vertragspartner wird oder nicht.<sup>179</sup>

Allerdings kommt es nach Art 116 Abs 1 lit d Satz 2 zum Ausschluss der Haftung des Verkäufers *„für jene öffentliche Äußerungen, wenn er nachweist, dass er die betreffende Äußerung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte, wenn die betreffende Äußerung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war oder die betreffende Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.“*<sup>180</sup> Somit werden die von der RL normierten Ausschlussstatbestände in das spanische Gesetz umgesetzt, wonach bei alternativem Vorliegen einer dieser Tatbestände der Verkäufer für die Äußerungen nicht gebunden bleibt. Der Verkäufer trägt bei allen Ausschlussstatbeständen die Beweislast, weshalb dieser bei Misslingen der Beweisführung weiterhin für die öffentlichen Äußerungen haftet.<sup>181</sup>

---

<sup>176</sup> Die Richtlinie hielt von einer Definition Abstand, obwohl eine solche in den Vorarbeiten zur Richtlinie erwähnt wurde. Dazu auch *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 273 FN 22; ferner oben unter Punkt 3.1.4 (I).

<sup>177</sup> Allerdings ist Art 116 Abs 1 lit d Satz 2 zu beachten, wonach der Verkäufer in bestimmten Fällen nicht für öffentliche Äußerungen haftet, siehe dazu gleich im Anschluss.

<sup>178</sup> Dazu mehr unter Punkt 6.1 (II).

<sup>179</sup> In diesem Sinne auch *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1196f, *derselbe*, RCDI 2000, 2801f, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 111.

<sup>180</sup> Eigene Übersetzung des Art 116 Abs 1 lit d Satz 2: *„El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.“*

<sup>181</sup> Dies kann auch aus der verpflichtenden bzw. bindenden Kraft der Werbung bzw. Etikettierung geschlossen werden, da diese zum Vertragsinhalt werden außer in den genannten Tatbeständen. Vgl dazu auch *Vérgez*, La Protección 65.

Zum einen bleibt der Verkäufer dann nicht für öffentliche Äußerungen gebunden, wenn er diese nicht kannte oder vernünftigerweise kennen musste. Daraus kann geschlossen werden, dass dieser Ausschluss der Haftung des Verkäufers niemals für seine eigenen Äußerungen gelten kann, da der Verkäufer diese immer kennt.<sup>182</sup> Die Unkenntnis bezieht sich also hier nicht auf die Tatsache, ob das Verbrauchsgut die deklarierten Qualitäten bzw Leistungen besitzt, sondern auf die alleinige Existenz öffentlicher Äußerungen.<sup>183</sup> Darunter sind die Behauptungen des Herstellers bzw dessen Vertreters zu verstehen. Obwohl diese Vorschrift nicht zwischen Werbung und Etikettierung unterscheidet, dürfte sich der Verkäufer wohl nicht auf den Ausschluss der Haftung stützen, wenn es sich um Äußerungen in der Etikettierung handelt. Es erscheint nämlich nicht vertretbar, dass der Verkäufer den Inhalt der Etikettierung, die auf dem zu verkaufenden Produkt deutlich sichtbar ist, nicht kennen konnte.<sup>184</sup> Von einem Verkäufer muss demnach verlangt werden können, dass er die Produkte bzw deren Etikettierung, die er verkauft und vermarktet, genau kennt.<sup>185</sup> Für den Fall eines Haftungsausschlusses des Verkäufers kommt es nicht zu einer Situation der völligen Schutzlosigkeit des Verbrauchers und seiner Interessen. Wie schon zuvor erwähnt, steht diesem im spanischen Recht unter gewissen Voraussetzungen gemäß Art 124 ein Direktanspruch gegen den Hersteller zu.<sup>186</sup>

Der zweite Ausschlussstatbestand beschäftigt sich mit der Korrektur der öffentlichen Äußerung. Dabei muss diese dem Verbraucher schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt gewesen sein und demnach vor diesem Zeitpunkt stattgefunden haben. Eine Korrektur kann nicht nur im Lichte einer Berichtigung von Werbeaussagen angesehen werden, sondern diese kann zudem den Parteiwillen verdeutlichen, da, wie schon zuvor angedeutet, eine vertragliche Vereinbarung über gewisse Eigenschaften des Verbrauchsgutes als Korrektur der zuvor geäußerten

---

<sup>182</sup> Vérguez, La Protección 65.

<sup>183</sup> Diese Schlussfolgerung wird von der Lehre hervorgehoben, vgl dazu *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 1999, 273; ferner *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1200, *derselbe*, RCDI 2000, 2805, *derselbe*, Noticias de la Unión Europea 2002, 110; *Corral García*, RdP 2000, 533; sowie *Orti Vallejo*, Defectos 69.

<sup>184</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 136; ferner kritisiert *Orti Vallejo*, Defectos 69, dass keine unterschiedliche Behandlung von Etikettierung und Werbung vorgenommen wurde. Er fordert zudem die Eliminierung dieses Ausschlussstatbestandes hinsichtlich der Etikettierung.

<sup>185</sup> Vérguez, La Protección 67.

<sup>186</sup> Der Verbraucher hat dann einen Direktanspruch, wenn es ihm unmöglich ist sich an den Verkäufer zu wenden, oder wenn ihm dies nur unter Aufwendung von hohen Kosten möglich ist. In diesem Fall muss von einem Fall der Unmöglichkeit der Inanspruchnahme des Verkäufers ausgegangen werden, weshalb ein Direktanspruch durchaus legitim erscheint. Darüber mehr unter Punkt 6.1 (II).

Werbeaussagen zu verstehen sein kann. Allerdings ist bei diesem Tatbestand vielmehr an eine Korrektur der Werbung zu denken. Es wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die Korrektur zumindest in der gleichen Art und im selben Umfang wie die Werbung selbst stattzufinden hat, um einen Ausschluss der Haftung erzeugen zu können.<sup>187</sup> Eine Kenntnisnahme des Verbrauchers von der Berichtigung ist grundsätzlich in Fällen der Etikettierung vorstellbar, da notwendige Modifikationen auf dem Etikett selbst vorgenommen werden und der Verbraucher über dieses im Moment der Inbesitznahme des Produktes verfügt.<sup>188</sup>

Schließlich bleibt der Verkäufer an öffentliche Äußerungen nicht gebunden, wenn diese den Verbraucher nicht in seiner Kaufentscheidung beeinflusst haben konnten. Dieser Ausschlussstatbestand wird in der Praxis wohl kaum Aussicht auf Erfolg haben, da sich dieser auf die inneren Gefühlslagen und Motivationen des Verbrauchers stützt und diese bei jedem Verbraucher verschieden ausgestaltet sein können.<sup>189</sup> Denkbar ist der Fall, dass zwar eine gewisse Eigenschaft in der Werbung angepriesen wurde und folglich das Fehlen dieser eine fehlende Vertragsmäßigkeit erzeugen würde, diese Eigenschaft aber für den Erwerb durch den Verbraucher nicht entscheidend war, da dieser auch ohne Kenntnis der öffentlichen Äußerung dieselbe Entscheidung getroffen hätte.<sup>190</sup> Allerdings muss hervorgehoben werden, dass gerade die Beeinflussung des Verbrauchers das Ziel der Werbung bzw der Etikettierung darstellt, weshalb es kaum denkbar erscheint, dass diese Äußerungen den Verbraucher nicht in seiner Entscheidungsfindung beeinflusst haben konnten.<sup>191</sup>

### 3.3 Maßgeblicher Zeitpunkt

Gemäß Art 114 haftet der Verkäufer gegenüber dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die im Zeitpunkt der Übergabe des Produktes besteht. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung einer etwaigen Vertragswidrigkeit ist also wie auch in der Richtlinie die Lieferung bzw Übergabe des Produktes an den

---

<sup>187</sup> *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2049

<sup>188</sup> *Morales Moreno*, *Anuario de Derecho Civil* 1999, 278; sowie *Corral García*, *RdP* 2000, 533.

<sup>189</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 138.

<sup>190</sup> *Morales Moreno*, *Anuario de Derecho Civil* 1999, 278.

<sup>191</sup> *Avilés García*, *Actualidad Civil* 2000, 1200, *derselbe*, *RCDI* 2000, 2805; *derselbe*, *Noticias de la Unión Europea* 2002, 113, der die schwere Beurteilung einer möglichen Beeinflussung durch die Werbung letztlich den Richtern überlassen sieht.

Verbraucher.<sup>192</sup> Allerdings haftet der Käufer dem Verbraucher auch dann, wenn die Vertragswidrigkeit erst nach der Übergabe in Erscheinung tritt, diese aber schon im Zeitpunkt der Übergabe existierte.<sup>193</sup> Daraus ist zu schließen, dass der Verkäufer nur für jeden originären Mangel haftet. Somit ist dieser umgekehrt nicht für Vertragswidrigkeiten verantwortlich, welche beim Produkt entweder plötzlich eintreten, durch Umstände verschiedener Art verursacht wurden oder sich der Kontrolle des verantwortlichen Subjekts entziehen, wie zB durch einen Missbrauch des Käufers, einer Handlung Dritter etc.<sup>194</sup> Aufgrund des Zwecks des Gesetzes scheint diese Regelung logisch, da dem Verbraucher keine Art von Versicherung auf alle Risiken für Vertragswidrigkeiten, welche das erworbene Produkt in einem gewissen Zeitraum erleidet, eingeräumt, sondern dem Verkäufer lediglich die Gefahr der Wertminderung, welche in der Phase vor Übergabe des Produktes an den Verbraucher verursacht wurde, angerechnet werden soll.<sup>195</sup>

Demnach stellt das spanische Gesetz ebenso wie die Richtlinie auf den Zeitpunkt der Übergabe und nicht auf jenen des Gefahrenübergangs ab. Dies scheint aber nicht ganz unproblematisch zu sein. Schon die Richtlinie hat dies erkannt und den Mitgliedsstaaten freigestellt, ob diese durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Übergabe deren nationale Regeln über den Gefahrenübergang modifizieren wollen.<sup>196</sup> Wie auch in anderen Mitgliedstaaten führte das Abstellen auf den Zeitpunkt der Lieferung in Spanien zu Widersprüchen mit den allgemeinen Bestimmungen<sup>197</sup> über den Gefahrenübergang beim Kauf, da diese die Gefahr ab Vollendung des Vertrages und

---

<sup>192</sup> Art 114 spricht wie die spanische Fassung der RL in Art 3 von „*entrega*“, also von der Lieferung.

<sup>193</sup> Vgl dazu *Carrasco Perera, Cordero Lobato und Martínez Espín*, Estudios sobre Consumo 2000, 127, die zudem eine Haftung des Verkäufers für den Fall annehmen, dass die Vertragswidrigkeit zwar nach der Übergabe auftritt, diese sich aber aufgrund einer Nichterfüllung gewisser vertraglicher Verpflichtungen des Verkäufers ergab.

<sup>194</sup> In diesem Sinne *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 160.

<sup>195</sup> Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 160, welche dabei vom ergänzenden Charakter der gesetzlichen Kriterien spricht.

<sup>196</sup> Siehe dazu oben Punkt 3.3 (I). *Vérgez*, La Protección 75f, sieht schon alleine durch die Aufnahme dieser Verfügung eine Modifikation der Regeln des Gefahrenübergangs. Im Gegensatz dazu stellt Art 36 Abs 1 UNK nicht auf den Moment der Übergabe sondern auf den Gefahrenübergang ab, vgl dazu auch *Lete Achirica*, La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español, Actualidad Civil 1999, 1375.

<sup>197</sup> Dieser Widerspruch scheint nach *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 160, allerdings nur ein scheinbarer zu sein, da auch die generelle Norm über den Gefahrenübergang beim Kauf in Art 1452 CC den Zeitpunkt der Übergabe als maßgebend annimmt. AA *Morales Moreno*, La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE, in *Universidad de Santiago de Compostela* (Hrsg), Garantías en la venta de bienes de consumo (2004) 46, der bei Art 1452 CC den Gefahrenübergang im Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages sieht.



nicht mit Übergabe auf den Verbraucher übergehen lassen.<sup>198</sup> Nach der neuen Regelung des Art 114 kommt es infolgedessen zum Gefahrenübergang im Zeitpunkt der Übergabe an den Verbraucher.<sup>199</sup> Damit wird eine mögliche Diskussion über die Gefahrtragung beim Transport des verkauften Gutes verhindert.<sup>200</sup> Das bedeutet, dass der Verkäufer auch dann haftet, wenn sich der Verbraucher mit der Übernahme verspätet. In der Tat kann eine verspätete Übernahme des Verbrauchers nicht nur ärgerlich für den Verkäufer sein, sondern bedeutet zusätzlich eine Verschärfung seiner Haftung, da er im Falle des Verlustes der Sache zwischen Perfektion und Übernahme nicht davon befreit wird. Dies wird aus dem Umstand gefolgert, dass das LGDCU nF keine Regelung hinsichtlich dieser Fälle beinhaltet und der Verbraucher, da er Gläubiger der Übergabe ist, nur dann in Verzug gerät, wenn er ungerechtfertigt die Übernahme verweigert. In diesem Fall kann sich der Verkäufer durch Hinterlegung von der Gefahrtragung befreien oder den Vertrag auflösen.<sup>201</sup> Sollte jedoch das Produkt nicht vertragsgemäß sein, kann der Verbraucher die Erfüllung des Vertrages verlangen oder den Vertrag auflösen. Diese Nichterfüllungsansprüche verjähren in Spanien nach 15 Jahren.<sup>202</sup>

Als Übergabe muss die tatsächliche Entgegennahme des Produktes durch den Verbraucher, also der Zeitpunkt zu dem das Produkt dem Erwerber zur Verfügung gestellt wird, verstanden werden.<sup>203</sup> Im Vergleich dazu ist die Übergabe des Produktes beim Werkvertrag nicht maßgeblich, da das Werk ja erst vollendet werden muss und sich der maßgebliche Zeitpunkt auf den Moment der Fertigstellung des Werkes durch den Werkunternehmer verschiebt. Dies ist gerechtfertigt, da es dem Verbraucher erst ab diesem Moment möglich ist, die Vertragswidrigkeit, also eine Abweichung zum

---

<sup>198</sup> So auch *Morales Moreno* in *Universidad de Santiago de Compostela* 47, der die generelle Regelung für den Gefahrenübergang ab dem Zeitpunkt der Perfektion des Vertrages aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Haftungssystem der RL als derogiert sieht; ferner *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 73, die ebenfalls von einer Derogation der Regel *res perit emptoris* – die Gefahr trägt der Käufer – ausgeht; sowie *Reyes López*, *La Ley* 23/2003 197f.

<sup>199</sup> In diesem Sinne auch *Orti Vallejo*, *Defectos* 98, der allerdings für den Verbraucherkauf kaum einen Unterschied sieht, da diese Art von Käufen oft mündlich und unverzüglich realisiert werden.

<sup>200</sup> So auch *Lete Achirica*, *Actualidad Civil* 1999, 1375, der davon ausgeht, dass der Verkäufer die Gefahr für den Transport, den dieser selbst oder unter seiner Verantwortung durchführen lässt, trägt. Auf der anderen Seite trägt der Verbraucher die Gefahr der Wertminderung beim Transport, wenn dieser sich persönlich darum kümmert, da das Gut in diesem Fall dem Verbraucher schon übergeben wurde.

<sup>201</sup> *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 73.

<sup>202</sup> *García-Granero*, aaO.

<sup>203</sup> *Vérgez*, *La Protección* 76. Für *Morales Moreno*, *Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa*, *Anuario de Derecho Civil* 2003, 1634, gilt bei einem Versand der Ware durch den Verkäufer die Übergabe an den Transporteur als maßgeblicher Zeitpunkt, wenn der Verkäufer eine sorgfältige Wahl des Transporteurs durchgeführt hat, dementsprechend also seinen Verpflichtungen sorgfältig nachgekommen ist.

vertraglich Vereinbarten, festzustellen. Wie schon in Art 9 Abs 2 LGVBC normiert Art 123 Abs 2 eine Vermutung für den Zeitpunkt der Übergabe. Danach wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass die Übergabe am Tag der Rechnungs-, Belegs- oder Lieferscheinausstellung erfolgte. Diese Vermutung des Übergabezeitpunkts, welche in der RL nicht erwähnt wird, ist überaus positiv hervorzuheben, da die Übergabe nicht nur zur Bewertung der Vertragskonformität dient, sondern zudem den Beginn des Fristenlaufes der im Gesetz statuierten Fristen darstellt.<sup>204</sup>

### 3.4 Beweislastumkehr

Aus dem Erfordernis des Vorhandenseins der Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Übergabe ergibt sich ein beweisrechtliches Problem, da dieser Beweis mit Fortlauf der Zeit immer schwieriger erscheint. Da die RL keine Aussagen über die Beweislastverteilung enthält, ist nach den allgemeinen Bestimmungen der nationalen Regelungen grundsätzlich der Verbraucher verpflichtet die Ursprünglichkeit der Vertragswidrigkeit zu beweisen. Jedoch hat die RL versucht, diesem Beweisproblem entgegenzuwirken, indem sie eine Vermutungsfrist für das Vorliegen der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe in Art 5 Abs 3 normiert.<sup>205</sup>

Im LGDCU nF wurde die Beweislastumkehr in Art 123 Abs 1 Satz 3 eingeführt und beinahe wortwörtlich<sup>206</sup> von der RL-Formulierung übernommen: *„Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeiten, die innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe des Produktes, ob neu oder gebraucht, auftreten, schon bei Übergabe bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Produktes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar.“*<sup>207</sup> Diese Frist kann als Vermutungsfrist *iuris tantum* bezeichnet werden, allerdings mit den bereits erwähnten Einschränkungen.<sup>208</sup> Zudem kann aus dieser Regelung geschlossen werden, dass dem Verbraucher der Beweis obliegt, dass die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt der

---

<sup>204</sup> Dazu mehr unter Punkt 5 (II).

<sup>205</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3.4 (I).

<sup>206</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 161.

<sup>207</sup> Eigene Übersetzung des Art 123 Abs 1 Satz 3: *„Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad.“* Für *García-Cruces*, *Estudios de derecho Judicial* 2004, 75ff, stellt die Einführung dieser Vermutungsfrist eine der großen Vorzüge des Gesetzes dar.

<sup>208</sup> Art 123 Abs 1 Satz 3: *„...es sei denn diese Vermutung ist mit der Art des Produktes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar.“*

Übergabe vorhanden war.<sup>209</sup> Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss dieser Bestimmung.<sup>210</sup> Die generelle Beweislastverteilung leitet sich zudem aus den allgemeinen Beweislastregeln des Art 217 der spanischen Zivilprozessordnung - *Ley de Enjuiciamiento Civil* (im Folgenden „LEC“) - ab.<sup>211</sup> Nach den generellen Bestimmungen der Ziffern 2,3 und 4 des Art 217 LEC obliegt dem Kläger der Beweis für die Bestimmtheit des Sachverhalts aus dem sich die angeklagten Punkte in der Klageschrift ableiten lassen. Um eine Haftung des Verkäufers auslösen zu können, muss der Verbraucher also nicht nur die Vertragswidrigkeit, sondern auch nach Ablauf von sechs Monaten deren Vorliegen im Zeitpunkt der Übergabe beweisen. Nach Ablauf dieser Frist kann der Verbraucher den originären Charakter der Vertragswidrigkeit zB mittels Sachverständigengutachten bescheinigen und beweisen, dass diese nicht aufgrund eines Missbrauches des Verbrauchers nach Übergabe aufgetreten ist. Aus Sicht des Verbrauchers stellt diese Vermutungsfrist eine wesentliche Verbesserung seiner Position dar, jedoch wurde zum Teil diese zeitliche, auf sechs Monate beschränkte, Begrenzung kritisiert, da eine unlimitierte, also auf die ganze Gewährleistungsfrist von zwei Jahren ausgedehnte Vermutungsfrist dem Verbraucherschutzgedanken stärker entsprechen würde.<sup>212</sup>

Allerdings kann die Vermutungsfrist für den Fall unanwendbar sein, dass diese mit der Art des Gutes<sup>213</sup> bzw der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist. Hinsichtlich der Unvereinbarkeit mit der Art des Gutes kann in diesem Zusammenhang an sehr kurzlebige Güter gedacht werden, wie zB Lebensmittel, also Milch, Käse, etc., und auch an Produkte, die dem Verbraucher aufgrund deren Preis, Zusammenstellung und Materialien ersichtlich machen, dass es sich dabei um Sachen von kurzer Lebensdauer

---

<sup>209</sup> Vérguez, La Protección 78.

<sup>210</sup> In diesem Sinne auch Pita Ponte in *Universidad de Santiago de Compostela* 308f.

<sup>211</sup> Vérguez, La Protección 78.

<sup>212</sup> Eine zweijährige Vermutungsfrist findet man zB in Portugal und wurde sogar bereits im Grünbuch KOM 95 vom europäischen Gesetzgeber diskutiert. In Spanien hingegen fehlt es nach *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 162, an der dezidierten Intention vor allem den Verbraucher zu schützen. Eine solche Ausdehnung würde auch nicht zu einem absoluten Ausschluss der Tatsache führen, dass eine Vertragswidrigkeit nicht ursprünglich sei, da es sich lediglich um eine Vermutungsfrist handelt und ein Gegenbeweis des Verkäufers stets möglich und legitim sei.

<sup>213</sup> Nach *Castilla Barea*, aaO, resultiert diese Unvereinbarkeit ein bisschen kryptisch, wenn diese vereinzelt betrachtet wird.

handelt.<sup>214</sup> Jedoch kann nicht von einem allgemeinen Ausschluss dieser Güter ausgegangen werden.

In Bezug auf eine Unvereinbarkeit mit der Art der Vertragswidrigkeit muss dabei an jene Fälle gedacht werden, bei denen die Sache selbst nicht ohne Beeinträchtigung des Wertes verwendet werden kann.<sup>215</sup> In der Praxis wiederum können Störungen und Vertragswidrigkeiten auftauchen, wobei Fachmänner deren originären Charakter aufgrund der Art und Weise ihres Auftretens ausschließen können.<sup>216</sup> Eine etwaige Unvereinbarkeit der Vermutungsfrist mit der Art der Sache bzw der Vertragswidrigkeit muss der Verkäufer beweisen. Dies kann aus der allgemeinen Beweislastverteilung geschlossen werden.

### 3.5 Montagefehler und IKEA-Klausel

Entsprechend des Art 2 Abs 5 der RL stellt der spanische Gesetzgeber in Art 116 Abs 2 „die Vertragswidrigkeit infolge unsachgemäßer Montage des Produktes einer Vertragswidrigkeit des Produktes gleich, wenn die Montage Bestandteil des Kauf- oder Lieferungsvertrages, die in Art 115.1 geregelt sind, war und durch den Verkäufer oder unter dessen Verantwortung durchgeführt wurde, oder durch den Verbraucher wenn die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist.“<sup>217</sup>

Dabei wird im ersten Halbsatz davon ausgegangen, dass nicht das Produkt selbst, sondern die Montage eines Produktes unsachgemäß und deshalb mangelhaft ist. Weder die Richtlinie noch das LGDCU definiert diese. Von einer fehlerhaften Montage muss dann ausgegangen werden, wenn diese die nach dem Vertrag bzw den gesetzlichen

---

<sup>214</sup> Vgl auch *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 82, die zB Güter eines 1€-Shops als Güter, welche mit der Vermutungsfrist unvereinbar sind, aufzählt.

<sup>215</sup> Ausgeschlossen werden sollen demnach alle normalen Gebrauchsspuren, die eine Sache bei normalem Gebrauch nach einer Zeit in der Regel aufweisen, zB bei einem Ski. *García-Granero*, aaO, sieht die Unvereinbarkeit der Vermutungsfrist auch beim Gebrauch von Schuhen.

<sup>216</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 163, die dabei das Beispiel des Bruches einer Gangschaltung erwähnt, da ein solcher nur auf einen Missbrauch seitens des Verbrauchers bzw Käufers zurückzuführen und somit eine Haftung des Verkäufers auszuschließen sei.

<sup>217</sup> Eigene Übersetzung des Art 116 Abs 2: „La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.“

Kriterien der Art 116 geforderte Nutzung des Verbrauchsgutes verhindert.<sup>218</sup> Das Verbrauchsgut wird somit mangelfrei übergeben und erst durch die Montage, entweder durch den Verkäufer oder vom Verbraucher aufgrund mangelhafter Anleitungen, mangelhaft. Da es sich in beiden Fällen um vertragliche Zusatzvereinbarungen handelt, kann die Gleichstellung mit einer Vertragswidrigkeit nach Art 116 nicht als zusätzliches gesetzliches Kriterium gehandelt werden.<sup>219</sup> Besonders hervorzuheben ist die im LGDCU nF als auch schon im LGVBC<sup>220</sup> verwendete, aus systematischer Sicht bessere Regelung im Vergleich zur Richtlinie<sup>221</sup>, da die spanische Legislative den Montagemangel als Unterfall der Vertragswidrigkeit den gesetzlichen Kriterien des Vermutungsprinzips folgen ließ.<sup>222</sup>

Nach dem ersten Halbsatz der Bestimmung handelt es sich um eine zusätzliche Verpflichtung, des Verkäufers aufgrund der er die Montage selbst oder unter seiner Verantwortung durchführen lassen muss. Daraus kann geschlossen werden, dass der Verkäufer sowohl für sein Verhalten als auch für jenes der Personen, deren er sich zur Erfüllung der Montageverpflichtung bedient, haftet. Dies geschieht unbeschadet der Möglichkeit, *a posteriori* gegen die verantwortlichen Personen Ersatz der Aufwendungen im Wege eines Regressrechtes zu erlangen.<sup>223</sup> Die Montageleistung muss, um eine Verantwortung des Verkäufers entstehen lassen zu können, im Kaufvertrag integriert sein.<sup>224</sup> Auf jeden Fall dürfte es schwer zu bestimmen sein, inwieweit eine Montage als Leistung im Vertrag integriert wurde. Einerseits stellt es sich als unproblematisch dar, wenn die Montage ausdrücklich im Vertrag geregelt und vereinbart wurde. Andererseits muss dann die Leistung der Montage als Vertragsbestandteil anzusehen sein, wenn diese ergänzend zur Verpflichtung der Übergabe gilt und nichts Gegenteiliges vereinbart wurde. Mit Sicherheit kann aber dann von einer dem Vertrag integrierten Montage ausgegangen werden, wenn diese zur Nutzung des Verbrauchsgutes notwendig ist und der Verkäufer anbietet, diese

---

<sup>218</sup> *Morales Moreno* in *Universidad de Santiago de Compostela* 57, hinsichtlich des Art 2 Abs 5 der Richtlinie.

<sup>219</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 140.

<sup>220</sup> Vgl dazu Art 3 Abs 2 LGVBC.

<sup>221</sup> In der Richtlinie wird diese Gleichstellung zwar in Art 2 unter dem Titel der „Vertragsmäßigkeit“ geregelt, allerdings den Bestimmungen zum Ausschluss der Vertragswidrigkeit nachgereiht.

<sup>222</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 141.

<sup>223</sup> *Reyes López*, *La Ley 23/2003* 194.

<sup>224</sup> Das stellt Art 116 Abs 2 eindeutig klar: „*este incluida en el contrato de compraventa.*“, vgl dazu auch *Vérgez*, *La Protección* 69.

durchzuführen, ohne dabei hervorzuheben, dass es sich um eine andere bzw zusätzliche Leistung handelt.<sup>225</sup>

Darüber hinaus darf es sich nicht um eine vom Kaufvertrag unabhängige Leistung handeln. Zudem muss man davon ausgehen, dass eine Montage, welche nur auf eine Installation einzelner Teile bzw Module abzielt, nicht unter den Anwendungsbereich fällt. Somit muss sich die Montage auf die Installation bzw Aufstellung des Verbrauchsgutes beziehen, um eine Haftung für eine etwaige Vertragswidrigkeit beim Verbrauchsgut auslösen zu können. *Vérgez* geht außerdem dann von einer Anwendung dieser Vorschrift aus, wenn zwar die Installation korrekt bzw mangelfrei verlaufen ist, jedoch durch diese, quasi infolge der Montage, das Produkt beschädigt wird.<sup>226</sup>

Für den im Gesetz vorgesehenen Fall der Selbstmontage durch den Verbraucher nach den Montageanleitungen des Verkäufers oder eines Dritten ist auszuführen, dass es sich hierbei um einen Mangel an Informationen handelt. Die Informationspflicht kann als akzessorische, vertragliche Pflicht angesehen werden, welche für die korrekte Erfüllung des Kaufvertrages unerlässlich ist.<sup>227</sup> Die Folge einer Nichterfüllung dieser Pflicht ist die gleiche, wie bei einer Vertragswidrigkeit, die sich aus der Nichterfüllung der Pflicht aus dem Hauptvertrag ableitet.<sup>228</sup> Der Verkäufer haftet somit für Informationen, die dieser vor dem Kauf gar nicht überprüfen konnte, weil diese in den meisten Fällen vom Hersteller ausgestellt und definiert werden. Bei diesem Fall kann entweder der Verbraucher oder aber auch ein Dritter der Monteur des Produktes sein. Allerdings muss für den Fall, dass es sich beim Monteur um einen Fachmann handelt, davon ausgegangen werden, dass durch dessen Handlung die Kausalität hinsichtlich der bereitgestellten Anleitungen, für die ja der Verkäufer haftet, getrennt wird.<sup>229</sup> Dabei geht sowohl der spanische als auch der europäische Gesetzgeber nicht näher darauf ein, wie ein solcher Mangel ausgestaltet sein muss, um eine Haftung des Verkäufers auszulösen. Nach einem Teil der Lehre können die Anleitungen sogar unklar oder

---

<sup>225</sup> *Vérgez*, La Protección 70.

<sup>226</sup> Vgl auch *Vérgez*, aaO, die dabei weiter ausführt, dass bei möglichen zusätzlichen Schäden für den Verbraucher eine Schadenersatzforderung basierend auf den Vorschriften des Garantierechts möglich sei; ferner *Morales Moreno* in *Universidad de Santiago de Compostela* 57, bezüglich der RL.

<sup>227</sup> Siehe dazu ausführlich oben unter Punkt 3.2 (II).

<sup>228</sup> In diesem Sinn *García Rubio*, *Diario La Ley* 2003, 1532.

<sup>229</sup> *Vérgez*, La Protección 71.

unzureichend sein, ohne dass ein Mangel vorliegen muss.<sup>230</sup> Aus teleologischer Sicht der Bestimmung müssen auch solche Fälle zur Haftung des Verkäufers führen. Denn aufgrund der unklaren Instruktionen des Verkäufers kommt es folglich zu einem Missbrauch des Verbrauchers, der jedoch dem Verkäufer, der die Anleitungen zur Verfügung gestellt hat, zuzuschreiben ist.<sup>231</sup> Bei diesen Fällen ist des Weiteren zu beachten, dass es dem Verbraucher aufgrund seiner mangelnden technischen Kenntnisse bzw Fähigkeiten in der Regel schwer fällt, Fehler in den Montageanleitungen festzustellen.

### 3.6 Haftungsausschluss

Anders als die RL<sup>232</sup> geht der spanische Gesetzgeber nach Art 116 Abs 3 nicht von einem Ausschluss der Vertragswidrigkeit aus, sondern schließt die Haftung für Vertragswidrigkeiten dann aus „*wenn der Konsument diese [Vertragswidrigkeiten] im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder begründeterweise nicht ignorieren konnte oder diese auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.*“<sup>233</sup> Die spanische Lehre weist darauf hin, dass die in Art 116 Abs 1 beschriebenen Kriterien<sup>234</sup> die Tatsache, dass das Gut vertragswidrig sei, weder verhindern noch eliminieren. Der Verkäufer ist in diesen Fällen also deshalb nicht haftbar, weil nicht alle Voraussetzungen für eine Vertragswidrigkeit vorhanden sind, um eine Haftung des Verkäufers auszulösen.<sup>235</sup> Dabei nähert sich das LGDCU nF an den in Art 35 Abs 3 UNK<sup>236</sup> vorgenommenen Haftungsausschluss. Zudem verweist die spanische Lehre in der Begründung des Haftungsausschlusses auf die allgemeine

---

<sup>230</sup> *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2060, verlangt dabei eine für das Verständnis des Verbrauchers ausreichende Klarheit der Anleitungen.

<sup>231</sup> Dieser Ansicht auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 142.

<sup>232</sup> Art 2 Abs 3 RL spricht von: „...*no existe falta de conformidad...*“ im Gegensatz dazu das LGDCU nF: „*No habrá lugar a responsabilidad...*“

<sup>233</sup> *Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 256, der dies als richtlinienkonforme Umsetzung deutet, da die wesentliche Rechtsfolge der Normen übereinstimmt. *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 146, sieht diese Umsetzung korrekter als die RL selbst an, da nicht die Bewertung des Zustandes des Produktes ausgeschlossen werden soll, sondern die Haftung des Verkäufers.

<sup>234</sup> Siehe oben Punkt 3.2 (II).

<sup>235</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>236</sup> Dabei beschreibt das UN-Kaufrecht den Haftungsausschluss wie folgt: „*Der Verkäufer haftet nach Absatz 2 Buchstaben a bis d nicht für eine Vertragswidrigkeit der Ware, wenn der Käufer bei Vertragsabschluß diese Vertragswidrigkeit kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte.*“

Gewährleistungsvorschrift des Art 1484 CC, wonach es ebenfalls bei offenkundigen oder sichtbaren Mängeln zu einem Ausschluss der Haftung kommt.<sup>237</sup>

Darüber hinaus kann daraus geschlossen werden, dass der Erwerber die Vertragswidrigkeit duldet, wenn er den Vertrag trotz Kenntnis dieser abschließt. Auch das Prinzip des guten Glaubens verhindert eine spätere Ablehnung der Sache bzw das Entstehen einer daraus folgenden Haftung des Verkäufers, da es völlig zulässig erscheint, von einer Einwilligung des Verbrauchers in den abzuschließenden Vertrag auszugehen.<sup>238</sup> Der Verbraucher kann folglich nicht erwarten, dass das Produkt für den typischen oder speziellen Gebrauch zu verwenden ist bzw dass dieses den üblichen Standard an Qualität und Leistungen aufweist, wenn dieser trotz Kenntnis der Vertragswidrigkeit das Produkt erworben hat.<sup>239</sup> Wie schon zur RL ausgeführt, bezieht der Verbraucher grundsätzlich diese Informationen in seine Preisberechnungen mit ein, weshalb sich ein Ausgleich für diese fehlenden Qualitäten des Produkts in einem geringeren Kaufpreis widerspiegelt. Ob der Konsument Kenntnis von der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hatte, muss jedoch der Verkäufer beweisen, was diesem dann umso leichter fallen wird, wenn die Mängel offenkundig sind. Selbstverständlich muss es sich um eine effektive Kenntnis handeln. Ausgeschlossen ist demnach eine bloße vertragliche Klausel, die mit generellem Charakter festlegt, dass der Verbraucher den Zustand und etwaige Vertragswidrigkeiten des Verbrauchsgutes vor dem Erwerb gekannt hat. Eine solche Klausel führt zur Einschränkung bzw zum Ausschluss der Rechte des Verbrauchers, weshalb eine solche hinsichtlich des zwingenden Charakters der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers die Nichtigkeit dieser Klausel nach sich ziehen würde.<sup>240</sup>

Allerdings ist die Haftung des Verkäufers nicht nur bei effektiver Kenntnis des Verbrauchers ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn der Verbraucher die Vertragswidrigkeit begründeterweise kennen musste. Dabei ist jedoch hervorzuheben,

---

<sup>237</sup> Art 1484 Satz 2 CC bestimmt: „*Er [der Verkäufer] haftet aber nicht für offenkundige oder für sichtbare Mängel...*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 274.

<sup>238</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 148.

<sup>239</sup> *García-Cruces*, Estudios de derecho Judicial 2004, 75ff.

<sup>240</sup> *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1532.



dass die RL und folglich auch das spanische LGDCU nF keine Untersuchungspflicht des Verbrauchers beabsichtigt und erzeugt.<sup>241</sup>

Hinsichtlich der im allgemeinen Zivilgesetz geregelten Konzeption des verdeckten Mangels muss von einer Übereinstimmung der Voraussetzungen eines möglichen Ausschlusses ausgegangen werden. Dafür spricht sich auch ein Großteil der spanischen Lehre aus, obwohl sowohl im LGDCU nF als auch in der RL jegliche Referenz bezüglich der Offenkundigkeit bzw der Erkennbarkeit fehlt.<sup>242</sup> Zudem wird davon ausgegangen, dass der nach Art 116 Abs 3 normierte Haftungsausschluss jenen der Offenkundigkeit des Mangels nach dem CC nicht übersteigt, da bei beiden Bestimmungen die gerechtfertigte Kenntnis bzw Unkenntnis der Vertragswidrigkeit, welche aus subjektiven Gesichtspunkten des Käufers und nicht aus dem offenkundigen Charakter der Vertragswidrigkeit als objektive Eigenschaft berücksichtigt werden muss, im Vordergrund steht.<sup>243</sup>

Im Gegensatz zu Art 116 Abs 3 enthält Art 1484 CC einen Zusatz für den Fall, dass der Käufer ein Sachkundiger ist. In solchen Fällen haftet folglich der Verkäufer auch dann nicht, wenn es sich um einen sichtbaren Mangel handelt und der Käufer als Sachkundiger den Mangel aufgrund seines Amtes oder Berufes leicht hätte erkennen müssen.<sup>244</sup> Aufgrund der Tatsache, dass auf die Eigenschaft des Käufers im Zeitpunkt des Erwerbs abgestellt wird, kann geschlossen werden, dass es sich bei der Kenntnis der Offenkundigkeit lediglich um ein subjektives Kriterium handeln kann.<sup>245</sup> Im Vergleich zum Ausschluss der Vertragswidrigkeit nach dem LGDCU nF normiert Art 1484 CC aber nicht ausdrücklich, dass bei Kenntnis des Käufers vom Mangel die Haftung ausgeschlossen wird, wovon die herrschende Judikatur eindeutig ausgeht.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> Im Vergleich dazu bestimmt Art 38 UNK eine gewisse Untersuchungspflicht. Diese kann jedoch nicht als Pflicht im technischen Sinn, sondern als reine Obliegenheitsverletzung, angesehen werden, denn der Unternehmer kann nicht zur Überprüfung gezwungen werden. Durch die Obliegenheitsverletzung verliert der Unternehmer lediglich den Anspruch auf Gewährleistung.

<sup>242</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 149; ferner *Sanz Valentin*, Actualidad Civil 1999, 1082; sowie *Corral García*, RdP 2000, 522.

<sup>243</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 149ff.

<sup>244</sup> Vgl dazu Art 1484 CC: „*Er [der Verkäufer] haftet aber nicht für offenkundige oder für sichtbare Mängel, und nicht einmal für solche, die nicht sichtbar sind, sofern der Käufer ein Sachkundiger ist, der die Mängel aufgrund seines Amtes oder Berufes leicht hätte erkennen müssen.*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 274.

<sup>245</sup> So auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 149, die davon ausgeht, dass sich die Regelung nach dem Verbraucherschutzgesetz kaum von jener im CC unterscheidet.

<sup>246</sup> Vgl STS vom 31. Jänner 1970 (RJ 1970/370).

Demzufolge sind Mängel, von denen der Käufer effektive Kenntnis besitzt, als offenkundig zu betrachten. Damit vergleichbar ist nun der in Art 116 Abs 3 normierte Ausschluss, weshalb auch die hL von keiner Änderung der Regelung des Art 1484 CC ausgeht.<sup>247</sup>

Es kann also abgeleitet werden, dass den Verbraucher lediglich eine gewisse Sorgfaltspflicht, offenkundige bzw leicht in die Augen fallende Mängel an der Sache zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu erkennen, trifft. Diese Sorgfaltspflicht kann flexibel ausgestaltet sein und hängt von der jeweiligen, effektiven Möglichkeit des Verbrauchers ab, die Eigenschaften der Sache zu überprüfen. Dem Verbraucher wird die Untersuchung erschwert, wenn das Verbrauchsgut zB eingepackt oder versiegelt ist. Darüber hinaus kann die Sorgfaltspflicht aufgrund einer gewissen Erfahrung des Verbrauchers in Bezug auf die erworbene Sache variieren.<sup>248</sup> In dieser Hinsicht enthält Art 1484 CC, wie schon zuvor angeführt, eine spezielle Bestimmung, die unzweifelhaft von zwei verschiedenen Käufergruppen ausgeht, nämlich einerseits von einem durchschnittlichen Käufer und andererseits von einem sachkundigen Käufer, unabhängig davon, ob er diese Erfahrung effektiv besitzt oder nicht.<sup>249</sup> Dies ist auf den Terminus „begründeterweise“ zurückzuführen sein, der sowohl im LGDCU nF als auch in der RL verwendet wurde.

Der 2. Halbsatz des Art 116 Abs 3 normiert zusätzlich noch einen werkvertraglichen Ausschlusstatbestand, der nach der RL mittels Sphärentheorie gelöst werden soll, wonach der Verkäufer dann nicht für eine Vertragswidrigkeit einstehen muss, wenn diese auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Diese Regelung verdankt ihren Sinnesgehalt dem Art 115 Abs 1, wonach auch Werkverträge unter den Anwendungsbereich des LGDCU nF fallen.<sup>250</sup> Dieser Ausschlusstatbestand stellt eine gewisse Neuerung im spanischen Rechtssystem dar. Eine derartige Vorschrift findet sich zudem nicht ausdrücklich im UN-Kaufrecht, obwohl man von dessen Einbeziehung

---

<sup>247</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 151, mwN.

<sup>248</sup> In diesem Sinne *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 212; ferner *García Rubio*, *Diario La Ley* 2003, 1532.

<sup>249</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>250</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 155ff.

in der generellen Klausel des Art 80 UNK<sup>251</sup> ausgehen kann. Ein solcher Haftungsausschluss ist auch nicht im spanischen CC bzw in den entsprechenden Bestimmungen der Art 1484ff CC geregelt, da sich diese speziell auf den Kaufvertrag beziehen. Allerdings enthält Art 1590 CC<sup>252</sup> eine Regelung für den Fall, dass der Käufer bzw Werkbesteller den Stoff zur Verfügung gestellt hat, aber nicht spezifisch darauf ausgerichtet ist, Mängel des Werkes zu bestimmen, sondern lediglich das Risiko eines Verlustes des Werkes dem Besteller überträgt. Somit kommt es nach Art 1590 CC nur dann zum Haftungsausschluss, wenn der Werkunternehmer dem Besteller die schlechte Qualität des Stoffes rechtzeitig angezeigt hat.<sup>253</sup>

Eine solche Anzeigepflicht besteht jedoch nicht im Verbraucherrecht, was vereinzelt auch zu Kritik führte.<sup>254</sup> Diese wurde damit begründet, dass ein Fachmann, welcher Güter herstellt und sich folglich in einer zur Feststellung der Unangemessenheit des Rohstoffes zur Erlangung des geforderten Resultates dienlichen Situation befindet, mit der für seinen Beruf angemessenen Sorgfalt handeln muss.<sup>255</sup> Darüber hinaus vertraut der Verbraucher in gewissem Maße auf die Sachkompetenzen des Werkunternehmers, die es ihm ermöglichen, untaugliche Stoffe relativ schnell zu erkennen und dem Verbraucher anzuzeigen. Nach Art 116 Abs 3 ist jedoch der Verkäufer nicht zur Anzeige der Mangelhaftigkeit des Stoffes verpflichtet, weshalb es mehr als zweifelhaft erscheint, dass eine gewisse Sorgfalt des Verkäufers gefordert werden kann und folglich eine Haftung für den Fall bestehen bleibt, dass er den Verbraucher nicht gewarnt hat. Eine solche Beschränkung der Haftungsbefreiung für den Verkäufer findet keine gesetzliche Stütze, auch wenn das Erfordernis der Anzeige wünschenswert gewesen wäre.<sup>256</sup> Demnach kommt es schon dann zum Haftungsausschluss des Verkäufers, wenn dieser beweisen kann, dass die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.

---

<sup>251</sup> Art 80 UNK bestimmt: „Eine Partei kann sich auf die Nichterfüllung von Pflichten durch die andere Partei nicht berufen, soweit diese Nichterfüllung durch ihre Handlung oder Unterlassung verursacht wurde.“

<sup>252</sup> Art 1590 CC: „Derjenige, der sich verpflichtet hat, nur seine Arbeitskraft oder sein Gewerbe einzusetzen, kann keinerlei Vergütung verlangen, wenn das Werk vor der Übergabe zerstört wird, es sei denn, es lag Annahmeverzug vor oder die Zerstörung geschah infolge der schlechten Beschaffenheit der Materialien, sofern dieser Umstand dem Geschäftsherrn rechtzeitig angezeigt wurde.“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 291.

<sup>253</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>254</sup> Hinsichtlich der RL *Orti Vallejo*, Defectos 108; sowie *Morales Moreno* in *Díez-Picazo* 309, hinsichtlich des Art 35 Abs 3 UNK.

<sup>255</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 158; ferner *Orti Vallejo*, Defectos 108.

<sup>256</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 158.





## 4. Rechte (derechos del consumidor)

Eine der größten Veränderungen des bisherigen Rechtssystems, welche durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie eingeführt wurde, war die Gestaltung der Gewährleistungsrechte. Dieser Bereich stand im Zentrum der Richtlinienkonzeption, deren vorrangiges Ziel die Schaffung gleicher Rechte für den Verbraucher in jedem Mitgliedstaat war.

### 4.1 Rechte im Überblick

Der Verbraucher hat folglich nach Art 118 auch in Spanien „*das Recht auf Reparatur des Produkts, auf seinen Austausch, auf eine Preisminderung oder auf die Vertragsauflösung*“.<sup>257</sup>

Die Schaffung des Art 118 und die daraus folgende Zuerkennung der genannten Behelfe führte zu einer Bewältigung der bis dahin chaotischen Situation im spanischen Verbraucherrecht. Denn bislang wusste ein Verbraucher aufgrund der Anwendbarkeit von diversen Normenkomplexen nicht, welche Rechte er aufgrund einer mangelhaft erbrachten Leistung geltend machen kann. Zum einen hatte der Käufer nach den allgemeinen Bestimmungen des Konzeptes der Mängelbeseitigung von verdeckten Mängeln iSd Art 1484ff CC den Anspruch auf die Geltendmachung der ädilizischen Klagen. Er konnte also eine Preisminderung, *actio quanti minoris*, oder eine Vertragsauflösung, *actio redhibitoria*, vom Verkäufer fordern. Zum anderen standen dem Käufer ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages oder auf Vertragsauflösung aus den Nichterfüllungsregeln des Art 1124 CC<sup>258</sup> zu. Eine volle Konkurrenz zwischen den Ansprüchen aus Nichterfüllung und jenen aus der Gewährleistung besteht also nicht.<sup>259</sup> Schließlich konnte ein Käufer als Verbraucher nach Art 11 Abs 3 LGDCU aF zuerst die Reparatur und falls eine solche erfolglos blieb, subsidiär den Austausch oder die

---

<sup>257</sup> Eigene Übersetzung des Art 118: „*El consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título.*“

<sup>258</sup> Art 1124 CC: „*Das Recht zur Auflösung der Verpflichtung gilt bei den wechselseitigen Verbindlichkeiten als stillschweigend [vereinbart] für den Fall, dass einer der Verpflichteten nicht erfüllt, was ihm obliegt.*“ Zudem bestimmt Abs 2: „*Der Verletzte kann wahlweise die Erfüllung der Verbindlichkeit oder ihre Auflösung, und in beiden Fällen Schadenersatz und Zinsen verlangen. Ebenso kann er die Auflösung fordern, auch nachdem er sich für die Erfüllung entschieden hat, wenn diese sich als unmöglich herausstellt.*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 221f.

<sup>259</sup> *Fenoy Picón*, Falta de compraventa 376; Siehe zur Aliudlieferung oben unter Punkt 3.1 (II).

Vertragsauflösung verlangen. Ebenfalls hatte der Verbraucher ein subsidiäres Wahlrecht - *ius optandi* - dieses allerdings nur im Bereich der vertraglichen Garantie, dessen Abgabe beim Verkauf von haltbaren Waren für den Verkäufer verpflichtend war.<sup>260</sup> Gerade hinsichtlich der Regelung nach Art 11 LGDCU aF gab es Anwendungsschwierigkeiten, da diese Bestimmung durch die Umsetzung der Richtlinie in das LGVBC nicht derogiert wurde, weshalb der Verbraucher bei haltbaren Waren primär nur die Möglichkeit einer Reparatur hatte und erst subsidiär einen Austausch oder die Vertragsauflösung verlangen konnte. Allerdings wurde schon damals die Ansicht vertreten, dass diese Norm gemäß der neuen Bestimmungen des LGVBC, wonach der Verbraucher primär die Wahl zwischen Austausch und Reparatur und sekundär zwischen Preisminderung und Wandlung hat, zu interpretieren ist.<sup>261</sup> Durch die Novellierung des allgemeinen Verbrauchergesetzes LGDCU ist diese Bestimmung nun weggefallen. Lediglich die Pflicht der Garantieabgabe bei haltbaren Waren wurde in Art 126 übernommen.<sup>262</sup>

Die Generalisierung der Gewährleistungsbefehle des Verbrauchers stellt nun eine notwendige Konsequenz der Erweiterung des Konzepts der fehlenden Vertragsmäßigkeit dar.<sup>263</sup> Für die hL scheint die Ausdehnung der Befehle auch auf jene der Nichterfüllungsregeln aufgrund der Tatsache absolut schlüssig, dass bis auf eine fehlende Übergabe jede Abweichung von der vertraglich vereinbarten Leistung eine Vertragswidrigkeit darstellt.<sup>264</sup> Die durch die RL geschaffenen und durch das LGDCU nF übernommenen Verbraucherrechte sind untereinander von alternativem Charakter, weshalb dies eine zeitgleiche Geltendmachung unmöglich macht. Zudem verhindert die erfolgreiche Durchsetzung einer der Befehle die Wahrnehmung bzw Geltendmachung eines der anderen Rechte.<sup>265</sup>

---

<sup>260</sup> Dazu unten unter Punkt 7.2 (II).

<sup>261</sup> *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 295f.

<sup>262</sup> Siehe dazu unten unter Punkt 7.2 (II).

<sup>263</sup> In diesem Sinne *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2323; ferner *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (20.01.2008).

<sup>264</sup> *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2324, die den Grund für die Erweiterung der Rechte im weitaus größeren Anwendungsbereich des Konzepts der fehlenden Vertragsmäßigkeit im Vergleich zum bisherigen Konzept der Art 1484ff CC sieht. Der Verkäufer haftet nun für jede Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe. Im Gegensatz dazu mussten die Mängel nach den Art 1484ff CC von gewisser Beschaffung sein, um eine Haftung auslösen zu können; dieser Ansicht auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 214.

<sup>265</sup> *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (20.01.2008).

Auf den ersten Blick erscheinen die Gewährleistungsbehelfe nach Art 118 zur freien Wahl des Verbrauchers, weshalb der Anschein entstehen kann, dass eine Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer Verfügbarkeit besteht.<sup>266</sup> Allerdings wurde durch die Richtlinie und folglich auch im spanischen Rechtssystem in Art 119 ein Hierarchiesystem zwischen den Behelfen geschaffen.<sup>267</sup> Dabei soll den Ansprüchen auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der Vorrang vor den Gestaltungsrechten der Preisminderung und der Vertragsauflösung zukommen.<sup>268</sup> Dies bedeutet, dass der Verbraucher, wie schon zuvor bezüglich der RL dargestellt wurde<sup>269</sup>, primär einen Anspruch auf Verbesserung oder Austausch des Produktes hat.<sup>270</sup> Subsidiär stehen diesem unter gewissen Voraussetzungen<sup>271</sup> die Preisminderung bzw. eine Vertragsauflösung zur Verfügung.<sup>272</sup> Eine Beschränkung der Abhilfemöglichkeiten erscheint deshalb vernünftig, da ansonsten der Verbraucher die für den Verkäufer teuerste Abhilfe wählen würde und somit eine höhere Summe als die effektive Wertminderung, die durch die fehlende Vertragsmäßigkeit entstanden ist, erlangen könnte.<sup>273</sup>

## 4.2 Verbesserung und Austausch (reparación y sustitución)

Die Verbesserung und der Austausch sind von gleicher Beschaffenheit, da beide auf eine Erfüllung *in natura* abzielen, also auf die exakte Anpassung zwischen der vertraglich vereinbarten und effektiv durchgeführten Leistung.<sup>274</sup> Der Verbraucher fordert also die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, indem er entweder die

---

<sup>266</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>267</sup> Dabei handelt es sich nach *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2324, um eine politisch gesetzlich angemessene Wahl, deren Ziel die Aufrechterhaltung des Vertrages und schließlich die Sicherheit der Transaktionen ist.

<sup>268</sup> Der spanische Gesetzgeber hat sich dabei auf die Ausführungen in der RL beschränkt.

<sup>269</sup> Siehe oben unter Punkt 5.2 (I).

<sup>270</sup> Für *Gómez*, *Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica*, *InDret* 2001, 20, stellt der auf der Verbesserung und des Austausches gewährte Vorzug eine angemessene Lösung dar, da es dem Verkäufer ermöglicht, Kostenersparnis durch Massenproduktion auszunützen. Dadurch könnten die Kosten, welche eine mögliche Geltendmachung der Gewährleistung für den Verkäufer hervorruft, reduziert werden und so folglich die Verbraucher begünstigen.

<sup>271</sup> Dazu später mehr unter Punkt 4.3 (II).

<sup>272</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 214, kritisiert z.T. diese geschaffene Hierarchie, da sie weniger den Verbraucherinteressen als den Interessen des wirtschaftlichen Sektors entspricht, indem die Möglichkeiten der Vertragsauflösung limitiert werden. Allerdings begründet diese die Limitierung damit, dass der europäische Gesetzgeber die RL nicht nur aus Sicht des Verbraucherschutzes sondern auch zur Vollendung des Binnenmarktkonzepts und der Verminderung von Wettbewerbsverzerrungen für Verkäufer erlassen hat.

<sup>273</sup> In diesem Sinne auch *Gómez*, *InDret* 2001, 20.

<sup>274</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 216ff.



Reparatur an einem defekten Produkt oder den Austausch durch ein identes, neues und mangelfreies Produkt verlangt. Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, ist sowohl die Nachbesserung, also die Leistung der fehlenden Quantität bei Quantitätsmängel, als auch die Lieferung des vertraglich vereinbarten Gutes im Falle einer Aliudlieferung, als Verbesserung zu subsumieren.<sup>275</sup>

Das spanische Gesetz definiert zudem nicht, was unter Verbesserung und Austausch zu verstehen ist. Allerdings kann die Reparatur als Verpflichtung zu einem Tun angesehen werden, wonach der Verkäufer alles machen muss, um das Verbrauchsgut in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Im Gegensatz dazu bedeutet der Austausch für den Verkäufer eine Verpflichtung zu einem Geben, da dieser ein vertragsgemäßes Gut als Austausch leisten muss.<sup>276</sup> Hinsichtlich des Austausches bzw Substitution ist zu beachten, dass ein partieller Austausch des gesamten Verbrauchsgutes möglich ist.<sup>277</sup> Die Verpflichtung zum Austausch und zur Verbesserung obliegt zwar dem Verkäufer, er muss diese allerdings nicht selbst durchführen und kann sich somit dabei mittels Anweisung Dritter bedienen.<sup>278</sup> Auf der anderen Seite kann der Verbraucher selbst die Verbesserung auf Kosten des Verkäufers durchführen, allerdings muss er diesem zuvor die Möglichkeit der Verbesserung oder des Austausches gegeben haben.<sup>279</sup> Der spanische Gesetzgeber begrenzt in Art 119 das Wahlrecht des Verbrauchers iSd Richtlinie. Diesem folgend werden in Art 120 allgemeine Regeln der beiden primären Behelfe beschrieben und normiert.<sup>280</sup>

#### 4.2.1 Wahl zwischen Verbesserung und Austausch

Art 119 bestimmt: „*Wenn das Produkt nicht vertragsgemäß ist, hat der Verbraucher die Wahl entweder die Verbesserung oder den Austausch des Produkts zu fordern, außer einer dieser beiden Optionen stellt sich objektiv als unmöglich oder unverhältnismäßig*

---

<sup>275</sup> Vérguez, La Protección 85. AA Marín López, Actualidad Civil 2007, 1381ff, der dieses Begehren weder als Verbesserung noch als Austausch charakterisiert.

<sup>276</sup> Marín López, aaO.

<sup>277</sup> ZB der Austausch eines defekten Blinklichts bei einem verkauften Auto.

<sup>278</sup> Marín López, aaO, hebt dabei hervor, dass es in der Praxis in Spanien üblich ist, dass der Verkäufer das Verbrauchsgut im Falle einer Vertragswidrigkeit dem technischen Service des Herstellers zusendet.

<sup>279</sup> Im Sinne der Art 1096 Abs 2 und 1098 Abs 1 CC. Vgl auch dazu Marín López, aaO.

<sup>280</sup> Kritisiert wurde die Systematik der Gesetzesregelung von Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 218, die eine Zusammenfassung eines einzigen Artikels bezüglich der Reparatur und des Austausches für sinnvoll hält, da auch Art 119 Regeln für die Ausübung dieser Behelfe enthält.

dar.<sup>281</sup> Das Wahlrecht obliegt demnach ausdrücklich dem Verbraucher.<sup>282</sup> Die freie Wahl wird gleichzeitig durch den Zusatz „*außer eine dieser zwei Optionen stellt sich als unmöglich oder unverhältnismäßig dar*“ in solcher Weise beschränkt, dass der Verbraucher nicht mehr von seinem Wahlrecht Gebrauch machen kann, indem er nur noch den einzig möglichen oder verhältnismäßigen Behelf fordern kann.

Bezüglich der Unmöglichkeit eines der Behelfe muss hervorgehoben werden, dass diese weder in der RL noch im spanischen LGDCU nF näher definiert wird. Dabei muss wohl von einer faktischen als auch objektiven<sup>283</sup> Unmöglichkeit ausgegangen werden. Zudem kann diese Unmöglichkeit anfänglich oder nachträglich sein.<sup>284</sup> Dies bedeutet, dass nicht schon dann von einer Unmöglichkeit auszugehen ist, wenn es subjektiv für den Verkäufer nicht möglich ist, das Produkt zu verbessern bzw auszutauschen. Allerdings muss hierbei immer im Einzelfall geprüft werden, welche Sorgfalt vom Verkäufer im konkreten Fall gefordert werden kann. Zudem ist die Unmöglichkeit nicht nur auf einen Behelf begrenzt, sondern es ist denkbar, dass gleichzeitig sowohl die Reparatur als auch der Austausch unmöglich sind.<sup>285</sup>

In Fällen der Unmöglichkeit beider Behelfe ist der Verbraucher der Vertragswidrigkeit nicht schutzlos ausgeliefert, da er in diesen Fällen zu den sekundären Behelfen der Preisminderung oder Vertragsauflösung gelangt. Es ist nicht selten, dass eine Verbesserung eines Produktes faktisch unmöglich ist, da eine solche zB aufgrund der Beschaffenheit des Produktes schon ausgeschlossen sein kann.<sup>286</sup> Genauso ist eine Unmöglichkeit hinsichtlich des Austausches von Produkten vorstellbar wie zB der unmögliche Austausch des letzten Exemplars eines Fabrikats, welches nicht mehr

---

<sup>281</sup> Eigene Übersetzung des Art 119 Abs 1: „*Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada.*”

<sup>282</sup> Anders als in der RL, wonach nicht ausdrücklich geregelt wird, welcher Partei dieses Wahlrecht zukommen soll. Demnach muss davon ausgegangen werden, dass es den Mitgliedsstaaten überlassen wird, dieses Wahlrecht der einzelnen Vertragspartei zuzuweisen, vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 232.

<sup>283</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 220.

<sup>284</sup> *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff.

<sup>285</sup> Beispielsweise kann dabei an den Kauf eines Handys aus einer auslaufenden Serie gedacht werden, wo sowohl einzelne Bauteile als auch ein Produkt dieser Serie selbst nicht mehr im Neuzustand verfügbar sind.

<sup>286</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 220, erwähnt hierbei das äußerst plakative Beispiel von speziellen Plastiktüten, die zum Transport von Gütern mit großem Gewicht produziert werden, und schließlich aufgrund eines Defektes in der Ausarbeitung reißen und eine Verbesserung unmöglich macht.

produziert wird und auch der Verkäufer über kein solches Exemplar mehr verfügt.<sup>287</sup> Bezüglich der Unmöglichkeit des Austausches wurde durch das spanische Gesetz ein Fall der gesetzlichen Unmöglichkeit durch Art 120 Abs 1 lit g geschaffen, der den Austausch von nicht vertretbaren wie auch von gebrauchten Gütern grundsätzlich als unmöglich ausschließt.

Nicht nur die Unmöglichkeit begrenzt das Wahlrecht des Verbrauchers, auch eine Unverhältnismäßigkeit einer Abhilfe zieht eine Limitierung des *ius optandi* nach sich. Im Gegensatz zur Unmöglichkeit determiniert der Gesetzgeber in Art 119 Abs 2 die Unverhältnismäßigkeit wortgleich der RL: *„Eine Abhilfe gilt dann als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar waren.“*<sup>288</sup>

Der ausschlaggebende Faktor zur Bestimmung einer Unverhältnismäßigkeit sind demnach die Kosten, die bei einer Abhilfemöglichkeit im Vergleich zu einer anderen für den Verkäufer anfallen.<sup>289</sup> Allerdings können höhere Kosten einer Abhilfe alleine nicht schon die Wahl des Verbrauchers verhindern. Diese Kosten müssen für den Verkäufer unzumutbar sein, um eine Abhilfe als unverhältnismäßig zu betrachten. Die Zumutbarkeit muss unter Berücksichtigung gewisser, oben genannter Faktoren festgelegt werden. Nach der Wortinterpretation als auch der teleologischen Interpretation muss von einem kumulativen Abwiegen dieser Faktoren ausgegangen werden. Im Einzelfall erscheint dies jedoch kaum möglich, da zB die Annehmlichkeit

---

<sup>287</sup> Richtigerweise geht *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 216ff, davon aus, dass die Unmöglichkeit nicht als absoluter Begriff definiert werden kann, sondern vielmehr in Verbindung mit der vom Verkäufer zu fordernden Sorgfalt und dessen Verhalten im Einzelfall zu stellen ist. Es kann somit kein Austausch gefordert werden, wenn der Verkäufer über kein Exemplar mehr verfügt, dieser allerdings mit wesentlich höheren Kosten ein Exemplar des gleichen Modells bei einem anderen Verkäufer, zB aus dem Ausland, besorgen könnte. Folgerichtig ist dies ein Fall der Unverhältnismäßigkeit des Austausches, vgl dazu gleich im Anschluss.

<sup>288</sup> Eigene Übersetzung des Art 119 Abs 2.

<sup>289</sup> *Vérgez*, *La Protección* 87, sieht den Grund für die Einführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung darin, dass der Verkäufer ja nicht nur für schuldhaftes Verhalten haftet, weshalb dem Verkäufer unzumutbare Kosten erspart werden sollen.

eines Behelfes für den Verbraucher auf der anderen Seite mit der Bedeutung der Vertragswidrigkeit im Widerspruch stehen kann.<sup>290</sup>

Der Wert des mangelfreien Produktes spielt insofern eine Rolle, da der Verkäufer dem Verbraucher bei Massenprodukten stets den Austausch aufnötigen kann, da dies im Vergleich zur alternativen Abhilfemöglichkeit einer Verbesserung unzumutbare Kosten erzeugen würde.<sup>291</sup> Zudem fungiert der Wert des Produktes im perfekten Zustand als absolutes Limit der Kosten eines der Behelfe. Dabei muss allerdings vom Marktwert des Verbrauchsgutes und nicht von dem vom Verbraucher bezahlten Preis ausgegangen werden. Ausserdem fehlt im Gesetz jeglicher Bezug auf den Kaufpreis.<sup>292</sup> Der Verkäufer kann sich demnach dagegen wehren, wenn die Kosten diesen Wert erreichen oder übersteigen.<sup>293</sup>

Auf der anderen Seite kann der Verkäufer dem Verbraucher eine alternative Abhilfemöglichkeit aufdrängen, wenn diese geringere Kosten verursacht und er zudem beweist, dass diese keine erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher auslöst.<sup>294</sup> Als Unannehmlichkeit kann zB die Wertminderung bei der Verbesserung angesehen werden. Hinsichtlich der Bedeutung der Vertragswidrigkeit muss hervorgehoben werden, dass dieses Kriterium keinen unabhängigen Wert besitzt, sondern nur das Resultat aus den zwei zuvor genannten Kriterien in jener Weise korrigiert, dass der Verkäufer dem Verbraucher bei Vorliegen einer Vertragswidrigkeit von geringer Bedeutung stets den alternativen Behelf aufdrängen kann.<sup>295</sup>

Welcher Faktor überwiegt nun bei der Bestimmung der Zumutbarkeit? Eine eindeutige, für den Rechtsanwender befriedigende Antwort auf diese Frage lässt der Gesetzgeber aufgrund der Unbestimmtheit der Beziehung dieser Faktoren untereinander nicht zu. Den einzigen Anhaltspunkt stellen die wirtschaftlichen Kosten der Reparatur einerseits und die des Austausches andererseits für den Verkäufer dar.<sup>296</sup> Jedoch wurde im

---

<sup>290</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 221ff.

<sup>291</sup> In diesem Sinne auch *Sanz Valentin*, Actualidad Civil 1999, 1085, bez der RL.

<sup>292</sup> *Vérgez*, La Protección 88; ferner *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 213.

<sup>293</sup> *Marco Molina* bez der RL, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2326.

<sup>294</sup> Vgl dazu *Marco Molina*, aaO, die der Ansicht ist, dass das Wahlrecht schlussendlich dem Verkäufer zusteht.

<sup>295</sup> *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2327.

<sup>296</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 224, die allerdings davon ausgeht, dass die gesetzliche Regelung den Verkäuferinteressen den Vorrang gibt. Dabei kritisiert diese zudem,

Vergleich zum LGVBC im neuen LGDCU nF eine Bestimmung in Art 119 Abs 2 geschaffen, die wortwörtlich aus dem Erwägungsgrund 11 der RL übernommen wurde und die Abwägung der Zumutbarkeit der Kosten erleichtern soll: „Bei der Beantwortung der Frage, ob es sich um unzumutbare Kosten handelt, sollte entscheidend sein, ob die Kosten der Abhilfe deutlich höher sind als die Kosten einer anderen Abhilfe.“ Daraus folgt, dass geringe Abweichungen zwischen den Kosten nicht eine Ablehnung der gewählten Option durch den Verbraucher rechtfertigen.<sup>297</sup> Das Wahlrecht des Verbrauchers ist also sehr beschränkt, da der Verkäufer dem Verbraucher immer die Unzumutbarkeit der Kosten der gewählten Abhilfe entgegenbringen kann. Dies ist vom Verkäufer auch immer zu beweisen.<sup>298</sup>

Das LGDCU nF legt im Art 119 Abs 1 fest, dass die Parteien ab dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher dem Verkäufer seine getroffene Wahl mitteilt, an die gewählte Abhilfe gebunden sind. Der Verkäufer muss sogleich mit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes beginnen, da er dies innerhalb einer angemessenen Frist<sup>299</sup> zu erreichen hat.<sup>300</sup> Das spanische Gesetz normiert jedoch nicht die Form und Frist der Kommunikation, weshalb es zu Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der getroffenen Wahl kommen könnte. Logischerweise ist aber davon auszugehen, dass eine solche Mitteilung an den Verkäufer nur nach Feststellung der Möglichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der gewählten Abhilfe verbindlich sein soll, da die Vertragsparteien ansonsten zB an eine Verbesserung gebunden wären, die sich beim erworbenen Produkt als unmöglich herausstellt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung die Absicht, den Missbrauch des Verbrauchers einzuschränken, indem dieser schon nach begonnener Abhilfe, zB bei schon laufender Ausführung der Reparatur, plötzlich die alternative Abhilfemöglichkeit wählt und somit den Verkäufer

---

dass der spanische Gesetzgeber die schon in der RL recht spärlich gemachten Bestimmungen, ohne diese kritisch zu betrachten, übernommen hat.

<sup>297</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 225.

<sup>298</sup> Daher geht ein Teil der Lehre auch von einem Wahlrecht des Verkäufers aus, so auch *Orti Vallejo*, Defectos 175; ferner *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2324, die zugibt, dass „...die Wahl der Abhilfemöglichkeit in Wirklichkeit dem Verkäufer zukommt.“ Diese sieht dabei die Begründung unter anderem in Erwägungsgrund 12 der RL, welcher dem Verkäufer ermöglicht, dem Verbraucher alternative Abhilfemöglichkeiten anzubieten auch wenn diese nicht gesetzlich vorgesehen sind; so auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 232, die davon ausgeht, dass das letzte Wort hinsichtlich der Wahl der Abhilfemöglichkeiten stets der Verkäufer innehat; weiters *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 297, die von einer Beliebigkeit des Verkäufers ausgeht, die Behelfe steuern zu können; so auch *Sanz Valentin*, Actualidad Civil 1999, 1085, bez der RL.

<sup>299</sup> Dazu gleich mehr unter Punkt 4.2.2 (II).

<sup>300</sup> *Vérgez*, La Protección 90.

schädigt.<sup>301</sup> Abschließend wird festgehalten, dass dem Verkäufer der Beweis obliegt, dass die vom Verbraucher gewählte Abhilfe unmöglich bzw unverhältnismäßig ist.<sup>302</sup>

#### 4.2.2 Generelle Regeln der Verbesserung und der Substitution

Art 120 beinhaltet Bestimmungen zur Ausübung bzw Durchsetzung der Verbesserung oder des Austausches. Nach lit a müssen sowohl die Verbesserung als auch der Austausch für den Verbraucher unentgeltlich sein.<sup>303</sup> Um den Terminus „unentgeltlich“ genauer zu bestimmen, führt das Verbraucherschutzgesetz im Sinne des Art 3 Abs 4 der RL weiter aus, dass diese Unentgeltlichkeit die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes notwendigen Kosten, insbesondere die Versandkosten, als auch die Arbeits- und Materialkosten, umfasst.<sup>304</sup> Durch die ausdrückliche Nennung der Versandkosten kann darauf geschlossen werden, dass der Erfüllungsort der Verbesserung und des Austausches der Wohnort des Verkäufers ist.<sup>305</sup> Dem Verbraucher sollen somit keine zusätzlichen Kosten zum Kaufpreis entstehen, um die vertragsgemäße Leistung zu erhalten. Um gewisse Zweifel auszuräumen, hat sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber also die wesentlichsten Kosten, die bei einer Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes aufgezählt. Jedoch muss hervorgehoben werden, dass dies keine abschließende Aufzählung der Kosten bedeutet, da diese lediglich die gebräuchlichsten darstellen.<sup>306</sup>

Sowohl die Verbesserung als auch der Austausch müssen zudem nach lit b *„innerhalb angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt werden, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.“*<sup>307</sup> Diese Regelung wurde fast wortwörtlich aus der RL übernommen. Auch in Spanien muss demnach von unbestimmten Begriffen ausgegangen werden, da im LGDCU nF nicht näher erläutert

---

<sup>301</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 233.

<sup>302</sup> *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff.

<sup>303</sup> Durch diese Klarstellung wurden Zweifel, die durch Art 11 LGDCU aF hinsichtlich der Versandkosten bei der kommerziellen Garantie von haltbaren Waren bestanden haben, beiseite geschafft, vgl dazu *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 300ff.

<sup>304</sup> Die Unentgeltlichkeit war bereits in Art 11 Abs 3 LGDCU aF für die Reparatur bestimmt worden.

<sup>305</sup> *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff; sowie *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff.

<sup>306</sup> Das wird auch aus dem Wort „insbesondere“ geschlossen. Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 238; ferner *Vérgez*, La Protección 92.

<sup>307</sup> Eigene Übersetzung des Art 120 lit b: *„Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.“*

wird, was unter einer angemessener Frist als auch unter erheblichen Unannehmlichkeiten verstanden werden kann. Zudem existieren im spanischen Rechtssystem keine ähnlichen Bestimmungen, aus denen abgeleitet werden könnte, was unter einer angemessenen Frist<sup>308</sup> zu verstehen ist.<sup>309</sup> Die Unbestimmtheit dieser Begriffe führte zu heftiger Kritik der Lehre, da es aufgrund fehlender objektiver Kriterien zu deren Bestimmung zur Kontrolle ihrer Effektivität folglich zu einer Verletzung der RL als auch des LGDCU nF kommen kann.<sup>310</sup> Es liegt somit in der Hand des Verkäufers, die angemessene Frist verstreichen zu lassen, für den Fall, dass diesem die sekundären Gewährleistungsbefehle vorteilhafter erscheinen.<sup>311</sup> Nach lit b ist bei der Prüfung der Angemessenheit die Art des Verbrauchsgutes, also ob es sich dabei um ein Massenprodukt oder um ein Produkt einer beschränkten Serie handelt, und der Zweck, für den der Verbraucher das Produkt benötigt, zu berücksichtigen.<sup>312</sup> Demnach müssen diese Kriterien stets im Einzelfall geprüft werden.<sup>313</sup> Als generelle Regel kann eine Frist von ein bis zwei Wochen als angemessen angesehen werden.<sup>314</sup> Die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt der Anzeige des Verbrauchers von der Vertragswidrigkeit zu laufen. Haben Verkäufer und Verbraucher eine Frist für die Verbesserung oder den Austausch vereinbart, so gilt diese. Für den Fall, dass diese die gesetzlich festgeschriebene angemessene Frist verletzt, wird diese Vereinbarung nichtig und es muss auf die angemessene Frist nach den Bestimmungen des Gesetzes zurückgegriffen werden.<sup>315</sup>

Erhebliche Unannehmlichkeiten liegen grundsätzlich bei jeder Unregelmäßigkeit vor, außer in den Fällen eines Verzugs, da hier die Nichterfüllung in angemessener Frist zum Tragen kommt. Um jedoch relevant zu sein, muss diese Unregelmäßigkeit ein gewisses

---

<sup>308</sup> Vgl. *Navas Navarro*, La Directiva sobre la venta de bienes de consum: la garantía legal, in *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (2003) 1318, die davon ausgeht, dass diese Frist iSd Art 1128 CC durch die Gerichte fixiert werden könnte.

<sup>309</sup> *Vérgez*, La Protección 92.

<sup>310</sup> *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 302f.

<sup>311</sup> *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 303.

<sup>312</sup> *Fernández de Vera Ruiz*, Directiva 1999/44/CEE, de 25 de Mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español, *Estudios sobre Consumo* 2002, 128, verdeutlicht dies mit einem Beispiel: Beim Kauf von Strandartikel, erscheint klar, dass der Verbraucher diese für den Sommer verwenden will und das Interesse nach dem Sommer daran verliert.

<sup>313</sup> *García-Cruces*, *Estudios de derecho Judicial* 2004, 75ff.

<sup>314</sup> *Carrasco Perera*, *Cordero Lobato* und *Martínez Espín*, *Estudios sobre Consumo* 2000, 128, sehen dabei eine gewisse Ähnlichkeit zu den Fristen bei der Ersatzteillieferung nach dem Art 4 Abs 5 der königlichen Verordnung 58/1988, wonach bei Importgeräten ein Monat und für nationale Geräte 15 Tage als angemessene Frist verlangt werden.

<sup>315</sup> *Marín López*, *Actualidad Civil* 2007, 1381ff.

Ausmaß erreichen, nämlich jenes des erheblichen Charakters. Wann eine solche Unregelmäßigkeit bzw Unannehmlichkeit erheblichen Charakter aufweist, ist allerdings schwer feststellbar. Die Lehre spricht zB dann von erheblichen Unregelmäßigkeiten, wenn das Verbrauchsgut nach der Verbesserung einen merklich niedrigeren Marktwert als im vertragskonformen Zustand aufweist.<sup>316</sup>

Eine spezielle Bestimmung für die Verbesserung enthält Art 120 lit d: *„Falls die Reparatur vollendet und das Produkt übergeben wurde und dieses weiterhin nicht vertragsgemäß sein sollte, kann der Verbraucher den Austausch, außer diese Option stellt sich als unverhältnismäßig dar, die Preisminderung oder die Vertragsauflösung innerhalb der in diesem Kapitel vorhergesehenen Grenzen fordern.“*<sup>317</sup>

Somit muss der Verbraucher dem Verkäufer keine zweite Verbesserungschance gewähren, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen,<sup>318</sup> sondern kann einen noch nicht gewählten Behelf wählen, außer dieser stellt sich als unverhältnismäßig dar. Diese Unverhältnismäßigkeit muss im Sinne des Art 119 Abs 2 verstanden werden. Dabei muss von einer neuen Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgegangen werden, da die alternative Abhilfemöglichkeit nach Scheitern der gewählten vielleicht doch verhältnismäßig ist, weil eine solche bereits enorme Kosten verursacht hat.<sup>319</sup> Ausserdem stehen dem Verbraucher die sekundären Behelfe der Preisminderung und der Vertragsauflösung zur Verfügung, da der Verbraucher nicht dazu verpflichtet wird, neuerlich die gescheiterte Abhilfe oder den zuerst nicht gewählten primären Behelf geltend zu machen, um danach erst zu den sekundären Behelfen zu gelangen. Gerade dies kann dem Wortlaut des Gesetzes entnommen werden, wonach der Verbraucher nach lit d die freie Wahl hat, entweder den Austausch zu verlangen oder aber einen der sekundären Behelfe geltend zu machen. Sollte der Verbraucher die Preisminderung oder

---

<sup>316</sup> *Marín López*, aaO.

<sup>317</sup> Eigene Übersetzung des Art 120 lit d. Dabei wurde der Gesetzeslaut im Vgl zum LGVBC dahingehend geändert, dass die Unverhältnismäßigkeit ausdrücklich erwähnt wird. Die bisherige Regelung in Art 6 lit e LGVBC verwies lediglich auf dessen Art 5 Abs 2, wonach die Unverhältnismäßigkeit geregelt wurde.

<sup>318</sup> Der Verbraucher kann allerdings auch ein zweites Mal die Verbesserung verlangen, außer für den Fall, dass diese iSd. Art 119 nun unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Anderer Meinung ist *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 235, die deshalb dieser Meinung ist, da der Verkäufer ebenfalls nicht berechtigt sei, dem Verbraucher die Wiederholung eines gescheiterten Behelfs aufzuzwingen.

<sup>319</sup> *Castilla Barea*, aaO, geht ganz allgemein bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung davon aus, dass diese im Vergleich zu allen Abhilfemöglichkeiten geprüft werden muss, weshalb nach deren Ansicht, auch hier eine neue Prüfung der Verhältnismäßigkeit stattfinden muss.



die Vertragsauflösung wählen, so müssen die Regeln dieser in Art 121f beachtet werden.<sup>320</sup> Eine inhaltlich gleiche Bestimmung hinsichtlich eines gescheiterten Austausches enthält auch lit f, wonach der Verbraucher die Wahl hat, entweder die Verbesserung, außer diese ist unverhältnismäßig, die Preisminderung oder die Vertragsauflösung zu verlangen.<sup>321</sup>

Wie schon zuvor erwähnt<sup>322</sup> enthält lit g eine spezielle Regelung für den Austausch, wonach der Verbraucher bei unverwertbaren als auch gebrauchten Gütern keinen Austausch fordern kann. Bei unverwertbaren Sachen<sup>323</sup> ist der Ausschluss aufgrund ihrer unersetzlichen Beschaffenheit schlüssig.<sup>324</sup> Der durch das Gesetz normierte absolute Ausschluss des Austausches wurde von einem großen Teil der Lehre kritisiert, da bei gebrauchten Gütern ein Austausch zwar sehr schwer vorstellbar jedoch möglich erscheint.<sup>325</sup> Der absolute Charakter des Ausschlusses verhindert somit die Notwendigkeit einer Evaluierung der Möglichkeit bzw Unmöglichkeit eines Austausches iSd Art 119 Abs 1.<sup>326</sup> Der Ausschluss im spanischen LGDCU nF basiert auf Erwägungsgrund 16 der RL, die im Gegensatz dazu nicht von absolutem Charakter ist, was ebenfalls zu heftiger Kritik Anlass gab.<sup>327</sup> Durch Erwägungsgrund 16 der RL wird lediglich eine allgemeine Regel aufgestellt, wonach gebrauchte Güter aufgrund ihrer Eigenart im Allgemeinen nicht ersetzt werden können. Man kann deshalb der Ansicht sein, dass die Bestimmung des LGDCU nF nicht richtlinienkonform sei und den Verbraucher in seinem Schutz beschränke. In anderen Mitgliedstaaten, zB in

---

<sup>320</sup> Zu diesen später unten unter Punkt 4.3 (II).

<sup>321</sup> Dabei kann das zur gescheiterten Verbesserung Ausgeführte herangezogen werden.

<sup>322</sup> Siehe dazu unter Punkt 4.2.1 (II).

<sup>323</sup> Im Sinne des Art 337 CC: „Zur ersten Art [vertretbare Sachen] gehören die Sachen, von denen kein ihrer Beschaffenheit entsprechender Gebrauch gemacht werden kann, ohne dass sie verbraucht werden; zur zweiten Art [unvertretbare Sachen] gehören die übrigen Güter.“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 90.

<sup>324</sup> In diesem Sinne auch *Vérgez*, La Protección 86.

<sup>325</sup> *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2317, führt jedoch dabei an, dass der Grad des Gebrauches oder der Antiquität einer gebrauchten Sache stets einen unterschiedlichen Faktor darstelle, und nennt dabei das Beispiel des gebrauchten Autos, welches sich immer von einem anderen gebrauchten Auto abhebt und sei es nur aufgrund eines unterschiedlichen Kilometerstandes. Hingegen führt *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 244, ins Treffen, dass diese Unterschiedlichkeit der gebrauchten Sachen unvermeidbar ist. Allerdings hebt diese hervor, dass der Verbraucher größeres Interesse an einem Austausch eines gebrauchten Gutes durch ein anderes, welches die gleiche Nützlichkeit aufweist, trotz der Kenntnis der Unterschiedlichkeit zwischen den beiden Gütern haben kann. Im Gegensatz dazu schließt *Vérgez*, La Protección 86, einen Austausch bei gebrauchten Gütern aufgrund der Besonderheiten des Gebrauches kategorisch aus.

<sup>326</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>327</sup> *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 299.

Portugal sowie in Italien, wurde im Vergleich dazu auf einen Ausschluss des Austausches gänzlich verzichtet.<sup>328</sup>

Hinsichtlich unvertretbarer Sachen können aus der Interpretation des LGDCU nF in Bezug auf die Definition dieser Güter nach Art 337 CC Zweifel entstehen. Art 337 CC bestimmt: „Die beweglichen Sachen sind vertretbar oder unvertretbar. Zur ersten Art gehören die Sachen, von denen kein ihrer Beschaffenheit entsprechender Gebrauch gemacht werden kann, ohne dass sie verbraucht werden; zur zweiten Art gehören die übrigen Güter.“<sup>329</sup> Würde man dieser Definition folgen, käme es zu einer der Richtlinie widersprechenden Interpretation, da ein Austausch oder eine Verbesserung nur bei konsumierbaren Gütern vorgenommen werden könnte. Dazu bestimmt das Instituto Nacional del Consumo, dass der Código Civil nicht nur ein einziges Konzept von vertretbaren oder unvertretbaren Gütern sondern deren zwei enthält:<sup>330</sup> Zum einen das Konzept des Art 337 CC, wobei der konsumierbare Charakter hervorgehoben wird, und zum anderen das Verständnis nach den Art 1452 Abs 2, 1196 Z 2, 1753 CC, wonach das maßgebliche Element der Ersetz- bzw Austauschbarkeit durch andere Güter der gleichen Spezies und Qualität im Vordergrund steht. Zudem hat der Bericht des Instituto Nacional del Consumo den Ausschluss des Austausches bei gebrauchten Gütern als gerechtfertigt angesehen, da es sich um unersetzbare Güter handelt.<sup>331</sup> Eine Lösung des Interpretationsproblems hätte durch einen Zusatz erzielt werden können, nämlich dass sich die Bestimmung lediglich auf Sachen bezieht, die nicht durch andere der gleichen Spezies und Qualität austauschbar sind.<sup>332</sup>

### 4.3 Preisminderung und Vertragsauflösung (rebaja del precio o resolución del contrato)

Die sekundären Rechtsbehelfe des Verbrauchers bilden Preisminderung und Vertragsauflösung. Der Verbraucher kann nach Art 121 nur unter bestimmten Voraussetzungen darauf zurückgreifen, nämlich „wenn dieser die Verbesserung **oder**

---

<sup>328</sup> Siehe dazu auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 245.

<sup>329</sup> Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 90.

<sup>330</sup> Im Internet abrufbar unter <http://www.consumo-inc.es/Informes/home.htm> (abgerufen am 10. Dezember 2007)

<sup>331</sup> Vgl dazu auch *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 299; sowie *Reyes López*, La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo, *Actualidad Civil* 2004, 1008ff.

<sup>332</sup> Darauf verwies bereits *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 299, bezüglich des LGVBC allerdings ohne Erfolg, da es zu keiner Änderung bei der Novellierung des LGDCU kam.

*den Austausch nicht fordern konnte, und in den Fällen, in denen diese nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher hätten durchgeführt werden können.*<sup>333</sup> Die Preisminderung und Vertragsauflösung bzw Wandlung sind untereinander alternative Behelfe, weshalb der Verbraucher auch auf dieser Ebene ein Wahlrecht hat.<sup>334</sup> Allerdings ist diese Wahl nach Art 121 Satz 2 limitiert, da *„die Vertragsauflösung nicht vorgenommen werden kann, wenn die fehlende Vertragsmäßigkeit von geringer Bedeutung ist.“*<sup>335</sup>

Zunächst muss auf jene Voraussetzungen näher eingegangen werden, nach denen der Verbraucher zu den sekundären Gewährleistungsbehelfen gelangt. Das LGDCU nF bestimmt zuallererst, dass eine Preisminderung oder Wandlung erst dann vorgenommen werden kann, wenn der Verbraucher die Verbesserung oder den Austausch nicht fordern kann. Dabei geht der Gesetzgeber von einem alternativen Ansatz aus, der weder in der RL konzipiert wurde noch sehr logisch innerhalb des gesetzlichen Gefüges erscheint. Dies deshalb nicht, da die einzige Konsequenz aus einer Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit eines der primären Behelfe das Wegfallen der Wahlmöglichkeit des Verbrauchers darstellt.<sup>336</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass der Verbraucher nur dann Anspruch auf die sekundären Behelfe hat, wenn beide primären Abhilfemöglichkeiten nicht einklagbar waren, da sie vom ersten Moment an entweder für den Verkäufer unmöglich oder übermäßig beschwerlich gewesen wären.<sup>337</sup>

Die Wahl der Preisminderung oder Wandlung steht dem Verbraucher auch dann zu, wenn die Verbesserung oder der Austausch nicht in angemessener Frist oder ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt wurden. Die angemessene Frist muss bereits verstrichen sein, damit der Verbraucher die sekundären Ansprüche geltend machen kann. Ein solches Verstreichen der Frist kann als

---

<sup>333</sup> Eigene Übersetzung des Art 121 mit Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>334</sup> Davon geht auch *Orti Vallejo*, Defectos 182, aus, der es in keinem Fall als zulässig sieht, dass der Verkäufer dem Verbraucher die Preisminderung aufdrängt obwohl dieser die Wandlung bevorzugt und viceversa, wodurch folglich dem Verkäufer das Wahlrecht zukommen würde.

<sup>335</sup> Eigene Übersetzung des Art 121.

<sup>336</sup> In diesem Sinne auch *Vérgez*, La Protección 99.

<sup>337</sup> So auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 252, die von drei unterschiedlichen Fällen ausgeht. Zum einen von jenem Fall, dass beide Abhilfen von Anfang an unmöglich sind, oder dass der Verkäufer die Durchführbarkeit beider aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit verweigert oder dass sich eine als unmöglich und die andere als unverhältnismäßig herausstellt. Die Autorin ist deshalb der Meinung, dass die Setzung eines „und“ statt „oder“ eine korrektere Lösung gewesen wäre. Anderer Meinung hingegen *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff, der von einer gewollten Besserstellung des Verbrauchers im spanischen Gesetz ausgeht.

Nichterfüllung der Verpflichtung aus Art 120 angesehen werden.<sup>338</sup> Hierbei ist zu hinterfragen, inwiefern es Voraussetzung ist, dass beide Behelfe nicht innerhalb angemessener Frist oder ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt wurden oder ob diese Umstände nur für eine Abhilfe gefordert werden, um so die Geltendmachung der sekundären Behelfe zu ermöglichen. Die Lösung kann aber aus den schon genannten Bestimmungen des Art 120 lit d und f gewonnen werden, da bereits in diesen Vorschriften diese Problematik behandelt wurde. Wie schon zuvor erwähnt,<sup>339</sup> kann demnach der Verbraucher die sekundären Behelfe schon dann geltend machen, wenn entweder die Verbesserung oder der Austausch gescheitert sind.

Auf der anderen Seite ist eine Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher, wonach der Verbraucher direkt die Preisminderung oder die Vertragsauflösung fordern kann, stets zulässig, da die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers erweitert und nicht beschränkt werden.<sup>340</sup> Zudem erscheint es in zwei Fällen sinnvoll, dem Verbraucher die Geltendmachung der sekundären Rechte zu ermöglichen ohne dass dieser zuvor die primären Behelfe fordern müsse. Zum einen für den Fall, wonach zwar beide primären Behelfe möglich und verhältnismäßig wären, der Verkäufer allerdings dem Verbraucher deutlich zu erkennen gibt, nicht verbessern zu wollen oder sich dazu nicht in der Lage befindet, weshalb es nicht sinnvoll erscheint, auf das Verstreichen der angemessenen Frist warten zu müssen. Zum anderen kann sich bei einem Fixgeschäft, bei dem das Datum der Übergabe als wesentlicher Vertragsbestandteil festgesetzt wurde wie zB beim Kauf eines Hochzeitskleides, die Geltendmachung der primären Behelfe als sinnlos erweisen.<sup>341</sup>

Auf der zweiten Ebene der Gewährleistungsbehelfe steht dem Verbraucher ein erneutes Wahlrecht zu, wobei er seinen Interessen zufolge entweder die Preisminderung oder die Vertragsauflösung wählen kann. Dieses Optionsrecht ist jedoch aufgrund der Beschränkung nach Art 121 Satz 2 limitiert, da die Vertragsauflösung dann nicht gefordert werden kann, wenn es sich um eine Vertragswidrigkeit von geringer Bedeutung handelt, weshalb eine Beurteilung bzw Bewertung der Vertragswidrigkeit

---

<sup>338</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 253f.

<sup>339</sup> Siehe oben unter Punkt 4.2.2 (II).

<sup>340</sup> Zum Unabdingbarkeit der Rechte siehe unten unter Punkt 8 (II).

<sup>341</sup> *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff.

verpflichtend ist.<sup>342</sup> Dies entspricht der Anwendung des generellen Prinzips des modernen Kaufrechts<sup>343</sup>, wonach nur eine wesentliche Vertragsverletzung zur Wandlung führen kann.<sup>344</sup> Eine ähnliche Bewertung der Schwere eines Mangels erfolgte schon bislang nach den allgemeinen Regeln der Gewährleistung im CC, wobei jedoch hervorgehoben werden muss, dass dort die Bewertung zu unterschiedlichen Konsequenzen führt. Nach den allgemeinen Regeln der Art 1484ff CC kommt es dann zu keiner Haftung des Verkäufers, wenn der Mangel die Möglichkeiten des Gebrauches der Sache nicht beschneidet, merklich verringert oder gänzlich eliminiert. Folglich kann der Käufer somit keine der ädilizischen Klagen geltend machen, weder die *actio quanti minoris* noch die *actio redhibitoria*. Im Vergleich dazu kommt es bei jeder Vertragswidrigkeit nach dem LGDCU nF, ob leicht oder schwer, zur Haftung des Verkäufers, weshalb als einzige Konsequenz bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit der Ausschluss der Vertragsauflösung.<sup>345</sup>

Allerdings ist aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffes „wesentliche Vertragsverletzung“ schwer festzustellen, wann eine solche vorliegt, weshalb dies stets im Einzelfall zu entscheiden ist. Aus der Unbestimmtheit kann folglich geschlossen werden, dass der Gesetzgeber keine strikte Lösung vorgeben wollte und so die Beurteilung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit nicht dem Urteil der Parteien, sondern schlussendlich dem des Richters überlassen wollte.<sup>346</sup> Bei der Bestimmung der fehlenden Vertragsmäßigkeit müssen alle möglichen Elemente, ob subjektiv oder objektiv, in Betracht gezogen werden.

Abschließend stellt sich die Frage, ob der Ausschluss der Vertragsauflösung bei Vorliegen einer Vertragswidrigkeit von geringer Bedeutung gleichzeitig bedeutet, dass eine gewisse Schwere oder deren wesentlicher Charakter gefordert wird.<sup>347</sup> Aufgrund

---

<sup>342</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 246.

<sup>343</sup> Unter anderem auch in Art 49 Abs 1 lit a UNK, wonach der Käufer die Vertragsaufhebung nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung fordern kann.

<sup>344</sup> *Vérgez*, La Protección 101.

<sup>345</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>346</sup> In diesem Sinne auch *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2330.

<sup>347</sup> Vgl dazu *Orti Vallejo*, Defectos 184f: „Dass der Defekt nicht von geringer Bedeutung sei, ist offensichtlich nicht das gleiche zu fordern, dass dieser schwer sein muss.“ Dabei geht dieser bezüglich der RL davon aus, dass der Anspruch auf Vertragsauflösung jedenfalls weiter sei, als im UNK, im LGDCU aF und der Anwendung der Wandlung bei Nichterfüllung durch den Tribunal Supremo. Anderer Meinung hingegen ist *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2329, die eine Parallelität zu Art 49 Abs 1 lit a UNK sieht.

des Telos der Norm muss davon ausgegangen werden, dass zwischen einer geringfügigen und einer wesentlichen bzw schweren Vertragswidrigkeit noch andere Abstufungen der Schwere liegen und somit kein bestimmter Grad der Schwere gefordert wird. Nach dem Zweck der Vorschrift soll die Vertragsauflösung nämlich nur dann ausgeschlossen werden, wenn es sich um eine geringfügige Vertragswidrigkeit handelt, da dadurch dem Verbraucher ein größerer Schutz zuerkannt wird. Die Absicht des Gesetzgebers ist es ja, keine Vertragswidrigkeit außerhalb des Schutzbereiches zu lassen.<sup>348</sup>

Die Vertragsauflösung stellt also eine limitierte Alternative zur Preisminderung dar, deren Beschränkung insbesondere im Hinblick auf gebrauchte Güter eine spezielle Bedeutung aufweist. Da nach dem Gesetz bei dieser Art von Verbrauchsgütern ein Austausch gesetzlich ausgeschlossen ist und sich die Reparatur in den meisten Fällen als teuer und schwierig herausstellen kann, kann der Verbraucher bei einer geringfügigen Vertragsverletzung lediglich die Preisminderung geltend machen.<sup>349</sup> Allgemein erscheint dieser Ausschluss der Vertragsauflösung für die Fälle, in denen die Verbesserung als auch der Austausch nicht möglich sind, nicht angemessen.<sup>350</sup> Obwohl das LGDCU nF dies nicht ausdrücklich regelt, müssen beide sekundären Behelfe gleich den primären für den Verbraucher unentgeltlich sein, weshalb zB beim Kauf einer Klimaanlage und deren Installierung durch den Verkäufer, die Deinstallation nach Vertragsauflösung ebenfalls ohne Kosten für den Verbraucher erfolgen muss.<sup>351</sup>

Bei der Preisminderung geht es um die Schaffung eines Ausgleichs für das Bezahlen eines überhöhten Preises in Anbetracht des Vorliegens einer fehlenden Vertragsmäßigkeit. Durch dieses Gestaltungsrecht bleibt zwar der Vertrag bestehen, allerdings wird dieser durch eine neue Preisfestsetzung modifiziert.<sup>352</sup> Die Preisminderung unterliegt keiner Beschränkung, weshalb der Verbraucher diese auch

---

<sup>348</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 249f.

<sup>349</sup> Dies betrachtet *Vérgez*, La Protección 101, ebenfalls als kritisch.

<sup>350</sup> In diesem Sinne auch *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 304, der hervorhebt, dass ein solcher Ausschluss für jene Fälle nicht angewendet werden sollte, in denen der Verbraucher zu den sekundären Behelfen kommt, weil die primären Behelfe nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt wurden.

<sup>351</sup> *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff.

<sup>352</sup> Die erfolgreiche Ausübung der Preisminderung löst eine Tilgung eines Teiles der Kaufpreisverpflichtung aus. Vgl dazu *Marín López*, aaO. Ähnlich auch *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2068.

dann auswählen kann, wenn es sich nur um eine geringfügige Vertragswidrigkeit handelt.<sup>353</sup> Im Handelsrecht hat die Preisminderung keine Anerkennung gefunden, was daran liegen könnte, dass im Bereich des Handelsrechts der Käufer kein Interesse an defekten Sachen hat, da er diese in der Regel wiederverkaufen möchte.<sup>354</sup> Dabei ist die Preisminderung nicht als wirtschaftlicher Ausgleich zu betrachten, da weder die Schäden, welche die Wertminderung durch eine fehlende Vertragsmäßigkeit darstellt, noch die zur Verbesserung notwendigen Kosten beinhaltet sind. Vielmehr soll durch die Preisminderung das vereinbarte Gleichgewicht zwischen dem Kaufpreis und dem erhaltenen Wert der Sache wieder hergestellt werden. Der spanische Gesetzgeber hat in Art 122 im Vergleich zur RL eine Bestimmung zur Berechnung der Preisminderung erlassen, wonach diese proportional zur bestehenden Differenz zwischen dem Wert, den das Gut ohne die Vertragswidrigkeit gehabt hätte und dem Wert, den die übergebene Sache im Zeitpunkt der Übergabe hatte, ist.<sup>355</sup> Diese Berechnungsmethode gleicht der in Art 50 UNK verwendeten Methode. In der Praxis ergibt sich daraus ein Problem: Für den Fall, dass das Verbrauchsgut schon für längere Zeit im Besitz des Verbrauchers war, muss bei der Bestimmung der Vertragswidrigkeit der Gebrauch in Betracht gezogen werden, um den Wert des Gutes bei Übergabe feststellen zu können.<sup>356</sup>

Im Gegensatz zur Preisminderung sieht das Gesetz keine speziellen Regeln für die Vertragsauflösung vor. Die RL überlässt nach deren Erwägungsgrund 15 den Mitgliedsstaaten die Regelung der Modalitäten der Wandlung.<sup>357</sup> Zudem hat der Gesetzgeber keine Bestimmungen hinsichtlich eines möglichen Vorteilsausgleiches geschaffen, um so der Benützung der Sache durch den Verbraucher Rechnung zu tragen.

#### 4.4 Unvereinbarkeit mit bisherigen Ansprüchen

Durch den Richtlinienerrlass einerseits und der daraus folgenden Umsetzung und Eingliederung in das spanische Rechtssystem andererseits entstanden große

---

<sup>353</sup> Allerdings wird teilweise die Subsidiarität dieses Anspruchs kritisiert. Die Motive dürften im Schutz der Interessen der Verkäufer und Hersteller liegen, *Marín López*, aaO.

<sup>354</sup> *Vérgez*, La Protección 102.

<sup>355</sup> Positiv wurde von der Lehre dabei das Abstellen der Bewertung auf den Zeitpunkt der Übergabe hervorgehoben, *Orti Vallejo*, Defectos 183; ferner *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2329 FN 185.

<sup>356</sup> *Vérgez*, La Protección 104.

<sup>357</sup> Es muss somit auf die allgemeinen Regelungen des CC, im speziellen auf Art 1486 CC, zurückgegriffen werden.

Konkurrenzprobleme zwischen schon bestehenden und den neu geschaffenen Gewährleistungsbestimmungen.<sup>358</sup> Abgrenzungsschwierigkeiten gab es primär zu den Ansprüchen zur Mängelbeseitigung nach den Art 1484ff CC, die durch die Schaffung der speziellen Gewährleistungsbehelfe für Verbraucher im LGVBC und folglich im LGDCU nF nicht gestrichen wurden und somit noch immer in Kraft sind. Um alle Anwendungsprobleme zu beseitigen, nahm der spanische Gesetzgeber eine Zusatzbestimmung<sup>359</sup> im LGVBC mit dem Titel „Unvereinbarkeit der Ansprüche“ auf: „Die Ausübung der Ansprüche, welche dieses Gesetz bei fehlender Vertragswidrigkeit vorsieht, sind mit der Ausübung der Ansprüche zur Mängelbeseitigung von verdeckten Mängeln des Kaufvertrages unvereinbar.“<sup>360</sup>

Diese Bestimmung wurde wortwörtlich in das novellierte Verbraucherschutzgesetz in Art 117 übernommen. Danach erscheint der Ausschluss deshalb sinnvoll, da beide Anspruchsgrundlagen übereinstimmen. Die durch die RL eingeführte Hierarchie<sup>361</sup> zwischen den Verbraucheransprüchen könnte durch eine mögliche Konkurrenz unterlaufen werden, da nach den allgemeinen Regelungen des CC sowohl die sofortige Preisminderung als auch Wandlung des Vertrages möglich sind.<sup>362</sup> Die hM geht also von einer Derogation der Bestimmungen nach dem CC aufgrund der Regel *lex specialis derogat legi generali* aus.<sup>363</sup> Dies kann auch aus der Darlegung der Erwägungsgründe des LGVBC geschlossen werden.<sup>364</sup> Allerdings wurde in dieser Hinsicht auch der Titel

---

<sup>358</sup> Morales Moreno, Anuario de Derecho Civil 2003, 1623.

<sup>359</sup> Disposición adicional única des LGVBC.

<sup>360</sup> Eigene Übersetzung der Zusatzbestimmung des LGVBC.

<sup>361</sup> Siehe oben unter Punkt 4.1 (II).

<sup>362</sup> Morales Moreno, Anuario de Derecho Civil 2003, 1624.

<sup>363</sup> Vgl dazu Vérguez, La Protección 19ff; Morales Moreno, Anuario de Derecho Civil 2003, 1624; Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 274ff; Ruiz Muñoz, De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003), Derecho de los Negocios 2004, 6. Anderer Meinung ist Bercovitz Rodríguez-Cano, La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y la defensa del consumidor, Aranzadi Civil 2003, 1893, der die Regeln des CC durch das neue Gesetz (hinsichtlich des LGVBC) nicht derogiert sieht und dies zum Teil stark kritisiert, da es unverständlich sei, warum dem Verbraucher diese Behelfe weiterhin zu Verfügung stehen sollen; ferner Marín López, Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea (2004) 255, der die Bestimmung als mangelhaft betrachtet, da daraus abgeleitet werden könnte, dass der Verbraucher immer dann die Ansprüche aus dem CC ausüben kann, wenn er die Ansprüche aus dem LGVBC (bzw LGDCU nF) nicht ausgeübt hat. Marín López ist deshalb der Meinung, dass die Bestimmung so verstanden werden muss, dass immer dann, wenn das LGVBC (bzw LGDCU nF) anwendbar ist, der Verbraucher nur diese Ansprüche geltend machen kann und niemals die ädilizischen Klagen aus dem CC.

<sup>364</sup> Dabei bestimmen die Erwägungsgründe: „Die Regelungen der Beseitigungsansprüche bei verdeckten Mängeln des Codigo Civils bleiben unverändert und kommen bei zivilrechtlichen Käufen, welche nicht unter den Anwendungsbereich der RL fallen, zur Anwendung.“ Im darauf folgenden Absatz wird weiters erläutert, dass „...die Ansprüche auf Reparatur und Austausch der verkauften Sache, auf



der Vorschrift kritisiert, da der Titel „Unvereinbarkeit der Ansprüche“ Unklarheiten auslösen könnte und eine Anwendung der Ansprüche aus dem CC für möglich erscheinen lässt.<sup>365</sup>

Bezüglich der Anwendbarkeit der allgemeinen Nichterfüllungsansprüche aus dem Código Civil nach den Art 1101 und 1124 CC neben den Gewährleistungsansprüchen hüllt sich der Gesetzgeber in Schweigen. Für den Verbraucher erscheinen die allgemeinen Nichterfüllungsansprüche zumeist aufgrund des Fehlens einer speziellen Garantiefrist und der Subsidiarität der Vertragsauflösung attraktiver als die limitierten Ansprüche des LGDCU nF. Die Rechtsprechung des Tribunal Supremo hat bisher jedoch die Anwendung der Nichterfüllungsregeln ebenfalls für jene Fälle zugelassen, in denen auch die Beseitigungsansprüche für verdeckte Mängel anwendbar waren.<sup>366</sup> Aus Sicht der Lehre sowie aus Sicht der Rechtsprechung stand dabei der Gedanke im Vordergrund, die relativ kurz bemessene Frist nach den Beseitigungsansprüchen zur Entdeckung des Mangels nach den Bestimmungen des CC auszugleichen.<sup>367</sup> Durch die Richtlinien-Umsetzung kam es nun zu einer Erweiterung des Mangelbegriffes, wonach auch bisherige Anwendungsfälle der Nichterfüllungsregeln, wie zB die Aliudlieferung, darunter subsumiert werden. Somit kann allerdings auch in diesem Bereich damit argumentiert werden, dass durch eine mögliche Kompatibilität der Ansprüche einer Umgehung des Verbraucherschutzes nach dem LGDCU nF Tür und Tor geöffnet wird, was nicht die Absicht des Gesetzgebers darstellen kann. Die fehlende Vertragsmäßigkeit kann vielmehr selbst als Fall der Nichterfüllung angesehen werden. Folglich können die Gewährleistungsbefehle auch als aus der Nichterfüllung abgeleitet und auf die Besonderheiten der Schlechterfüllung abgestimmt angesehen werden.<sup>368</sup>

---

*Preisminderung und Vertragsauflösung, die von diesem Gesetz vorgesehen sind, im Bereich der Verbrauchsgüterkäufe die actio redhibitoria als auch die actio quanti minoris zur Beseitigung von verdeckten Mängeln ersetzen.“ Vgl dazu auch Castilla Barea, Nuevo régimen legal (2005) 275, die zudem mit dem zwingenden Charakter der Ansprüche argumentiert. Wenn die Rechtswahl bei grenzüberschreitenden Käufen ausgeschlossen wird, um den Verbraucherschutz nicht zu unterlaufen, soll dies noch vielmehr im nationalen Recht gelten und demnach die Wahl der Ansprüche aus dem CC ausgeschlossen werden.*

<sup>365</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, aaO, die eine Unanwendbarkeit der entsprechenden Normen für wünschenswerter betrachtet. Dabei führt diese zudem aus, dass eine solche Bestimmung der Unanwendbarkeit bereits im spanischen Produkthaftungsgesetz 22/1994 verwendet wurde.

<sup>366</sup> Siehe dazu schon oben unter Punkt 3.1 (II).

<sup>367</sup> *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 2003, 1625.

<sup>368</sup> In diesem Sinne auch *Morales Moreno*, Anuario de Derecho Civil 2003, 1625.

Eine Derogation der allgemeinen Nichterfüllungsansprüche könnte somit auch in dieser Hinsicht vernünftig und schlüssig argumentiert werden.<sup>369</sup>

#### 4.5 Alternative Rechte des Verbrauchers

Neben den Gewährleistungsbefehlen können dem Verbraucher aber auch noch andere Rechte zustehen. Wie schon zuvor bei der RL erwähnt, nimmt diese Bezug auf Schadenersatzansprüche ohne allerdings diese dabei zu regeln.

Art 8 Abs 1 RL bestimmt, dass Ansprüche, die der Verbraucher aufgrund innerstaatlicher Vorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung geltend machen kann, von der RL unberührt bleiben.<sup>370</sup> Der spanische Gesetzgeber hat keine besondere Schadenersatzvorschrift erlassen, welche auf die Gewährleistungsbefehle des LGDCU nF abgestimmt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Verbraucher gegenüber Schäden, die aus einer fehlenden Vertragsmäßigkeit erwachsen, schutzlos ist. Lediglich Art 117 Abs 2 nimmt Bezug auf ein mögliches Schadenersatzrecht des Verbrauchers und bestimmt, dass *„der Verbraucher in jedem Fall das Recht hat, gemäß des Zivil- und Handelsgesetzes Schadenersatz für die durch die Vertragswidrigkeit hervorgerufenen Schäden zu verlangen.“*<sup>371</sup> Ein Grund für diese spartanische Lösung des spanischen Gesetzgebers kann in der Bestimmung der RL liegen, wonach jeder Mitgliedsstaat eine eigene Regelung hinsichtlich des Schadenersatzrechtes des Verbrauchers erlassen kann. Einen weiteren aber nicht plausiblen Grund der eher dürftigen Regelung könnte man darin finden, dass der Gesetzgeber keine Konkurrenzprobleme schaffen wollte, indem er eine neue spezifische Schadenersatzbestimmung normiert, wenn die Befriedigung der Schadenersatzansprüche schon in anderen existenten Regelungen gesichert ist.<sup>372</sup>

---

<sup>369</sup> Marín López, Garantías 255.

<sup>370</sup> Mehr dazu oben unter Punkt 5.5 (I).

<sup>371</sup> Eigene Übersetzung des Art 117 Abs 2. Dabei wird diese Bestimmung unter dem Titel des Art 117 „Unvereinbarkeit von Ansprüchen“ geführt, was zu starker Kritik führte, da dieser Titel zwar auf Abs 1 als passend betrachtet werden kann, allerdings nicht hinsichtlich des Schadenersatzes, da diese Bestimmung gerade die Vereinbarkeit mit den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechtes ausdrücken soll. Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 258, bez der Bestimmung im LGVBC, an deren Titel und Standort festgehalten wurde.

<sup>372</sup> Dieser Meinung auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 260, die durch die von der Legislative gewählte Regelung mehr Probleme entstehen sieht.

Aufgrund von Art 117 kann der Verbraucher bei Verschulden des Verkäufers seine Forderungen aus dem Gesetz mit jenen aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht zusammen geltend machen. Allerdings wirft diese Vorschrift auch etliche Fragen auf, zB welche Schäden zu ersetzen sind, aus welchen Bestimmungen und gegen wen der Verbraucher Schadenersatz fordern kann. Auf den ersten Blick sind diese Fragen aufgrund der recht allgemein gehaltenen Vorschrift schwer zu beantworten, weshalb die Art und Weise der Umsetzung aus Sicht des Verbraucherschutzgedankens eher kritisch zu betrachten ist.

Bezüglich der anzuwendenden Vorschriften ist der im Gesetz vorgenommene Verweis auf die Zivil- und Handelsgesetze so weit als möglich zu betrachten, obwohl im Kontext des Verbraucherrechtes ein Verweis auf Handelsgesetze wenig einleuchtend erscheint.<sup>373</sup> Zudem können, wie schon in der RL ausdrücklich erwähnt, sowohl Normen über eine vertragliche als auch außervertragliche Haftung mit einbezogen werden.<sup>374</sup>

Aufgrund der Konzeption der Gewährleistungsregeln muss zuerst an die Vergütung vertraglicher Schäden gedacht werden, da diese ja aufgrund der Nichterfüllung eines Vertrages entstanden sind. Trotzdem gibt es keinen Grund, nicht auch außervertragliche Schäden zu ersetzen. Hinsichtlich der vertraglichen Haftung kann eine solche aus Art 1101 CC<sup>375</sup> als generelle Norm der vertraglichen Haftung und Art 1486 Abs 2 CC<sup>376</sup> als spezielle Norm für die Behebung von verdeckten Mängeln begründet werden. Bei der generellen Norm des Art 1101 CC ergeben sich keine Anwendungsschwierigkeiten, jedoch verjährt der aus dieser Norm abgeleitete Schadenersatzanspruch erst nach 15

---

<sup>373</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 262, die hervorhebt, dass das geschützte Subjekt der Verbraucher ist und aufgrund der Definition kein Käufer iSd Handelsrechtes sein kann, der Güter erwirbt um diese wiederzuverkaufen. Deshalb erscheint eine Anwendung des Art 336 Abs 3 CCo, welcher das Schadenersatzrecht in Bezug auf Handelsverträge regelt, unmöglich.

<sup>374</sup> Zur RL siehe oben unter Punkt 5.5 (I).

<sup>375</sup> Art 1101 CC bestimmt: „*Zum Ersatz der verursachten Schäden und Nachteile ist verpflichtet, wer sich [diesbezüglich] in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten vorsätzlich [arglistig] oder fahrlässig verhalten hat oder in Verzug geraten ist, oder wer auf irgendeine Weise dem Inhalt der Verbindlichkeit zuwiderhandelt.*“ Übersetzung nach *Sohst*, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*<sup>3</sup> (2005) 217.

<sup>376</sup> Art 1486 Abs 2 CC bestimmt: „*Wenn der Verkäufer die verborgenen Fehler oder Mängel der verkauften Sache kannte und sie dem Käufer nicht offenbart hat, hat dieser dieselbe Wahlmöglichkeit [Preisminderung oder Vertragsauflösung], und zusätzlich sind ihm die Schäden und Nachteile zu ersetzen, wenn er sich für die Aufhebung des Vertrages entscheidet.*“ Übersetzung nach *Sohst*, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*<sup>3</sup> (2005) 275.

Jahren gemäß Art 1964 CC<sup>377</sup> ab dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung<sup>378</sup>, weshalb dem Verbraucher im Vergleich zu den Ansprüchen aus dem LGDCU nF ein weitaus größerer Zeitraum für die Geltendmachung der Schäden zur Verfügung steht.<sup>379</sup> Bezüglich der speziellen Bestimmung des Art 1486 Abs 2 CC muss hervorgehoben werden, dass diese aufgrund dessen Abs 1 und sich der daraus ergebenden kurzen Frist von sechs Monaten nach Art 1490 CC<sup>380</sup> unanwendbar erscheint.<sup>381</sup>

Im Hinblick auf die außervertragliche Haftung kann zum einen eine mögliche Konkurrenz zum Produkthaftungsgesetz 22/1994 ausgemacht werden. Zum anderen ist die Anwendung der allgemeinen Regeln über die außervertragliche Haftung nach den Art 1902ff CC denkbar, wobei eine Verjährungsfrist von einem Jahr zu beachten ist.<sup>382</sup> Eine außervertragliche Haftung ist vor allem bei Verschulden des Herstellers denkbar, da der Verbraucher mit diesem in der Regel keine vertragliche Beziehung hat.

---

<sup>377</sup> Dies stellt die allgemeine Verjährungszeit dar: „...die persönlichen Ansprüche, für die keine besondere Verjährungsfrist genannt ist, [verjähren] in fünfzehn [Jahren].“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 347f.

<sup>378</sup> Dabei zu erwähnen ist, dass es zu unterschiedlichen Fristen nach den Zivilgesetzen der autonomen Regionen kommen kann, zB in Katalonien beträgt diese Frist „lediglich“ 10 Jahre [Hervorhebung durch Verfasser].

<sup>379</sup> Vgl *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 264, die durch die von der Legislative gewählte Regelung mehr Probleme entstehen sieht.

<sup>380</sup> Art 1490 CC bestimmt die Verjährungsfrist der alten Konzeption der Mängelbeseitigung von verdeckten Mängel nach den Art 1484ff CC: „Die Ansprüche, die sich aus den Bestimmungen der vorangehenden fünf Artikel ergeben, erlöschen in sechs Monaten, gerechnet von der Übergabe der verkauften Sache an.“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 275.

<sup>381</sup> So auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 267ff, die durch die von der Legislative gewählte Regelung mehr Probleme entstehen sieht.

<sup>382</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 271ff.



## 5. Fristen

Als eines der wesentlichen Ziele der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie kann auch die Vereinheitlichung der Fristen angesehen werden. Gerade in Spanien kam es wegen der sehr kurzen Fristen zur Geltendmachung von verdeckten Mängeln seitens des Verbrauchers zu einem oft unzureichenden Schutz. Folglich der Umsetzung der RL kam es nun zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfristen, da dem Käufer bislang lediglich eine Frist von sechs Monaten nach Art 1490 CC zur Verfügung gestanden ist.<sup>383</sup>

Im Verbraucherrecht sah Art 11 Abs 2 LGDCU aF vor Umsetzung der Richtlinie keine explizite Frist für Ansprüche aus der kommerziellen Garantie für haltbare Waren vor. Die Lehre war jedoch der Meinung, dass diese Frist nicht geringer als jene der ädilizischen Klagen nach Art 1490 CC, also sechs Monate, sein kann.<sup>384</sup> Die Richtlinie selbst konzipiert nur eine Frist, nämlich jene der Offenbarung der Vertragswidrigkeit, also eine Garantiefrist von zwei Jahren ab Übergabe des Verbrauchsgutes, innerhalb derer die Vertragswidrigkeit offenbar werden muss.<sup>385</sup> Demgegenüber normiert der spanische Gesetzgeber drei verschiedene Arten von Fristen. Zum einen eine der Richtlinie entsprechenden Gewährleistungsfrist von zwei Jahren, zum anderen eine Mängelrügefrist von zwei Monaten innerhalb derer der Verbraucher dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit anzeigen muss und schließlich eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Übergabe des Verbrauchsgutes zur Geltendmachung der aus dem Gesetz erwachsenden Gewährleistungsansprüche.

### 5.1 Garantiefrist

Damit der Verbraucher die Haftung des Verkäufers als Folge einer fehlenden Vertragsmäßigkeit geltend machen kann, muss diese nach außen hin auftreten und dem Erwerber bekannt werden. Die RL geht demnach von einer Haftung des Verkäufers aus,

---

<sup>383</sup> Dabei unterscheidet der CC im Vergleich zur RL allerdings nicht zwischen einer Garantiefrist und einer Frist zur Geltendmachung der Ansprüche. Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 177; ferner *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 78.

<sup>384</sup> *Jordá Capitán*, La Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo de consumo, Cuadernos de derecho y comercio, 2000, 149f.

<sup>385</sup> Siehe oben unter Punkt 7.1 (II).

wenn die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren offenbar wird.<sup>386</sup> Diese Garantiefrist hat der spanische Gesetzgeber gleichermaßen in Art 123 umgesetzt, wonach „die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren ab der Übergabe offenbar werden muss.“ Allerdings kann diese Frist beim Erwerb von gebrauchten Sachen kürzer sein, da die RL den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, beim Erwerb von gebrauchten Sachen diese Frist zu verkürzen. Von dieser Möglichkeit hat man in Spanien Gebrauch gemacht und bestimmt nun in Satz 2 des Art 123, dass „bei gebrauchten Produkten der Verkäufer und der Verbraucher eine kürzere Frist vereinbaren können, die aber zumindest ein Jahr ab der Übergabe betragen muss.“<sup>387</sup> Somit ist zwar eine Verkürzung der Garantiefrist möglich, jedoch beträgt diese zumindest ein Jahr und kann nur bei gebrauchten Gütern vereinbart werden. Die Parteien müssen eine solche Verkürzung der Frist ausdrücklich vertraglich vereinbaren, da ansonsten die generelle Frist von zwei Jahren zum Tragen kommt.<sup>388</sup> Eine über die Zweijahresfrist hinausgehende vereinbarte Frist muss grundsätzlich als Garantieabgabe zu werten sein und ist deshalb konsequenterweise iSd Verbraucherschutzes zulässig.<sup>389</sup> Zudem ist zu beachten, dass die Garantiefrist für alle Güter, sei es haltbare oder kurzlebige Waren, gleich lang ist.<sup>390</sup>

Schon im Hinblick auf die Garantiefrist nach der RL herrschen bezüglich der Natur der Frist unterschiedliche Lehrmeinungen.<sup>391</sup> In Spanien wird diese zunächst richtigerweise als materielle Frist behandelt.<sup>392</sup> Schließlich geht dabei ein Teil der Lehre von einer Verfallsfrist aus, welche nicht unterbrochen werden kann.<sup>393</sup> Ein anderer Teil der Lehre

---

<sup>386</sup> Allerdings war diese Fristenregelung, wie auch in den Projekten zur Richtlinienerrlassung, in der spanischen Legislative gerade für jene Fälle heftig diskutiert worden, bei denen in der Werbung ausdrücklich auf eine längere Haltbarkeit des Gutes Bezug genommen wird. Demnach beantragte die Sozialistische Partei (Partido Socialista) in ihrem Abänderungsantrag bez Art 9 LGVBC, der die Fristenregelung enthielt, dass bei einer solchen Werbung die Frist auf drei Jahre verlängert werden sollte. Vgl dazu BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, vom 8. April 2003, n°117-13, Abänderung n°42, 46.

<sup>387</sup> Eigene Übersetzung des Art 123 Satz 2.

<sup>388</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 177; ferner *Pita Ponte* in *Universidad de Santiago de Compostela* 307, die grundsätzlich eine solche Vereinbarung, welche die Garantiefrist für Verbraucher verkürzt, als missbräuchliche Klausel ansieht. Da diese allerdings als einzeln ausgehandelt angesehen werden kann, muss sie als zulässig iSd der Art 82ff betrachtet werden.

<sup>389</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>390</sup> *Reyes López*, La Ley 23/2003 199.

<sup>391</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 7.1 (I).

<sup>392</sup> So auch *Marco Molina*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario 2002, 2335, bezüglich der Garantiefrist in Art 5 Abs 1 RL.

<sup>393</sup> In diesem Sinne auch *Costas Rodal*, Aranzadi Civil 2004, 2069; ferner *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Aranzadi Civil 2003, 1894.

allerdings sieht diese als Präklusivfrist, ähnlich der Verfallsfrist<sup>394</sup>, und verweist dabei auf ähnliche Fristen im CC wie zB in Art 1591 CC<sup>395</sup> über die Gewährleistung des Bauunternehmers, wonach der Mangel innerhalb von zehn Jahren auftreten muss, um eine Haftung des Unternehmers auszulösen.<sup>396</sup> Hinsichtlich der gewährleistungsrechtlichen Garantiefrist ist zudem hervorzuheben, dass, falls die Vertragswidrigkeit nicht innerhalb von zwei Jahren auftritt, kein Recht zugunsten des Verbrauchers erwächst, weshalb folglich die Entstehung eines Rechtes durch das Verstreichen dieser Garantiefrist verhindert wird. Um schlussendlich zu einer Haftung des Verkäufers zu gelangen, muss folglich der Verbraucher beweisen, dass zum einen die Vertragswidrigkeit originären Charakter hat und sie zum anderen innerhalb dieser Garantiefrist offenbar wurde.<sup>397</sup> Der Verbraucher kann demnach keine Haftung des Verkäufers mehr geltend machen, wenn sich die Vertragswidrigkeit erst nach Ablauf der zwei Jahre manifestiert.

Die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt der Übergabe zu laufen. Die Übergabe wird nach Abs 2 des Art 123 bis zum Beweis des Gegenteils auf den Tag vermutet, der in der Rechnung, auf dem Beleg oder auf dem Lieferschein dargestellt ist.<sup>398</sup> Die Absicht des Gesetzgebers, diesen Zeitpunkt der Übergabe für den Beginn des Fristenlaufes zu wählen, erscheint schlüssig. Im Vordergrund steht dabei die Anpassung der Garantiefrist an die reelle Möglichkeit des Verbrauchers das Verbrauchsgut zu erhalten und dieses folglich genauer zu untersuchen und zu verwenden.<sup>399</sup>

## 5.2 Rügeobliegenheit

Die Mängelrüge stellt wohl eines der brisantesten Themen der Richtlinie und im generellen des Verbraucherrechtes dar. Die Einführung einer solchen Rügeobliegenheit in der Richtlinie führte bereits im Vorfeld ihrer Erlassung zu zahlreichen

---

<sup>394</sup> Dabei hebt *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 79, hervor, dass nicht jede Präklusivfrist gleich einer Verfallsfrist ist.

<sup>395</sup> Art 1591 bestimmt dabei: „*Der Unternehmer eines Bauwerks, das durch Baumängel zerstört wird, haftet für die Schäden und Nachteile, wenn die Zerstörung innerhalb von zehn Jahren, gerechnet von der Baufertigstellung an, stattfindet.*“ Übersetzung nach *Sohst*, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*<sup>3</sup> (2005) 292.

<sup>396</sup> *García-Granero*, aaO.

<sup>397</sup> *García-Cruces*, *Estudios de derecho Judicial* 2004, 75ff.

<sup>398</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3.3 (II).

<sup>399</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 180.



Diskussionen.<sup>400</sup> Schließlich mündeten diese in einer Wahlmöglichkeit der Mitgliedsstaaten zur Eingliederung in deren nationalen Rechtsordnungen. Wie auch in anderen Mitgliedsstaaten wurde in Spanien eine solche Mängelrüge eingeführt, obwohl eine solche in den Projekten<sup>401</sup> vor Erlass des LGVBC nicht vorhergesehen war.<sup>402</sup> Auch in den Bestimmungen des CC ist keine Mängelrüge vorgesehen, weshalb es ausreicht, dass der Mangel innerhalb von sechs Monaten geltend gemacht wird.<sup>403</sup> Folglich gibt es beim beiderseitigen Verbraucherkauf keine Mängelrügeobliegenheit. Die neue Regelung des Verbraucherschutzgesetzes ähnelt jedoch durch die Einführung der Mängelrüge den traditionellen Bestimmungen der vertraglichen Nichterfüllung für den Fall des Vorliegens von offenkundigen Mängeln bei Gattungskäufen, da der Käufer innerhalb kurzer Frist nach Übergabe eine Anzeige des Mangels vornehmen muss, um die Vertragsauflösung nach Art 1124 CC geltend machen zu können.<sup>404</sup>

Einzig und allein im Handelsgesetzbuch<sup>405</sup> war bislang eine solche Rügeobliegenheit vorgesehen, die allerdings aufgrund der Ziele der Vertragsparteien im Interesse beider steht.<sup>406</sup> Jedoch ist der Verbraucher als Erwerber kein Fachmann, weshalb von diesem keine Pflicht zur Untersuchung des Verbrauchsgutes verlangt werden kann.<sup>407</sup> Bei der Mängelrügeobliegenheit stehen demgegenüber die Verkäuferinteressen eindeutig im Vordergrund. Dies kann damit begründet werden, dass der Verkäufer nicht mit unerwarteten und verspäteten Gewährleistungsansprüchen seitens der Verbraucher konfrontiert werden soll. Als ein weiterer Grund für die Einführung der Rügepflicht kann die mit Ablauf der Zeit zunehmende Schwierigkeit des Verkäufers festzustellen,

---

<sup>400</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 7.2 (I).

<sup>401</sup> So im Gesetzesprojekt der Regierung. Allerdings wurde die Mängelrüge schließlich durch den Abänderungsantrag der spanischen Volkspartei (Grupo Parlamentario Popular) eingeführt. Vgl BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, vom 8. April 2003, n°117-13, Abänderung n° 27, 39.

<sup>402</sup> Die Gründe der Nichtbeachtung der Rügeobliegenheit in den Projekten liegen wahrscheinlich sowohl in der dem Zivilrecht bislang fremden Verpflichtung für den Käufer, als auch im Umstand, dass diese Vorschrift den Verbraucherschutz schwächen könnte. Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 192.

<sup>403</sup> Vgl dazu *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2071; ferner *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 186.

<sup>404</sup> *Costas Rodal*, aaO.

<sup>405</sup> In den Art 326 und 342 CCo vorgesehen. Dabei sieht *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 194, eine erste Annäherung der zivil- und handelsrechtlichen Vorschriften.

<sup>406</sup> Vgl *Castilla Barea*, aaO, die dabei auf die unterschiedlichen Intentionen des Erwerbers nach dem Zivilrecht einerseits und nach dem Handelsrecht andererseits hinweist. Damit ist auch die Mängelrüge in Art 39 Abs 1 UNK zu begründen.

<sup>407</sup> Zur Untersuchungspflicht bezüglich des maßgeblichen Zeitpunktes siehe auch oben unter Punkt 3.3 (II).

ob eine Verantwortlichkeit besteht oder nicht, angesehen werden.<sup>408</sup> Auf der anderen Seite soll mittels schneller Mangelanzeige die Vergrößerung des Schadens bzw der Vertragswidrigkeit vermieden werden, weshalb in einer gewissen Hinsicht auch von einer Schadenminimierungspflicht seitens des Verbrauchers ausgegangen werden kann.<sup>409</sup>

Die Rügeverpflichtung bzw -obliegenheit<sup>410</sup> wird in Art 123 Abs 4 geregelt, wonach *„der Verbraucher innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab Kenntnis der Vertragswidrigkeit eine solche dem Verkäufer anzeigen muss.“*<sup>411</sup> Bislang wurde in der bisher inhaltlich identen Bestimmung des Art 9 Abs 4 LGVBC die Konsequenz der Nichterfüllung dieser Rügepflicht bzw -obliegenheit nicht normiert, was zu heftiger Kritik der Lehre führte und somit die Einordnung dieser Vorschrift ihrer rechtlichen Natur nach beinahe unmöglich machte.<sup>412</sup> Aufgrund dieser Kritik sah sich der spanische Gesetzgeber gezwungen, die Vorschriften bezüglich der Mängelrüge bei Novellierung des LGDCU zu ergänzen und fügte dabei die Bestimmung des Art 123 Abs 4 Satz 2 ein, wonach *„die Nichterfüllung der Rüge innerhalb dieser Frist nicht den Verlust der entsprechenden Rechte bedeutet, allerdings wird der Verbraucher für den Schaden, der durch die Verspätung der Mitteilung effektiv entstanden ist, haftbar.“*<sup>413</sup> Somit hat der Gesetzgeber die unbefriedigende Situation der Schutzlosigkeit des Verbrauchers bei Nichtvornahme oder der nicht rechtzeitigen Vornahme der Mängelrüge beseitigt und knüpft somit daran eine Schadenersatzpflicht des in Verzug geratenen Verbrauchers.<sup>414</sup>

Allerdings lässt diese Regelung aus dem Gesichtspunkt der rechtlichen Natur mehrere Interpretationen hinsichtlich dieser „Verpflichtung“ zu.<sup>415</sup> Von einer Obliegenheit im eigentlichen Sinn kann nicht mehr gesprochen werden, denn der Verbraucher verliert

---

<sup>408</sup> *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 83.

<sup>409</sup> *Tamayo Carmona* in *Reyes López*, *La Ley* 23/2003 227.

<sup>410</sup> Zum Unterschied zwischen einer Verpflichtung im technischen Sinn und der Obliegenheit siehe die Ausführungen zur Richtlinie oben unter Punkt 7.2 (I).

<sup>411</sup> Eigene Übersetzung des Art 123 Abs 4. Bezüglich unbeweglicher Sachen existiert im anzuwendenden spanischen Baugesetz, *Ley de Ordenación de la Edificación*, keine Mängelrüge.

<sup>412</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 197f, sieht hinsichtlich der Regelung des LGVBC keine Verpflichtung im technisch-juristischen Sinn. Vielmehr geht sie von einer Belastung des Verbrauchers aus, wonach der Verbraucher bei Erfüllung der Anzeige lediglich das Recht behält, die Gesetzesbehelfe durchzusetzen.

<sup>413</sup> Eigene Übersetzung des Art 123 Abs 4 Satz 2.

<sup>414</sup> Vgl auch *García-Cruces*, *Estudios de derecho Judicial* 2004, 75ff, der dies schon bezüglich des LGVBC forderte.

<sup>415</sup> Hervorhebung durch Verfasser.

bei Verletzung dieser Bestimmung keine Rechte und verfügt folglich weiterhin über die gesetzlich vorgeschriebenen Gewährleistungsbefehle. Allerdings kann diese neu geschaffene Norm aus Sicht des Verbraucherschutzniveaus als durchaus positiv betrachtet werden. Die Sinnhaftigkeit dieser Bestimmung wird jedoch weiter beschränkt, da der 2. Abschnitt des Art 123 zusätzlich eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers schafft, wonach „*bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, dass die Mitteilung innerhalb der festgelegten Frist erfolgte.*“ Daraus folgt, dass der Verkäufer eine allfällige nicht fristgerechte Mängelrüge des Verbrauchers beweisen muss, um gegebenenfalls einen etwaigen Verspätungsschaden geltend machen zu können. Somit ist der Sinnhaftigkeit dieser Bestimmung der Mängelrüge jeglicher Boden entzogen worden, da der Beweis der Rechtzeitigkeit einer formfreien Mängelanzeige nahezu unmöglich erscheint, wenn man zB an eine mündliche Anzeige der Vertragswidrigkeit per Telefon denkt.

Eine Mängelrüge ist seitens des Verbrauchers jedoch dann nicht vorzunehmen, wenn der Verkäufer die Existenz der Vertragswidrigkeit anerkennt.<sup>416</sup> Allerdings muss auch in diesen Fällen beachtet werden, dass der Verkäufer ja auf irgendeine Art Kenntnis über die fehlende Vertragsmäßigkeit erlangt hat und in den meisten Fällen geschieht dies durch die Anzeige des Verbrauchers. Fraglich ist auch eine Rügeverpflichtung für jene Fälle, in denen der Verkäufer den Mangel bereits kannte aber dem Verbraucher verschwiegen also arglistig bzw vorsätzlich gehandelt hat. Konsequenterweise muss auch in diesen Fällen von einem Ausschluss der Rügeverpflichtung ausgegangen werden, da es absolut absurd erscheint, dass der Verbraucher dem Verkäufer eine Vertragswidrigkeit, welche dieser ohnehin kennt, anzuzeigen hat.<sup>417</sup>

Bezüglich der Form und des Inhalts der Mängelanzeige hüllt sich das Gesetz in Schweigen, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass bereits eine mündliche Anzeige als ausreichend erscheint, um einer Verfristung entgegenzuwirken.<sup>418</sup> Folglich stellt es sich für den Verkäufer als extrem schwierig heraus, eine Verfristung der

---

<sup>416</sup> *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 87.

<sup>417</sup> *García-Granero*, aaO.

<sup>418</sup> Vgl auch *Lete Achirica*, Actualidad Civil 1999, 1378; ferner *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 201, bezüglich des LGVBC.

Mängelanzeige des Verbrauchers zu beweisen.<sup>419</sup> Nicht nur aufgrund der formfreien Mitteilung erscheint der Beweis der nicht fristgerechten Rüge als unwahrscheinlich<sup>420</sup>, da der Verkäufer zuerst feststellen müsste, zu welchem Zeitpunkt der Verbraucher tatsächlich Kenntnis von der fehlenden Vertragsmäßigkeit erlangt hat. Da sich dieser Prozess der Kenntnisnahme jedoch im Inneren des Verbrauchers abspielt, ist es für den Verkäufer in den meisten Fällen unzugänglich und unkontrollierbar, weshalb sich dieser Beweis als äußerst schwierig und problematisch herausstellt.<sup>421</sup> Hinsichtlich der Frage, ob die Mitteilung empfangsbedürftig ist und deshalb erst dann, wenn diese dem Verkäufer zugegangen ist, ihre volle Wirksamkeit erlangt, gibt es in der Lehre unterschiedliche Ansichten. Aufgrund der Tatsache, dass diese Regelung primär den Interessen des Verkäufers entgegen kommen soll, ist davon auszugehen, dass die Anzeige diesem auch fristgerecht zugehen muss, um der Rügeverpflichtung entsprechend nachzukommen.<sup>422</sup>

Bezüglich des Inhalts der Mängelrüge bestimmt Art 123 Abs 4 lediglich, dass „*der Verbraucher den Verkäufer von der fehlenden Vertragsmäßigkeit unterrichten muss.*“ Aus Sicht des Verbraucherschutzes darf insofern kein zu hoher Maßstab bezüglich des Inhalts der Anzeige gestellt werden. Der Verbraucher muss demnach die Vertragswidrigkeit nicht besonders detailliert bestimmen und bezeichnen, sondern es genügt der Hinweis des Vorliegens einer Vertragswidrigkeit.<sup>423</sup> Zudem muss der Verbraucher nicht seine Absicht zur Durchsetzung seiner Rechte aus dem LGDCU nF zur Wahrung der zweimonatigen Frist bekanntgeben,<sup>424</sup> da diesem ansonsten eine zusätzliche Verpflichtung zur Formulierung seiner Ansprüche auferlegt werden würde.<sup>425</sup> Allerdings kann in den meisten Fällen davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher bereits bei der Mängelrüge dem Verkäufer seinen gewählten Behelf

---

<sup>419</sup> Schon hinsichtlich der bisher geltenden Regelung nach Art 9 Abs 4 LGVBC bestanden keine Formerfordernisse der Mängelanzeige. Vgl dazu auch *Vérgez*, La Protección 110; ferner *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 88.

<sup>420</sup> *García-Granero*, aaO, spricht dabei von einem „teuflischen Beweis“.

<sup>421</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 202f.

<sup>422</sup> Dieser Ansicht auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 204.

<sup>423</sup> Vgl dazu *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 200, die genauso eine verpflichtende Bezeichnung der Ursache des Mangels durch den Verbraucher als unangemessen sieht und verweist dabei auf den unterschiedlichen Anwendungsbereich des Art 39 Abs 1 UNK, wonach eine exakte Spezifikation der Natur der Vertragswidrigkeit bei Mitteilung gefordert wird.

<sup>424</sup> *Orti Vallejo*, Defectos 132.

<sup>425</sup> *Castilla Barea*, aaO.

bekannt gibt und somit die zur Verbesserung bzw zum Austausch zu Verfügung stehende angemessene Frist nach Art 120 Abs 1 lit b zu laufen beginnt.<sup>426</sup>

Darüber hinaus lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten, ob die Mängelfrist vertraglich veränderbar ist. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass eine Verlängerung als auch die Streichung der Frist durchaus vertraglich vereinbart werden kann, weil dadurch ein höherer Verbraucherschutz erreicht wird.<sup>427</sup> Unzulässig ist jedoch auf jeden Fall eine Verkürzung der Frist aufgrund einer Verletzung des unabdingbaren Charakters der Verbraucherrechte nach Art 10.<sup>428</sup> Zudem ist der Beginn des Fristenlaufs mit effektiver Kenntnis der Vertragswidrigkeit durch den Verbraucher verbindlich, weshalb die Übergabe nicht als Fristbeginn vertraglich vereinbart werden kann.<sup>429</sup>

### 5.3 Verjährungsfrist

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bestimmt selbst keine Verjährungsfrist, dennoch nimmt sie in Art 5 Abs 1 Satz 2 darauf Bezug, wonach eine solche innerstaatliche Verjährungsfrist nicht vor Ende des Ablaufs von zwei Jahren ab Übergabe enden darf. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass es zu einer Einschränkung bzw Begrenzung der zuvor beschriebenen Garantiefrist durch die Normierung einer nationalen Verjährungsfrist kommt.

Trotz der Existenz der allgemeinen Verjährungsfrist des Art 1964 CC wurde in Spanien eine eigene, speziell für den Verbrauchsgüterkauf vorgesehene, Verjährungsfrist geschaffen.<sup>430</sup> Dies erscheint schlüssig, da die relativ lange Verjährungsfrist von 15 Jahren nach Art 1964 CC unverhältnismäßig in Bezug auf die zweijährige Garantiefrist erscheint.<sup>431</sup> Nach Art 123 Abs 3 „*verjähren die Ansprüche, die aus der fehlenden*

---

<sup>426</sup> Siehe oben unter Punkt 4.2.2 (II). Beide Parteien sind nach der Mitteilung des gewünschten Behelfes an diesen gebunden.

<sup>427</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 198.

<sup>428</sup> Zur Unabdingbarkeit siehe unten unter Punkt 8 (II).

<sup>429</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 205.

<sup>430</sup> Strittig ist, inwieweit Art 1490 CC überhaupt als Verjährungsfrist angesehen werden kann oder diese lediglich eine Garantiefrist bzw Ausschlussfrist darstelle. Von einer Verjährungsfrist geht *Tamayo Carmona* in *Reyes López*, *La Ley* 23/2003 229, aus. Die Rechtsprechung sieht die in Art 1490 CC verankerte Frist als Verfallsfrist an. Vgl dazu ua Urteile des Tribunal Supremo vom 30. Oktober 1981 (RJ 1981/5467), vom 6. November 1995 (RJ 1995/8077), vom 2. Juni 2001 (RJ 2001/5530), und vom 14. Oktober 2003 (RJ 2003/7033).

<sup>431</sup> Vgl *Bercovitz Rodríguez-Cano*, *Aranzadi Civil* 2003, 1894; sowie *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2337.

*Vertragsmäßigkeit erwachsen innerhalb von 3 Jahren ab Übergabe.*<sup>432</sup> Somit hat der Verbraucher nach Ablauf der Garantiefrist zusätzlich ein Jahr lang die Möglichkeit, die Verbesserung, den Austausch, eine Preisminderung oder die Vertragsauflösung aufgrund einer Vertragswidrigkeit, die innerhalb dieser Garantiefrist offenbar wurde, geltend zu machen. Zieht man in Betracht, dass hinsichtlich gebrauchter Güter der Verbraucher sogar für den Fall, dass eine einjährige Garantiefrist zwischen den Parteien vereinbart wurde, zusätzlich zwei Jahre Zeit hat, um den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, kann man zur Ansicht gelangen, dass diese Frist zu lange erscheint.<sup>433</sup> Allerdings hat der spanische Gesetzgeber offenbar an konträr gelagerte Fälle gedacht. Demnach erscheint die lange Frist für jene Fälle gerechtfertigt, wonach die Vertragswidrigkeit in den letzten Tagen der Garantiefrist offenbar wird und es dem Verbraucher bei Vorliegen einer zweijährigen Verjährungsfrist in der Praxis kaum mehr möglich wäre, seine Ansprüche geltend zu machen.<sup>434</sup>

Die Verjährungsfrist nach Art 123 Abs 3 beginnt mit Übergabe des Produktes zu laufen.<sup>435</sup> Aus Sicht des Verkäufers ist dieser Fristbeginn sicherlich positiv zu bewerten, da für diesen somit der Zeitraum einer möglichen Haftung aufgrund einer fehlenden Vertragsmäßigkeit überschaubar bleibt. Im Gegensatz zur Frist nach Art 1964 CC, die nach hA als Verfallsfrist angesehen wird, ist der Verbraucher durch diese Verjährungsfrist besser gestellt, da eine Unterbrechung dieser möglich ist.<sup>436</sup> Die Tatsache, dass diese Frist durch die Durchsetzung der Reparatur oder des Austausches gehemmt<sup>437</sup> und nicht unterbrochen wird, widerspricht nicht der Eigenschaft als Verjährungsfrist, da die Lehre die Hemmung einer solchen Frist immer dann als

---

<sup>432</sup> Eigene Übersetzung des Art 123 Abs 3. Eine solche Verjährungsfrist von 3 Jahren besteht auch im Produkthaftungsgesetz 22/1994 in dessen Art 12 und wurde deshalb auch von *Marco Molina*, aaO, für die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Spanien vorgeschlagen; ferner *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 217.

<sup>433</sup> Dieser Ansicht auch *Vérgez*, *La Protección* 111.

<sup>434</sup> In diesem Sinne auch *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2070.

<sup>435</sup> Zum Teil wurde dies kritisiert, so auch von *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 205, die der Meinung ist, dass der Beginn ab Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit besser gewählt wäre; so auch *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2336; ferner *García-Cruces*, *Estudios de derecho Judicial* 2004, 75ff; sowie *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 91. Im Vergleich dazu ist *Bercovitz Rodríguez-Cano*, *Arancadi Civil* 2003, 1894, der Meinung, dass die Frist iSd Art 1969 CC, ab dem Tage, an dem die Rechte zum ersten Mal ausgeübt werden können, zu laufen beginnen sollte. Zudem verweist er auf die kommerzielle Garantie und deren Art 125 Abs 4, der eine sechsmonatige Verjährungsfrist ab Ablauf der Garantiefrist vorsieht.

<sup>436</sup> Vgl *Costas Rodal*, aaO; ferner *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 279.

<sup>437</sup> Zur Hemmung bzw Unterbrechung siehe gleich unter Punkt 5.4 (II).

zulässig betrachtet, wenn das Gesetz die Hemmung als Folge gewisser Situationen festlegt.<sup>438</sup>

#### 5.4 Hemmung bzw Unterbrechung der Fristen

Nach Art 120 lit c und e kommt es sowohl bei der Reparatur als auch beim Austausch des vertragswidrigen Verbrauchsgutes zur Hemmung der Fristen in Art 123. Aus systematischer Sicht wurde der Standort der Hemmungsvorschriften zum Teil kritisiert<sup>439</sup>, da diese sicherlich in Art 123, der sich auf die verschiedenen Fristen und somit auf die temporalen Charakteristika der Ansprüche bezieht, besser aufgehoben wären.

Der europäische Gesetzgeber hat keinen Anlass gesehen, die Einführung von Hemmungs- und Unterbrechungsvorschriften für die Gewährleistungsfristen den Mitgliedstaaten verpflichtend in der Richtlinie vorzuschreiben, weshalb es diesen nun nach dem Erwägungsgrund 18 frei steht, ob diese eine Hemmung oder Unterbrechung der Fristen in ihren nationalen Rechtssystemen vorsehen sollen. Dabei erwähnt die RL die Beispiele der Verbesserung oder Ersatzlieferung als auch Fälle von Vergleichsverhandlungen zwischen den Vertragsparteien als hemmendes bzw unterbrechendes Ereignis.<sup>440</sup> Somit steht es den Mitgliedstaaten hinsichtlich dieser Fälle frei, eine Hemmung oder Unterbrechung der Gewährleistungsfristen zu normieren. Jedoch muss auch davon ausgegangen werden, dass auch andere Situationen von den nationalen Gesetzgebern als fristenhemmend bzw -unterbrechend vorgesehen werden können.<sup>441</sup>

Wie schon zuvor erwähnt, enthält Art 123 keine Vorschriften bez einer Fristenhemmung bzw -unterbrechung. Allerdings findet man solche in Art 120 lit c und e als spezielle Hemmungsvorschriften<sup>442</sup> für die Verbesserung und den Austausch

---

<sup>438</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>439</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 234. Allerdings ist aus systematischer Sicht im Vergleich zum LGVBC eine deutliche Besserung festzustellen, da die lit d und e getauscht wurden und somit die speziellen Regeln über den Austausch den speziellen Regeln der Verbesserung folgen und somit die Vermischung dieser gelöst wurde.

<sup>440</sup> Vgl Erwägungsgrund 18 der RL und oben unter Punkt 7.3 (I).

<sup>441</sup> Dies schon aufgrund des Mindestschutzcharakters des Art 8 Abs 2 der RL.

<sup>442</sup> *Vérgez*, La Protección 95, kritisiert dabei, dass bei Ausübung beider Behelfe die gleichen Folgen ausgelöst werden, nämlich die Hemmung der Fristen.

wieder.<sup>443</sup> Beide Vorschriften beziehen sich dabei auf die Fristen im Allgemeinen nach Art 123. Hierbei muss klargestellt werden, dass nicht alle Fristen, die in Art 123 geregelt werden, von einer Hemmung betroffen sein können. Diese kann sich folglich nur auf zwei zeitliche Elemente beziehen, nämlich zum einen auf die Garantiefrist von zwei Jahren<sup>444</sup> und zum anderen auf die Verjährungsfrist von drei Jahren.<sup>445</sup> Hinsichtlich der Mängelrügefrist würde eine Hemmung dieser Frist keinen Sinn ergeben, da die Mängelrüge ja vor Vornahme der Reparatur bzw des Austausches, welche eine Hemmung erst auslösen soll, durchgeführt werden muss. Zudem muss beachtet werden, dass die Mängelrügefrist differenzierter Natur bzw Funktion ist, da diese weder durch den bloßen Ablauf einer Zeit erlischt noch einen bestimmten Beginnzeitpunkt hat.<sup>446</sup>

Die Hemmung beginnt je nachdem, ob der Verbraucher die Verbesserung oder den Austausch gewählt hat, unterschiedlich zu laufen. Hinsichtlich der Verbesserung werden die Fristen nach Art 120 lit c ab dem Zeitpunkt gehemmt, in dem der Verbraucher dem Verkäufer das Verbrauchsgut zur Verfügung gestellt hat. Beim Austausch beginnt die Fristenhemmung nach lit e schon ab dem Zeitpunkt der Ausübung bzw Wahrnehmung des Wahlrechts durch den Verbraucher. Unter diesem Wahlrecht wird jenes nach Art 119 verstanden, wonach dem Verbraucher die Wahl zwischen der Verbesserung und dem Austausch zusteht.<sup>447</sup> Aus beweistechnischer Sicht ist das Abstellen auf den festen Zeitpunkt des zur Verfügung stellen als Beginn der

---

<sup>443</sup> Kritisiert wurde die gewählte Systematik von *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 280f, schon hinsichtlich des LGVBC, welches die Hemmungsvorschriften ebenfalls unter die speziellen Regeln der Verbesserung und des Austausches subsumierte.

<sup>444</sup> Allerdings ist dies strittig, da ein Teil der Lehre bei der Garantiefrist von einer Präklusivfrist ausgeht und somit eine Hemmung oder Unterbrechung der Frist unmöglich ist. Dieser Meinung ist *Badosa Coll*, Garantías en la venta de bienes de consumo, Ponencias de la Conferencia Internacional de Santiago de Compostela 2004, 142. AA *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 96f, die dabei den Erwägungsgrund 18 hervorhebt, wonach sowohl die Verjährungs- als auch Garantiefrist gehemmt bzw unterbrochen werden kann.

<sup>445</sup> Die Hemmung der Verjährungsfrist wird sehr kritisch betrachtet, da diese schon durch jede außergerichtliche Anzeige seitens des Verbrauchers unterbrochen wird, vgl dazu *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (20.02. 2008); so auch *Carrasco Perera*, Tres dudas sobre la ley de venta y garantías de productos de consumo <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2005/5.pdf> (21.02.2008), hebt hervor, dass sobald der Verbraucher reklamiert, sei es eine Verbesserung oder den Austausch usw. zu fordern, die Verjährungsfrist unterbrochen wird und nach Wegfall des auslösenden Ereignisses wieder neu zu laufen beginnt. Deshalb spricht er auch davon, dass „...die einzige Frist, die wirklich gehemmt wird, die Garantiefrist von zwei Jahren ist.“

<sup>446</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 281.

<sup>447</sup> Aus juristisch-technischer Sicht sieht *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 282, den Hemmungsbeginn bei der Verbesserung als sicherer an, obwohl die Regelung des Hemmungsbegins beim Austausch für den Verbraucher vorteilhafter sein kann.



Fristenhemmung vorteilhaft, da zudem in der Regel dem Verbraucher ein Reparaturschein für die Abholung ausgegeben wird. Hinsichtlich der Ausübung des Wahlrechts in Bezug auf den Austausch muss hervorgehoben werden, dass dieser Zeitpunkt im Gesetz nicht näher definiert wird und somit der Hemmungsbeginn im Nachhinein oft schwer festgestellt werden kann. In der Praxis wird aber überwiegend davon auszugehen sein, dass das Wahlrecht zugleich mit dem zur Verfügung-Stellen ausgeübt wird, weshalb es zu keinen Differenzen hinsichtlich des Hemmungsbeginnes zwischen beiden Anwendungsfällen kommt.<sup>448</sup> Denkbar ist allerdings auch jener Fall, bei dem der Verbraucher zwar den Austausch wählt und dem Verkäufer mitteilt, dass dieser eine Unverhältnismäßigkeit bzw Unmöglichkeit der Abhilfe iSd Art 119 entgegenbringt und sich der Verbraucher somit schließlich mit der Reparatur zufrieden geben muss. In diesen Fällen muss davon ausgegangen werden, dass die Fristenhemmung schon mit der Wahl des Austausches beginnt und durch das Vorbringen des Verkäufers nicht unterbrochen wird, weshalb es hierbei zu einer vorgezogenen Hemmung für den Fall der Verbesserung kommt.<sup>449</sup>

Die Beeinträchtigung des ordentlichen Gebrauches durch die Vertragswidrigkeit beginnt allerdings nicht erst mit Übergabe des Gutes an den Verkäufer zur Durchführung der Verbesserung bzw des Austausches, sondern schon zuvor, weshalb aus dieser Sicht ein größerer Schutz der Verbraucherinteressen durch Abstellen auf die Wahlrechtsausübung erzielt wird.<sup>450</sup> Jedoch darf nicht davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher in jedem Fall ein vollkommen unbrauchbares Verbrauchsgut in den Händen hält, sondern dieses zumeist für einen anderen Gebrauch noch fähig ist. Auf der anderen Seite muss beachtet werden, dass es sich bei der Wahl des Austausches ebenfalls nicht stets um ein völlig unbrauchbares Gut handeln muss, weshalb die unterschiedliche Regelung bezüglich beider Abhilfen auch aus dieser Sicht hinterfragt werden muss.<sup>451</sup>

Die Hemmung der Fristen des Art 123, also der Garantie- und Verjährungsfrist, endet nach lit c und e mit der wiederholten Übergabe der verbesserten bzw neuen Sache an

---

<sup>448</sup> *Castilla Barea*, aaO.

<sup>449</sup> Dieser Meinung ist auch *Castilla Barea*, aaO.

<sup>450</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 283.

<sup>451</sup> *Vérgez*, La Protección 94f, ist hingegen der Ansicht, dass eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Fristenbeginns gerechtfertigt ist.

den Verbraucher. Hinsichtlich der Verbesserung muss davon ausgegangen werden, dass aufgrund des Terminus „verbessert“ erst dann ein Ende der Hemmung eintreten kann, wenn der Verkäufer die fehlende Vertragsmäßigkeit am Produkt reell beseitigt hat und er sich dadurch von der Verpflichtung zur vertragskonformen Leistung nach dem Kaufrecht als befreit ansehen kann.<sup>452</sup> Bezüglich des Austausches nennt das Gesetz lediglich die Übergabe eines neuen Produktes. Ob dabei schon die Übergabe ausreicht, um die Hemmung zu beenden, ist fraglich. Eine ähnliche Interpretation wie bei der Verbesserung wäre aus Sicht des Verbraucherschutzgedankens auf jeden Fall wünschenswert. Ab der neuerlichen Übergabe beginnt somit sowohl die Garantie- als auch die Verjährungsfrist wieder neu zu laufen.

Das Gesetz hat zudem spezielle Regelungen für den Fall erlassen, dass erneut Vertragswidrigkeiten beim verbesserten bzw ausgetauschten Produkt zu Tage treten. Bezüglich der Verbesserung normiert Art 120 lit c eine Art zusätzliche Garantie in dem Sinne, dass der Verkäufer für all jene Vertragswidrigkeiten haftet, die innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe des verbesserten Gutes offenbar werden und die Verbesserung primär veranlasst haben.<sup>453</sup> Begründet wird dies mit der Vermutung, dass es sich hierbei um die gleichen Vertragswidrigkeiten handelt, die schon vor Verbesserung bestanden haben. Somit kann sich die Garantiefrist für Mängel, die eine Verbesserung veranlasst haben, um sechs Monate verlängern, falls die Reparatur kurz vor Ende der zweijährigen Garantiefrist vorgenommen wurde.<sup>454</sup> Auf der anderen Seite haftet der Verkäufer für alle anderen Vertragswidrigkeiten, also für jene, die nicht Auslöser der durchgeführten Verbesserung waren, nach einer solchen nur dann, wenn die Vertragswidrigkeiten innerhalb von zwei Jahren offenbar werden.<sup>455</sup> Zudem muss der Verbraucher während dieser zusätzlichen Garantie von sechs Monaten den originären Charakter der Vertragswidrigkeit nicht beweisen, da diese schon zur Verbesserung geführt hat und somit deren originären Charakter angenommen werden

---

<sup>452</sup> Dazu ausführlich bezüglich der Regelung im österreichischen Gewährleistungsrecht unten unter Punkt 9.4 (III).

<sup>453</sup> *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 98, ist dabei der Ansicht, dass es in Wahrheit zu einer Unterbrechung der Garantiefrist kommt und folglich eine neue Frist von sechs Monaten, welche nur auf die verbesserten Vertragswidrigkeiten anwendbar ist, entsteht.

<sup>454</sup> *Tamayo Carmona* in *Reyes López*, *La Ley* 23/2003 234f.

<sup>455</sup> *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2073, ist der Ansicht, dass nach der Wortinterpretation des lit c es zu einer Verkürzung der Garantiefrist von zwei Jahren für Vertragswidrigkeiten, die Objekt der Verbesserung waren, kommen könnte. Allerdings muss aufgrund des Zweckes der Norm von einer zusätzlichen Garantie und nicht von einer Beschränkung bestehender Rechte nach dem Gesetz ausgegangen werden.

kann.<sup>456</sup> Für alle anderen Vertragswidrigkeiten gilt die Beweislastumkehr nur insoweit, wenn diese Mängel innerhalb von sechs Monaten ab der ursprünglichen Übergabe offenbar werden. Zu beachten ist hierbei abschließend, dass der Verbraucher nicht dazu verpflichtet ist, dem Verkäufer eine zweite Chance zur Reparatur des Produktes nach bereits misslungener Verbesserung einzuräumen. Der Verbraucher hat sofort die Möglichkeit, den alternativen primären bzw einen der sekundären Behelfe zu wählen.<sup>457</sup> Hinsichtlich der Ersatzlieferung bestimmt Art 120 lit e, dass durch diese zusätzlich zur Fristenhemmung keine Fristen verlängert werden.<sup>458</sup> Gemäß lit e soll bei der Übergabe eines neuen Produktes lediglich die Bestimmung des Art 123 Abs 1 Satz 2 zur Anwendung kommen, wonach eine zusätzliche Beweislastumkehr für Vertragswidrigkeiten entsteht, welche innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe des neuen ausgetauschten Produktes offenbar werden. Dies bedeutet, dass unabhängig der ursprünglichen Übergabe der originäre Charakter der Vertragswidrigkeit beim neuen Produkt innerhalb dieser sechs Monate vermutet wird.<sup>459</sup> Im Gegensatz zur Verbesserung ist in den Fällen der Ersatzlieferung jedoch jede Vertragswidrigkeit relevant, um die zuvor erwähnte Beweislastumkehr auszulösen. Auf der anderen Seite löst eine solche Vertragswidrigkeit nur dann eine solche Vermutungsfrist iSd Art 123 Abs 1 Satz 2 aus, wenn diese innerhalb der allgemeinen Garantiefrist offenbar wurde, weshalb es niemals zu einer Verlängerung der Garantiefrist kommt.

Diese Regelungen bezüglich der Fristenhemmung bei der Verbesserung bzw beim Austausch waren im spanischen Gewährleistungsrecht nicht immer so vorgesehen. Nach dem Projekt<sup>460</sup> zum LGVBC sollte die Verbesserung eine Verlängerung der Garantiefrist für alle und nicht nur für die Verbesserung verantwortlichen

---

<sup>456</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 284.

<sup>457</sup> Siehe oben unter Punkt 4.2.2 (II).

<sup>458</sup> Vgl auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 285f; sowie *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 98; ferner *Marín López*, Actualidad Civil 2007, 1381ff sowie [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (21.02. 2008). AA ist *Vérgez*, La Protección 97, die davon ausgeht, dass gleich der Verbesserung die Garantiefrist um sechs Monate verlängert wird; ferner *Tamayo Carmona* in *Reyes López*, La Ley 23/2003 235, welcher der Ansicht ist, dass es problematisch sei, dass für ausgetauschte Güter für den Fall des gänzlichen Ablaufens der Garantiefrist eine solche für das neue Produkt auf sechs Monate begrenzt wird; sowie auch *Carrasco Perera*, Tres dudas sobre la ley de venta y garantías de productos de consumo <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2005/5.pdf> (21.02.2008), der der Ansicht ist, dass sich die Garantie ja immer auf das originale Produkt bezieht, weshalb eine Vertragswidrigkeit, die im 26. Monat beim neuen ausgetauschten Gut auftaucht, auch innerhalb der Garantiefrist liege, da sich diese auf den Mangel des originalen Produktes bezieht. Deshalb wird fingiert, dass die Vertragswidrigkeit beim neuen Produkt in jenem Zeitpunkt offenbar wird, in dem die Vertragswidrigkeit des originalen Produktes offenbar wurde.

<sup>459</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 286.

<sup>460</sup> Vgl BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n° 117-1, vom 31. Oktober 2002.

Vertragswidrigkeiten auslösen. Auf der anderen Seite hingegen war bezüglich des Austausches eine Unterbrechung der Fristen vorgesehen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass alle Fristen mit Übergabe des ausgetauschten Produkts neu zu laufen beginnen und somit dem Verbraucher eine neuerliche Garantiefrist von zwei Jahren zur Verfügung gestanden wäre.<sup>461</sup> Durch einen Abänderungsantrag der Volkspartei Spaniens kam es zu einer Änderung der Bestimmungen, weil man offensichtlich den Verkäufer zur Ausübung des Austausches ermutigen wollte.<sup>462</sup>

---

<sup>461</sup> Vgl auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 287f. Für *Vérgez*, La Protección 96f, erscheint diese Lösung aufgrund der unterschiedlichen Arten der Behelfe als schlüssig und konsequent, da bei der Verbesserung das gleiche Gut nochmals übergeben wird, auf der anderen Seite beim Austausch eine neue Sache dem Verbraucher ausgehändigt wird, und eine Unterbrechung nach Ansicht von *Vérgez*, aaO, folgerichtig gewesen wäre. Auch *Morgenroth*, Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien, RiW 2003, 841, geht von einer neuen Garantiefrist für das Ersatzprodukt aus, da eventuell neue Vertragswidrigkeiten entstehen könnten. Die schlussendliche Gleichbehandlung von Verbesserung und Austausch sieht *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 98, in der Tatsache, dass es sich bei den Fristen um Präklusivfristen handelt, die sich mit einer Unterbrechung nicht verbinden lassen.

<sup>462</sup> Vgl dazu BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n°117-13, vom 8. April 2003, 39. Diese Abänderung wurde von *Vérgez*, La Protección 96, heftig kritisiert, da ihrer Ansicht nach die Legislative den Sinn des vorgeschlagenen Textes nicht verstanden habe. Eine neuerliche Garantiefrist nach dem Austausch würde diesem Behelf besser entsprechen, da das neue ausgetauschte Gut Mängel aufweisen könnte, die lediglich durch eine Hemmung zeitlich nicht ausreichend abgedeckt wären.



## 6. Gewährleistungspflichtiger

Obwohl die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Haftung des Verkäufers für fehlende Vertragsmäßigkeiten der verkauften Güter als allgemeines Prinzip bestimmt, weist der europäische Gesetzgeber darauf hin, dass in vielen Fällen andere an der Absatzkette Beteiligte die eigentlichen Verantwortlichen der Vertragswidrigkeiten sind. Folglich enthält die RL die Bestimmung, dass ein Verkäufer, der dem Verbraucher aufgrund einer vom Hersteller bzw von einem anderen Beteiligten der Absatzkette zu vertretenen Vertragswidrigkeit haftet, diesen Verantwortlichen in Regress nehmen kann.<sup>463</sup> Zudem wurde wie schon zur RL näher ausgeführt, die Einführung einer direkten Haftung des Herstellers diskutiert.

Der Verkäufer wird auch nach dem spanischen Gewährleistungsrecht nach Art 114 als primär Verantwortlicher der Vertragswidrigkeit einer verkauften Sache betrachtet.<sup>464</sup> Allerdings ist der spanische Gesetzgeber einer möglichen Reform des Verbraucherschutzes mittels neuer Richtlinie<sup>465</sup> vorausgeeilt und hat schon in Art 10 LGVBC eine Direkthaftung des Herstellers, trotz der Existenz des Relativitätsprinzips bei Verträgen nach Art 1257 CC<sup>466</sup>, eingeführt. Durch die Novellierung des LGDCU wurde diese Regelung in Art 124 übernommen, wonach sich der Verbraucher nun unter gewissen Umständen bei Inanspruchnahme seiner Gewährleistungsbehelfe direkt an den Hersteller wenden kann.

### 6.1 Direktanspruch gegen den Hersteller

Der Verbraucher kann demnach nach Art 124 *„wenn es ihm unmöglich oder unzumutbar ist, sich wegen einer fehlenden Vertragsmäßigkeit an den Verkäufer zu wenden, direkt vom Hersteller die Verbesserung oder den Austausch des Produktes verlangen.“*<sup>467</sup> Die Rechtfertigung für diese auf den Hersteller erweiterte Haftung ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass das Vertrauen des Verbrauchers in eine am Produkt verwendete Marke des Herstellers in vielen Fällen die Kaufentscheidung des

---

<sup>463</sup> Siehe oben unter Punkt 6.2 (I).

<sup>464</sup> Siehe zum generellen Prinzip oben unter Punkt 3.1 (II).

<sup>465</sup> Vgl dazu das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstands im Verbraucherschutz KOM (2006), 744 final; sowie oben unter Punkt 6.1 (I).

<sup>466</sup> Dieser bestimmt: *„Die Verträge rufen Wirkungen nur zwischen den Parteien hervor, die sie schließen...“* Übersetzung nach *Sohst, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*<sup>3</sup> (2005) 238.

<sup>467</sup> Eigene Übersetzung des Art 124.

Verbrauchers prägt und diesen beeinflusst.<sup>468</sup> Zum anderen hat die *European Consumer Law Group* (ECLG), eine Gruppe von Juristen, die sich im Besonderen auf das Verbraucherrecht der verschiedenen Mitgliedsstaaten spezialisiert hat, mit Bestimmtheit die Ansicht vertreten, dass der wahre Verantwortliche für Mängel von Gütern, die am Markt hergestellt und vertrieben werden, der Hersteller sei.<sup>469</sup>

Bevor die Natur des nach Art 124 normierten direkten Anspruches genauer überprüft werden kann, muss klargestellt werden, welche Personen als Hersteller in Frage kommen. Produzent bzw Hersteller ist nach Art 5 „*der Fabrikant eines Gutes, der Dienstleistungsanbieter oder sein Zwischenhändler, der Importeur des Gutes oder der Dienstleistung für das Gebiet der Europäischen Union, als auch jede andere Person, die sich dadurch, dass sie ihren Namen, ihre Marke oder ein anderes Kennzeichen an dem Gut, sei es auf der Verpackung oder auf jedem anderen Schutz- oder Darstellungselement, anbringt [Quasihersteller], als Hersteller bezeichnet.*“<sup>470</sup> Diese Definition entspricht größtenteils der vom europäischen Gesetzgeber gewählten.<sup>471</sup> Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, kann auch derjenige als Hersteller iSd LGDCU nF in Betracht gezogen werden, der sich als solcher in der für das Verbrauchsgut spezifischen Werbung aus gibt.<sup>472</sup> Jedoch kann der Verbraucher seinen direkten Anspruch nicht gegen jede Person, die das erworbene Produkt verkaufen oder liefern könnte und mit der dieser vertraglich nicht verbunden ist, richten. Dies auch in jenem Fall nicht, wenn die Vertragswidrigkeit dieser Person, die außerhalb der Absatzkette steht, zurechenbar wäre, da keine Verschuldenshaftung durch die gesetzliche Regelung erzeugt werden soll.<sup>473</sup>

Hinsichtlich der rechtlichen Natur der Haftung ist auszuführen, dass diese auf den ersten Blick als subsidiär anzusehen ist, da das Gesetz den Verkäufer als primär Haftenden

---

<sup>468</sup> Darauf hat schon der Wirtschafts- und Sozialausschuss in dessen Gutachten vom 27. November 1996 bezüglich der Erlassung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hingewiesen (DOCE n° C 66, 3/3/97). Derselben Ansicht ist auch *Costas Rodal*, *Arancadi Civil* 2004, 2064.

<sup>469</sup> Siehe bezüglich der RL auch oben Punkt 6.1 (I).

<sup>470</sup> Eigene Übersetzung. Diese Definition wurde marginal im Vergleich zum LGVBC verändert, indem diese nun den Zusatz der Verpackung enthält. Allerdings wurde diese Definition bereits im Produkthaftungsgesetz 22/1994 verwendet und mit dieser somit lediglich vereinheitlicht. Dies wurde auch schon von *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 219f, bezüglich der Definition nach dem LGVBC so verstanden.

<sup>471</sup> Siehe oben unter Punkt 6.2 (I).

<sup>472</sup> *Morales Moreno*, *Anuario de Derecho Civil* 1999, 273.

<sup>473</sup> *Vérgez*, *La Protección* 115.

vorsieht.<sup>474</sup> Folglich kann sich der Verbraucher nach Art 124 Abs 1 lediglich dann an den Hersteller wenden, wenn dem Verbraucher der Anspruch gegen den Verkäufer entweder unmöglich oder diesem unzumutbar ist.<sup>475</sup> Diese subsidiäre Ausgestaltung bedeutet einen Rückschritt des Verbraucherschutzes im Vergleich zur Gesetzeslage vor Umsetzung der Richtlinie, da der Verbraucher bislang nach Art 27 LGDCU aF einen direkten Anspruch ohne Einschränkungen gegen den Hersteller hatte. Der Hersteller haftete demnach für Schäden, die das Gut beim Verbraucher hervorgerufen hat, solidarisch mit dem Verkäufer oder Lieferanten.<sup>476</sup> Der direkte Anspruch nach Art 124 Abs 1 begründet hingegen keinesfalls eine solidarische Haftung des Herstellers und des Verkäufers.

Der Anspruch des Verbrauchers gegen den Verkäufer ist dann unmöglich, wenn zB die Geschäftstätigkeit des Verkäufers aufgrund mangelnder Zahlungsfähigkeit eingestellt wurde.<sup>477</sup> Eine Unmöglichkeit des Anspruches kann auch bei jenen Fällen angenommen werden, wonach der Verbraucher die Vertragswidrigkeit beim Verkäufer rügen möchte, allerdings dessen Geschäftssitz nicht ausfindig machen kann.<sup>478</sup> Zudem ist eine Unmöglichkeit für jene Fälle denkbar, in denen der Verkäufer für Werbeaussagen Dritter nicht haftet.<sup>479</sup> Folglich hat auch hier der Verbraucher die Möglichkeit den Hersteller für solche Werbeaussagen in Anspruch zu nehmen.<sup>480</sup> Im Vergleich zur Richtlinie kommt es also nicht zum endgültigen Haftungsausschluss aller Beteiligten, sondern zur Haftung des Produzenten und somit zur Besserstellung des Verbrauchers.

---

<sup>474</sup> In diesem Sinne *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 218; ferner *Marín López*, *Garantías* 428; vgl auch *Lete Achirica*, aaO. AA ist *Vérgez*, *La Protección* 117, die im Hinblick auf das im Grünbuch Ausgeführte von einer „quasi-subsidiären“ Haftung spricht.

<sup>475</sup> Für *Serra Rodríguez*, *La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, *Revista de Derecho Patrimonial* 2006, 128, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der spanische Gesetzgeber eine direkte und solidarische Haftung eingeführt hätte, wonach der Verbraucher ohne Unterschied entweder den Verkäufer oder den Hersteller oder beide gleichzeitig in Anspruch nehmen hätte können; dieser Ansicht auch *Carrasco Perera*, *Cordero Lobato* und *Martínez Espín*, *Estudios sobre Consumo* 2000, 130f.

<sup>476</sup> *Serra Rodríguez*, *Revista de Derecho Patrimonial* 2006, 127.

<sup>477</sup> Zu verschiedenen Fällen eines Insolvenzverfahrens des Verkäufers und der daraus folgenden Unmöglichkeit der Geltendmachung des Anspruches gegen den Verkäufer siehe *Serra Rodríguez*, *Revista de Derecho Patrimonial* 2006, 129ff.

<sup>478</sup> *Serra Rodríguez*, *Revista de Derecho Patrimonial* 2006, 129.

<sup>479</sup> Also für jene Fälle, in denen der Verkäufer beweisen kann, dass er die betreffende Äußerung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte, die betreffende Äußerung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berechtigt war oder dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äußerung beeinflusst sein konnte. Vgl dazu ausführlich oben unter Punkt 3.2.4 (II).

<sup>480</sup> Dieser Meinung auch *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 296.



Eine Unzumutbarkeit, sich an den Verkäufer zu richten, stellt es dann für den Verbraucher dar, falls der Verkäufer seinen Unternehmenssitz im Gegensatz zum Produzenten im Ausland hat und demnach nur schwer und mit hohen finanziellen Mitteln zu erreichen wäre, oder es dem Verkäufer an der notwendigen Infrastruktur zur Nachbesserung mangelt.<sup>481</sup> Aufgrund der möglichen Ausdehnung der Haftung auf den Produzenten trifft den Verbraucher die Beweislast, weshalb dieser bescheinigen muss, dass eine Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit vorliegt.<sup>482</sup>

Da in der Regel eine vertragliche Beziehung zwischen dem Produzenten und dem Verbraucher fehlt, ist der direkte Anspruch außervertraglicher Natur. Sollte ein Vertrag zwischen diesen Parteien bestehen, ist der Produzent auch gleichzeitig als Verkäufer anzusehen.<sup>483</sup> Zudem handelt es sich um eine objektive Haftung, bei der kein Verschulden vorausgesetzt wird. Dies kann damit begründet werden, dass zum einen nach Art 124 Abs 2 der Hersteller innerhalb gleicher Fristen und unter gleichen Bedingungen wie der Verkäufer haftet. Da die Haftung des Verkäufers bekanntlich objektiver Natur ist, muss dies also auch für den Hersteller gelten. Zum anderen gewährt das Gesetz auch dem Hersteller einen etwaigen Regressanspruch aufgrund der selbst durchgeführten Gewährleistung gegen den Verantwortlichen. Diese Regelung erscheint folglich nur dann sinnvoll, wenn es sich bei der Haftung des Herstellers um eine objektive handelt.<sup>484</sup>

Der Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller ist jedoch auf Verbesserung bzw Austausch begrenzt.<sup>485</sup> Somit stehen dem Verbraucher lediglich die primären Behelfe zur Verfügung,<sup>486</sup> eine allfällige Preisminderung oder Vertragsauflösung kann er deshalb nur gegen den Verkäufer geltend machen. Diese Begrenzung des Anspruches

---

<sup>481</sup> In diesem Sinne auch *Morgenroth*, RiW 2003, 842.

<sup>482</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 295.

<sup>483</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 290.

<sup>484</sup> In diesem Sinne auch *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 297f; ferner *Vérgez*, La Protección 117.

<sup>485</sup> Diese Beschränkung ist nach *Serra Rodríguez*, Revista de Derecho Patrimonial 2006, 129, gerechtfertigt, da der Hersteller nicht Vertragspartei ist; ferner *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1529ff, die damit argumentiert, dass der Preis aus einer Vereinbarung zwischen Verkäufer und Verbraucher resultiert und die Zahlung auch an diesen und nicht an den Hersteller geleistet wurde.

<sup>486</sup> Der Verbraucher kann hierbei genauso frei zwischen den einzelnen Behelfen wählen. Der Produzent seinerseits hat die Möglichkeit, den gewählten Behelf zu verweigern, wenn dieser gemäß Art 119 unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Zudem ist der Austausch bei gebrauchten Gütern nicht möglich. Kritisch zu betrachten ist, dass das Gesetz nicht regelt, was passiert, wenn keiner der beiden primären Behelfe gegen den Hersteller geltend gemacht werden kann, vgl dazu auch *Serra Rodríguez*, Revista de Derecho Patrimonial 2006, 136f.

basiert auf dem Prinzip der Relativität der Verträge. Allerdings wurde die Beschränkung auf die primären Behelfe zum Teil stark kritisiert, da dem Gewährleister unter Umständen ein Regressrecht gegenüber dem Verantwortlichen zusteht. Dabei wurde argumentiert, dass gerade durch dieses in Art 124 Abs 3 geregelte Regressrecht dem Verkäufer das Recht auf Wandlung bzw Preisminderung gegenüber dem Produzenten eingeräumt wird.<sup>487</sup> Das gleiche gilt auch für den Fall, dass der Produzent dem Käufer haftet, weshalb dieser mittels Preisminderung oder Wandlung seine entstandenen Kosten beim Verantwortlichen einfordern kann.<sup>488</sup> Aufgrund der Tatsache, dass der Produzent nicht für fehlende Vertragsmäßigkeiten haftet, die durch eine Abweichung zur parteilichen Vereinbarung entstehen oder während des Vertriebsprozesses hervorgerufen werden, nimmt der Hersteller nicht unbedingt die gleiche Position wie der Verkäufer ein.<sup>489</sup>

Die in Art 124 geschaffene Regelung wirft jedoch einige Zweifel auf. In dessen Abs 1 wird lediglich eine subsidiäre Haftung des Herstellers normiert. Allerdings haftet der Produzent nach Abs 2 zu den gleichen Konditionen und innerhalb derselben Fristen nur für Vertragswidrigkeiten, welche sich auf die Herkunft, Identität oder Eignung des Verbrauchsgutes beziehen und dieses deshalb nicht die objektiven oder typischen Eigenschaften aufweist.<sup>490</sup> Schlüssigerweise muss dem Verbraucher bei Vertragswidrigkeiten, welche Herkunft, Identität oder Eignung betreffen, ein direkter Anspruch gegen den Hersteller zustehen, da solche Mängel grundsätzlich von diesem bei der Herstellung herbeigeführt wurden.<sup>491</sup> Die Eignung bezieht sich dabei lediglich auf die Brauchbarkeit für den für diese Art des Gutes typischen Gebrauch.<sup>492</sup> Dabei ist die subsidiäre Haftung nach Abs 1 nur für solche Vertragswidrigkeiten anzuwenden, die sich aus dem reinen Verkaufsprozess zwischen dem Verkäufer und Verbraucher ergeben. Die durch das Gesetz geschaffene direkte Haftung des Produzenten kann nicht

---

<sup>487</sup> *Castilla Barea*, Nuevo régimen legal (2005) 296f.

<sup>488</sup> Zum Regressrecht siehe gleich im Anschluss unter Punkt 6.2 (II).

<sup>489</sup> *García-Cruces*, Estudios de derecho Judicial 2004, 75ff.

<sup>490</sup> Eine ähnliche Regelung sah bereits Art 27 Abs 1 LGDCU aF vor, *Vérgez*, La Protección 116; sowie *Marín López*, Garantías 429; ferner *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 220. Dagegen sieht *Serra Rodríguez*, Revista de Derecho Patrimonial 2006, 131f, in Abs 2 keinerlei Beschränkung iSd Abs 1 und ist damit der Ansicht, dass in den Fällen des Abs 2 der Hersteller dem Verbraucher stets direkt haftet. Eine Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit des Anspruches gegen den Verkäufer muss demnach nicht vorliegen; so auch *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2064, die der Ansicht ist, dass das Gesetz den Hersteller in diesen Fällen als primär Gewährleistungspflichtigen ansieht, da es sich um Mängel aus dem Prozess der Herstellung handelt.

<sup>491</sup> In diesem Sinne auch *Marín López*, Garantías 206.

<sup>492</sup> *Lete Achirica*, aaO.

durch eine vertragliche Vereinbarung weder mit dem Verbraucher noch mit dem Verantwortlichen der fehlenden Vertragswidrigkeit zu Lasten des Verbrauchers ausgeschlossen werden.<sup>493</sup>

## 6.2 Regressrecht

Für den Fall, „*dass der Letztverkäufer dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson haftet, so kann der Letztverkäufer den oder die Haftenden innerhalb der Vertragskette in Regreß nehmen.*“ Dies bestimmt Art 4 der RL, der weiter ausführt, dass die einzelnen Mitgliedsstaaten den oder die Haftenden sowie die Vorgehensweise und die Modalitäten des Regressanspruches bestimmen müssen.

In Spanien wird dieses Regressrecht nun in Art 124 Abs 3<sup>494</sup> geregelt, wonach „*jeder, der dem Verbraucher gegenüber haftet hat, innerhalb einer Frist von einem Jahr auf den für die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen Rückgriff nehmen kann.*“<sup>495</sup> Diese Frist beginnt allerdings erst nach Ende der Gewährleistung zu laufen.<sup>496</sup> Zudem bildet diese eine besondere Regressfrist, die unabhängig der allgemeinen sechsmonatigen Ausschlussfrist der allgemeinen zivilrechtlichen Gewährleistung nach Art 1490 CC und den relativ kurzen Rügefristen des Handelsrechts der Art 336 Abs 2<sup>497</sup> und Art 342 CCo<sup>498</sup> läuft.<sup>499</sup> Somit ist dem Gewährleistungspflichtigen insofern Schutz geboten, als er die Kosten der selbst durchgeführten Gewährleistung auf den wahren Verantwortlichen der Vertragswidrigkeit überwälzen kann. Dem spanischen Recht war

---

<sup>493</sup> *García-Granero*, Revista de Derecho Privado 2005, 100.

<sup>494</sup> Aufgrund einiger fehlender Klarstellungen hinsichtlich der Charakteristik des Rückgriffsanspruches ist *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1534, der Meinung, dass die in Spanien eingeführte Regelung nicht richtlinienkonform iSd Art 4 der RL sei.

<sup>495</sup> Dabei wurde zum Teil kritisiert, dass dabei nicht genau der Verantwortliche genannt wird, also es an einer Bestimmung fehlt, weshalb ein Teil der Lehre der Ansicht war, dass die Umsetzung nicht richtlinienkonform erfolgte, *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 221f.

<sup>496</sup> Das bestimmt Art 124 Abs 3 Satz 2.

<sup>497</sup> Dabei wird dem Käufer eine kurze Frist von 4 Tagen zuerkannt, um Mängel an der erworbenen Sache geltend zu machen.

<sup>498</sup> Dieser Artikel bestimmt, dass der Erwerber alle Rechte der Geltendmachung aufgrund fehlender Vertragsmäßigkeiten der erworbenen Sache verliert, falls dieser innerhalb von 30 Tagen nach Übergabe nicht ausreichend gerügt hat.

<sup>499</sup> *Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 261f; ferner *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1534 FN 54.

ein solcher Rückgriff nicht unbekannt, da ein solcher schon im Produkthaftungsgesetz in dessen Art 8 statuiert ist.<sup>500</sup>

Das Regressrecht ist jedoch dispositiver Natur, da die RL in Erwägungsgrund 9 klarstellt, dass sie den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson nicht berührt. Folglich ist ein Ausschluss des Regressrechtes zwischen dem Verkäufer und dem Händler bzw Zwischenpersonen möglich und durchaus legitim. In Betracht gezogen werden muss, dass es sich hierbei um vertragliche Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmern handelt, welche lediglich durch die allgemeinen Grenzen der Art 50 und 53 CCo und Art 1258 CC<sup>501</sup> und durch die Kontrolle des *buena fe-*Prinzips des Art 57 CCo<sup>502</sup> beschränkt sind.<sup>503</sup>

Hinsichtlich der Natur des Rückgriffes macht das Gesetz keine genaueren Angaben. Allerdings kann aufgrund der fehlenden vertraglichen Beziehung in der Regel von einem außervertraglichen Anspruch ausgegangen werden.<sup>504</sup> Der Rückgriffsanspruch kann nach Abs 3 immer direkt gegen den Verantwortlichen der Vertragswidrigkeit<sup>505</sup> geltend gemacht werden, auch wenn mit diesem keine vertragliche Beziehung besteht.<sup>506</sup> Dadurch wird der mühsame Weg der Geltendmachung von Zwischenhändler

---

<sup>500</sup> Vom Produkthaftungsgesetz leitet sich auch die Länge der Frist zur Geltendmachung des Regressrechtes ab, da diese nach dessen Art 12 auch auf ein Jahr begrenzt ist. Vgl dazu auch *Carrasco Perera, Cordero Lobato und Martínez Espín*, Estudios sobre Consumo, 2000, 132, die vor Einführung des Rückgriffsrechtes diese Länge der Frist gefordert haben.

<sup>501</sup> Art 1258 CC ist eine allgemeine Bestimmung für das Vertragsrecht: „*Verträge werden durch einfach Einigung geschlossen und verpflichtet von da an nicht nur zur Erfüllung des ausdrücklich Vereinbarten, sondern auch zu allen Folgen, die gemäß ihrer Treu und Glauben, der Verkehrssitte und dem Gesetz entsprechen.*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 238.

<sup>502</sup> Dabei ist ein Verzicht des Verkäufers auf das Regressrecht nicht wirksam, wenn das verantwortliche Subjekt schon zuvor die Vertragswidrigkeit kannte.

<sup>503</sup> *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 223.

<sup>504</sup> In diesem Sinne auch *Lete Achirica* in *Universidad de Santiago de Compostela* 222f; ferner *García Rubio*, *Diario La Ley* 2003, 1534; sowie *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2323.

<sup>505</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 304f, ist der Ansicht, dass durch die fehlende Bestimmung des verantwortlichen Subjekts die objektive Haftung, die schon gegenüber dem Verbraucher besteht, auch im Regressrecht weiter erhalten bleibt. Zudem ist sie der Ansicht, dass die in Art 124 Abs 2 enthaltene Bestimmung im Bereich des Regressrechtes besser anwendbar sei als bei der direkten Haftung, wonach der Hersteller endgültig für solche Mängel der Herkunft, Eignung und Identität hafte auch gegenüber anderen Beteiligten in der Vertragskette.

<sup>506</sup> *García-Granero*, *Revista de Derecho Privado* 2005, 102.

zu Zwischenhändler innerhalb der Vertragskette vermieden.<sup>507</sup> Im Regelfall kommt es folglich zu einem Anspruch des Letztverkäufers, der dem Verbraucher objektiv für jede Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe haftet, gegen denjenigen, der diese Vertragswidrigkeit zu verantworten hat. Zu beachten ist allerdings, dass es, wie schon zuvor erwähnt, nach Art 124 Abs 1 zu einer direkten Haftung des Produzenten bzw Importeurs kommen kann, weshalb auch diesen Personen ein Regressrecht zur Verfügung stehen kann. Somit ist ein Rückgriff in beide Richtungen der Vertragskette denkbar,<sup>508</sup> sodass der Hersteller sowohl den Letztverkäufer als auch seine Zulieferer in Regress nehmen kann.<sup>509</sup>

Der Rückgriffsberechtigte kann vom Verantwortlichen vollen Schadenersatz verlangen. Dies bedeutet, dass dieser die Kosten der effektiv durchgeführten Gewährleistung und zusätzlich einen Ersatz des Schadens, den die Vertragswidrigkeit unmittelbar beim Anspruchsberechtigten verursachte wie zB die Beeinträchtigung der Reputation des Unternehmens und dem daraus resultierenden Verlust an Klientel, geltend machen kann.<sup>510</sup> Dabei erscheint dieser Schadenersatz aus Sicht des Normenzweckes zu weit gegriffen zu sein, da das Regressrecht lediglich einen Ausgleich für den Letztverkäufer darstellen soll, um die Kosten der Gewährleistung nicht beim Verbraucher durch erhöhte Produktpreise einfordern zu müssen, weshalb nur die effektiven Kosten der Gewährleistung zu ersetzen sind.<sup>511</sup>

---

<sup>507</sup> Eine solche Zurückbelastung ist in anderen Mitgliedsstaaten konzipiert worden, vgl dazu §§ 478f BGB und § 933b ABGB, dazu später mehr unter Punkt 8 (III).

<sup>508</sup> *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff.

<sup>509</sup> In diesem Sinne auch *Morgenroth*, RiW 2003, 843.

<sup>510</sup> *Navas Navarro*, IHR 2005, 89ff; ferner *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2323. AA *Lete Achirica*, aaO, welcher der Ansicht ist, dass nur die Gewährleistungskosten zu ersetzen sind.

<sup>511</sup> *Castilla Barea*, *Nuevo régimen legal* (2005) 306.

## 7. Kommerzielle Garantie

Die kommerzielle bzw selbständige Garantie stellt ein legitimes Marketingmittel in der freien Marktwirtschaft dar, dem sich Unternehmer bedienen, um ihre Produkte an möglichst viele potentielle Käufer absetzen zu können. Allerdings besteht bei solchen gewährten Garantien die Gefahr einer Irreführung des Verbrauchers, der ein Produkt mit speziellen Eigenschaften und einer scheinbar unbegrenzten Garantie angepriesen bekommt. Der europäische Gesetzgeber hat diese Gefahr der Irreführung erkannt und daraufhin einige verpflichtende Regeln zur Garantieabgabe in die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aufgenommen. Eine Pflicht zur Garantieabgabe wurde durch die RL aber nicht geschaffen.<sup>512</sup>

In Spanien existierte bereits in Art 11 LGDCU aF<sup>513</sup> eine ausgeprägte Informationspflicht bei Garantieabgabe an Verbraucher, die auf der einen Seite über den Schutz der RL hinausging, auf der anderen Seite hinter den Anforderungen des Art 6 der RL zurückblieb, weshalb sich der spanische Gesetzgeber verpflichtet fühlte, eine neue Bestimmung zu erlassen. Nach Art 125 Abs 1 ist die kommerzielle Garantie *„eine solche, die zusätzlich mit freiwilligen Charakter angeboten werden kann und denjenigen, der sich als Garant darstellt, zu den in der Garantieerklärung und in der korrespondierenden Werbung bestimmten Konditionen bindet.“*<sup>514</sup>

Dabei ist die im LGDCU nF gewählte Definition sehr spartanisch gehalten und weicht von der Legaldefinition des Art 1 Abs 2 lit e der RL<sup>515</sup> in dem Sinne ab, dass nicht speziell auf den Produzenten bzw Verkäufer als Garanten Bezug genommen wird, sodass auch eine andere Person als Garant in Betracht gezogen werden kann. Darüber hinaus wurden die Rechte des Verbrauchers, zB das Recht zum Austausch, zur Verbesserung etc. nicht ausdrücklich in die Definition der Garantie aufgenommen. Auch ist in Spanien unter der Garantie eine freiwillige Verpflichtung des Garanten zur Mängelbeseitigung innerhalb einer gewissen Frist anzusehen. Im Gegensatz zur gesetzlichen Garantie nach dem LGDCU nF handelt es sich demnach um eine freiwillige vom Garanten eingegangene vertragliche Verpflichtung. In der Regel kommt

---

<sup>512</sup> Zur RL-Regelung siehe oben unter Punkt 8 (I).

<sup>513</sup> Deshalb auch nicht ganz zufällig die Umsetzung der Garantieregelung in Art 11 LGVBC.

<sup>514</sup> Eigene Übersetzung des Art 125 Abs 1.

<sup>515</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 8.1 (I).

es in der Praxis zu einer Herstellergarantie, die zwar vom Verkäufer mit dem Produkt ausgegeben wird, allerdings eine Garantieerklärung des Herstellers darstellt und diesen dementsprechend bindet. Durch die Garantieabgabe wird dem Verbraucher ein gewisser Erfolg geschuldet, was folglich den Garanten verpflichtet, das Gut innerhalb der vertraglich festgesetzten Frist in einem vereinbarten Zustand zu halten.<sup>516</sup>

Der von der Richtlinie in der Legaldefinition der Garantie aufgenommene Zusatz „ohne Aufpreis eingegangene Verpflichtung“ wurde vom spanischen Gesetzgeber nicht übernommen, da es sehr schwer beurteilbar scheint, inwieweit eine solche Unentgeltlichkeit einer Garantieabgabe vorliegt. In der Regel muss nämlich davon ausgegangen werden, dass ein solcher Garantiepreis bereits im bezahlten Kaufpreis enthalten ist, weshalb auch hier im strikten Sinne eine Entgeltlichkeit vorliegt.<sup>517</sup> Zudem erscheint es durchaus legitim, für eine freiwillige Garantieabgabe ein gewisses Entgelt zu verlangen.<sup>518</sup>

Hinsichtlich der Unterschiede zur gesetzlichen Garantie bzw. Gewährleistung ist hervorzuheben, dass bei der vertraglichen Garantie jede Vertragswidrigkeit, die innerhalb der Garantiefrist offenbar wird, den Garanten verpflichtet, eine solche zu beseitigen. Im Gegensatz dazu muss die Vertragswidrigkeit, um die gesetzlichen Abhilfen geltend machen zu können, bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein. Dies ist zusätzlich vom Verbraucher bei Geltendmachung, ausgenommen in den ersten sechs Monaten nach Übergabe, zu beweisen. Andererseits ist es bei der vertraglichen Garantie gleichgültig, wann eine solche Vertragswidrigkeit entstanden ist, weshalb die Beweislast der Garant trägt, der sich in solchen Fällen nur dann von seiner Verpflichtung befreien kann, wenn er den Missbrauch der Sache durch den Verbraucher und dessen Kausalität bescheinigen kann.<sup>519</sup> Allerdings ergibt sich durch den vertraglichen Gestaltungsspielraum im Bereich der freiwilligen Garantie, dass dieser keine Grenzen gesetzt sind und es an einer normativen Kontrolle mangelt.<sup>520</sup>

---

<sup>516</sup> Végez, La Protección 124.

<sup>517</sup> O'Callaghan in Reyes López, La Ley 23/2003 149.

<sup>518</sup> Carrasco Perera, Tres dudas sobre la ley de venta y garantías de productos de consumo <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2005/5.pdf> (08.03.2008).

<sup>519</sup> In diesem Sinne auch Végez, La Protección 126.

<sup>520</sup> Végez, La Protección 127.

Sowohl Umfang als auch Frist der Garantie bestimmen sich nach den in der Garantieerklärung und der entsprechenden Werbung gemachten Angaben.<sup>521</sup> Somit kommt es auch in diesem Fall ähnlich der Gewährleistung zur Einbeziehung von Werbeaussagen in den Vertrag,<sup>522</sup> weshalb der Verbraucher den Inhalt dieser fordern kann.<sup>523</sup> Gerechtfertigt erscheint diese Einbeziehung der Werbung aus dem Grund, da die Kaufentscheidung des Verbrauchers in der Regel unter Berücksichtigung der Werbeaussagen getroffen wird. Dem Verbraucher steht die Garantieerklärung bei Abschluss des Kaufvertrages oftmals nicht zur Verfügung, weshalb sich dieser auf die in der Werbung angepriesenen Garantiekonditionen verlässt. Schon der europäische Gesetzgeber hat erkannt, dass es zur Erreichung eines angemessenen Verbraucherschutzes der Anerkennung von Werbeaussagen als wesentlicher Teil der Garantie bedarf.<sup>524</sup>

In der Praxis hat sich die Anerkennung der Garantie als übertragbares Recht durchgesetzt. Eine gesetzliche Beschränkung der Übertragbarkeit gibt es in Spanien nicht. Somit kann auch der Zweitkäufer einer Sache die Garantie gegenüber dem Garanten geltend machen, in dem er diesem die Garantieerklärung bzw den Garantieschein des ursprünglichen Kaufvertrages der Sache vorlegt. Eine vertragliche Beschränkung dieser Übertragbarkeit des Garantierechts kann daher als missbräuchliche Klausel angesehen werden.<sup>525</sup>

Aufgrund des zwingenden Charakters der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers nach den Bestimmungen des LGDCU nF muss eine kommerzielle Garantie stets einen Vorteil für den Verbraucher im Vergleich zu diesen darstellen und darf diese somit nicht limitieren bzw gänzlich verhindern.<sup>526</sup> Einen zusätzlichen Schutz für den Verbraucher stellt zB der Umstand dar, dass auch andere Wege des Schutzes als die nach den gesetzlichen Bestimmungen abgeleiteten, angeboten werden, wie zB Schadenersatz für die Verminderung des Gebrauches des Verbrauchsgutes.<sup>527</sup> Zudem

---

<sup>521</sup> Zu einer solchen Integration der Werbeaussagen in den Vertragsinhalt kam es schon nach der alten Bestimmung der Art 11 LGDCU aF iVm. Art 12 Abs 2 LOCM.

<sup>522</sup> Genauerer zu den Werbeaussagen vgl oben unter Punkt 3.1.4 (II).

<sup>523</sup> Deshalb empfiehlt auch *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2075, die Aufbewahrung diverser Werbeprospekte zur leichteren Beweisführung.

<sup>524</sup> Vgl dazu oben unter Punkt 8.1 (I).

<sup>525</sup> *Vérgez*, La Protección 136f.

<sup>526</sup> *García-Cruces*, Estudios de derecho Judicial 2004, 75ff.

<sup>527</sup> In diesem Sinne bez der RL *Avilés García*, Actualidad Civil 2000, 1205.



kann bei einer überflüssigen<sup>528</sup> Garantieerklärung des Herstellers von einem Vorteil für den Verbraucher gesprochen werden, da dieser einen zusätzlichen Verpflichtenden erhält und nach dem LGDCU nF ein direkter Anspruch<sup>529</sup> gegen den Produzenten nur unter gewissen Voraussetzungen geltend gemacht werden kann und im Normalfall lediglich der Verkäufer als Gewährleistungspflichtiger gegenüber dem Verbraucher haftet.<sup>530</sup> Dementsprechend handelt es sich bei einer vom Verkäufer eingeräumten vertraglichen Garantie, die allerdings dem Verbraucher keine zusätzlichen Rechte zu den Gewährleistungsbehelfen nach dem LGDCU nF gewährt, um eine betrügerische Anpreisung seiner Produkte und deshalb um eine unlautere Praktik.<sup>531</sup>

## 7.1 Inhaltsvorschriften

Die RL hat zwar keine Pflicht zur Garantieabgabe des Verkäufers oder des Herstellers geschaffen, allerdings müssen im Falle einer Garantieabgabe gewisse Inhaltsvorschriften eingehalten werden, um eine mögliche Irreführung des Verbrauchers auszuschließen bzw zu minimieren. Diese Inhaltsvorschriften sind den in Art 6 RL<sup>532</sup> enthaltenen nachgebildet und in Art 125 Abs 3 enthalten, wonach gem lit a das Gut, über welches die Garantie gegeben wird, gemäß lit b der Name und die Adresse des Garanten, gem lit c der Hinweis, dass die Garantie die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers, die diesem bei einer fehlenden Vertragsmäßigkeit zukommen, nicht berühren, gem lit d die Rechte als Titel der Garantie, die dem Verbraucher zusätzlich zu den gesetzlich gewährten zukommen, gem lit e die Garantiefrist und deren örtlichen Anwendungsbereich und gem lit f die Wege der Reklamation über die der Verbraucher verfügt, aufgelistet werden müssen.<sup>533</sup> Entsprechende Inhaltsvorschriften bestanden bereits nach Art 11 LGDCU aF bezüglich haltbarer Güter.<sup>534</sup>

Allerdings normiert das Gesetz ebenso wenig wie die RL die Folgen, die eine Nichterfüllung dieser Inhaltsvorschriften nach sich zieht. Andernfalls muss davon

---

<sup>528</sup> Im Sinne der Gewährung gleicher Rechte im Vergleich zu den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen.

<sup>529</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 6.1 (II).

<sup>530</sup> Carrasco Perera, Tres dudas sobre la ley de venta y garantías de productos de consumo <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2005/5.pdf> (08.03.2008).

<sup>531</sup> Carrasco Perera, aaO (08.03.2008), der dabei die Gefahr der Irreführung und Verwirrung des Verbrauchers sieht.

<sup>532</sup> Zu den Inhaltserfordernissen der RL siehe oben unter Punkt 8.2 (I).

<sup>533</sup> Aufgrund des freiwilligen Charakters der Garantieabgabe sieht Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi Civil 2003, 1895, diese inhaltlichen Vorschriften als unnötig an.

<sup>534</sup> Siehe dazu unten mehr unter Punkt 7.2 (II).

ausgegangen werden, dass der Verbraucher von der Garantie in der am weitreichendsten Form im Hinblick auf die Eigenschaften der Sache Gebrauch machen kann.<sup>535</sup> Aufgrund des Verbraucherschutzes darf die Nichteinhaltung der Inhaltserfordernisse nicht die Nichtigkeit<sup>536</sup> der Garantie nach sich ziehen, sondern muss vielmehr eine Verpflichtung des Garanten zur Reparatur, Substitution und zum verschuldensunabhängigen Schadenersatz auslösen.<sup>537</sup>

Zudem bestimmt nun Art 125 Abs 2, dass die kommerzielle Garantie zumindest auf kastilisch und auf Wunsch des Verbrauchers schriftlich formuliert oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger für den Verbraucher gespeichert sein muss. Dabei ist hervorzuheben, dass eine Verpflichtung zur Ausfertigung der Garantieerklärung auf kastilisch bislang nach Art 11 Abs 2 LGVBC nicht bestanden hat.<sup>538</sup> Eine solche Ausfertigung auf kastilisch konnte nur durch den Verbraucher gewünscht werden, war jedoch nicht obligatorisch.<sup>539</sup> Aufgrund der Sprachenvielfalt in Spanien ist hervorzuheben, dass der nationale Gesetzgeber auf das Recht des Verbrauchers, die Ausfertigung der Garantie in der autonomen Sprache trotz deren in der jeweiligen Region offiziellen Charakters, so zB katalanisch in Katalonien, zu verlangen, verzichtet hat.<sup>540</sup> Nach der RL bestand diesbezüglich ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten und somit keine Verpflichtung eine Sprache festzusetzen.<sup>541</sup>

Nach Abs 4 des Art 125 verjährt der Anspruch auf Erfüllung der kommerziellen Garantie innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der in der Garantieerklärung oder Werbung bestimmten Garantiefrist.<sup>542</sup> Für einen Teil der Lehre stellt sich die Bestimmung einer Verjährungsfrist von sechs Monaten nach Ablauf der Garantiefrist

---

<sup>535</sup> Vérguez, La Protección 144.

<sup>536</sup> Eine entsprechende Regelung fehlt im spanischen Gesetz im Gegensatz zur RL in deren Art 6 Abs 5, weshalb Art 125 richtlinienkonform auszulegen ist, vgl auch *Morgenroth*, RiW 2003, 843.

<sup>537</sup> In diesem Sinne auch *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1535.

<sup>538</sup> Eigene Übersetzung des Art 11 Abs 2 LGVBC: „*A petición del consumidor, la garantía deberá formalizarse, al menos, en castellano,...*“ im Vergleich dazu Art 125 Abs 2: „*La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y a petición del consumidor...*“.

<sup>539</sup> Dies wurde zu Recht von *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2077, kritisiert.

<sup>540</sup> Vgl auch *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2077, die dabei eine zu große Belastung des Garanten, der im ganzen nationalen Territorium tätig ist, befürchtet hat.

<sup>541</sup> Vgl dazu oben unter Punkt 8.2 (I).

<sup>542</sup> *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Arancadi Civil 2003, 1895, ist der Ansicht, dass eine ähnliche Regelung für die gesetzliche Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche wünschenswert gewesen wäre.

als unverständlich dar.<sup>543</sup> Allerdings dürfte der Grund für diese Ergänzung in der Parallelität zur gesetzlichen Garantie liegen. Der Verbraucher muss jedoch nach Ablauf der Garantiefrist und innerhalb der sechsmonatigen Verjährungsfrist beweisen, dass der Mangel innerhalb der Garantiefrist offenbar wurde und somit den Garanten zur Herstellung des perfekten Zustandes des Produktes verpflichtet. Nach der ersten Übergangsbestimmung des LGDCU nF sind diese Vorschriften bezüglich der kommerziellen Garantie nicht auf Produkte, die vor dem 11. September 2003 in Umlauf gebracht wurden, anzuwenden.<sup>544</sup>

Probleme hinsichtlich der Richtlinienkonformität gibt es allerdings aufgrund der Tatsache, dass der spanische Gesetzgeber keine Sanktionen an das Unterlassen dieser Informationspflichten knüpft, wie dies in Art 6 Abs 5 der RL<sup>545</sup> vorgesehen ist. Demnach wird dem Verbraucher nach dem LGDCU nF nicht versichert, dass sich dieser weiterhin trotz Unterlassens der Inhaltsvorschriften auf seine aus der Garantie erwachsenden Rechte stützen kann. Dieser für den Verbraucher essentielle Zusatz wird in das LGDCU nF aufzunehmen sein, um so den zusätzlichen Schutz, den eine kommerzielle Garantie dem Verbraucher bietet, nicht zu unterlaufen.

## 7.2 Sonderbestimmung bei haltbaren Waren

Wie schon zuvor erwähnt, existierte eine ähnliche Regelung über eine vertragliche Garantie bereits vor Umsetzung der Richtlinie im spanischen Recht in Art 11 LGDCU aF. Jedoch muss dabei beachtet werden, dass es sich nicht um eine freiwillige Garantieabgabe iSd Art 125, sondern um eine Garantiepflicht des Herstellers oder des Verkäufers von haltbaren Waren handelte. Allerdings gab es auch bei dieser Bestimmung gewisse Formvorschriften, die eingehalten werden mussten.

Nach der Novellierung des LGDCU wurde ebenfalls eine Bestimmung über die Garantieabgabe bei haltbaren Waren geschaffen. Nach Art 126 ist bezüglich solcher Güter weiterhin eine Garantiepflicht zu beachten. Zudem muss eine solche Garantie

---

<sup>543</sup> So auch *García Rubio*, Diario La Ley 2003, 1535, die diese Frist als zu lange ansieht. Anderer Ansicht ist *Vérgez*, La Protección 145, die eine solche Frist als zweckmäßig betrachtet, da der Mangel ja innerhalb der Garantiefrist bekannt gegeben werden muss und dem Verbraucher nach Ablauf dieser Garantiefrist eine ausreichende Zeit gewährt werden muss, um seine Ansprüche aus der Garantie geltend zu machen.

<sup>544</sup> Vgl dazu die erste Übergangsbestimmung - *Disposición transitoria primera*.

<sup>545</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 8.2 (I).

schriftlich formuliert oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger enthalten sein und den Zusatz einbeziehen, dass die Gewährleistungsansprüche, die aufgrund einer Vertragswidrigkeit erwachsen, unabhängig und kompatibel zur vertraglichen Garantie sind. Zu beachten ist darüber hinaus, dass nach der königlichen Verordnung 1507/2000 auch unbewegliche Güter haltbare Waren sind, sodass auch bei diesen eine Garantiepflcht nach Art 126 besteht.<sup>546</sup>

---

<sup>546</sup> Der Bezug auf die königliche Verordnung 1507/2000 wird in der zweiten Übergangsbestimmung klargestellt.



## 8. Unabdingbarkeit

Um den Verbraucherschutz effektiv zu gestalten und so eine Umgehung der Verbraucherrechte zu verhindern, wurden diese mit zwingendem Charakter ausgestattet. Diese imperative Eigenschaft der Ansprüche, die sich aus dem Gesetz ableiten lassen, wurde durch Art 7 der RL den einzelnen Mitgliedsstaaten vorgeschrieben.<sup>547</sup>

In Spanien hat der Gesetzgeber hinsichtlich des zwingenden Charakters auf nationaler Ebene eine Regelung für alle im LGDCU nF enthaltenen Ansprüche erlassen. Nach Art 10 ist der *„vorzeitige Verzicht auf die Rechte, die dieses Gesetz dem Verbraucher zuerkennt, nichtig, genauso wie rechtsmissbräuchlich durchgeführte Handlungen gemäß Art 6 CC.“*<sup>548</sup> Aus dem zwingenden Charakter ergibt sich, dass der Verbraucher auf die Rechte, welche diesem im Falle der Nichterfüllung der Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe einer vertragskonformen Sache zustehen, nicht verzichten kann.<sup>549</sup> Diese Vorschrift soll verhindern, dass die Parteien durch ihr beiderseitiges Einverständnis die Rechte vorzeitig ausschließen und somit den Inhalt des gesetzlichen Verbraucherschutzes aushöhlen können.<sup>550</sup> Hinsichtlich der Nichtigkeit des vorzeitigen Ausschlusses muss hervorgehoben werden, dass diese Regelung im Sinne ihrer Anwendung weitaus weiter gefasst ist als dies die Vorschriften über missbräuchliche Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl gemäß den Art 82ff als auch über mit dem Verbraucher nicht individuell ausverhandelter Vertragsklauseln nach den Art 80-82 vorsehen. Demnach ist der vorzeitige Verzicht auf die Verbraucherrechte nicht nur dann nichtig, wenn dieser in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausverhandelt wurde oder individuell nicht vereinbart wurde, sondern auch dann, wenn beide Parteien dem Ausschluss zugestimmt haben.<sup>551</sup> Dies bedeutet aber nicht

---

<sup>547</sup> Zum einen müssen die Mitgliedstaaten gewähren, dass dem Verbraucher die nach der RL gewährten Rechte nicht entzogen werden. Zum anderen werden die Mitgliedstaaten nach Art 7 Abs 2 der RL verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zu treffen, damit dem Verbraucher nicht durch eine mißbräuchliche Rechtswahl der durch die RL gewährte Schutz vorenthalten wird. Siehe dazu oben unter Punkt 9 (I).

<sup>548</sup> Dabei bestimmt Art 6 Abs 4 CC: *„Die Kraft des Wortlautes einer Vorschrift vorgenommenen Handlungen, die einen von der Rechtsordnung verbotenen oder ihr zuwiderlaufenden Zweck verfolgen, gelten als rechtsmissbräuchlich und verhindern nicht die gehörige Anwendung der Vorschrift, deren Umgehung unternommen wurde.“* Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 19.

<sup>549</sup> *Costas Rodal*, Arancadi Civil 2004, 2050f.

<sup>550</sup> Vgl dazu Erwägungsgrund 22 der RL. Siehe oben unter Punkt 9 (I).

<sup>551</sup> Vgl dazu *Vérgez*, La Protección 24f, die sich zudem die Frage stellt, ob ein Ausschluss auch dann nichtig ist, wenn dem Verbraucher als Ausgleich für diesen andere Vorteile versprochen werden. Aus

konsequent, dass der Verbraucher auch seine Ansprüche geltend machen muss. Vielmehr liegt es in seinem Ermessen, sich mit der Vertragswidrigkeit abzufinden oder doch auf Erfüllung des Vertrages zu beharren. Folglich ist ein nachträglicher, also ein nach dem Offenbarwerden des Mangels<sup>552</sup> getätigter Ausschluss bzw eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien möglich und durchaus legitim.<sup>553</sup> Dem vorzeitigen Verzicht gleichzusetzen, und damit ebenfalls nichtig nach Art 10, sind jene Klauseln, nach denen dem Verbraucher unterstellt wird, die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gekannt zu haben und es folglich nach Art 116 Abs 3 zum Ausschluss der Haftung des Verkäufers kommen würde.<sup>554</sup>

Jedoch wurde Art 10 zum Teil kritisiert<sup>555</sup>, da dieser zu eng erscheint, weil lediglich der vorzeitige vollständige Verzicht geregelt wird und nicht, wie in der RL in Art 7 Abs 1 vorgesehen,<sup>556</sup> auch eine vorzeitige Beschränkung der Verbraucherrechte zur Nichtigkeit dieser Klausel bzw Vereinbarung führt. Nach der richtlinienkonformen Interpretation muss nämlich jede Beschränkung der aus dem Gesetz entspringenden Rechte zur Nichtigkeit führen. Die Nichtigkeit hat aber keinerlei Auswirkungen auf die Gültigkeit des Vertrages, da es sich um eine im Interesse des Verbrauchers eingeführte Nichtigkeit handelt, die jedoch auch durch den zuständigen Richter erklärt und ausgeführt werden kann.<sup>557</sup> Die Regelung des Art 10 bezieht sich nur auf Verbrauchergeschäfte, weshalb ein vorzeitiger Verzicht bei Anwendung der allgemeinen Gewährleistungsregeln nach Art 1484ff CC jederzeit möglich ist. Dieser

---

dem Wortlaut des Art 10 muss geschlossen werden, dass **jeder** vorzeitige Verzicht nichtig ist, da der Verbraucher die Folgen und das Ausmaß der Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gar nicht abschätzen kann. [Herv. durch Verf.]. Der gleichen Meinung ist *O'Callaghan* in *Reyes López*, La Ley 23/2003 142, der einen Teilausschluss konsequenterweise als nichtig betrachtet.

<sup>552</sup> *O'Callaghan*, aaO.

<sup>553</sup> Nach dem Erwägungsgrund 12 der Richtlinie wird dem Verkäufer die Möglichkeit geboten, dem Verbraucher zur Erzielung einer gütlichen Einigung stets jede zur Verfügung stehende Abhilfemöglichkeit anzubieten. Dabei ist nicht nur an die im Gesetz enthaltenen Abhilfemöglichkeiten zu denken, sondern an jede Abhilfe, welche eine volle Befriedigung des Verbrauchers herbeiführen kann.

<sup>554</sup> Dies wird ausdrücklich in Erwägungsgrund 22 der RL angeführt und als rechtsmissbräuchliche Handlung iSd Art 10 iVm Art 6 CC betrachtet, vgl dazu auch *Vérgez*, La Protección 26.

<sup>555</sup> *Vérgez*, La Protección 26, hinsichtlich der wortgleichen Regelung des Art 4 im bisher geltenden LGVBC, die zudem dessen systematischen Standort kritisiert.

<sup>556</sup> Art 7 Abs 1 RL: „...gewährten Rechte...außer Kraft oder **eingeschränkt** werden...“ [Herv. durch Verf.].

<sup>557</sup> In diesem Sinne *Vérgez*, La Protección 26f.

Ausschluss wird speziell in Art 1485 Abs 2 CC sowie in Art 6 Abs 2 CC<sup>558</sup> normiert, wonach der vorzeitige Verzicht des Käufers auf seine Mangelbeseitigungsansprüche außer für den Fall legitim ist, dass der Verkäufer den verborgenen Mangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gekannt hat.<sup>559</sup>

---

<sup>558</sup> Art 6 Abs 2 CC bestimmt als Generalklausel: „*Der freiwillige Ausschluss des geltenden Gesetzes und der Verzicht auf die darin anerkannten Rechte sind nur dann gültig, wenn sie dem Gemeinwohl und der öffentlichen Ordnung nicht zuwiderlaufen und Dritte nicht schädigen.*“ Übersetzung nach *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005) 18.

<sup>559</sup> *Marco Molina*, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2331.





## 9. IPR-Klausel

Um den Verbraucherschutz nicht durch Rechtswahl der Gesetze eines Nichtmitgliedsstaates auszuhöhlen, hat die RL zusätzlich die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zu treffen.<sup>560</sup>

Die spanische Legislative folgte dieser Aufforderung und führte eine entsprechende Regelung vorerst in Art 13 LGVBC ein, die nun beinahe ident in Art 67 Abs 2 übernommen wurde. Demnach sind die in Art 114 bis 126 geregelten Gewährleistungsvorschriften für Verbraucher anwendbar, gleichgültig welches Recht von den Parteien als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde, sofern der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedsstaaten aufweist. Ein solcher enger Zusammenhang besteht nach Satz 2 dann, *„wenn das Gut in einem Mitgliedsstaat benützt, das Recht ausgeübt oder die Leistung durchgeführt wird, oder der Vertrag in einem der Mitgliedsstaaten abgeschlossen wurde oder eine der Parteien Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates ist, oder das Rechtsgeschäft irgendeine andere analoge Beziehung oder engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Europäischen Union aufweist.“*<sup>561</sup> Durch diesen Zusatz wurde sogleich manche Kritik<sup>562</sup> bez der IPR-Klausel aufgrund der Heranziehung des Terminus „enger Zusammenhang“ zumindest im spanischen Bereich abgeschwächt, da dieser nun genauer definiert und eingegrenzt wurde. Die freie Rechtswahl ist somit bei Verbrauchergeschäften extrem eingeschränkt, was jedoch zur Wahrung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zweckmäßig erscheint.

---

<sup>560</sup> Diese Bestimmung findet sich in Art 7 Abs 2 der RL wieder, siehe dazu oben unter Punkt 9 (I).

<sup>561</sup> Eigene Übersetzung des Art 67 Abs 2 Satz 2: *„Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.“*

<sup>562</sup> *European Group for Private International Law - GEDIP*, die der Ansicht war, dass die Regelung der RL dem Art 5 EVÜ widerspricht und den engen Zusammenhang als einziges Kriterium heranzieht, allerdings nicht weiter erläutert was darunter verstanden wird, vgl dazu *Lete Achirica*, *Actualidad Civil* 1999, 1385; ferner unter [www.gedip-egpil.eu](http://www.gedip-egpil.eu) (eingesehen am 16.01.2008).



### III. Die Umsetzung der Richtlinie in Österreich

#### 1. Novellierung des ABGB und KSchG

Die Reformbedürftigkeit des österreichischen Gewährleistungsrechts steht schon seit langem außer Streit, da dieses seit dem Jahr 1811 in wesentlichen Teilen unverändert blieb und somit den Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens nicht mehr gerecht wurde. Das auf Kauf von Roß und Wagen zugeschnittene Kaufrecht des ABGB musste demnach einer Verjüngerungskur unterzogen werden. Aufgrund der Veränderungen der ökonomischen Verhältnisse und der Entwicklung zur modernen Konsumgesellschaft wurden deshalb die Stimmen der Lehre nach einer Überarbeitung der bestehenden Bestimmungen immer lauter. Schließlich konnte sich das Bundesministerium für Justiz im Jahr 1995 nach vielen Reformüberlegungen zu einem Ministerialratsentwurf durchringen. Dabei ging es primär um Konsequenzen aus der Judikaturwende<sup>1</sup> die volle Konkurrenz zwischen Schadenersatz und Gewährleistung betreffend zu ziehen. Allerdings kam es zu massiven Widerständen der Unternehmer und Verbraucher aufgrund verschiedener Interessenslagen, weshalb die Diskussionen bezüglich der Reform des Gewährleistungsrechts im Keim erstickt wurden.

Der österreichische Gesetzgeber musste jedoch aufgrund des Richtlinienerlasses 1999/44/EG, zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter aktiv werden und das bislang bestehende Gewährleistungsrecht modifizieren. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie verpflichtete damit die Mitgliedstaaten, einen zentralen Bereich des nationalen Kaufrechts, das Gewährleistungsrecht, den europäischen Vorgaben entsprechend anzupassen und europaweit zu harmonisieren. In Folge dessen kam es in beinahe allen Mitgliedstaaten zu großen Veränderungen des nationalen Zivilrechtes. So auch in Österreich, wo im Zuge der Umsetzungsverpflichtung ältere Reformüberlegungen, die auch schon im MEntw 1995<sup>2</sup> enthalten waren, aufgegriffen wurden. Jedoch war die Zeit zur Modifizierung des Gewährleistungsrechts sehr begrenzt, da eine Umsetzung der

---

<sup>1</sup> Vgl dazu das Urteil des verstärkten Senats des OGH vom 7.3.1990, 1 Ob 536/90.

<sup>2</sup> Vgl dazu die Erläuterungen des österreichischen Ministerialentwurfes zur Gewährleistungsreform und Konsumentenschutz-Novelle vom Juli 1995, abgedruckt in *Welser/Jud*, Reform 207.

Richtlinie nach Art 11 Abs 1 bis zum 1.1.2002 erfolgen musste. Folglich stellte man sich die Frage, wie die schon bestehenden Reformüberlegungen in die Richtlinie eingebunden werden könnten und in welchem Ausmaß eine Umsetzung dieser Richtlinie erfolgen sollte. Es wurden daraufhin drei verschiedene Möglichkeiten genannt, um die Richtlinienkonformität des österreichischen Gewährleistungsrechts garantieren zu können: Zum einen bestand die Möglichkeit zu einzelnen Gesetzesänderungen, zu denen der österreichische Gesetzgeber nach der RL verpflichtet wurde, durchzuführen. Dabei wäre eine Umsetzung im österreichischen Konsumentenschutzgesetz (im Folgenden „KSchG“) denkbar gewesen. Als zweite Option wurde eine Modernisierung des Gewährleistungsrechts und somit die Umsetzung der jahrelangen Reformideen in Österreich in Betracht gezogen. Im Mittelpunkt stand dabei die Frage, ob es neben der durch die Richtlinie verlangten Verbraucherschutzbestimmungen ein davon abweichendes allgemeines Gewährleistungsrecht geben sollte oder ob ein neues einheitliches Gewährleistungsrecht konzipiert werden soll, welches dabei auch die Anforderungen der RL erfüllt. Als letzte Möglichkeit sah man die Option, das Schuldrecht als Ganzes zu reformieren, wie dies auch in Deutschland durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geschah.<sup>3</sup>

Der österreichische Gesetzgeber hat sich schließlich für die zweite Option, eine völlige Modernisierung des allgemeinen Gewährleistungsrechts, entschieden. Somit wurden nicht nur Bestimmungen, die lediglich den Forderungen der RL entsprechen, geschaffen, sondern man hat die Reformentwicklung der letzten Jahre weiter geführt und in einem neuen allgemeinen Gewährleistungsrecht umgesetzt. Im Mittelpunkt stand dabei die Vereinheitlichung der österreichischen Gewährleistungsbestimmungen, weshalb das allgemeine Gewährleistungsrecht des ABGB, das Verbraucherschutzrecht des KSchG und auch das Werkvertragsrecht einheitliche Bestimmungen erhalten sollten.<sup>4</sup> Folglich wurden die wichtigsten und grundlegendsten Bestimmungen der Richtlinie im ABGB aufgenommen, um einer weiteren Zersplitterung der

---

<sup>3</sup> *Boerner*, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, 2264 ff; *Canaris*, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329 ff; *derselbe*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 ff; *Däubler*, Neues Schuldrecht - ein erster Überblick, NJW 2001, 3729 ff; *Dauner-Lieb*, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung - Durchbruch oder Schnellschuss?, JZ 2001, 8 ff; *Ernst*, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, ZRP 2001, 1 ff; *Schmidt-Räntsch*, ZIP 2000, 1639 ff; *Schulze/Schulte-Nölke* in *Schulze/Schulte-Nölke* 1 ff uvm.

<sup>4</sup> *Welser/Jud*, Reform 34f.

Bestimmungen entgegenzusteuern. Spezielle, den Verbraucher besonders schützende, Regelungen wurden im KSchG umgesetzt, um somit das hohe Verbraucherschutzniveau, welches die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgab, zu erreichen.

Darüber hinaus konnte die schon bekannte österreichische Terminologie im Gewährleistungsrecht beibehalten werden, was zu einer erheblichen Rechtssicherheit beigetragen hat. Der Begriff des Mangels konnte demnach weiterhin verwendet werden, weshalb der für das österreichische Recht relativ fremde Begriff der Vertragswidrigkeit aus der Richtlinie nicht übernommen wurde.<sup>5</sup>

Das Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz (im Folgenden „GewRÄG“) trat mit 1.1.2002 in Kraft und ist auf nach diesem Zeitpunkt geschlossene Verträge anzuwenden. Somit wurde die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nach Art 11 Abs 1 zeitgerecht in Österreich umgesetzt, weshalb es zu keiner Staatshaftungsproblematik kam.

---

<sup>5</sup> Welser/Jud, aaO.



## 2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Gewährleistungsbestimmungen nach dem GewRÄG geht zum Teil weit über jenen der Richtlinie hinaus.<sup>6</sup> Jedoch ist dies aus Sicht der Richtlinienkonformität nicht problematisch, da es den Mitgliedstaaten freisteht, wie weit diese ihr Privatrecht angleichen. Für den überschneidenden Bereich muss jedoch eine richtlinienkonforme Interpretation der nationalen Bestimmungen angestrebt werden.<sup>7</sup> Auf die Einführung eines speziellen Verbrauchsgüterbegriffes wurde verzichtet, da das Gewährleistungsrecht als Ganzes modernisiert wurde und so ein Bruch mit den bereits bestehenden Definitionen verhindert werden konnte.

### 2.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Im Vergleich zur Richtlinie und deren Anwendungsbereich nach Art 1 sind die Gewährleistungsbehelfe des GewRÄG allgemein auf den Erwerb von Sachen iSd § 285 ABGB<sup>8</sup> anzuwenden, weshalb nicht nur der Erwerb beweglicher sondern auch unbeweglicher Güter einbezogen wird.<sup>9</sup> Die Richtlinie bezieht sich im Gegensatz dazu im Speziellen auf Verbrauchsgüter, die nach Art 1 Abs 2 lit b definiert sind. Diese sind bewegliche körperliche Gegenstände mit Ausnahme von Gütern, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Wasser und Gas, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind, und Strom. Der österreichische Gesetzgeber sah bewusst davon ab, diese Ausnahmen in das Gewährleistungsrecht zu übernehmen<sup>10</sup>, weshalb der Anwendungsbereich der Gewährleistungsbestimmungen nach dem GewRÄG grundsätzlich weiter gefasst ist als jener der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Zudem ist das Gewährleistungsrecht nach dem GewRÄG gleichermaßen für körperliche als auch unkörperliche Sachen anzuwenden, weshalb der Kauf von Häusern, Software

---

<sup>6</sup> Dabei wird auch der Begriff der „überschießenden Umsetzung“ verwendet, *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001), 31 FN 41.

<sup>7</sup> Zur Mindestharmonisierung siehe oben unter Punkt 10 (I).

<sup>8</sup> Paragraphenangaben ohne Bezeichnung des Gesetzes sind im folgenden Abschnitt jene des ABGB.

<sup>9</sup> Allerdings befinden sich im KSchG spezielle Vorschriften die lediglich auf den Kauf oder der Herstellung von beweglichen Sachen zugeschnitten sind, so § 13a Abs 1 Z4 und auch § 28a Abs 1 KSchG.

<sup>10</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 11.



sowie Forderungen unter den Anwendungsbereich der Gewährleistungsbestimmungen fallen.<sup>11</sup>

Nach Art 1 Abs 3 der RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass unter Verbrauchsgüter keine gebrauchten Güter zu verstehen sind, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, bei der die Verbraucher die Möglichkeit haben, dem Verkauf persönlich beizuwohnen. Auch dieser spezielle Ausschlussbestand wurde nicht in das österreichische Gewährleistungsrecht übernommen.<sup>12</sup>

Nach § 922 fallen nur entgeltliche Rechtsgeschäfte unter den Anwendungsbereich der Gewährleistung, weshalb der Übernehmer bei Schenkungen nicht auf die Gewährleistungsbehelfe zurückgreifen kann.<sup>13</sup> Es ist somit an Kauf-, Tausch- und Werkverträge zu denken. Allerdings sind auch alle anderen gegenseitigen Verträge vom Anwendungsbereich eingeschlossen, sofern diese keinen speziellen Gewährleistungsvorschriften unterliegen.<sup>14</sup>

Darüber hinaus fallen nach der Richtlinie nicht nur Kaufverträge unter den Anwendungsbereich, denn nach Art 1 Abs 4 sind auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge iSd Richtlinie anzusehen.<sup>15</sup> Der österreichische Gesetzgeber hat deshalb die Gunst der Stunde genutzt und so zur Vereinheitlichung und Vereinfachung des Gewährleistungsrechts beigetragen, indem er das Sondergewährleistungsrecht für Werkverträge beseitigt hat.

---

<sup>11</sup> *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 33.

<sup>12</sup> Nach § 189 Abs 2 u. § 278 Abs 3 letzter Satz der österreichischen Exekutionsordnung hat der Ersteher einer gerichtlichen Versteigerung allgemein kein Recht auf Gewährleistung, da dies nach der RV 422 BlgNR 21. GP 11 nicht den Käufererwartungen entsprechen würde. Somit hat der österreichische Gesetzgeber die mögliche Einschränkung des Anwendungsbereiches von der Richtlinie übernommen, wonach Güter, die aufgrund von Zwangsvollstreckungen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, keine Verbrauchsgüter darstellen, *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 33.

<sup>13</sup> So nach § 917 ABGB. Dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 64: „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“.

<sup>14</sup> Ausgeschlossen sind nach der Judikatur des OGH die allgemeinen Gewährleistungsbehelfe jedoch bei Auftragsverträgen, bei denen kein Erfolg geschuldet wird, vgl die E OGH 18.12.1996, 6 Ob 2299/96y zur Vertretungstätigkeit durch einen Rechtsanwalt. Daran änderte sich auch nichts durch die Novellierung des Gewährleistungsrechts. So auch die hA, vgl dazu *Strasser* in *Rummel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ABGB Band I<sup>3</sup> (2007) § 1004 Rz 6 und § 1009 Rz 9a; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 922f Rz 2. Spezielle Sonderbestimmungen gibt es auch bei den Bestandverträgen nach den §§ 1096ff sowie beim Reisevertragsrecht nach §§ 31b ff KSchG, dazu ausführlich *Apathy*, Reisevertragsrecht und Gewährleistungsreform, JBl 2001, 477; ferner *B. Jud.*, Neuregelung der Beweislast in § 1298 ABGB - eine „halbe Lösung“?, *ecolex* 2001, 430ff.

<sup>15</sup> Dazu oben mehr unter Punkt 2.2 (I).

In Folge dessen werden auch solche Verträge von dem GewRÄG erfasst, die auf die Verfertigung<sup>16</sup> einer beweglichen körperlichen Sache gerichtet sind, unabhängig davon, ob diese nach dem österreichischen Recht als Kauf- oder Werkverträge anzusehen sind. Folglich kommt es, wie auch in der Richtlinie ausgeführt,<sup>17</sup> nicht darauf an, welche Vertragspartei den Stoff bereitgestellt hat und ob die Sache nach besonderen Bedürfnissen des Werkbestellers gefertigt wurde. Eine unterschiedliche Handhabung für einzelne Arten von Werkverträgen wäre aus Sicht der Vereinheitlichung und Vereinfachung der Gewährleistungsbestimmungen nicht zielführend gewesen.<sup>18</sup> Somit wurde § 1167, der bislang noch die speziellen Gewährleistungsvorschriften für Werkverträge enthielt, durch das GewRÄG zur bloßen Verweisungsnorm, welche auf eine Anwendung der §§ 922 - 933b verweist. Die Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts von Kauf- und Werkverträgen brachte zudem mit sich, dass nun auch einheitliche Begriffe verwendet werden, die nicht nur mit einem Vertragstyp assoziiert werden, weshalb in den §§ 922ff auch vom Übergeber und Übernehmer und nicht nur vom Verkäufer und Käufer gesprochen wird.<sup>19</sup>

Durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie im GewRÄG ergab sich keine Änderung hinsichtlich der Unterscheidung zur Nichterfüllung bzw zum Leistungsverzug gemäß §§ 918ff, dem Unmöglichwerden der Leistung nach den §§ 920f und der Gewährleistung. Folglich kommen vor Ablieferung der Sache stets die Verzugs- bzw Unmöglichkeitsregeln, erst mit Ablieferung die Gewährleistungsregeln nach den §§ 922ff zur Anwendung.<sup>20</sup> Eine volle Konkurrenz zwischen den Vorschriften zur Nichterfüllung und denen der Schlechterfüllung wird demnach weiterhin verneint, weshalb eine wahlweise Geltendmachung des Käufers auch zukünftig unzulässig sein wird.

Als besonderes Problem ist hier die Lieferung eines Aliuds bzw die Anderslieferung hervorzuheben. Der Schuldner leistet hier nicht schlecht, sondern er liefert überhaupt eine andere Sache als vertraglich vereinbart. Bislang wurde die Anderslieferung im österreichischen Recht als Nichterfüllung angesehen, auch sieht Art 2 Abs 1 der RL vor,

---

<sup>16</sup> § 1166 ABGB.

<sup>17</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 2.2 (I).

<sup>18</sup> *Welser/Jud*, Reform 35f; sowie *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung (2001) § 932 Rz 5ff.

<sup>19</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung Vorbemerkungen Rz 22.

<sup>20</sup> So auch die E OGH 20.9.2000, 3 Ob 328/99b, *ecolex* 2001, 374.

dass allgemein der Verkäufer dazu verpflichtet ist, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern. Wie schon zuvor bei der Untersuchung zur Richtlinie erwähnt, lehnt sich die Richtlinie bei ihrem sehr weit gefassten Begriff der Vertragsmäßigkeit stark an Art 35 des UN-Kaufrechts an, weshalb man davon ausgehen kann, dass die Richtlinie auch die Anderslieferung als Vertragswidrigkeit iSd Art 2 Abs 1 anerkennt.<sup>21</sup> Nach dem ABGB ist der wesentliche Unterschied zwischen den Nichterfüllungs- und den Gewährleistungsregeln die unterschiedliche Länge der Fristen. Denn nach § 933 unterliegen die Gewährleistungsbehelfe einer Frist von einem bis zu drei Jahren, je nach Art des Gutes. Im Vergleich dazu kann bei der Aliudlieferung der Erfüllungsanspruch grundsätzlich 30 Jahre lang geltend gemacht werden. Aufgrund der Mindestschutzklausel des Art 8 der RL bestand in Österreich deshalb kein Umsetzungsbedarf hinsichtlich der Aliudlieferung. Somit unterliegt die Anderslieferung auch nach dem GewRÄG weiterhin den Regeln der Nichterfüllung, womit der Übergeber weiterhin so behandelt wird, als hätte er gar nicht bzw nur teilweise geleistet, weshalb der Übernehmer entweder fortwährend auf Erfüllung des Vertrages bestehen kann oder unter Setzung einer angemessenen Frist den Vertrag auflösen kann.<sup>22</sup> Derjenige, der sich auf die Aliudlieferung beruft, muss jedoch die Abweichung von der vertraglichen Leistung beweisen.

## 2.2 Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich wird in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch die verwendeten Definitionen des Verbrauchers und des gewerblichen Verkäufers abgegrenzt. Es sollen nur Verträge zwischen diesen beiden Personen einbezogen werden, weshalb Kaufverträge zwischen Gewerbetreibenden ebenso wenig unter den Anwendungsbereich fallen wie Verträge zwischen zwei Verbrauchern.

Das GewRÄG wurde nicht nur für Verbraucher erlassen, sondern bezieht jeden Käufer mit ein.<sup>23</sup> Allerdings können die Gewährleistungsbehelfe bei Kaufverträgen zwischen Gewerbetreibenden aber auch zwischen Privatpersonen ausgeschlossen werden, weshalb die Bestimmungen einzig und allein bei Verbrauchergeschäften nach § 9 KSchG zwingend sind, um so dem unabdingbaren Charakter der Verbraucherrechte aus

---

<sup>21</sup> Siehe dazu ausführlich oben unter Punkt 3 (I).

<sup>22</sup> Zu den Nichterfüllungsrechten des Übernehmer insb. zum Schuldnerverzug siehe *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II*<sup>13</sup> (2007) 52ff.

<sup>23</sup> Siehe dazu oben Punkt 1 (III).

der Richtlinie entsprechen zu können.<sup>24</sup> Es handelt sich somit um ein allgemeines Gewährleistungsrecht, das der Vereinheitlichung der Gewährleistungsbestimmungen dienen soll.<sup>25</sup>

Ein Verbrauchergeschäft iSd KSchG liegt nach dessen § 1 Abs 1 leg cit dann vor, wenn sich auf der einen Seite ein Unternehmer und auf der anderen Seite ein Verbraucher gegenüberstehen. Unternehmer ist nach § 1 Abs 1 Z1 KSchG jeder, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Im Gegensatz dazu ist der Verbraucher nach der negativen Definition des § 1 Abs 1 Z2 KSchG jemand, für den das zum Unternehmer Ausgeführte nicht zutrifft. Der Verbraucherbegriff des KSchG ist allerdings weiter gefasst als jener der Richtlinie, denn nach dem KSchG können auch juristische Personen des Privatrechts als Verbraucher Käufe tätigen.<sup>26</sup> Im Vergleich dazu sind juristische Personen durch die Generaldefinition des Art 1 Abs 2 lit a RL ausgeschlossen, denn es werden ausdrücklich nur natürliche Personen als Verbraucher angesehen.<sup>27</sup> Nach § 1 Abs 3 werden zusätzlich noch Gründungs- und Vorbereitungsgeschäfte als Verbrauchergeschäfte gewertet, die im Gegensatz dazu vom Schutz der Richtlinie ausgeschlossen sind.<sup>28</sup> Die von der Richtlinie verwendete Verbraucherdefinition entspricht der in den bereits zahlreich erlassenen Verbraucherschutz-Richtlinien.<sup>29</sup> Eine Änderung des geltenden Verbraucherbegriffes im KSchG wurde auf Grundlage dieser nicht vollzogen, weshalb auch in diesem Fall die Definition weiterhin auch aufgrund des höheren Verbraucherschutzniveaus verwendet werden kann.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Siehe dazu unter Punkt 10.3 (I).

<sup>25</sup> RV 422 BlgNr 21. GP 8; ferner *Welser*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2001, 421.

<sup>26</sup> Juristische Personen des öffentlichen Rechts wie Gebietskörperschaften werden nach § 1 Abs 2 KSchG immer als Unternehmer iSd KSchG angesehen.

<sup>27</sup> Bezüglich der Unterschiede zwischen den Verbraucherbegriffen in den EG-Richtlinien und nach dem KSchG siehe *Faber*, *ZEuP* 1998, 854.

<sup>28</sup> *B. Jud*, *ÖJZ* 1997, 442.

<sup>29</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 2.1 (I).

<sup>30</sup> So auch schon *Welser* in *FS Hempel* 325, zum ersten Kommissionsvorschlag. Hinsichtlich der Thematik der Mindestschutzklausel und des zulässigen höheren Verbraucherschutzes hebt *B. Jud*, *ÖJZ* 1997, 442, hervor, dass durch die vermehrte Anzahl an Verbrauchern auf der anderen Seite die Unternehmer und somit auch die Verbraucherverträge vermindert werden, weshalb es zu einem geringeren Schutz kommen könnte.



### 3. Vertragswidrigkeit vs. Mangel

Das durch die Richtlinie geschaffene Konzept der Vertragswidrigkeit steht im Mittelpunkt der europäischen Bestimmung. Danach ist also der Verkäufer verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern.<sup>31</sup> Zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit stellt Art 2 Abs 2 der Richtlinie, wie schon oben erwähnt, eine Vermutungsklausel auf, wonach bei Vorliegen gewisser Tatbestände vermutet wird, dass das Verbrauchsgut vertragskonform geleistet worden ist.<sup>32</sup>

Es wurde lange diskutiert, inwieweit der österreichische Gesetzgeber den bislang bestehenden Mangelbegriff des ABGB verändern muss, um dem Begriff der Vertragsmäßigkeit bzw -widrigkeit der Richtlinie entsprechen zu können. So wie auch die Richtlinie stellte § 922 aF bislang auf die vertragliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ab. Auch die in Art 2 Abs 2 RL genannten Kriterien der Vertragsmäßigkeit entsprechen den bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Sache, weshalb keine Änderung des österreichischen Mangelbegriffes von Nöten war.<sup>33</sup> Lediglich eine neue Formulierung wurde eingeführt, um eine gewisse Klarstellung herbeizuführen.<sup>34</sup> Der Begriff des Mangels wurde allerdings beibehalten, um eine möglichst harmonische Umsetzung der Richtlinie in das österreichische Gewährleistungsrecht zu gewähren.<sup>35</sup> Hinsichtlich des Verbraucherschutzniveaus ergibt sich jedoch keine Einschränkung aufgrund des differenzierten Mangelbegriffes. Sowohl die Richtlinie als auch das ABGB gehen demnach von einem konkreten Fehlerbegriff aus.

#### 3.1 Sachmangel - Rechtsmangel

Die Richtlinie äußert sich nicht explizit - weder in den Vorarbeiten noch in den Erwägungsgründen - hinsichtlich der Frage, ob lediglich Sach- oder auch Rechtsmängel vom Begriff der Vertragsmäßigkeit umfasst werden. Dabei wird der Rechtsmangel, d.h. wenn der Übergeber dem Übernehmer nicht die Rechtsposition verschafft hat, zu

---

<sup>31</sup> Vgl Art 2 Abs 1 RL.

<sup>32</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3 (I).

<sup>33</sup> *Welser/Jud*, Reform 50f.

<sup>34</sup> Dabei handelt es sich um den ersten Satz des § 922 Abs 1, der die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung klarstellt. Dabei handelt es sich jedoch um keine inhaltliche Änderung, vgl auch *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 34.

<sup>35</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung 32.

welcher der Übergeber nach dem Kaufvertrag verpflichtet wäre, an keiner Stelle erwähnt. Auch die Definition der Vertragswidrigkeit in der Richtlinie und die dazu gehörigen Erläuterungen beziehen sich lediglich auf Sachmängel, also Mängel, die einer Sache körperlich anhaften. Schlussendlich kann daher davon ausgegangen werden, dass Rechtsmängel nicht als Vertragswidrigkeit im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.<sup>36</sup>

Im Gegensatz dazu bezieht der österreichische Gesetzgeber auch Rechtsmängel in das Gewährleistungsrecht mit ein. Für die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat dies jedoch keine Folgen, da kein Grund gegen die schon bislang geltende Gleichsetzung von Sach- und Rechtsmängeln nach dem österreichischen Gewährleistungsrecht spricht. Da der Käufer nach dem nationalen Recht durch die Miteinbeziehung von Rechtsmängeln insgeheim besser gestellt ist als in der RL, ist diese Gleichstellung aus Sicht des Mindestschutzcharakters der Richtlinie durchaus legitim. Eine unterschiedliche Behandlung erfährt der Rechtsmangel nur zu Beginn der Gewährleistungsfrist nach § 933 Abs 1 Satz 2.<sup>37</sup>

### 3.2 Kriterien der Vertragsmäßigkeit

Wenn man sich nun die vier durch die Richtlinie geschaffenen gesetzlichen Kriterien, bei deren Vorliegen die Vertragsmäßigkeit der Leistung vermutet wird, vor Augen hält, tauchen diese in § 922 - wenn auch in leicht veränderter Formulierung - wieder auf. Dabei haftet der Übergeber prinzipiell für besonders zugesicherte Eigenschaften, unabhängig davon, ob die Zusage ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte.<sup>38</sup> Die alte Fassung des § 922 beinhaltete dabei noch den Terminus „ausdrücklich“, welcher jedoch zur Klarstellung gestrichen wurde. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass nicht jede Äußerung des Verkäufers über die Sache eine bedungene Eigenschaft darstellt. Vielmehr muss gefragt werden, ob die Vertragsparteien diesen Umstand in die vertragliche Vereinbarung einbeziehen wollten. Im Gegensatz dazu bedürfen gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften keiner besonderen Zusage. Es muss dabei auf die Verkehrsauffassung geblickt werden, um festzustellen, welche Eigenschaft bei einer

---

<sup>36</sup> Vgl oben unter Punkt 3 (I).

<sup>37</sup> Dazu ausführlich unter Punkt 9.1 (III).

<sup>38</sup> So die hA auch schon zum bislang geltenden Recht, vgl dazu *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 922 Rz 5, sowie die Erläuternden Bemerkungen zur RV 422 BlgNR 21. GP 13.

Sache als gewöhnlich vorausgesetzt werden kann.<sup>39</sup> Diese als gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften sind jedoch nur dann maßgebend, wenn es an einer Vereinbarung über die geschuldeten Eigenschaften der Sache fehlt.<sup>40</sup>

Der Übergeber haftet auch dafür, dass die Sache einer Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht. Bislang gab es lediglich im Handelsrecht in Art 8 Nr.17 EVHGB eine ausdrückliche Bestimmung, dass bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert gelten. Allerdings galt diese Bestimmung des Handelsrechts schon bislang unbestritten im bürgerlichen Recht.<sup>41</sup> Somit wird durch das Vorliegen eines Musters bzw einer Probe eine Eigenschaft der Sache konkludent zugesichert, wofür der Übergeber folglich Gewährleistungsrechtlich haftet. Es kam demnach zu keiner Änderung der Rechtslage durch das GewRÄG. Hinsichtlich der Übereinstimmung mit der Beschreibung muss ausgeführt werden, dass eine solche nach dem Wortlaut vom Übergeber oder seinem Stellvertreter zu stammen hat.<sup>42</sup>

Zudem muss die Sache für Zwecke verwendet werden können, die der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gleichkommen. Als vereinbart gelten diese dann, wenn der Verwendungszweck geradezu zum Vertragsinhalt wurde, also die Sache dem Übernehmer zu diesem Zweck angeboten wurde oder dieser aufgrund von Aussagen des Übergebers von diesen Eigenschaften ausgehen durfte.<sup>43</sup> Beim Kauf von gebrauchten Waren müssen Mängel innerhalb gewisser Grenzen hingenommen werden, dabei ist an Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen zu denken. Demnach muss der Käufer übliche Verschleißerscheinungen hinnehmen, auch wenn ihm ein einwandfreier technischer Zustand zugesichert wurde.<sup>44</sup> Die Feststellung eines Mangels richtet sich bei gebrauchten Sachen jedoch genauso nach dem vertraglich Vereinbarten. Folglich sind

---

<sup>39</sup> Beispiele für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften: Die Mitlieferung einer verständlichen Gebrauchs- bzw Bedienungsanleitung bei einem technischen Gerät (OGH 3.5.1994, 1 Ob 555/94, ecolex 1994, 754) sowie das Vorliegen einer unwiderruflichen Baubewilligung beim Kauf eines Hauses (OGH 19.12.1994, 10 Ob 502/94, ecolex 1995, 254); Auch die nötige Verkehrs- oder Betriebssicherheit bei einem Auto (OGH in JBl 1998, 652) ua.

<sup>40</sup> Vgl die E des OGH vom 11.2.1997, 10 Ob 2066/96p.

<sup>41</sup> *Kramer in Straube*, HGB, Art 8 Nr 17 Rz 13ff mwN.

<sup>42</sup> *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 63.

<sup>43</sup> *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 36.

<sup>44</sup> So auch die E des OGH 29.6.1999, 1 Ob 160/99g.



drei der vier gesetzlichen Kriterien bereits in Abs 1 untergebracht, der bis zum GewRÄG kaum verändert in Geltung gestanden ist.

### 3.3 Haftung für öffentliche Äußerungen

Allerdings normiert Art 2 Abs 2 lit d der RL, dass die Vertragsmäßigkeit auch dann vermutet wird, wenn die Sache eine Qualität und Leistungen aufweist, die der Verbraucher aufgrund der über die Sache gemachten öffentlichen Äußerungen vernünftigerweise erwarten kann.<sup>45</sup>

§ 922 Abs 2 wurde aufgrund der Richtlinienbestimmung neu eingeführt, welcher eine Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen normiert: *„Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann.“* Dabei wird davon ausgegangen, dass nur solche öffentlichen Äußerungen über Eigenschaften gewährleistungsrechtlich relevant sind, die von den Vertragsparteien dem Vertrag, auch nur stillschweigend, zugrundegelegt werden.<sup>46</sup> Demnach ist die Haftung für Werbeaussagen und sonstige öffentliche Äußerungen als Anwendungsfall des vertraglich Geschuldeten konzipiert.<sup>47</sup> Dies wird auch durch den Einleitungssatz des Abs 2 *„Ob eine Sache dem Vertrag entspricht...“* klargestellt und entspricht dabei vollends der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.<sup>48</sup> Denn, dass es auch in der Richtlinie auf die vertragliche Zugrundelegung ankommt, bekräftigt zum Teil Art 2 Abs 4, wonach es zu keiner Haftung des Verkäufers für Äußerungen eines Dritten kommt, wenn er die Äußerung nicht kannte oder kennen musste. Würde es lediglich auf die berechtigten Verbrauchererwartungen ankommen, so wäre die Kenntnis oder das Kennenmüssen des

---

<sup>45</sup> Mehr dazu oben unter Punkt 3.1.4 (I).

<sup>46</sup> Vgl dazu auch die E des OGH 3 Ob 24/05h, nachdem ein Zeitungsinserat dem Vertrag zugrundegelegt wurde.

<sup>47</sup> Der maßgebliche Inhalt dieser Regelung liegt aber darin, dass es zu einer Beweislastumkehr kommt, nach der bei Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen, der Übergeber beweisen muss, dass der Inhalt der öffentlichen Äußerung nicht Vertragsteil geworden ist, vgl dazu die EB zur RV 422 BlgNr 21. GP 13.

<sup>48</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung 35. *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 5f, hingegen geht davon aus, dass die Richtlinie lediglich eine Vermutung der Mangelfreiheit durch die Haftung an Werbeaussagen aufstelle, weshalb eine solche dann entfällt, wenn das Verbrauchsgut nicht den in der Werbung gemachten Äußerungen entspricht. Jedoch geht auch *Kletečka*, aaO, von keinem Verstoß gegen die Umsetzungsverpflichtung aus, da die vom österreichischen Gesetzgeber verwendete Formulierung dem Übernehmer nicht zum Nachteil gereicht.

Verkäufers als unbedeutend anzusehen, weil diese Erwartungen unabhängig davon bestehen.<sup>49</sup>

Als öffentliche Äußerung wird die Werbung durch Abs 2 besonders hervorgehoben. Dabei wird sie wie in der Richtlinie nicht näher definiert, weshalb auch hier auf die Irreführungs-Richtlinie<sup>50</sup> verwiesen werden kann. Zudem können die der Sache beigefügten Angaben nach Abs 2 als öffentliche Äußerung deklariert werden. Im Vergleich dazu spricht die Richtlinie in Art 2 Abs 2 lit d lediglich von Etikettierung, also die Produktinformation auf dem Etikett einer Sache. Nach § 922 Abs 2 kann aber auch an Informationen auf der Verpackung sowie in Katalogen zu denken sein.<sup>51</sup> Die in Abs 2 gemachte Aufzählung von öffentlichen Äußerungen kann keineswegs als taxativ angesehen werden, weshalb auch Produktbeschreibungen, Gebrauchsanweisungen usw. als öffentliche Äußerungen bezeichnet werden und somit zu einer etwaigen Haftung des Veräußerers führen können.

Jedoch kann nicht jede öffentliche Äußerung des Veräußerers oder des Herstellers gewährleistungsrechtlich relevant sein. Dies sind nur solche, die über konkrete Eigenschaften der Sache getroffen wurden, wohingegen allgemein gehaltene Werbeaussagen keine Haftung begründen.<sup>52</sup>

Den Äußerungen des Herstellers gleichgestellt sind nach § 922 Abs 2 auch solche des Importeurs für den Europäischen Wirtschaftsraum und jeder anderen Person, die sich dadurch, dass sie ihren Namen, ihre Marke oder ein anderes Kennzeichen an den Verbrauchsgütern anbringt, als Hersteller bezeichnet. Dabei übernimmt § 922 Abs 2 die Definition des Herstellers aus Art 1 Abs 2 lit d der RL. Hersteller sind also die Produzenten, die Importeure für das Gebiet des EWR und die *Quasi-Hersteller*. Im GewRÄG 2002 nicht übernommen wurde die Haftung für Aussagen eines Vertreters des Herstellers. Eine solche kann aber schon durch allgemeine Grundsätze gelöst

---

<sup>49</sup> Zu dieser Problematik siehe oben unter Punkt 3.1.4 (I).

<sup>50</sup> Richtlinie 84/450/EWG, ABi L 250 v. 19.9.1984, geändert durch die Richtlinie 97/55/EG, ABi L 290 v. 23.10.1997.

<sup>51</sup> Darunter können auch Montageanleitungen und Gebrauchsanweisungen subsumiert werden, idS *Augenhofer*, JBI 2001, 84.

<sup>52</sup> Das Paradebeispiel ist dafür „schmeichelweich“ für einen Weichspüler. Genauso wenig sind marktschreierische oder nicht ernst gemeinte Äußerungen gewährleistungsrechtlich nicht relevant, *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 4. Dabei kommt es aber stets auf die Erwartungen eines verständigen Erwerbers an.

werden, denn wer sich bei seiner Tätigkeit an Personen bedient, soll auch für deren Aussagen und Äußerungen einstehen müssen.<sup>53</sup> Andererseits sollen Äußerungen unbeteiligter Dritter nicht zur Haftung des Übergebers führen.<sup>54</sup>

Eine Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen ist aber iSd RL ausgeschlossen, wenn er die Äußerungen weder kannte noch kennen konnte<sup>55</sup>, wenn sie beim Abschluss des Vertrages berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss<sup>56</sup> nicht beeinflusst haben konnten. Dabei übernimmt § 922 Abs 2 letzter Satz die Ausnahmebestimmungen der Richtlinie mit kleinen Abweichungen. Der Beweis dafür, dass eine dieser Ausnahmebestimmungen vorliegt, obliegt dabei nach den allgemeinen Beweislastregeln dem Übergeber.

Unverändert wurde § 923 belassen, der eine Reihe von Gewährleistungsfällen aufzählt. Obwohl die zentralen Punkte zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit bereits in § 922 geregelt werden, soll eine Beibehaltung des § 923 der Rechtskontinuität dienen, weshalb auch in Zukunft auf die entsprechende Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung 35; aA *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 13, der dies nicht aus allgemeinen Prinzipien ableitet, sondern sowohl aus richtlinienkonformer als auch historischer Interpretation.

<sup>54</sup> RV BlgNR 21. GP 14, so zB Testberichte in Zeitschriften einer Konsumentenschutzorganisation. Wenn der Übergeber allerdings auf solche Berichte verweist, ist eine Haftung nicht auszuschließen.

<sup>55</sup> Nach *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 15, muss dem Übergeber die Kenntniserlangung zumutbar sein und verweist dabei auf die Richtlinie und deren Formulierung „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein“.

<sup>56</sup> Im Gegensatz dazu stellt die Richtlinie auf die Beeinflussung der Kaufentscheidung ab, was aber nach *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 22, zu keinem Unterschied führt, da entscheidend bleibt, ob etwas zum Vertragsinhalt wurde oder nicht.

<sup>57</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 923 Rz 2.

## 4. Vermutung der Mangelhaftigkeit

Unter dem Titel „Vermutung der Mangelhaftigkeit“ präsentiert sich der durch das GewRÄG neu eingeführte § 924. Darin bildet Satz 1 eine fundamentale Basis des Gewährleistungsrechts, nämlich den wesentlichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Mangelhaftigkeit: „*Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind.*“ Demnach ist die Übergabe der maßgebende Zeitpunkt zur Feststellung einer Mangelhaftigkeit.<sup>58</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass der Verkäufer auf der anderen Seite nicht für Mängel haftet, die während des Gebrauches auftauchen und noch nicht bei der Übergabe der Sache an den Verbraucher vorhanden waren. Diese Bestimmung entspricht sowohl der Richtlinie<sup>59</sup>, obwohl diese in Art 3 Abs 1 auf den Zeitpunkt der Lieferung abstellt, als auch der alten Fassung des österreichischen Gewährleistungsrechts. Schon ein latentes Vorhandensein des Mangels bei Übergabe genügt nach hA, um Gewährleistungsbehelfe auszulösen.<sup>60</sup>

Ein mögliches Problem kann sich dann ergeben, wenn der Übergang der Preisgefahr nicht mit der Übergabe des Produktes an den Verbraucher zusammenfällt, zB im Falle eines Annahmeverzuges des Käufers. Wie schon zur Richtlinie näher ausgeführt<sup>61</sup>, enthält diese keine genaueren Angaben bezüglich des Zeitpunktes der Lieferung. Nach dem Erwägungsgrund 14 der Richtlinie sollen jedoch die Mitgliedstaaten nicht zu einer Veränderung ihrer Vorschriften über den Gefahrenübergang verpflichtet werden, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass in Fällen des Auseinanderfallens des Überganges der Preisgefahr mit der Übergabe der Gefahrenübergang nach österreichischem Recht maßgeblich ist.<sup>62</sup> Eine Änderung des österreichischen Rechts war diesbezüglich also nicht erforderlich.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> Schon bislang war nach hA der Zeitpunkt der Ablieferung der Sache maßgeblich, *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup> 61f. Das GewRÄG hat nun diese Grundsätze übernommen, RV 422 BlgNR 21. GP 14.

<sup>59</sup> *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 42.

<sup>60</sup> *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB § 924 Rz 1. So auch der OGH in seinen E OGH 7.3.1990, 1 Ob 509/90 = *ecolex* 1990, 543; sowie OGH 24.10.2000, 1 Ob 140/00w; sowie 3 Ob 295/05m.

<sup>61</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3.3 (I).

<sup>62</sup> *Welser/Jud*, Reform 74.

<sup>63</sup> Allerdings muss festgehalten werden, dass § 924 Satz 1 im Allgemeinen dispositiver Natur ist, weshalb der für eine Mangelhaftigkeit der Leistung maßgebliche Zeitpunkt vertraglich verschoben werden kann. Bei Verbrauchergeschäften darf es zu keiner Schlechterstellung des Verbrauchers kommen, weshalb eine Vorverlegung des maßgeblichen Zeitpunkts unzulässig sein wird, *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 84. Zu Problemen dürfte es im Speziellen bei Versendungskäufen

Eine Neuerung für das österreichische Gewährleistungsrecht stellt aber Satz 2 des § 924 dar, welcher eine durch die Richtlinie geschaffene Vermutungsregel normiert. Demnach wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mangel bei Übergabe vorhanden war, wenn dieser innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe auftritt.<sup>64</sup> Diese Beweislastumkehr basiert auf der Überlegung, dass in den meisten Fällen ein kurz nach der Übergabe auftretender Mangel bereits im Zeitpunkt der Ablieferung vorhanden war. Zudem verfügt der Übergeber im Normalfall über den nötigen Sachverstand, weshalb diesem der Beweis eher zugemutet werden kann als dem Verbraucher.<sup>65</sup> Gerade bei technisch komplexen Sachen stellt es sich für einen Verbraucher praktisch als unmöglich heraus, den Beweis zu erbringen, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war. Da diese Beweggründe der Vermutungsregel nicht nur bei Verbrauchergeschäften zutreffen<sup>66</sup>, sondern auch bei Geschäften sowohl zwischen Privaten als auch zwischen Gewerbetreibenden, entschied man sich, diese Vermutungsregel in das allgemeine Gewährleistungsrecht im ABGB aufzunehmen<sup>67</sup>, weshalb die Regel grundsätzlich auf alle Verträge anzuwenden ist, somit nach § 1167 auch auf Werkverträge.<sup>68</sup>

Aus dem Gebot der richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts ergibt sich auch, dass die Vermutungsregel auch dann anzuwenden ist, wenn ein Mangel erst nach Ablauf von sechs Monaten geltend gemacht wird, allerdings bewiesen werden kann, dass dieser schon innerhalb dieser Vermutungsfrist von sechs Monaten

---

kommen, da der Verkäufer mit einer vertragsgemäßen Leistung im Zeitpunkt der Übergabe an das Transportunternehmen argumentieren kann. Aus Verbraucherschutzsicht muss der Unternehmer auch dann haften, wenn er zwar vertragskonform an den Spediteur geleistet hat, allerdings die Leistung bis zur Übergabe an den Verbraucher vertragswidrig geworden ist. Für das deutsche Recht stellt dies § 474 Abs 2 BGB klar, der die allgemeine Regel des Gefahrenübergangs in § 447 BGB bei Versandungskäufen für Verbraucherkäufe explizit ausschließt.

<sup>64</sup> Dabei ist genauso auf die tatsächliche körperliche Übergabe abzustellen, auch bei Liegenschaften, *Welser/Jud*, Gewährleistung § 924 Rz 5. *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 922 Rz 15, hingegen ist der Ansicht auf den Gefahrenübergang abstellen zu müssen, da dieser Zeitpunkt auch der nach dem Gesetz maßgebliche ist. IdS auch *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 94f, der diese Auffassung auch für den Anwendungsbereich der Richtlinie vertritt.

<sup>65</sup> Siehe ausführlich zu den Erwägungsgründen oben unter Punkt 3.4 (I).

<sup>66</sup> Die RV 422 B1gNR 21. GP 14 erwähnt dabei auch Unternehmer, die einen Kauf außerhalb ihres eigenen Tätigkeitsbereiches vornehmen.

<sup>67</sup> Zustimmend auch *Augenhöfer*, Die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übergabe in der OGH-Rechtsprechung, JBl 2007, 769.

<sup>68</sup> In der Lehre strittig ist dagegen die Frage, ob die Vermutungsregel auch auf Mietverträge anzuwenden ist. *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 95, geht dabei grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 924 auf Bestandverträge aus. AA *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 924 Rz 9, der auf die Irrelevanz des Vorliegens eines Mangels im Zeitpunkt der Übergabe bei Bestandverträgen hinweist, jedoch bei Leasingverträgen eine Anwendbarkeit des § 924 für durchaus möglich hält.

aufgetreten ist. Art 5 Abs 3 RL spricht nämlich vom Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit und nicht von deren Geltendmachung.<sup>69</sup> In diesen Fällen trifft den Übernehmer die Beweislast für das Sichtbarwerden des Mangels innerhalb der Sechsmonatsfrist.<sup>70</sup>

Lediglich der Beweis, dass der Mangel schon bei Übergabe vorhanden war, wird dem Übergeber aufgrund dieser Beweislastumkehr aufgebürdet. Demnach hat der Konsument jedenfalls zu beweisen, dass überhaupt ein Mangel beim gekauften Produkt vorliegt.<sup>71</sup> Zudem muss beachtet werden, dass die Vermutungsregel nach § 924 Satz 2 außerhalb von Verbrauchergeschäften ebenfalls dispositiver Natur ist, weshalb sie vertraglich ausgeschlossen bzw eingeschränkt werden kann.

Nach § 924 letzter Satz ist die Vermutungsregel dann ausgeschlossen, wenn die Vermutung mit der Art der Sache oder Art des Mangels unvereinbar ist. Wie schon zur Richtlinie näher ausgeführt<sup>72</sup>, soll dabei insbesondere an Gebrauchs- oder Abnutzungserscheinungen gedacht werden.<sup>73</sup> Ebenso muss von einem Ausschluss der Vermutungsregel bei jenen Fällen ausgegangen werden, bei denen das Produkt Spuren einer offenkundigen Fehlbehandlung aufweist.<sup>74</sup> Die Vermutungsregel kann auch bei gebrauchten Gütern zur Anwendung kommen, jedoch ist zu beachten, dass die Vermutung gerade bei minderwertigen bzw kurzlebigen Waren mit der Art der Sache zB unvereinbar sein kann.<sup>75</sup> Es obliegt jedoch dem Verkäufer, die Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder Art des Mangels zu beweisen. Gerade dieser

---

<sup>69</sup> B. Jud, ÖJZ 1997, 444; sowie Welser/Jud, Reform 77.

<sup>70</sup> P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 924 Rz 3; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 78; Faber, Handbuch Gewährleistungsrecht 94; Welser/Jud, Gewährleistung § 924 Rz 8.

<sup>71</sup> VP. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 924 Rz 3; sowie Faber, Handbuch Gewährleistungsrecht 94; Welser/Jud, Gewährleistung § 924 Rz 8.

<sup>72</sup> Siehe oben unter Punkt 3.4 (I).

<sup>73</sup> Die EB zur RV 422 B1gNR 21. GP 15, nennen als Beispiel die Verkalkung eines Bügeleisens und die Abnutzung von Bremsbelägen.

<sup>74</sup> Kolmasch, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 43. P. Bydlinski, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBl 2005, 682, sieht diesen Ausschluss ein bisschen problematischer. Dabei hebt dieser hervor, dass der Erwerber vielleicht gerade aufgrund des Mangels alles Mögliche versucht hat, um das Gerät doch in Gang zu setzen, weshalb sich P. Bydlinski, aaO, für eine Beibehaltung der Vermutung ausspricht, wenn ein Sachverständiger nicht klären kann, ob die Negativeigenschaft Folge der Fehlbehandlung war.

<sup>75</sup> P. Bydlinski, JBl 2005, 682, stellt dabei auf den konkreten Hervorkommenszeitpunkt ab, welchen der Übernehmer zu beweisen hat, weshalb bei einer üblichen Haltbarkeit von 7-14 Tagen die Vermutung bei Hervorkommen nach 10 Tagen mit der Sache und Mangel vereinbar wäre.

Ausnahmetatbestand der Unvereinbarkeit ist nicht nur sehr auslegungsbedürftig<sup>76</sup>, sondern wurde in letzter Zeit hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vermutung insbesondere mit gebrauchten Gütern, Tieren und mit leicht verderblichen Gütern, im Speziellen mit Lebensmitteln, in der Literatur zahlreich diskutiert.<sup>77</sup>

Bezüglich gebrauchter Güter ist nach der österreichischen Literatur, wie auch nach der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>78</sup>, anerkannt, dass nicht generell von einer Unvereinbarkeit der Vermutung mit gebrauchten Gütern ausgegangen werden kann.<sup>79</sup> Bezüglich des Gebrauchtwagenhandels führt die RV<sup>80</sup> aus, dass „bei einem Fahrzeug älteren Baujahrs mit einem hohen Kilometerstand innerhalb eines halben Jahres auftretende Mängel nicht generell auf den Zeitpunkt der Übergabe bezogen werden; das heißt aber nicht, dass die Beweislastumkehr im Gebrauchtwagenhandel allgemein nicht gilt.“<sup>81</sup>

Auch der OGH hat in seiner Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Vermutungsregel bei gebrauchten Waren auf diesen Satz verwiesen. Dabei ging es bei der E OGH 16.2.2006, 6 Ob 272/05a um einen acht Jahre alten, gebrauchten Traktor, der einen Getriebeschaden hatte. Der OGH prüfte die Anwendbarkeit des § 924 Satz 2 und erwähnte den vorhin genannten Satz um danach für den konkreten Fall auszuführen, dass es zu keiner besonders intensiven Nutzung kam und auch kein bei einem älteren Fahrzeug zu erwartender Abnutzungsschaden vorliege. Zudem wurde ausgeführt, dass sich der Getriebeschaden schon bei der ersten Benützung nach Übergabe angedeutet habe, weshalb der OGH die Anwendung des § 924 Satz 2 in diesem Fall bejahte. Die bedeutendste Frage bleibt aber noch immer, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, denn Eigenschaften die bei neuen Produkten bereits einen Mangel darstellen, können bei

---

<sup>76</sup> P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 924 Rz 4.

<sup>77</sup> Hinsichtlich der verderblichen Sachen geht P. Bydlinski, JBI 2005, 682f, korrekterweise nicht generell von einer Unvereinbarkeit der Vermutung aus, weil bei gegenteiliger Ansicht ansonsten die Vermutung generell bei Sachen unanwendbar wäre, die eine geringere durchschnittliche Haltbarkeit als sechs Monate aufweisen, was der ratio der Vermutung nicht entsprechen würde.

<sup>78</sup> *Augenhofer*, Beweislastumkehr und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung, ZGS 2004, 387 mwN.

<sup>79</sup> P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 924 Rz 5; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 78; *Ofner* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> IV § 924 Rz 9; *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 99; *Welser/Jud*, Gewährleistung § 924 Rz 10; sowie auch schon die Erläuterungen zur RV 422 BlgNR 21. GP 15.

<sup>80</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 15.

<sup>81</sup> Vgl dazu die Ausführungen von *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 924 Rz 7.

gebrauchten Waren noch vertragsgemäß sein.<sup>82</sup> Dieser zum Teil schwierige Beweis obliegt auch nach der Umsetzung der Richtlinie immer noch dem Käufer.<sup>83</sup> Erst danach kann die Anwendbarkeit der Vermutung nach § 924 Satz 2 geprüft werden.

Auch in einer zweiten Entscheidung des OGH<sup>84</sup> hinsichtlich gebrauchter Güter handelte es sich um einen gebrauchten Pkw. Dieser wurde als defekt verkauft und der Käufer hatte folglich in der Werkstätte des Beklagten mehrere Reparaturen vornehmen lassen. Das Auto erlitt drei Tage nach der letzten Reparatur einen totalen Motorschaden, weshalb der Kläger Ansprüche auf Gewährleistung und Schadenersatz aus dem Werkvertrag gegenüber dem Werkstättenbesitzer geltend gemacht hat. Bei der Entscheidung verwies der OGH wieder auf den aus der RV bekannten Satz und verneinte in diesem Fall die Vereinbarkeit der Vermutungsregelung des § 924 Satz 2 mit der Art der Sache.<sup>85</sup>

Auf ein weiteres Problem hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vermutungsregel mit der Art der Sache oder Art des Mangels, nämlich beim Kauf von Tieren, wird im folgenden Punkt an gegebener Stelle näher eingegangen.

#### Exkurs: Gewährleistungsbehelfe beim Tierkauf

Die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen sind grundsätzlich auch bei Tierkäufen anzuwenden. Zwar sind Tiere gemäß § 285a keine Sachen, jedoch werden nach Satz 3 *leg cit* die für Sachen geltenden Vorschriften auch auf Tiere angewendet soweit nichts anderes bestimmt ist.<sup>86</sup> Allerdings normiert das ABGB in den §§ 925 bis 927 Spezialvorschriften für die Gewährleistung bei Tierkäufen, die auch nach dem GewRÄG 2002 unverändert blieben. Welche Tiere den Sondervorschriften unterliegen

---

<sup>82</sup> Vgl dazu auch *Augenhofer*, JBl 2007, 770, welche die Generalität der Aussage der RV kritisiert wonach gebrauchte Güter lediglich solche Sachen sind, die tatsächlich in Gebrauch standen. *Augenhofer*, aaO, weist darauf hin, dass auch bloßer Zeitablauf zu einer erhöhten Fehlerwahrscheinlichkeit führen kann.

<sup>83</sup> Daran kann auch die Reformüberlegung des Grünbuchs der Europäischen Kommission zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, die Vermutungsfrist auf zwei Jahre zu verlängern, nichts ändern. Vgl dazu *Prisching*, Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Verbraucherbesitzstands, *ecolex* 2007, 390ff.

<sup>84</sup> OGH 27.3.2007, 1 Ob 273/06p.

<sup>85</sup> Kritisiert wurde dabei von *B. Jud*, *ecolex* 2007, 514, dass diese Vereinbarkeit nicht hätte geprüft werden müssen, da dem Käufer der Beweis nicht gelungen ist, dass die Reparatur zum Motorschaden führte, also die Kausalität der Reparaturen der Werkstätte des Beklagten.

<sup>86</sup> Deshalb unterliegen auch Tierkäufe zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer den Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf.



und ob unter einem Viehmangel alle erdenklichen Sachmängel eines Tieres oder nur Krankheiten zu subsumierten sind, wird durch das GewRÄG 2002 nicht erläutert bzw geklärt. Im Vergleich dazu enthält die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie keine Sonderbestimmungen für den Tierkauf. Tiere sind iSd Richtlinie genauso Verbrauchsgüter, nämlich bewegliche körperliche Sachen, weshalb die Gewährleistungsvorschriften auch auf solche Käufe anzuwenden sind.<sup>87</sup>

Unter den Sondervorschriften befindet sich in § 925 eine der Richtlinie bzw § 924 Satz 2 ähnliche Vermutungsregel. Es wird demnach durch Verordnung bestimmt, inwiefern die Vermutung eintritt, dass ein Tier schon vor der Übergabe krank gewesen ist, wenn innerhalb bestimmter Fristen gewisse Krankheiten und Mängel hervorkommen. Die Verordnung über die Vermutungsfristen bei Tiermängeln<sup>88</sup> enthält in ihrer Anlage Vermutungsfristen für die jeweiligen Tierarten bei entsprechenden Krankheiten. Auch soll dabei dem Übernehmer der schwierige Beweis erleichtert werden, dass der Mangel bzw die Krankheit schon bei Übergabe des Tieres vorhanden war. Ähnlich der Vermutungsfrist des § 924 muss jedoch der Übernehmer das Auftreten des Mangels innerhalb der Vermutungsfrist beweisen. Von der Vermutungsfrist kann der Übernehmer nach § 926 allerdings nur dann Gebrauch machen, wenn dieser dem Übergeber sogleich den bemerkten Mangel anzeigt oder erste Maßnahmen zur Beweissicherung unternimmt.<sup>89</sup> Die Folgen der Unterlassung dieser Mängelrügeobliegenheit werden in § 927 normiert, wonach folglich der Übernehmer die Beweislast dafür trägt, dass das Tier schon zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war. Zusätzlich wird in Satz 2 des § 927 darauf hingewiesen, dass ohne Berücksichtigung der Vermutungsfrist der Verkäufer stets den Beweis dafür erbringen kann, dass der Mangel erst nach Übergabe eingetreten ist.

Eine weitere überaus wichtige Frage ist das Verhältnis der beiden Vermutungsregeln zueinander, also der allgemeinen nach § 924 und der für Tierkäufe speziellen des § 925. Da nach der generellen Vorschrift eine Vermutungsfrist von sechs Monaten nach

---

<sup>87</sup> *Serrano in Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002) Art 1 Rz 28; sowie oben unter Punkt 2.2 (I).

<sup>88</sup> BGBl 1972/472.

<sup>89</sup> Die handelsrechtliche Rügepflicht des § 377 UGB ist nach Abs 5 nicht auf Viehmängel, für die eine Vermutungsfrist gemäß § 925 besteht, anzuwenden. Dabei spricht § 377 ausdrücklich von Viehmangel, obwohl § 925 den Begriff des Tieres verwendet. Dies kann als weiteres Beispiel für die ungeklärte Begriffsdefinition des Tieres in den Sondervorschriften angesehen werden.

Übergabe vorgesehen ist, erscheinen im Vergleich dazu die durch Verordnung bestimmten Vermutungsfristen bei Tierkäufen als relativ kurz. Zudem hängt die Vermutung nach § 925 von einer Mängelanzeige des Übernehmers ab. Hinsichtlich der Konkurrenz dieser beiden Vorschriften sind nun drei Lösungswege denkbar: Zum einen könnte aufgrund der Tatsache, dass die längste Vermutungsfrist für Mängel bei Tierkäufen der Verordnung nach 150 Tage beträgt, angenommen werden, dass die §§ 925ff durch den Erlass der generellen Vermutungsregel nach § 924 unanwendbar sind. Allerdings muss dieser Interpretation entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber sich jedoch eindeutig für eine Beibehaltung von Sondervorschriften für den Tierkauf ausgesprochen hat. Diese werden durch § 9 Abs 2 KSchG für Verbrauchergeschäfte ausdrücklich ausgeschlossen, um so den durch die Richtlinie verlangten Verbraucherschutz zu gewähren. Auf der anderen Seite wäre denkbar, die Sondervorschriften der § 925ff als *leges speciales* in Bezug auf § 924 zu sehen, wonach es zu einer Derogation dieser allgemeinen Vorschrift bei Tiermängeln kommen würde. Ein Argument dafür ist auch der Ausschlussstatbestand des § 924, nämlich „mit der Art der Sache unvereinbar“. Allerdings ist dieser Ausschlussstatbestand nicht als allgemein geltend anzusehen, sondern stellt für den Verkäufer lediglich eine Einspruchsgrundlage dar. Es ist jedoch hervorzuheben, dass die Sondervorschriften für Tiermängel nach hA nicht für alle Sachmängel eines Tieres, sondern nur für Krankheiten gelten.<sup>90</sup> Folglich entsteht dieses Konkurrenzproblem der beiden Vermutungsvorschriften nur bei Krankheiten, da bei allen anderen Sachmängeln bei Tierkäufen nur § 924 zur Anwendung kommt. Bei diesen ist jedoch nicht generell von einer Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache auszugehen.<sup>91</sup>

Bezüglich der Vorgangsweise bei Krankheiten ist zu unterscheiden, ob die Krankheit in der Verordnung BGBI 1972/492 angeführt wird oder nicht. Enthält die Verordnung die auftretende Krankheit, so sind die Regeln der §§ 925ff anzuwenden, da sie als *leges speciales* zu § 924 Vorrang genießen.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> P. Bydlinski, Grundfragen der Gewährleistung für Viehmängel, JBl 1982, 228ff; Fischer-Czermak, Zwei Fragen zur Gewährleistungsreform, in FS Krejci (2001) 1169; sowie Krejci, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 150.

<sup>91</sup> Fischer-Czermak, in FS Krejci 1175.

<sup>92</sup> In diesem Sinne auch P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 925 Rz 2; ferner Ofner in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 925 Rz 4; Faber, Handbuch Gewährleistungsrecht 99; Fischer-Czermak, in FS Krejci 1177; sowie Welser/Jud, Gewährleistung §§ 925-927 Rz 8.

Für alle anderen Tierkrankheiten ist an sich die allgemeine Vermutungsfrist von sechs Monaten nach § 924 anzuwenden. Allerdings ist dabei zu beachten, dass richtigerweise die Ratio des § 924 nicht auf Tierkrankheiten zutrifft.<sup>93</sup> Die Beweislastumkehr des § 924 soll ja gerade deshalb gerechtfertigt sein, weil es dem Übergeber in der Regel leichter fällt, die Ursprünglichkeit des Mangels zu beweisen, da er dem Beweis im Allgemeinen näher steht als der Verbraucher.<sup>94</sup> Gerade bei Tierkrankheiten kann davon aber nicht ausgegangen werden, denn die Beweislage ist für beide Vertragsparteien gleich schwierig. Da es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, welche anfälliger für Veränderungen, insbesondere Krankheiten, sind, kann auch selten iSd Überlegung nach § 924 argumentiert werden, dass Mängel die schon kurz nach Übergabe auftreten oft schon bei der Ablieferung vorhanden waren. Bei diesen nicht in der Verordnung aufgenommenen Krankheiten geht die hL deshalb davon aus, dass die generelle Vermutungsfrist von sechs Monaten mit der Art des Mangels nicht vereinbar ist, weshalb allgemein diese Vermutung bei Tierkrankheiten nicht zur Anwendung kommen soll.<sup>95</sup> Eine solche Auffassung hätte zur Folge, dass dem Verbraucher bei Tierkäufen überhaupt keine Vermutungsfrist zukommt, was diesen schlechter stellen würde als einen Käufer außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG. Da diese Schlechterstellung des Verbrauchers nicht vom österreichischen Gesetzgeber gewollt sein kann, soll nach hA § 925 bei Business-to-Consumer-Geschäften<sup>96</sup> analog angewendet werden.<sup>97</sup>

Der OGH hat sich im Jahr 2007 erstmals mit der allgemeinen Unvereinbarkeit der Vermutung nach § 924 Satz 2 mit Tierkrankheiten auseinandergesetzt.<sup>98</sup> Bei diesem Fall handelte es sich um ein Pferd, welches eine Schmerzhaftigkeit an der linken Kuppe im

---

<sup>93</sup> *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1176. AA *P. Bydlinski*, JBl 2005, 683, der auch bei Tierkrankheiten auf den Zeitpunkt des Hervorkommens im Einzelfall abstellt und so eine Vermutung mit Tierkrankheiten als durchaus vereinbar sieht.

<sup>94</sup> Vgl dazu die Erwägungsgründe für die Einführung der Vermutungsfrist in die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie oben unter Punkt 3.4 (I).

<sup>95</sup> *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1177; ferner *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 79; vgl auch *Ofner* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 924 Rz 9.

<sup>96</sup> Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einer Privatperson, also Verbrauchergeschäft iSd KSchG, auch unter der Abkürzung B2C bekannt.

<sup>97</sup> *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar V<sup>3</sup> § 9 KSchG Rz 5; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle/Lehhofer/Mayer/Langer* (Hrsg), Kurzkommentar zum Konsumentenschutzgesetz (2004) § 9 Rz 6c; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 9 KSchG Rz 18c; *Welser/Jud*, Gewährleistung § 9 KSchG Rz 14; sowie *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1177. AA *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 157, ferner *Augenhofer*, JBl 2007, 777, welche jedoch nicht von einer generellen Unvereinbarkeit der Vermutung mit Tierkrankheiten ausgeht.

<sup>98</sup> E OGH 10.7.2007, 4 Ob 104/07h.

Bereich der Wirbelsäule aufwies. Daraufhin wurden ein Kissing-Spine-Syndrom und Verkalkungen im Nackenband des Pferdes festgestellt. Der Kauf lag außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG. Der OGH folgte hinsichtlich der Anwendung des § 924 Satz 2 auf den Pferdekauf nicht der hL, sondern hielt „...bei der Beurteilung der Krankheit eines Sportpferdes eine flexible Anwendung des § 924 dritter Satz im Einklang mit den Ausführungen *P. Bydlinski*<sup>99</sup> für geboten“. Somit war der OGH der Auffassung, dass die Vermutung für alle Pferdekrankheiten, welche nicht unter § 925 fallen, weder generell ausgeschlossen noch bejaht werden können, sondern es muss „...auf den konkreten Zeitpunkt des Hervorkommens und die Art und Wurzel der jeweiligen Erkrankung“ abgestellt werden. Maßgeblich neben dem Alter des Tieres soll dabei auch der übliche Zeitraum zwischen dem Beginn der Erkrankung und einer möglichen Wahrnehmbarkeit der ersten Symptome beachtet werden.<sup>100</sup> Somit geht der OGH nicht von einer generellen Unvereinbarkeit der Vermutung mit Tierkrankheiten aus, vielmehr muss auf den Einzelfall abgestellt werden. Allerdings hebt der OGH in seiner Entscheidung immer wieder hervor, dass es sich in diesem konkreten Fall um Sport- bzw Reitpferde handelte.

Wie wird die Vereinbarkeit bei Tieren im landwirtschaftlichen Sinn geklärt? Da die Vereinbarkeit der Vermutung nicht davon abhängt, ob das Pferd landwirtschaftlich genutzt wird oder nicht, soll eine unterschiedliche Beurteilung entfallen.<sup>101</sup> Auch die Unterscheidung der Judikatur hinsichtlich der Gewährleistungsfristen zwischen Vieh, sechs Wochen, und Tieren, zwei Jahre, leuchtet nicht ein, da eine solche Differenzierung sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. Denn ganz gleich, ob es sich um ein Vieh oder ein Tier handelt, ist die Inkubationszeit bei einer Krankheit als gleich lang anzusehen.<sup>102</sup> Zudem ist die Feststellung, welches Tier als landwirtschaftlich betrachtet werden kann oder nicht, als problematisch einzustufen.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 924 Rz 7f, welcher eine Prüfung der Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache bzw Art des Mangels bezogen auf den Zeitpunkt des Hervorkommens sowohl beim Kauf von verderblichen oder kurzlebigen Waren als auch beim Tierkauf vorschlägt. Für eine Relevanz der zeitlichen Komponente beim Kauf von Tieren spricht sich auch *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9 KSchG Rz 11, aus.

<sup>100</sup> Vgl dazu ausführlich die E des OGH 10.7.2007, 4 Ob 104/07h.

<sup>101</sup> *Augenhofer*, JBl 2007, 776, schlüssig.

<sup>102</sup> *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 933 Rz 18; derselbe auch schon in JBl 1982, 226ff; *Reischauer*, JBl 2002, 157; *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1169.

<sup>103</sup> *Ofner* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 933 Rz 20; *P. Bydlinski*, JBl 1982, 226ff.

Aufgrund der Eigenheit bei Tierkäufen normiert § 933 Abs 2 eine eigene Frist für Viehmängel.<sup>104</sup> Die Gewährleistungsfrist bei Viehmängeln beträgt demnach sechs Wochen<sup>105</sup>, wobei die Frist bei allen Sachmängeln und Krankheiten, für die es keine Vermutungsfrist nach § 925 gibt, mit der Übergabe des Tieres beginnt. Bei allen anderen Krankheiten die nach § 925 der speziellen Vermutungsfrist unterliegen, beginnt die Sechswochenfrist erst nach Ablauf dieser Vermutungsfrist.<sup>106</sup>

Aufgrund der unstrittigen Tatsache, dass Tiere ebenso bewegliche körperliche Sachen sind, fallen diese, wie schon zuvor erwähnt, unter den Anwendungsbereich der Richtlinie, weshalb dem Verbraucher auch beim Tierkauf eine zwingende Zweijahresfrist zur Verfügung stehen muss. Aus diesem Grund bestimmt § 9 Abs 2 KSchG, dass die für Tierkäufe entwickelten speziellen Vorschriften des ABGB bei Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts iSd KSchG nicht anzuwenden sind, um so dem Verbraucherschutzniveau der Richtlinie zu entsprechen.<sup>107</sup>

Im Gegensatz dazu war man der Meinung, dass die Zweijahresfrist beim Viehkauf als zu lange erschien, weshalb sich der österreichische Gesetzgeber entschlossen hat, die kurze Sechswochenfrist außerhalb des Verbrauchergeschäfts beizubehalten.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Nach heute hA gelten die Vorschriften für alle Tiere, unabhängig davon, ob das Tier ein für landwirtschaftliche Zwecke benützt wird oder nicht, vgl dazu *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 933 Rz 18; sowie *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1169. Hingegen wendet die Rsp § 933 Abs 2 nur auf Vieh der Landwirtschaft an, vgl auch die E 4 Ob 104/07h nach der § 933 Abs 2 nicht auf ein Spring- bzw Reitpferd angewendet werde.

<sup>105</sup> Die kurze Frist soll allerdings nicht für Rechtsmängel gelten, vgl dazu *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 933 Rz 20; ferner *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1169. Die hL schränkt allerdings diese kurze Frist weiter dahingehend ein, dass diese Frist nur auf Tierkrankheiten angewendet werden soll, vgl dazu *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 933 Rz 18f. Im Gegensatz dazu sieht jedoch die Rsp die kurze Frist auf alle Viehmängel anwendbar.

<sup>106</sup> Dies stellt § 933 Abs 2 klar.

<sup>107</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 14.

<sup>108</sup> *Welser/Jud*, Reform 126f.

## 5. Gewährleistungsausschluss

Nach § 929 sind die Gewährleistungsbehelfe im Allgemeinen dispositiver Natur, weshalb ein vertraglicher Ausschluss der Vertragsparteien durchaus zulässig ist. Zu beachten ist aber, dass die Gewährleistungsregeln bei Verbrauchergeschäften zwingenden Charakter aufweisen, um so den Anforderungen der Richtlinie entsprechen zu können.<sup>109</sup> Auf der anderen Seite gibt es im ABGB gesetzliche Ausschlussstatbestände, welche durch das GewRÄG unverändert blieben aber durchaus den Richtlinienvorgaben entsprechen.

### 5.1 Ausschluss für offenkundige Mängel

Nach der Richtlinie kommt es demnach nicht zur Gewährleistung, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte. Dabei wird allerdings offen gelassen, welcher Sorgfaltsmaßstab an das Kennenmüssen des Verbrauchers geknüpft ist.<sup>110</sup> Die Richtlinie geht hiermit jedoch nicht von einem Ausschluss der Haftung für solche Mängel aus, sondern es liegt in diesen Fällen überhaupt keine Vertragswidrigkeit vor.<sup>111</sup>

Ähnlich dem Art 2 Abs 3 der Richtlinie bestimmt § 928 einen Gewährleistungsausschluss bei Offenkundigkeit des Mangels. Dabei bestimmt Satz 1, dass es dann zu keiner Gewährleistungshaftung des Übergebers kommt, wenn die Mängel einer Sache in die Augen fallen oder die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind. Der Grund für den Gewährleistungsausschluss ist schlüssig und verständlich, denn bei offenkundigen Mängeln werden die fehlenden Qualitäten bereits bei der Preisvereinbarung berücksichtigt. Offenkundig ist ein Mangel dann, wenn ein solcher bei gewöhnlicher Sorgfalt ohne weiteres erkannt werden kann, nämlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>112</sup> Allerdings muss bei Werkverträgen muss im Vergleich dazu auf

---

<sup>109</sup> Dies bestimmt § 9 KSchG, vgl dazu ausführlich unter Punkt 10.3 (III).

<sup>110</sup> Da sich die Bestimmung stark an Art 35 Abs 3 UN-Kaufrecht anlehnt, muss dabei an eine grobe fahrlässige Unkenntnis gedacht werden, so auch *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 79.

<sup>111</sup> Vgl ausführlich oben unter Punkt 4.1 (I).

<sup>112</sup> *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 47, so auch OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657, 1658/95 = *ecolex* 1996, 247: Verluste eines erworbenen Unternehmens aus früheren Jahren, die aus den Steuerbilanzen klar ersichtlich gewesen wären. Vgl auch OGH 1.9.1994, 2 Ob 570/94 = *ecolex* 1995,

den Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes abgestellt werden, da eine Kenntnis eines zukünftigen Mangels beim Werk zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich ist.<sup>113</sup> Der Übergeber haftet nach § 928 trotz Offenkundigkeit des Mangels, wenn er die mangelnde Eigenschaft ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen hat.<sup>114</sup> Aus einem Größenschluss lässt sich folglich ableiten, dass die Gewährleistungsbehelfe auch dann ausgeschlossen sind, wenn es sich zwar um keinen offenkundigen Mangel handelt, der Käufer jedoch trotzdem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis vom Mangel gehabt hat. Darüber hinaus bestimmt § 928 Satz 2, dass Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, stets vertreten werden müssen. Dabei sind unter Schulden Pfandrechte und Hypotheken, unter Rückstände Zölle, Vermögensübertragungsgebühren usw. zu verstehen. Das ABGB vermutet dabei, dass ein Käufer zwar mit fortlaufenden Lasten und Dienstbarkeiten einverstanden ist, jedoch nicht mit Pfandrechten und Rückständen, selbst dann nicht, wenn er diese kennt, denn der Übergeber hat die Sache lastenfrei zu machen.<sup>115</sup>

Da § 928 den Anforderungen der Richtlinie entspricht, konnte dieser unverändert bleiben. Ein Mangel, der dem Verbraucher bzw. Übernehmer in die Augen fällt, ist diesem auch gleichzeitig bekannt oder zumindest konnte er über diesen vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein. Zusätzlich ist die Regelung im ABGB strenger mit dem Übergeber, da auch offenkundige Mängel zur Haftung des Übergebers führen, wenn diese ausdrücklich zugesichert oder verschwiegen worden sind.<sup>116</sup>

## 5.2 Ausschluss bei Werkverträgen

Aus der Tatsache, dass die Kenntnis des Mangels zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen muss, um einen Gewährleistungsausschluss auszulösen,

---

173, der dabei erwähnt, dass der Verkäufer annehmen kann, dass der Käufer nach Besichtigung der Sache und Abgabe der Käuferklärung die Sache mit den offenkundigen Mängeln erwerben will.

<sup>113</sup> *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 46f, der zudem hervorhebt, dass § 928 bei Werkverträgen als Rügeobliegenheit verstanden werden kann. Er weist dabei auch auf die Grenzen einer solchen Obliegenheit nach der Richtlinie hin, die zumindest zwei Monate betragen muss.

<sup>114</sup> Die ausdrückliche Zusage kann als eine besondere Zusage verstanden werden, die entweder ausdrücklich i.e.S. oder aber auch bloß schlüssig gemacht wurde, *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 47. Die Arglist setzt voraus, dass der Irreführende seinen Vertragspartner absichtlich oder doch bewusst unrichtige Vorspiegelungen zur Einwilligung in den Vertrag gebracht hat, vgl dazu *Dittrich/Tades*, ABGB<sup>22</sup> § 928, 422.

<sup>115</sup> Sogenannte Depurierungspflicht des Veräußerers, vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup> 81. Die Depurierungspflicht kann jedoch nicht als Gewährleistungsbestimmung angesehen werden. Das Gesetz stellt dabei vielmehr eine widerlegbare Vermutung auf.

<sup>116</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 928 Rz 4.

folgt, dass dieser Ausschluss bei Werkverträgen unanwendbar ist, da bei solchen Verträgen das Werk ja erst in der Zukunft hergestellt wird. Bei der Preisvereinbarung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann ein zukünftiger Mangel noch nicht berücksichtigt werden.<sup>117</sup> Folglich ist dieser Ausschlussbestand nicht auf Werkverträge anwendbar.

Jedoch sieht die Richtlinie in Art 2 Abs 3 zusätzlich zu den zuvor genannten Ausschlussbeständen einen weiteren speziell für Werkverträge vor. Demnach liegt keine Vertragswidrigkeit vor, wenn diese auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Der österreichische Gesetzgeber entschied sich gegen eine Aufnahme einer entsprechenden Regelung, da nach hA auch in Österreich die Gewährleistungsbefehle ausgeschlossen sind, wenn der vom Käufer beigestellte Stoff oder die von ihm erteilte Anweisung ungeeignet war.<sup>118</sup> Dabei zu beachten ist die nach § 1168 herrschende Sphärentheorie, wonach der Werkunternehmer sogar dann das vereinbarte Entgelt verlangen kann, wenn aufgrund von Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen, die Ausführung des Werkes unterblieben ist.<sup>119</sup> Allerdings kommt es nach § 1168a nur dann zum Haftungsausschluss des Werkunternehmers, wenn dieser nicht auf die Untauglichkeit des vom Besteller beigestellten Stoffes bzw dessen Anweisungen hingewiesen und entsprechend gewarnt hat. Es muss also zu einer Verletzung der Warnpflicht des Unternehmers kommen, weshalb hier hervorzuheben ist, dass die Gewährleistung im Vergleich zu allen anderen Fällen verschuldensabhängig ist. Da die österreichische Regelung deshalb auch strenger als die Richtlinie ist, war eine wörtliche Übernahme der Bestimmung iSd Art 2 Abs 3 nicht notwendig.<sup>120</sup> Es kommt also nicht schon wie in der Richtlinie alleine durch die Beistellung eines untauglichen Stoffes durch den Verbraucher zum Gewährleistungsausschluss, sondern nur dann, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen ist.

Nach der Richtlinie nicht erfasst sind hingegen untaugliche Anweisungen des Werkbestellers. Aus Art 2 Abs 3 der Richtlinie lässt sich aber ableiten, dass der europäische Gesetzgeber von der Sphärentheorie ausgeht, weshalb eine Änderung der

---

<sup>117</sup> So die hL, vgl dazu *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag (1989) 118ff, *Welser/Jud*, Reform 58.

<sup>118</sup> *Kurschel*, Gewährleistung 17f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 1168 Rz 38.

<sup>119</sup> *Krejci*, Reform 28; *Welser/Jud*, Reform 64, ziehen daraus einen Größenschluss hinsichtlich des Ausschlusses der Gewährleistung.

<sup>120</sup> Siehe dazu die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf, 26.



bestehenden Bestimmung des ABGB nicht notwendig war.<sup>121</sup> Weiterhin unberührt bleibt zudem die Lösung einer geteilten Gewährleistung, wonach beide Vertragsteile ein Verschulden an der Mangelhaftigkeit des Werkes trifft, also wenn der Übergeber seine Warnpflicht verletzt hat und auf der anderen Seite der Übernehmer eine unrichtige Anweisung gegeben hat. Für diesen Fall steht dem Übernehmer lediglich ein eingeschränkter bzw geteilter Gewährleistungsanspruch zur Verfügung.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> IdS *Welser/Jud*, Reform 64f; *dieselben*, Gewährleistung § 928 Rz 7, die offenbar von einem auf Ebene der RL zu ziehenden Analogieschluss ausgehen.

<sup>122</sup> Vgl dazu *Kurschel*, Gewährleistung 19f; ferner *Welser/Jud*, Reform 65ff.



## 6. Gewährleistungsbehelfe

Im Mittelpunkt der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie stand auch die Harmonisierung der Gewährleistungsbehelfe, die der Verbraucher im Falle einer vertragswidrigen Leistung des Verkäufers in Anspruch nehmen kann. Hinsichtlich der nun zur Verfügung stehenden Abhilfen des Austausches, der Reparatur, der Vertragsaufhebung und der Preisminderung gab es zahlreiche Diskussionen unter welchen Umständen der Verbraucher von diesen Behelfen Gebrauch machen kann.<sup>123</sup>

Nach dem ABGB waren die Gewährleistungsbehelfe bislang von der Art und Schwere des Mangels abhängig. Demnach wurde zwischen behebbaren und unbehebaren sowie zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln unterschieden. Nur in gewissen Fällen, nämlich bei einem wesentlichen und unbehebaren Mangel konnte der Verbraucher bislang die Wandlung, also die Vertragsaufhebung, verlangen.

Durch das GewRÄG wurde ein neues Stufensystem der Gewährleistungsrechte eingeführt, welches nicht mehr nach Art und Schwere des Mangels unterscheidet. Nach Abs 1 stehen dem Übernehmer wegen eines Mangels *„die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), [der] Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) [zu].“* Jedoch genießen die Ansprüche auf Herstellung des vertragskonformen Zustandes, nämlich die Verbesserung und der Austausch, den Vorrang gegenüber den verbleibenden Behelfen der Preisminderung und Vertragsaufhebung.<sup>124</sup>

### 6.1 Verbesserung und Austausch

Nach § 932 Abs 2 kann der Übernehmer nunmehr im Falle des Vorliegens eines Mangels zunächst lediglich die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen.<sup>125</sup> Somit folgte der österreichische Gesetzgeber den europäischen Vorgaben, obwohl eine freie Wahl des Käufers bzw Werkbestellers auf Verbesserung, Austausch oder Preisminderung möglich gewesen wäre. Kritik zum Vorrang der Verbesserung gab

---

<sup>123</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 5 (I).

<sup>124</sup> Dies stellt § 932 Abs 2 iSd europäischen Vorgabe durch die Richtlinie dar.

<sup>125</sup> Schon im MEntw von 1995 war der Vorrang der Verbesserung geplant gewesen.

es reichlich.<sup>126</sup> Ein solcher Vorrang der Verbesserung entspricht jedoch auch besser der wirtschaftlichen Realität, denn in der Praxis ist es üblich, dass der Käufer zuerst seinen Verkäufer zur Verbesserung auffordert, um die vertraglich geschuldete Leistung zu erhalten.<sup>127</sup>

Der Übergeber erhält nun nach dem GewRÄG also eine zweite Chance zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Nur unter gewissen Voraussetzungen kommt der Übernehmer zu den sekundären Gewährleistungsbehelfen. Zwischen einer Verbesserung und dem Austausch der Sache, die dem Übernehmer unentgeltlich zustehen<sup>128</sup>, kann dieser frei wählen. Dieses Wahlrecht wurde durch die Richtlinie geschaffen und in § 932 Abs 2 ausdrücklich normiert. Jedoch stehen dem Übergeber gewisse Gegenrechte zu, die er dem vom Übernehmer gewählten Rechtsbehelf entgegenhalten kann. Demnach kann der Übergeber einwenden, dass der gewählte Behelf entweder unmöglich ist oder diesem einen unverhältnismäßig hohen Aufwand verursachen würde. Zu beachten ist zudem, dass der Übernehmer die Unverhältnismäßigkeit nicht nur der zwischen den primären Behelfen getroffenen Wahl entgegenhalten kann, sondern letztlich den Übernehmer auf die sekundären Rechtsbehelfe verweisen kann.<sup>129</sup> Wie schon die Richtlinie verliert auch das GewRÄG 2002 kein Wort über eine etwaige Unmöglichkeit eines Behelfes, weshalb den zur Richtlinie gemachten Äußerungen zu folgen ist.

Im Vergleich dazu wird auf die Unverhältnismäßigkeit nach europäischem Vorbild in § 932 Abs 2 näher eingegangen. Demnach wird das freie Wahlrecht des Übergebers dann ausgeschlossen, wenn einer der beiden Behelfe für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dabei sind alle Kosten zu berücksichtigen, welche eine Abhilfe mit sich bringen würde, also auch Transportkosten. Diese Gesamtkosten sind dem Gesetz nach mit anderen

---

<sup>126</sup> Dabei wurde vor allem kritisiert, dass die Interessen des Übergebers gegenüber jenen des Übernehmers bevorzugt behandelt werden, da der Übernehmer dem Übergeber eine nochmalige Verbesserungschance einräumen muss, obwohl das Vertrauen des Käufers in den Verkäufer tief erschüttert sei, *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 94f.

<sup>127</sup> Zu den Reformüberlegungen im österreichischen Recht siehe *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 4. Zu den weiteren Vorzügen des Vorrangs der Ansprüche auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes nach der RL, siehe oben unter Punkt 5.1 (I).

<sup>128</sup> Schon bisher war dies selbstverständlich, *Reischauer in Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 932 Rz 11, weshalb der Zusatz der Richtlinie „unentgeltlich“ entfallen konnte.

<sup>129</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 17.

Faktoren in Relation zu setzen, zum einen mit dem Wert der mangelfreien Sache, zum anderen mit der Schwere des Mangels und mit den Unannehmlichkeiten, welche die andere Abhilfe dem Übernehmer bereiten würde. Demnach wird bei billigen Massenprodukten, welche also einen geringen Eigenwert aufweisen, primär ein Austausch im Vordergrund stehen, bei hochwertigen Produkten hingegen die Verbesserung.<sup>130</sup>

Bezüglich der Schwere des Mangels muss festgehalten werden, dass diese schon bislang zur Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten herangezogen wurde, da nach hA die Verhältnismäßigkeit des Aufwandes am erreichbaren Erfolg zu messen gewesen war. Demnach durfte der durch eine Verbesserung erzielbare Vorteil nicht in einem auffallenden Missverhältnis zum Aufwand stehen.<sup>131</sup> Infolgedessen musste der Übergeber umso höhere Kosten dulden, je schwerer ein Mangel wog. Aus diesem Grund heben die Erläuterungen zur RV hervor, dass auf die bisherige Judikatur hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung zurückgegriffen werden kann.<sup>132</sup>

Neu ist jedoch die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nach dem Kriterium, inwieweit die andere Abhilfe dem Übernehmer Unannehmlichkeiten bereiten könnten. Auch hier muss davon ausgegangen werden, dass je größer die Unannehmlichkeiten für den Übernehmer wären, desto höhere Kosten muss der Übergeber dulden.<sup>133</sup> Jedoch kann der Übernehmer nach § 932 Abs 4 eine Abhilfe von vornherein ablehnen, wenn diese mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre.

Nach § 932 Abs 3 hat der Übergeber die primären Gewährleistungsbehelfe in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den

---

<sup>130</sup> *Welser/Jud*, Reform 85; sowie RV 422 BlgNR 21. GP 17.

<sup>131</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 932 Rz 1; ferner *B. Jud*, Vorteilsausgleich im Gewährleistungsrecht, JBl 2000, 11.

<sup>132</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 17.

<sup>133</sup> Im Gegensatz dazu ist nach der Richtlinie die Unverhältnismäßigkeit danach zu beurteilen, inwieweit erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durch die andere Abhilfe entstehen würden. Nach dem GewRÄG wird nicht hingegen nicht auf die Erheblichkeit der Unannehmlichkeiten abgestellt, allerdings kann der Übernehmer bei solchen Unannehmlichkeiten die Abhilfe überhaupt ablehnen, ohne dass es folglich auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes ankommt, so die Erläuterungen zur RV 422 BlgNR 21. GP 17.

Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen ist.

Hinsichtlich der Angemessenheit der Frist enthält das GewRÄG ebenso keine Angaben wie auch schon die Richtlinie. Ob eine Frist angemessen ist, muss daher nach den Umständen des konkreten Falles beurteilt werden, also auch nach der Art der Sache und dem mit ihr verfolgten Zweck. Der vom Übernehmer verfolgte Zweck muss nach richtiger Auffassung dem Übergeber bekannt sein und sich somit aus dem Vertrag ergeben, denn ansonsten könnte der Übernehmer durch die nachträgliche Bestimmung eines neuen Verwendungszweckes den Vorrang der Verbesserung vereiteln.<sup>134</sup> Im Gegensatz zu bisher muss der Übernehmer dem Übergeber diese angemessene Frist nicht mehr setzen, sondern diese beginnt automatisch mit Anzeige des Mangels bzw mit der Rückübergabe der Sache an den Übergeber zur Vornahme eines der primären Behelfe zu laufen. Der Übergeber ist deshalb von sich aus verpflichtet, in angemessener Frist Abhilfe zu schaffen.<sup>135</sup>

Die primären Behelfe müssen jedoch nicht nur innerhalb einer angemessenen Frist vorgenommen werden, sondern auch mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer. So muss der Übergeber diejenige Abhilfe wählen, die dem Übernehmer die geringsten Unannehmlichkeiten bereitet.<sup>136</sup> Nach Art 3 Abs 3 der RL muss die Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen. Ob die in § 932 Abs 2 genannte Formulierung den Mindestgehalt der Richtlinie übersteigt, ist fraglich und muss demnach erst von der Rechtsprechung geklärt werden.

Ein durch die Verbesserung bzw durch den Austausch erzielter Vorteil ist nur in manchen Fällen vom Gewährleistungsberechtigten zu vergüten, nämlich dann, wenn außergewöhnliche Vorteile durch die Verbesserung eintreten.<sup>137</sup> Einen Vorteil, der nur

---

<sup>134</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 26. Dieser Argumentation hat sich auch die RV angeschlossen, RV 422 BlgNR 21. GP 17. Als Musterbeispiel wird dabei die Herstellung eines Hochzeitskleids genannt werden, bei dem die Bestellerin kein Interesse mehr an einer Verbesserung des Mangels nach der Hochzeit hat.

<sup>135</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 17.

<sup>136</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 17.

<sup>137</sup> So für den Fall, dass ein Gut durch eine neue Technologie qualitativ verbessert wurde und somit eine längere Lebensdauer hat, vgl dazu ausführlich *Kurschel*, Gewährleistung 74ff.

auf die verspätete Mangelbehebung zurückzuführen ist, muss sich der Berechtigte nicht anrechnen lassen.<sup>138</sup>

## 6.2 Preisminderung und Wandlung

Nach § 932 Abs 4 stehen dem Übernehmer unter gewissen Umständen die sekundären Gewährleistungsbefehle der Preisminderung oder der Wandlung zu, wobei es sich um Gestaltungsrechte handelt, die mittels Klage oder Einrede geltend gemacht werden können. Diese sekundären Befehle kann der Übernehmer aber nur dann geltend machen, wenn die Verbesserung und der Austausch unmöglich sind, sie für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären, der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

Somit kann der Übernehmer die Preisminderung oder die Wandlung geltend machen, wenn beide primären Befehle unmöglich sind. Für die Tatsache, dass beide Befehle unmöglich sein müssen, damit eine der beiden sekundären Abhilfen verlangt werden kann, spricht schon der Wortlaut des § 932 Abs 4, da „*sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich*“ sein müssen.<sup>139</sup> Dies entspricht auch der Richtlinie, die dem Verbraucher dann das Recht auf die Geltendmachung der sekundären Befehle einräumt, wenn dieser „*weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat*.“<sup>140</sup> Richtigerweise kann der Übernehmer aber dann nicht die sekundären Befehle fordern, wenn er selbst die primären Befehle vereitelt hat, indem er zB die Verbesserung selbst vorgenommen hat oder diese von einem Dritten durchführen ließ. Mit dieser Interpretation soll verhindert werden, dass der Übernehmer den Stufenbau der Gewährleistungsbefehle selbst umgehen kann und somit gleich zu den sekundären Befehlen gelangt.<sup>141</sup> Allerdings wird in der Lehre heftig diskutiert darüber, ob der Übernehmer bei einer voreiligen bzw eigenmächtigen Selbstverbesserung überhaupt noch Ansprüche geltend machen kann. In Deutschland erging bereits das erste BGH-

---

<sup>138</sup> Vgl dazu OGH in JBI 2005, 312.

<sup>139</sup> So auch *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 118, der dabei auf die RV verweist. AA offenbar *Welser/B. Jud.*, Gewährleistung § 932 Rz 31.

<sup>140</sup> Art 3 Abs 5 der RL.

<sup>141</sup> So auch *B. Jud.*, Gewährleistung beim Reiseveranstaltungsvertrag, *ecolex* 2001, 431.

Urteil bezüglich dieser Problematik mit der Entscheidung, dass dem Käufer in solchen Fällen keinerlei Ansprüche zustehen.<sup>142</sup> Jedoch scheint alleine die Argumentation der Umgehung des Verbesserungsvorranges kein sachgerechtes Ergebnis zu liefern.<sup>143</sup> Denn das Gesetz versucht ja gerade durch die Gewährleistungsregeln die subjektiven Äquivalenzstörungen zu beseitigen oder auszugleichen. Für die Selbstvornahme der Verbesserung durch den Übernehmer können auch mehrere Gründe bestehen, da dieser vielleicht gar nicht von dem Verbesserungsvorrang wusste oder aufgrund zeitlichen Drucks eine schnellere Verbesserung in Anspruch nehmen musste um den verfolgten Zwecken gerecht zu werden.<sup>144</sup> Es erscheint deshalb nicht sachgerecht, dass sich der Übergeber in all diesen Konstellationen die Kosten einer möglichen Verbesserung ersparen können sollte, obwohl dieser mangelhaft geleistet hat. Aufgrund einer fehlenden Bestimmung im Gesetz muss nun diese Problematik methodisch gelöst werden. Folglich geht ein Teil davon aus, dass dem Übernehmer auf jeden Fall ein Anspruch nach § 1042 gewährt wird, jedoch spricht sich die hL gegen einen solchen im zweipersonalen Verhältnis aus.<sup>145</sup> Alleine die Ratio des Verbesserungsvorranges kann eine Anspruchslosigkeit des Übernehmers nicht rechtfertigen, weshalb diesem wohl ein Anspruch in der Höhe des für den Übergeber Ersparten zuerkannt werden muss.<sup>146</sup> Bezugspunkt bzw Vergleichsbasis zur Beurteilung des unverhältnismäßig hohen Aufwandes stellen auf dieser Ebene die sekundären Abhilfen, also die Wandlung und/oder die Preisminderung, dar.<sup>147</sup>

Bezüglich der Verweigerung einer der primären Abhilfen muss hervorgehoben werden, dass es sich dabei richtigerweise um einen Sonderfall der Nichterfüllung innerhalb angemessener Frist handelt. Zudem muss der Übernehmer die richtige Abhilfe, also weder eine unmögliche noch eine unverhältnismäßige, gewählt haben, da ansonsten der Übergeber stets die alternative Abhilfe durchführen kann.<sup>148</sup>

---

<sup>142</sup> E des BGH in NJW 2005, 1348.

<sup>143</sup> P. Bydlinski, Die Konsequenzen voreiliger Selbstverbesserung, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen, ZGS 2005, 129.

<sup>144</sup> P. Bydlinski, JBl 2005, 684f.

<sup>145</sup> Vgl dazu auch OGH, RdW 2001, 145; ferner Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (2007) Rz 3/98, mwN.

<sup>146</sup> P. Bydlinski, JBl 2005, 686.

<sup>147</sup> So auch schon Welser/Jud, Reform 86f, die dabei auf den Plural der im Erwägungsgrund 11 enthaltenen Formulierung „es sei denn, daß diese Abhilfen unmöglich oder unverhältnismäßig wären“ verweisen.

<sup>148</sup> Faber, Handbuch Gewährleistungsrecht 126.



Ebenso hat der Verbraucher das Recht auf eine Preisminderung oder auf eine Wandlung des Vertrages, wenn ihm die primären Behelfe erhebliche Unannehmlichkeiten bereiten würden. Weder in der Richtlinie noch in § 932 Abs 4 wird jedoch näher darauf eingegangen, welche Unannehmlichkeiten als erheblich eingestuft werden können. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass damit der Verbraucher vor krassen Unbilligkeiten geschützt werden soll.<sup>149</sup> Auf der anderen Seite soll aber die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes im Vordergrund stehen, weshalb lediglich in gewissen, den Übernehmer äußerst hart treffenden, Fällen sogleich die Geltendmachung der sekundären Behelfe möglich sein soll. Diese Grenze zur Erheblichkeit der Unannehmlichkeiten darf aber nicht zu tief liegen, da sonst der Vorrang der primären Behelfe ausgehöhlt werden würde.<sup>150</sup> Von den Erläuterungen werden als erhebliche Unannehmlichkeiten umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen angeführt.<sup>151</sup> Auf der anderen Seite geht die hL bei einer bereits gescheiterten Verbesserung von einer erheblichen Unannehmlichkeit für den Übernehmer aus, weshalb dem Verkäufer grundsätzlich nur das Recht auf einen Verbesserungsversuch zusteht.<sup>152</sup>

Ein in der Richtlinie nicht enthaltener Tatbestand, der den Übernehmer dazu berechtigt auf die sekundären Behelfe zu greifen, ist jener der Unzumutbarkeit der Verbesserung und der Austausch aus *triftigen, in der Person liegenden Gründen*. Es handelt sich dabei also um jene Fälle, in denen es nachvollziehbar ist, dass sich der Übernehmer nicht mehr auf die Verbesserung oder den Austausch der Sache durch den Übergeber einlassen will. Allerdings darf auch hier nicht davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Mangelhaftigkeit der Leistung das Vertrauen des Übernehmers in die Kompetenz des Übergebers derart geschwächt ist, sodass diesem die sekundären Behelfe zustehen würden. Es muss sich demnach um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers handeln.<sup>153</sup> Als triftiger Grund kann ein sicherheitsrelevanter Mangel angesehen werden, so zB eine mangelhafte Reparatur der

---

<sup>149</sup> Welser/Jud, Reform 113.

<sup>150</sup> IdS auch Welser/Jud, Gewährleistung § 932 Rz 32, vgl auch RV 422 BlgNR 21. GP 18.

<sup>151</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 18. Zudem können erhebliche Unannehmlichkeiten bestehen, wenn der Verkäufer der Sache nur schwer erreichbar wäre, also im Ausland seinen Sitz hat und daher ein Geldausgleich leichter abzuwickeln wäre als die primären Behelfe, vgl dazu Dittich/Tades, ABGB<sup>22</sup> § 932, 427.

<sup>152</sup> Welser/Jud, Reform 86; sowie zur RL Micklitz, EuZW 1999, 488.

<sup>153</sup> Dittich/Tades, ABGB<sup>22</sup> § 932, 428.

Bremsanlage eines Pkw, welche zu einem Bremsversagen führte.<sup>154</sup> Wesentlich ist dabei die Kenntnis des Übernehmers vom sorglosen Verhalten des Übergebers, das zur Mangelhaftigkeit führte.<sup>155</sup> Zusätzlich muss richtigerweise gefragt werden, ob die Formulierung des § 932 Abs 4 „in der Person liegende Gründe“ auch die Unzumutbarkeit des Verhaltens eines Erfüllungsgehilfen mit einbezieht. Eine Beschränkung auf den Übergeber an sich war sicherlich nicht beabsichtigt, weshalb nach der ratio der Bestimmung davon ausgegangen werden kann, dass die Sphäre des Übergebers als maßgeblich heranzuziehen sein wird.<sup>156</sup>

Hinsichtlich des Tatbestandes der fristgerechten Vornahme der Verbesserung bzw des Austausches muss hervorgehoben werden, dass nur dann die sekundären Behelfe gefordert werden können, wenn eine primäre Abhilfe „noch nicht“ durchgeführt wurde, ansonsten würde es zu einer „doppelten Liquidation“ kommen, die sowohl von der Richtlinie als auch dem österreichischen Gesetzgeber nicht gewollt ist.<sup>157</sup> Jedoch können dem Verbraucher durch die verspätete Abhilfe Schadenersatzansprüche zustehen.<sup>158</sup>

Die in § 932 Abs 4 aufgezählten Tatbestände werden in der Literatur zum Teil als nicht abschließend angesehen, weshalb daraus ein allgemeiner Grundsatz entnommen werden kann, wonach der Unternehmer immer dann nicht die primären Behelfe erdulden muss, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der auf Umstände zurückzuführen ist, die aus der Sphäre des Gewährleistungspflichtigen stammen.<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> Die RV 422 BlgNR 21. GP 18, spricht von Fehlern, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit nahelegen.

<sup>155</sup> Dies geht aus den Materialien hervor und spricht auch für den Aspekt der Rechtssicherheit, denn der Unternehmer muss ja relativ schnell beurteilen können, ob diesem lediglich der Verbesserungsanspruch zusteht oder schon die sekundären Behelfe geltend machen kann. Vgl dazu auch P. Bydlinski, JBI 2005, 687. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass dem Unternehmer in der Praxis die Beurteilung des Verhaltens des Übergebers relativ schwer fallen wird, ob diesem schon die sekundären Behelfe zustehen oder nicht.

<sup>156</sup> P. Bydlinski, JBI 2005, 687.

<sup>157</sup> Welser/Jud, Gewährleistung § 932 Rz 35.

<sup>158</sup> So auch wenn die primäre Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden war, vgl RV 422 BlgNR 21. GP 18.

<sup>159</sup> Reischauer, JBI 2002, 150. AA Augenhofner, Die Entscheidung 6 Ob 85/05a vom 03.11.2005 und der Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001, JBI 2006, 444, die darauf verweist, dass der Gesetzgeber grundsätzlich vom Vorrang der Verbesserung ausgehe. Nur in bestimmten im Gesetz verankerten Fällen soll nun von diesem Grundsatz abgegangen werden, weshalb keine Gesetzeslücke vorliege und eine Analogie daher auszuschließen sei. Folglich ist Augenhofner, aaO, der Ansicht, andere Tatbestände unter die Kategorie der erheblichen Unannehmlichkeiten subsumieren zu können.

Ein sehr plakatives Beispiel für die Judikatur des OGHs hinsichtlich des Vorranges der Verbesserung bietet die E 6 Ob 85/05a. Dabei ging es um eine mangelhafte Küchenfertigstellung, also um Gewährleistungsansprüche aus einem Werkvertrag. Wie schon zuvor ausgeführt, enthält das österreichische Gesetz keine Definition der angemessenen Frist. Der OGH hat in seiner E 6 Ob 85/05a<sup>160</sup> darauf hingewiesen, dass die Angemessenheit vom Einzelfall abhängt. In dem zitierten Fall ging es um die Verbesserung einer Küche, bei der der Übernehmer dem Übergeber eine Frist von 14 Tagen zur Verbesserung gesetzt hat. Der OGH hat diese Frist als zu kurz angesehen und dabei berücksichtigt, dass es sich lediglich um einen optischen Mangel handle.<sup>161</sup> Die tatsächliche Frist von einem Monat und einem Tag ist nach dem OGH-Entscheid aufgrund des konkreten Einzelfalles angemessen. Eine starre Verbesserungsfrist würde in vielen Fällen zu unsachgemäßen Entscheidungen führen.<sup>162</sup> Aufgrund der unterlassenen Verbesserung wurde vom OGH zusätzlich die Problematik der unmöglichen Verbesserung aufgeschnappt und in der E behandelt. In diesem Fall unterblieb eine Verbesserung aufgrund der Nichteinhaltung des Termins durch den Übernehmer. Daraufhin hat der OGH entschieden, dass sich der Übernehmer nicht auf die Unmöglichkeit der Verbesserung berufen kann, wenn er die Verbesserung selbst unmöglich gemacht hat.<sup>163</sup> Darüber hinaus wurde vom Übernehmer geltend gemacht, dass die Verbesserung der Küche für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden gewesen wäre, weshalb er die sekundären Behelfe fordern will. Dabei führt dieser aus, dass aufgrund der Verbesserung die Küche teilweise abgebaut hätte werden müssen und es so zu Lärm- und Schmutzbelastungen gekommen sei und zudem die Küche einige Tage nicht zu verwenden gewesen wäre. Der OGH führte dazu relativ kurz aus und hob dabei hervor, dass die im konkreten Fall mit der Verbesserung verbundenen Unannehmlichkeiten nicht an die in den Materialien genannten Beispiele

---

<sup>160</sup> Abgedruckt in JBl 2006, 458.

<sup>161</sup> Es handelte sich dabei um mangelhafte Küchenfronten. Für *Augenhofer*, JBl 2006, 439, war ein weiteres Argument gegen die Annahme einer besonderen Dringlichkeit in der Tatsache zu sehen, dass die Mangelhaftigkeit erst nach einem Monat und acht Tagen geltend gemacht wurde, weshalb der Mangel nicht besonders gestört haben dürfte, *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> § 932 Rz 8. *Augenhofer*, aaO, hebt zudem hervor, dass ihrer Ansicht nach auch auf die Größe des Unternehmens eingegangen werden muss umso die Angemessenheit der Frist zu ermitteln.

<sup>162</sup> Eine solche starre Frist von einem Monat existiert etwa in Frankreich, *Augenhofer*, JBl 2006, 439.

<sup>163</sup> Die Literatur geht grundsätzlich dabei von Fällen der Unmöglichkeit der Verbesserung aus, die der Übernehmer deshalb herbeigeführt hat, weil er eine solche schon selbst vorgenommen hat. Jedoch muss auch hier in diesem Fall dem Vorrang der Verbesserung entsprechend ein Anspruch auf die sekundären Behelfe verweigert werden.

für erhebliche Unannehmlichkeiten heranreichen.<sup>164</sup> Demnach geht der OGH davon aus, dass nur in absoluten Härtefällen die primären Behelfe dem Übernehmer erhebliche Unannehmlichkeiten bereiten, da er beim konkreten Fall feststellt, dass eben kein solcher „...Härtefall [vorliege], vor dem der Übernehmer nach den Intentionen der Richtlinie und des österreichischen Gesetzgebers geschützt werden soll.“<sup>165</sup> Nach der Ansicht des OGH liegen die Schmutz- und Lärmbelästigungen „zwangsläufig“ mit der Mangelbehebung zusammen, weshalb auch ein zweitägiger Verzicht auf die Benützung der Küche als keine erhebliche Beeinträchtigung angesehen werden kann.

Darüber hinaus hat der Übernehmer eine Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen geltend gemacht.<sup>166</sup> Schlüssig und überzeugend stellte der OGH in seiner E fest, dass aufgrund des Vorrangs der primären Behelfe die Mangelhaftigkeit alleine noch nicht ausreicht, um einen triftigen Grund darzustellen. Dabei verweist der OGH auf die Ausführungen in den Materialien, wonach es sich vielmehr um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers handeln muss. Im konkreten Fall stellte das Misslingen der Werkleistung nach Ansicht des OGH weder eine nicht mehr zu tolerierende Unzuverlässigkeit noch ein generelles Unvermögen des Übergebers dar, das bestellte Werk ordnungsgemäß auszuführen.<sup>167</sup>

Zwar musste der OGH nicht auf die folgende Problematik eingehen, allerdings wurde die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbehebungskosten in den Unterinstanzen behandelt. Die Hauptfrage besteht demnach, ob sich auch der Übernehmer auf diese Unverhältnismäßigkeit berufen kann. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Gesetzgeber auf die jeweiligen Interessen der Vertragsparteien abstellt und die Interessen des Übernehmers nicht beeinträchtigt werden, wenn eine Verbesserung oder ein Austausch mit unverhältnismäßig hohen Kosten für den Übergeber verbunden sind.

---

<sup>164</sup> Zwar wurde eingesehen, dass Schmutz- und Lärmbelästigungen gewissen Grades entstehen, jedoch nicht an das unzumutbare Maß heranreichen würden.

<sup>165</sup> Kritisiert wird dies von *Augenhöfer*, JBl 2006, 440, nach deren Ansicht sich aus den Materialien nicht der Schluss ergibt, dass nur in ganz krassen Härtefällen die Unannehmlichkeiten erheblich sind, da die Materialien eben nur Beispiele erläutert, vgl zu den Beispielen schon oben.

<sup>166</sup> Dabei geht es um Fälle eines qualifizierten Vertrauensverlustes des Übernehmers.

<sup>167</sup> Dabei kritisiert *Augenhöfer*, JBl 2006, 443, dass keine Erörterung der Unfähigkeit des Übergebers aufgrund der mangelhaften Leistung stattgefunden hat, denn es wurde die Herstellung einer Küche mit besonderen Eigenschaften vertraglich vereinbart. Gerade die besonderen Eigenschaften wurden nicht erreicht, weshalb man auch von einem unfähigen Übergeber ausgehen hätte können.

Folglich kann sich lediglich der Übergeber auf die Unverhältnismäßigkeit der Mangelbehebungskosten berufen.<sup>168</sup>

Anstatt der Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe für den Fall, dass der Übergeber seiner Verpflichtung zur Verbesserung nicht nachkommt, kann der Übernehmer auch weiterhin die Verbesserung selbst vornehmen und seine konkreten Aufwendungen nach dem Schadenersatzrecht dem § 933a Abs 2 vergüten lassen oder nach § 1042 den Aufwandsersatz begehren.<sup>169</sup>

Das freie Wahlrecht zwischen den einzelnen Abhilfen steht dem Verbraucher auch auf zweiter Ebene zu, der folglich selbst die Preisminderung oder die Wandlung wählen kann. Allerdings ist dieses Wahlrecht dadurch beschränkt, dass eine Wandlung nur dann geltend gemacht werden kann, wenn es sich um einen nicht geringfügigen Mangel handelt. Dies entspricht der Beschränkung des Wandlungsrechtes der Richtlinie nach Art 3 Abs 6<sup>170</sup>, jedoch wird dabei nicht erläutert, welcher Mangel unter einer solchen „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ subsumiert werden kann. Auf jeden Fall entspricht dieser Begriff nicht dem des „unerheblichen Mangels“ des § 932 Abs 2 aF, da ein solcher überhaupt keine Gewährleistungsansprüche ausgelöst hat.<sup>171</sup> Im Sinne der RL muss davon ausgegangen werden, dass eine Vertragsauflösung dann nicht zulässig sein soll, wenn diese angesichts der geltend gemachten Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wäre, weshalb auch hier der konkrete Einzelfall zu berücksichtigen ist.<sup>172</sup> Es kommt also dabei auf die Frage an, ob der Übernehmer bei Kenntnis des Mangels den Vertrag nicht abgeschlossen hätte und dies dem Übergeber bei Vertragsschluss erkennbar gewesen ist. Der Maßstab einer Beurteilung der Geringfügigkeit des Mangels muss jedenfalls aus dem konkreten Vertrag entnommen

---

<sup>168</sup> So die hL, vgl dazu *Augenhofer*, JBl 2006, 443; *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 122; sowie *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> § 932 Rz 18.

<sup>169</sup> *Dittrich/Tades*, ABGB<sup>22</sup> § 932, 428.

<sup>170</sup> Die Richtlinie spricht von „geringfügiger Vertragswidrigkeit“.

<sup>171</sup> Die Erläuterungen zur RV gehen aber davon aus, dass die Rechtslage hinsichtlich des unerheblichen Mangels nach dem GewRÄG weiterhin Bestand haben soll, was aber aus Sicht der richtlinienkonformen Interpretation abzulehnen ist, vgl auch *P. Bydlinski*, JBl 2005, 689. Denn nach der RL lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass es irgendeinen Mangel geben soll, bei dessen Vorliegen überhaupt keine Rechtsfolgen ausgelöst werden. Vielmehr ist bei solchen unerheblichen Mängeln zu fragen, ob und inwieweit ein Mangel überhaupt vorliegt, *Apathy*, JBl 2001, 481.

<sup>172</sup> *Welser/Jud*, Reform 88; ferner RV BIgNR 21. GP 19. *P. Bydlinski*, JBl 2005, 687, sieht dabei nur eine Verlagerung des Abgrenzungsproblems.

werden.<sup>173</sup> Nach *P. Bydlinski* soll eine objektive Wertminderung von einem Viertel schon ausreichen um eine Geringfügigkeit des Mangels auszuschließen.<sup>174</sup> Allerdings sind auf der anderen Seite auch subjektive Kriterien zu beachten, nämlich auch der vom Übernehmer deklarierte Erwerbsszweck.<sup>175</sup>

Der OGH hat sich mit seiner Entscheidung 1 Ob 14/05y erstmalig mit dem Begriff des geringfügigen Mangels auseinandergesetzt und hebt dabei hervor, dass eine abschließende Definition nur schwer möglich ist. Jedoch sei davon auszugehen, dass bei Fehlen einer besonders bedungenen Eigenschaft wohl regelmäßig Wandlung möglich sei.<sup>176</sup>

Nun hat der OGH in seiner E OGH 15.2.2006, 7 Ob 239/05f diese Ansicht bestätigt, sodass das Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten Eigenschaft grundsätzlich so bedeutsam ist, dass nicht mehr von einer Geringfügigkeit des Mangels ausgegangen werden kann. Dabei ging es bei dieser Entscheidung um den Kauf eines gebrauchten Pkws, wobei im Kaufvertrag die Reparatur des Ölverlustes vermerkt und somit ausdrücklich versprochen wurde. Nach zwei gescheiterten Verbesserungsversuchen entschloss sich der Kläger die Vertragsauflösung zu fordern.<sup>177</sup> Der OGH bejahte dabei die Zulässigkeit der Wandlung damit, dass der Verkäufer schon zwei Verbesserungsversuche hatte und den Mangel trotzdem nicht beseitigen konnte, und der Käufer somit die sekundären Behelfe in Anspruch nehmen kann. Hinsichtlich einer möglichen Geringfügigkeit des Mangels führte der OGH in seiner Begründung aus, dass der Verkäufer aufgrund der ausdrücklichen Vereinbarung weiß, worauf er sich einlässt. Wenn nun der Verkäufer diese Verpflichtung nicht einhält, kann eine Interessensabwägung nicht ergeben, dass sich der Käufer mit einer Sache zufrieden geben muss, welche die ausdrücklich von ihm gewünschte Eigenschaft nicht aufweist.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> So auch OLG Graz, *ecolex* 2005, 205; ferner *Kletečka*, *Der geringfügige Mangel*, RdW 2003, 612ff.

<sup>174</sup> *Kerschner/P. Bydlinski*, *Fälle und Lösungen zum bürgerlichen Recht*<sup>4</sup> (2002) 16.

<sup>175</sup> *Kerschner/P. Bydlinski*, *Fälle und Lösungen*<sup>4</sup> (2002) 16; sowie OLG Graz, in *ecolex* 2005, 205.

<sup>176</sup> Dieser Ansicht wird auch in der Lehre gefolgt, *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *Kurzkommentar zum ABGB*<sup>2</sup> § 932 Rz 19 mwN; ferner *Bollenberger*, *Erste Judikatur zur „neuen Gewährleistung“ – geringfügige Mängel beim Autokauf*, *Zak* 2005, 25.

<sup>177</sup> Wie schon weiter oben erwähnt, kann ein Übernehmer schon nach einem fehlgeschlagenen Verbesserungsversuch die sekundären Behelfe in Anspruch nehmen.

<sup>178</sup> Vgl E OGH 15.2.2006, 7 Ob 239/05f = *JB1* 2006, 585ff. Kein geringfügiger Mangel ist es auch, wenn die Heizung eines Autos im Winter nicht mehr als 20 Grad Celsius erreicht, vgl dazu OGH in *RdW* 2005, 816.

Hinsichtlich der Preisminderung lässt die RL offen, wie diese in den nationalen Rechtssystemen berechnet werden soll. Dadurch ergab sich auch in Österreich durch das GewRÄG 2002 keine inhaltliche Änderung, weshalb die Preisminderung weiterhin mittels der relativen Berechnungsmethode ermittelt wird.<sup>179</sup> Folglich hat sich der vereinbarte Preis zum verminderten Preis so zu verhalten wie der objektive Wert der Sache ohne Mangel zum objektiven Wert der Sache mit Mangel. Die Differenz der beiden Preise stellt sodann die Preisminderung dar.<sup>180</sup>

#### Exkurs: Vorteilsausgleich bei Vertragsauflösung

Nach dem Erwägungsgrund 15 der RL überlässt diese den Mitgliedstaaten, Regelungen über die Modalitäten bezüglich der Durchführung der Vertragsauflösung festzulegen. Zudem können die einzelnen nationalen Gesetzgeber vorsehen, dass der dem Verbraucher zustehende Kaufpreis im Fall einer Wandlung gemindert wird, um so der Benutzung der Ware, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist, Rechnung zu tragen. So kann demnach ein gewisser Vorteilsausgleich geschaffen werden. Der Vorteil des Übernehmers wäre umso größer je später der Mangel erkannt und geltend gemacht wird.<sup>181</sup> Eine Berücksichtigung des Vorteils, den der Übernehmer aufgrund einer Wandlung erhält, ist unproblematisch, da durch die Wandlung nicht nur die wechselseitig erbrachten Leistungen aus dem Vertrag selbst<sup>182</sup> sondern auch die aus der Nutzung der Leistungen resultierenden Vorteile bereicherungsrechtlich zurückzustellen sind.<sup>183</sup> Aber nicht nur bei der Wandlung kann es zu einem Vorteil des Käufers kommen, sondern auch bei der Verbesserung einer Sache, wobei Vorteile verschiedenster Natur denkbar sind. Zum einen kann dadurch ein Vorteil entstehen, dass durch die Verbesserung eine neue Technologie verwendet wurde, weshalb die Sache zusätzliche Qualitäten aufweist und sich so ihre Lebensdauer verlängert. Auf der anderen Seite kann es zu einem Vorteil kommen, wenn durch die Verbesserung eines

---

<sup>179</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 18.

<sup>180</sup> Vgl dazu ausführlich *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 70.

<sup>181</sup> *B. Jud*, JBl 2000, 2, bringt dabei das Beispiel der Nutzung eines Pkws, der nach einem Jahr nach der Übergabe aufgrund der Wandlung des Vertrages zurückgestellt wird und der Übernehmer also das Auto für ein Jahr benutzen konnte.

<sup>182</sup> Mit der Bereicherungsklage *conditio causa finita* nach § 1435 ABGB, vgl dazu *Rummel* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 1435 Rz 2.

<sup>183</sup> *Kurschel*, Gewährleistung 46.

Mangels auch ein mangelfreier Teil erneuert wird, der auch früher oder später ersetzt bzw verbessert hätte werden müssen.<sup>184</sup>

Der OGH hat sich diesem Thema zum ersten Mal bei einer Entscheidung angenommen.<sup>185</sup> Dabei war dieser der Ansicht, dass es nahezu unvermeidlich ist, dass sich aus einer verspäteten Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch eine Verbesserung Vorteile für den Käufer insofern ergeben, da mit der Verbesserung als Nebenwirkung auch Mängel beseitigt werden, die inzwischen entstanden sind und durch die Verbesserung mit saniert werden. Dennoch sei der Gewährleistungspflichtige nicht dazu berechtigt für Vorteile, die aus der verspäteten Erfüllung der Leistungspflicht entstanden sind, Entgelt zu verlangen.

In der Literatur ist der Vorteilsausgleich seit langem umstritten.<sup>186</sup> Jedoch hat sich das GewRÄG diesbezüglich nicht geäußert, weshalb weiterhin nicht ganz klar erscheint, inwieweit sich der Übernehmer Vorteile aus einer Verbesserung bzw Wandlung anrechnen lassen muss.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> *B. Jud*, JBl 2000, 2.

<sup>185</sup> SZ 55/29.

<sup>186</sup> *Kurschel*, Gewährleistung 74ff, schließt sich der Entscheidung des OGHs in diesem Fall an. Dessen Ansicht nach sei es durchaus gerechtfertigt, dem Besteller Vorteile, die durch eine Verbesserung entstehen, unentgeltlich zukommen zu lassen. Jedoch gesteht *Kurschel*, aaO, dass die Grenze zwischen den anzurechnenden und irrelevanten Vorteilen schwer zu ziehen sei. *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 17, ist prinzipiell für eine Berücksichtigung von Vorteilen, nämlich dann, wenn die Leistung zur Beseitigung der Mangelhaftigkeit selbst qualitativ besser ist als die ursprünglich geschuldete, so dass ein messbarer Vorteil entsteht. Gegen einen Vorteilsausgleich im Gewährleistungsrecht spricht sich *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 108f, aus, da dessen Ansicht nach, Verbesserungen, welche eine Änderung des bisherigen Vertrages voraussetzen, nur im Rahmen einer Vertragsänderung zu einer zusätzlichen Entgeltspflicht führen können. Eine einseitige Vertragsänderung sei aber unmöglich. Nach *Fenyves*, Vorteilsausgleichung im Gewährleistungsrecht?, JBl 1999, 2ff, existiert im österreichischen Vertragsrecht kein allgemeines Prinzip zur Vorteilsausgleichung. Zu prüfen sei vielmehr ob ein Verbesserungsbegehren wegen des besonders hohen Vorteils rechtsmissbräuchlich sei, wobei eine Evaluierung der beiderseitigen Interessen durchzuführen ist.

<sup>187</sup> Vgl ausführlich zu den Problematiken und auch Modalitäten eines Vorteilsausgleiches *B. Jud*, JBl 2000, 2ff.





## 7. Schadenersatz statt Gewährleistung

Nach Art 8 Abs 1 der RL werden sowohl die vertraglichen als auch die außervertraglichen Haftungsregelungen der Mitgliedstaaten durch die Richtlinie nicht berührt. Demnach steht es den nationalen Gesetzgebern frei, neue Bestimmungen bezüglich des Schadenersatzrechtes zu erlassen.

Seit der schon oben genannten Entscheidung des OGH vom 7.3.1990 wird nun im österreichischen Zivilrecht die volle Konkurrenz von Schadenersatz und Gewährleistung bejaht. Nach hA kann nun also der Übernehmer bei Leistung einer mangelhaften Sache statt Gewährleistung auch Schadenersatz verlangen.<sup>188</sup> Im Mittelpunkt der zahlreichen Diskussionen in der Lehre stand dabei die unterschiedliche Länge der Fristen, da dem Schadenersatzanspruch mit einer Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 1489 fast keine zeitlichen Grenzen gesetzt waren. Demnach wurde der Ruf nach einer Reform und einer diesbezüglichen Angleichung der verschiedenen Ansprüche immer lauter.<sup>189</sup> Zudem sorgte die Möglichkeit des sofortigen Geldersatzes beim Schadenersatzrecht für viel Diskussionsstoff, weshalb schon im MEntw 1995 der gewährleistungsrechtliche Vorrang der Verbesserung auch für das Schadenersatzrecht übernommen wurde.

Durch das GewRÄG wurde nun entsprechend reagiert und eine Angleichung der Regelungen geschaffen, weshalb der Übernehmer nun nach § 933a Abs 1 auch Schadenersatz fordern kann, wenn der Übergeber den Mangel verschuldet hat. Nach den Erläuterungen darf dieser Begriff der schuldhaften Herbeiführung des Mangels nicht zu eng ausgelegt werden, weshalb auch dann ein Anspruch auf Schadenersatz zusteht, wenn der Übergeber den Mangel vor Übergabe der Sache schuldhaft nicht beseitigt hat.<sup>190</sup>

### 7.1 Vorrang der Naturalrestitution

Den nun geltenden Vorrang der Naturalrestitution normiert § 933a Abs 2, wonach der Übernehmer auch im Schadenersatzrecht zuerst nur die Verbesserung oder den

---

<sup>188</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 80.

<sup>189</sup> *Welser*, Entscheidung des verstärkten Senates und Reform des Gewährleistungsrechts, ÖJZ 1993, 753ff.

<sup>190</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 20.

Austausch verlangen kann. Diese Harmonisierung der Ansprüche aus der Gewährleistung und dem Schadenersatzrecht war auch deshalb notwendig, weil sonst der im Gewährleistungsrecht normierte Vorrang der Verbesserung unterlaufen worden wäre.<sup>191</sup> Somit kann der Übernehmer primär nur zwischen der Verbesserung und dem Austausch wählen, wobei jedoch der Übergeber auch hier dem Übernehmer entgegenhalten kann, dass der gewählte Behelf mit einem verhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dies lässt sich aus § 933a Abs 2 ableiten, wonach der Übernehmer dann Geldersatz verlangen kann, „*wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.*“<sup>192</sup>

## 7.2 Geldersatz als sekundärer Anspruch

Zum Geldersatz kommt der Übernehmer nach § 933a Abs 2 in den gleichen Fällen wie nach § 932 Abs 4 zur Preisminderung oder der Wandlung.<sup>193</sup> Eine strittige Frage ist jene der Berechnung des Geldersatzes. Damit der Übernehmer einen Nichterfüllungsschaden, also den Schaden aus der mangelhaften Vertragserfüllung, geltend machen kann, muss der Übergeber eine Erfüllungspflicht verletzt haben. Dies wird auf jeden Fall bei mangelhafter Erfüllung eines Werkvertrages bzw beim Gattungskauf zu bejahen sein. Allerdings stellt sich beim Spezieskauf das Problem eines ursprünglich unbehebbareren Mangels, dass der Übergeber nicht zur Behebung verpflichtet ist, da niemand zur Herstellung eines unmöglichen Erfolges verpflichtet ist.<sup>194</sup> Wenn der Übernehmer die Sache so leistet, wie diese beim Vertragsabschluss beschaffen war, also keine Leistungspflicht verletzt, muss er keinen Erfüllungsschaden, sondern lediglich den Vertrauensschaden ersetzen.<sup>195</sup> Für den Fall, dass der Übergeber die Sache zwischen Vertragsabschluss und Übergabe schuldhaft beschädigt oder einen Mangel schuldhaft nicht beseitigt, muss dieser hingegen auch das positive Vertragsinteresse leisten.<sup>196</sup> Das Erfüllungsinteresse kann als Ersatz der Mangelbehebungskosten als Wertdifferenz zwischen dem Wert der Leistung mit Mangel und ohne Mangel oder als Rückerstattung des Kaufpreises bei

---

<sup>191</sup> So schon *Welser/Jud*, Reform 99ff; dem folgend RV 422 BlgNR 21. GP 20.

<sup>192</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 10.

<sup>193</sup> Dazu oben unter Punkt 6.2 (III).

<sup>194</sup> *Welser*, Schadenersatz 33 mwN.

<sup>195</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 82.

<sup>196</sup> Dies auch dann, wenn die Beschaffenheit der Spezies ausdrücklich oder stillschweigend garantiert wurde, vgl *Welser*, Schadenersatz 33.

Vertragsaufhebung gefordert werden.<sup>197</sup> Allerdings ist diese schuldrechtliche Wandlungsmöglichkeit bei geringfügigen Mängeln ausgeschlossen, da ansonsten die Ratio des § 932 Abs 4 umgangen werden könnte, weshalb in solchen Fällen lediglich eine Wertdifferenz verlangt werden kann.<sup>198</sup>

Durch § 933a Abs 2 wird nun auch klargestellt, dass der Übernehmer bei Verzug der Verbesserung oder des Austausches den Ersatz der Mangelbehebungskosten fordern kann. Gleiches gilt für den Fall, dass der Übergeber die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verweigert.<sup>199</sup>

### 7.3 Verjährung des Schadenersatzanspruches

Das Schadenersatzrecht nach § 933a unterliegt der allgemeinen Verjährungsfrist des § 1489. Demnach hat der Übernehmer den Ersatz des Schadens innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, spätestens aber nach dreißig Jahren, geltend zu machen. Gerade die lange Verjährungsfrist von dreißig Jahren war ein wesentlicher Diskussionspunkt bei den Reformüberlegungen.

Gerade durch die Beweislastverteilung nach § 1298 fällt es dem Übergeber schwer sein Verschulden nach längerer Zeit abzuwenden.<sup>200</sup> Folglich hat der MEntw 1995 eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vorgesehen, wenn es sich um Schäden infolge einer Mangelhaftigkeit handelt.<sup>201</sup> Jedoch wurde eine solche Verkürzung der Frist nicht vorgenommen, da nach den Erläuterungen zu sehr in die bisherige Rechtsstellung des Übernehmers eingreifen würde.<sup>202</sup> Dies würde einer Verbesserung der Rechtsposition des Übernehmers bzw Verbrauchers widerstreben und somit das Ziel des Entwurfes verfehlen.<sup>203</sup> Somit hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, eine Beweislastumkehr zugunsten des Übergebers einzuführen, um die durch die

---

<sup>197</sup> Welser, aaO.

<sup>198</sup> B. Jud, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003) 295.

<sup>199</sup> Auch nach dem GewRÄG ändert sich nichts an dem vom OGH praktizierten Zuspruch der abstrakten Mangelbehebungskosten, also des vollen Kostenersatzes einer Verbesserung auch wenn diese gar nicht durchgeführt wurde, vgl dazu OGH in eolex 1993, 377; sowie OGH in RdU 1997/59.

<sup>200</sup> Welser, Schadenersatz 101f, ist korrekterweise der Ansicht, dass die Verjährung des Schadenersatzanspruches wegen einer Mangelhaftigkeit nicht genauso gesehen werden kann wie die Verjährung eines deliktischen Schadenersatzanspruches.

<sup>201</sup> Dies sollte § 13 PHG entsprechen, welcher ebenfalls eine zehn jährige Verjährung der Gefährdungshaftung vorsieht, vgl Welser/Jud, Gewährleistung § 933a Rz 25.

<sup>202</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 21.

<sup>203</sup> Welser/Jud, Gewährleistung § 933a Rz 26.

Verschuldensvermutung des § 1298, erschwerte Position des Übergebers zu verbessern. Demnach obliegt dem Übernehmer gemäß § 933a Abs 3 nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache der Beweis des Verschuldens des Übergebers an der Mangelhaftigkeit der Sache und eines durch diese verursachten weiteren Schadens. Es soll so in vielen Fällen ein allfälliger Schadenersatz faktisch auf zehn Jahre befristet werden. Die Beweislastumkehr ist sowohl bei der Geltendmachung von Mangel- als auch Mangelfolgeschaden anzuwenden. Allerdings war die Befristung der Beweislastumkehr für Mangelfolgeschäden nicht immer vorgesehen. Auch wurde in der RV die Beweislastumkehr bezüglich der Geltendmachung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden differenziert behandelt und eine Befristung nur für Mangelschäden statuiert. Allerdings wäre es aufgrund dieser unterschiedlichen Behandlung der Befristung hinsichtlich der Beweislastumkehr in manchen Fällen zu unangemessenen Ergebnissen gekommen.<sup>204</sup> Folglich wurde vom JA<sup>205</sup> gefordert, die Befristung der Beweislastumkehr auch für Mangelfolgeschäden zu normieren, da eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Mangel- und Mangelfolgeschäden nicht ersichtlich war. Nach hM beginnt die lange Verjährungsfrist von dreißig Jahren mit der Übergabe zu laufen, da der Zeitpunkt der schädigenden Handlung maßgeblich ist.<sup>206</sup>

Im Vergleich zur allgemeinen Frist von dreißig Jahren beginnt die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 1489 mit der Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen. Als Schädiger kann bei der vertraglichen Haftung nur der Verkäufer bzw Werkunternehmer in Frage kommen. Ein Schaden besteht dann, wenn

---

<sup>204</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 40, führen dabei folgendes Beispiel an: „Ein Übernehmer macht elf Jahre nach der Übergabe sowohl den Ersatz des Mangelschadens als auch den Ersatz des Mangelfolgeschadens geltend. Hinsichtlich des Verschuldens gelingt kein Beweis, dh weder kann sich der Übergeber vom Verschulden freibeweisen noch kann der Übernehmer das Verschulden des Übergebers beweisen. Die Anwendung des § 1289 beim Mangelfolgeschaden und die Nichtanwendung des § 1289 beim Mangelschaden hätte zu der Konsequenz geführt, daß auf der Grundlage desselben schädigenden Verhaltens die Klage hinsichtlich des Mangelschadens abzuweisen gewesen wäre, weil das Verschulden nicht bewiesen werden konnte, der Klage hinsichtlich des Mangelfolgeschadens aber stattzugeben gewesen wäre, weil sich der Übergeber nicht vom Verschulden freibeweisen konnte.“

<sup>205</sup> JA 522 BlgNR 21 GP 2.

<sup>206</sup> *Welser*, Schadenersatz 87f; ferner *Welser/Jud*, Reform 145ff. AA *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht (1997) Rz 15/18f, der die mögliche Geltendmachung des Anspruchs als Voraussetzung der Verjährung sieht, weshalb man vom Eintritt des Schadens als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung auszugehen habe. Jedoch ändert sich nichts, da die schädigende Handlung wie auch der Schadenseintritt erst mit Übergabe der Sache an den Übernehmer aufgrund einer festgestellten Mangelhaftigkeit feststeht, vgl dazu *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 38.

die Leistung nicht die vertraglichen Eigenschaften aufweist, also ein Mangel vorliegt. Demnach beginnt die Frist grundsätzlich mit Kenntnis der Mangelhaftigkeit zu laufen.<sup>207</sup> Es kam zu keiner Änderung dieser Frist durch das GewRÄG. Auf der anderen Seite geht die ständige Rsp davon aus, dass eine Verjährung erst dann zu laufen beginnt, wenn feststeht, dass die Verbesserung misslingt bzw wenn diese vom Übergeber verweigert wird.<sup>208</sup> Diese Ansicht der Judikatur wird jedoch von der Lehre stark kritisiert, da ja aus § 933a hervorgehe, dass ab der Ablieferung der Sache sofort Schadenersatz statt Gewährleistung verlangt werden könne, weshalb dieser Anspruch auch ab diesem Zeitpunkt zu verjähren beginnen müsse, denn ein solcher hätte schon ab diesem Zeitpunkt ausgeübt werden können.<sup>209</sup> Dies hat sich auch nicht durch die Einführung des Vorrangs der Verbesserung verändert.<sup>210</sup>

#### 7.4 Vertraglicher Haftungsausschluss

Die Schadenersatzansprüche sind gleich den Gewährleistungsansprüchen grundsätzlich abdingbar, dies jedoch nicht uneingeschränkt.<sup>211</sup> Ein etwaiger Ausschluss der Haftung für ein vorsätzliches Verhalten ist unzulässig. Übereinstimmung in der Lehre besteht auch darin, dass ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit in AGB nicht wirksam vereinbart wird.<sup>212</sup> Jedenfalls ist ein Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit bei Verbrauchergeschäften unzulässig, dafür spricht § 6 Abs 1 Z9 KSchG. Hinsichtlich eines Ausschlusses für leichte Fahrlässigkeit ist zu differenzieren, ob eine zur Bearbeitung übernommene Sache einen Schaden davon getragen hat oder ein sonstiger Sachschaden eingetreten ist. Bei zu bearbeitenden Sachen muss davon ausgegangen werden, dass der Ausschluss nur bei besonderer Aushandlung zulässig ist. Bei allen sonstigen Schäden kann ein solcher Ausschluss auch in AGBs zulässig vereinbart werden.<sup>213</sup>

---

<sup>207</sup> *Welser/Jud*, Reform 147.

<sup>208</sup> OGH in JBl 1996, 392, wobei die Ansicht vertreten wird, dass der Schaden für den Besteller erst mit dem Scheitern des Verbesserungsversuches oder der endgültigen Verweigerung der Verbesserung feststehe.

<sup>209</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 30ff. Zudem verweisen diese darauf, dass gerade die Verjährung der Frist durch einen Verbesserungsversuch bzw durch eine Verbesserungszusage des Übergebers gehemmt bzw unterbrochen werde.

<sup>210</sup> Vgl ausführlich zum Meinungsstreit *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 31ff.

<sup>211</sup> Zur Unabdingbarkeit der Gewährleistungsausschlüsse im Verbrauchergeschäft siehe unten unter Punkt 10.3 (III).

<sup>212</sup> *Welser*, Schadenersatz 81ff.

<sup>213</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933a Rz 44. Dies ergibt sich demnach aus § 6 Abs 1 Z9 KSchG, da nur der Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten als unzulässig gilt.

Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast ist auf § 1298 zu verweisen, wonach der Schädiger beweisen muss, dass ihm kein grobes Verschulden zur Last gelegt werden kann, wenn dieser nach dem Vertrag nur für grobe Fahrlässigkeit haften soll. Demnach greift die Beweislastumkehr nur für leichte Fahrlässigkeit, es sei denn, es wurde die Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich ausgeschlossen. In diesen Fällen kommt die Beweislastumkehr folglich auch für das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit zur Anwendung.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> *B. Jud*, *ecolex* 1997, 570.

## 8. Besonderer Rückgriff nach § 933b

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat sich nach langen Diskussionen entschlossen, keine unmittelbare Herstellerhaftung einzuführen. Allerdings sorgt eine solche weiterhin für großen Diskussionsstoff.<sup>215</sup> Die Richtlinie sieht einen besonderen Rückgriff des Letztverkäufers gegen den oder die Haftenden nach Art 4 vor, weshalb der Richtlinie eine über das Verbraucherrecht hinausgehende Bedeutung zukommt. Jeder Mitgliedstaat soll nach Satz 2 *leg cit* den oder die Haftenden bestimmen und das entsprechende Vorgehen bzw die Modalitäten des Regresses normieren. Daraus ergibt sich eine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, ein entsprechendes effektives Regressrecht des Letztverkäufers zu normieren.<sup>216</sup>

Nach dem GewRÄG 2002 wird dieser besondere Rückgriff nun in § 933b geregelt, wonach ein Unternehmer, der einem Verbraucher Gewähr leistet von seinem Vormann, wenn dieser auch Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 die Gewährleistung fordern kann. Dasselbe gilt, so § 933b weiter, für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachfolger Gewähr geleistet haben. Im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage kann demnach lediglich die Fristenverlängerung als Veränderung angesehen werden, da nun die Gewährleistungsansprüche unter gewissen Voraussetzungen auch nach Ablauf der Frist geltend gemacht werden können, um so den Letztverkäufer vor einer etwaigen Verjährung seiner Ansprüche zu bewahren. Es kommt somit zu einem Regressrecht innerhalb der Absatzkette, bei dem jedes Glied dieser Kette seine Ansprüche gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner richten kann. Dieser Regress kann bis zum Hersteller zurückreichen, um so den wahren Schuldigen der Mangelhaftigkeit der Sache belangen zu können.<sup>217</sup> Allerdings ist im Vergleich zur RL nach § 933b kein direkter Rückgriff zu Zwischenpersonen vorgesehen, jedoch ist diese Bestimmung als richtlinienkonform zu werten, da die RL es den Mitgliedstaaten in Art 4 S 2 freistellt, den oder die Haftenden zu bestimmen.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 6.1 (I).

<sup>216</sup> Zu den unterschiedlichen Ansichten bezüglich der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Schaffung eines eigenen Regressstatbestandes, siehe oben unter Punkt 6.2 (I).

<sup>217</sup> *B. Jud.*, ZfRV 2001, 202f.

<sup>218</sup> *Ofner in Schwimann*, ABGB § 933b Rz 3.



## 8.1 Voraussetzungen

Notwendige Voraussetzung des besonderen Rückgriffes nach § 933b ist die Tatsache, dass ein Verbraucher am Ende der Absatzkette steht und diesem Gewähr geleistet wurde.<sup>219</sup> Folglich berechtigen Rechtsgeschäfte zwischen zwei Verbrauchern sowie zwischen zwei Unternehmern nicht zum Regress gegenüber dem Vormann. Auf solche Verträge zwischen zwei Verbrauchern sind die allgemeinen Gewährleistungs- bzw. Schadenersatzregelungen heranzuziehen. Diese Einschränkung des besonderen Rückgriffes auf Verbrauchergeschäfte am Ende der Absatzkette wurde stark kritisiert und kann durch das Argument, dass das Gewährleistungsrecht nur zugunsten des Verbrauchers unabdingbar ist, nicht entkräftet werden.<sup>220</sup> Zudem ist der Regress nur gegen einen anderen Unternehmer möglich, weshalb ein Verbraucher nicht mit einem Rückgriff rechnen muss.<sup>221</sup> Dieser kann somit nur innerhalb der Fristen der allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen gemäß § 933 belangt werden.

Als zusätzliche Voraussetzung muss die Mangelhaftigkeit auf ein Handeln oder Unterlassen eines Dritten zurückgeführt werden können, sodass ein Regress dann unzulässig ist, wenn der Letztverkäufer selbst die Mangelhaftigkeit herbeigeführt hat. Ob eine Mangelhaftigkeit vorliegt, wird nach den schon genannten Kriterien des § 922 beurteilt.<sup>222</sup>

Allerdings ist der Letztverkäufer nur dann regressberechtigt, wenn dieser seine Pflicht zur Gewährleistung tatsächlich erfüllt hat und somit dem Verbraucher tatsächlich Gewähr geleistet wurde. Somit muss der Regressberechtigte tatsächlich in Anspruch genommen worden sein, sodass ein wirtschaftlicher Nachteil für diesen entstanden ist. Ein Anerkenntnis des Übergebers reicht hingegen nicht aus, um den Übergeber mit dem

---

<sup>219</sup> RV 422 BlgNR 21. GP 22.

<sup>220</sup> Kritisch dazu *Augenhöfer*, Skizzen zum Händlerregreß und zur „Direktklage“ in FS Krejci (2001) 1028; sowie *Welser*, *ecolex* 2001, 425. Für *Ofner* in *Schwimann*, ABGB § 933b Rz 4, ist diese Unterscheidung gerechtfertigt. Dieser führt dabei die für einen Unternehmer gebotene Lagerhaltung für die Unterscheidung zu Verbraucher als Verkäufer ins Treffen. Für *B. Jud*, ZfRV 2001, 205f, sei es nicht gerechtfertigt, dass ein Verbraucher, der die Sache von einem Unternehmer kauft und einem Verbraucher weiterverkauft, kein besonderes Regressrecht besitzt. IdS auch *P. Bydlinski*, JBl 2005, 694, der sich für eine analoge Anwendung des § 933b in solchen Fällen in denen der Verbraucher Letztverkäufer ist ausspricht.

<sup>221</sup> *Fischer-Czermak*, in FS Krejci 1178f.

<sup>222</sup> Dabei kann das zur Richtlinie Ausgeführte für die österreichische Bestimmung übernommen werden. Siehe dazu oben unter Punkt 6.2.1 (I).

Rückgriffsrecht nach § 933b entsprechend zu privilegieren.<sup>223</sup> Folglich können auch nicht reine Kulanzleistungen ohne entsprechende Gewährleistungspflicht einen Anspruch auf den besonderen Rückgriff nach § 933b auslösen.<sup>224</sup>

Der besondere Rückgriff ist auch dann möglich, wenn der Verbraucher statt der Gewährleistung Schadenersatzansprüche gemäß § 933a geltend gemacht hat. In diesen Fällen kann der Letztverkäufer aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Regressrechtes jedoch lediglich Gewährleistung von seinem Vormann verlangen. Bei einem Verschulden des Letztverkäufers steht diesem natürlich kein Rückgriff zu.<sup>225</sup>

Darüber hinaus steht das besondere Rückgriffsrecht als Gewährleistungsanspruch nur jenem Unternehmer zu, dem selbst vom Vormann mangelhaft geleistet wurde. Somit steht das Rückgriffsrecht nur in jenen Fällen, in denen der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits bei Übergabe durch den jeweiligen Vormann vorhanden war.<sup>226</sup> Dementsprechend ist ein Rückgriff dann nicht möglich, wenn der Mangel auf einer vom Letztverkäufer zugesicherten Eigenschaft basiert.<sup>227</sup> Der Rückgriffsanspruch ist als Gewährleistungsanspruch verschuldensunabhängig. Dementsprechend ist auch die in § 924 normierte widerlegbare Mangelvermutung innerhalb der ersten sechs Monate ab dem Zeitpunkt der Übergabe anzuwenden.<sup>228</sup>

Die allgemeinen Gewährleistungsrechte bleiben jedenfalls durch das besondere Rückgriffsrecht unberührt, sodass diese jederzeit innerhalb der Fristen des § 933 geltend gemacht werden können. Nach Ablauf dieser Fristen kann nur noch der

---

<sup>223</sup> P. Bydlinski, JBl 2005, 693.

<sup>224</sup> B. Jud, ZfRV 2001, 208f. Ofner in Schwimann, ABGB § 933b Rz 6 sieht einen Ausschluss des Regressrechtes auch für den Fall, dass der Übergeber seinem Nachmann nach Fristablauf Gewähr geleistet hat, da in diesem Fall zwar eine Naturalobligation jedoch keine Gewährleistungspflicht mehr besteht.

<sup>225</sup> Welser/Jud, Gewährleistung § 933b Rz 19; ferner Ofner, aaO, der die Zulässigkeit dieses Analogieschlusses in der Schutzwürdigkeit des leistenden Übergebers auch bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gem § 933a sieht. Darüber hinaus führt dieser aus, dass es im gegenteiligen Fall dem Verbraucher durch Wahl der Anspruchsgrundlage überlassen wäre, das Regressrecht des Übergebers entsprechend auszuschließen.

<sup>226</sup> B. Jud, ÖJZ 2000, 663; ferner Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 669.

<sup>227</sup> B. Jud, aaO; dieselbe, ZfRV 2001, 207.

<sup>228</sup> Ofner in Schwimann, ABGB § 933b Rz 11, der den Übergabezeitpunkt an den Regressberechtigten als maßgeblich für den Lauf der Vermutungsfrist als maßgeblich betrachtet.

Regressanspruch nach § 933b unter den zuvor genannten Voraussetzungen geltend gemacht werden.<sup>229</sup>

## 8.2 Inhalt des Rückgriffes

Der besondere Rückgriff richtet sich inhaltlich nach den Gewährleistungsrechten des § 932, sodass primär lediglich die Verbesserung oder der Austausch verlangt werden kann. Somit gilt die Rangordnung der Behelfe auch innerhalb des besonderen Regressrechtes.<sup>230</sup> Eine Einschränkung der Rangordnung ergibt sich bei Fällen der Preisminderung, da die Sache nicht zurückgegeben wird, weshalb auch eine Verbesserung unmöglich ist.<sup>231</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass der Verbraucher Verbesserung geltend gemacht hat. Gerade in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Letztverkäufer die Gewährleistungsrechte des Austauschs und jenen der Wandlung gegenüber seinem Vormann geltend machen kann. Insbesondere in Bezug auf die Wandlung wird jedoch die Ansicht vertreten, dass der Letztverkäufer auch in diesem Fall Anspruch auf Wandlung hat, da eine Unmöglichkeit der Rückstellung des Produkts dann nicht zum Verlust des Wandlungsrechts führt, wenn diese Unmöglichkeit zufällig eingetreten ist.<sup>232</sup> Für den Fall, dass der Verbraucher Verbesserung verlangt, kann der Letztverkäufer jedenfalls nicht selbst eine solche Verbesserung im Wege des Regressrechtes gegenüber seinem Vormann geltend machen, da es in diesem Fall zur Überwälzung der Vornahme der Verbesserung kommen würde und es so an der Voraussetzung der tatsächlichen Vornahme der Gewährleistung für das Rückgriffsrecht mangelt.<sup>233</sup>

Hinsichtlich der Höhe des Regressanspruches hüllt sich die Richtlinie in Schweigen. Gemäß Art 4 sollen die Mitgliedstaaten die Modalitäten des Rückgriffes regeln, weshalb auch diese Frage vom österreichischen Gesetzgeber zu klären war.<sup>234</sup> So bestimmt § 933b Abs 1 letzter Satz, dass der Regressanspruch mit der Höhe des eigenen Aufwandes begrenzt ist.<sup>235</sup> Nur der tatsächliche Aufwand des Letztverkäufers soll

---

<sup>229</sup> *Ofner in Schwimann*, ABGB § 933b Rz 12.

<sup>230</sup> *B. Jud*, ZfRV 2001, 209f.

<sup>231</sup> Zu besonderen Fällen siehe *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933b Rz 22ff.

<sup>232</sup> *B. Jud*, aaO; *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933b Rz 21.

<sup>233</sup> *B. Jud*, ÖJZ 2000, 667; *Ofner in Schwimann*, ABGB § 933b Rz 15, mwN.

<sup>234</sup> Zur Richtlinie siehe oben unter Punkt 6.2.2 (I).

<sup>235</sup> *Ofner in Schwimann*, ABGB § 933b Rz 16, sieht als Grund für diese Einschränkung den Normzweck des

demnach auf den Vormann überwältzt werden können, weshalb Handelsspannen innerhalb der Vertragskette nicht berücksichtigt werden. Somit kann schließlich von einer zweifachen Begrenzung des Regresses gesprochen werden. Zum einen kann der Letztverkäufer nur die ihm aus dem Vertrag mit dem Vormann zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend machen und zum anderen sind diese mit seinem tatsächlichen Aufwand beschränkt.<sup>236</sup>

### 8.3 Frist des besonderen Rückgriffes

Der Anspruch des besonderen Rückgriffes muss dem Letztverkäufer zumindest solange zustehen, als er vom Verbraucher in Anspruch genommen werden kann, um so einen effektiven Regress gewährleisten zu können. Folglich bestimmt § 933b Abs 2, dass der Rückgriffsanspruch innerhalb von zwei Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht geltend zu machen ist.<sup>237</sup> Demnach hat der Regressberechtigte ab der eigenen tatsächlichen Gewährleistung zwei Monate Zeit, den Anspruch gegen seinen unmittelbaren Vormann zu stellen.<sup>238</sup> Zusätzlich normiert Abs 2 eine absolute Verjährungsfrist des Regressanspruches, wonach die Haftung eines Rückgriffspflichtigen jedenfalls nach fünf Jahren ab Erbringung seiner eigenen Leistung an den Regressberechtigten verjährt.<sup>239</sup> Diese Einführung war aus Sicht der Berechenbarkeit und Versicherbarkeit des Risikos der Beteiligten der Absatzkette notwendig. Durch Streitverkündung wird die fünfjährige Frist für die Dauer des Rechtsstreites gehemmt.<sup>240</sup>

### 8.4 Dispositivität des Regressanspruches

Da ein Regressanspruch lediglich zwischen zwei Unternehmern stattfinden kann, ist dieser dispositiver Natur und kann somit durch vertragliche Vereinbarungen

---

§ 933b, da dieser lediglich einen Ausgleich für die erbrachte Gewährleistung an den Verbraucher darstellen soll.

<sup>236</sup> *Ofner in Schwimann*, aaO.

<sup>237</sup> Dabei ist auf die Beendigung einer etwaigen Verbesserung abzustellen, weil erst ab diesem Moment der gemachte Aufwand feststeht, *P. Bydlinski*, JBl 2005, 693. Eine bloße Zusage zur Verbesserung reicht demnach nicht aus.

<sup>238</sup> Die Frist beginnt also mit der tatsächlichen Erfüllung der Gewährleistung.

<sup>239</sup> *Ofner in Schwimann*, ABGB § 933b Rz 18, sieht durch diese Bestimmungen die Vorgaben der RL nicht erfüllt, da das Rückgriffsrecht des Letztverkäufers jedenfalls so lange bestehen muss, als dieser von einem Verbraucher in Anspruch genommen werden kann. Da nach Ablauf von 5 Jahren eine allfällige Haftung des Regressverpflichteten gegenüber seinem Nachmann endet, kann für den Fall, dass der Regressberechtigte die Sache länger als drei Jahre gelagert hat bevor er diese verkauft hat, keinen Regressanspruch mehr geltend machen.

<sup>240</sup> § 933b Abs 2 letzter Satz.

ausgeschlossen werden. So spricht sich auch die Richtlinie in Erwägungsgrund 9 für eine Abdingbarkeit des Regresses aus, da durch die Richtlinie die Vertragsfreiheit zwischen den Unternehmern nicht beeinträchtigt werden soll.

In Österreich muss ebenfalls davon ausgegangen werden, dass der besondere Regressanspruch nach § 933b nicht zwingender Natur ist und deshalb von den jeweiligen Vertragsparteien im Einzelfall ausgeschlossen werden kann. Ein solcher Ausschluss soll jedoch nach den Erläuterungen zur RV ähnlich eines Gewährleistungsausschlusses restriktiv, also innerhalb der Grenzen einer möglichen Sittenwidrigkeit nach § 879, zu interpretieren sein.<sup>241</sup> Ein Ausschluss des Regressanspruches ist jedenfalls nur zwischen den Vertragsparteien möglich und hat somit keine Auswirkungen für andere Vertragsverhältnisse innerhalb derselben Absatzkette.

## **8.5 Verhältnis zu den Bestimmungen der Mängelrüge nach dem UGB**

Die Richtlinie enthält keine Vorgaben hinsichtlich der Einführung bzw. Beibehaltung einer allfälligen Mängelrüge im Rahmen des besonderen Rückgriffs. Da eine Mängelrüge selbst für Verbrauchergeschäfte von den Mitgliedstaaten in das nationale Recht eingeführt werden kann, muss nach einem Größenschluss ebenfalls davon ausgegangen werden, dass dies jedenfalls auch für den Handelskauf, demnach für Geschäftsbeziehungen zwischen zwei Unternehmern, möglich und durchaus zulässig ist.

Das GewRÄG enthält keine spezielle Bestimmung bezüglich der Rügepflicht, weshalb § 377 UGB, der eine Rügepflicht für Kaufleute normiert, weiterhin unberührt bleibt. Die Erfüllung dieser Rügepflicht ist demnach als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Regressrechtes nach § 933b zu sehen. Unterbleibt das Anzeigen des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist, so verliert der Verkäufer jeden Gewährleistungsanspruch und somit auch den allfälligen Regressanspruch gegenüber seinem Vormann.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> RV 422 B1gNR 21. GP 22.

<sup>242</sup> B. Jud., ÖJZ 2000, 667 FN 37; *dieselbe*, ZfRV 2001, 217.

## 9. Fristen

Ein ebenfalls viel diskutierter Bereich im Prozess der Richtlinienerlassung war jener der Gewährleistungsfristen, da die Unterschiede bezüglich der Länge der Fristen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten bislang doch sehr markant waren.<sup>243</sup>

Auch in Österreich gab es diesbezüglich schon seit längerem Diskussionen, da die bisher geltende Sechsmonatsfrist als zu kurz angesehen wurde.<sup>244</sup> Auf Grundlage dieser zahlreichen Reformdiskussionen wurde bereits im Ministerialentwurf 1995<sup>245</sup> eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren für bewegliche Sachen vorgesehen. Allerdings wurde die Dreijahresfrist nicht aufrecht erhalten, obwohl sie aufgrund des Mindestschutzcharakters der Richtlinie zulässig gewesen wäre. In Europa wurde jedoch durchwegs von beinahe allen Mitgliedstaaten eine Zweijahresfrist normiert, welche einen Kompromiss zwischen den Verkäufern und Verbrauchern darstellt.<sup>246</sup> Eine Dreijahresfrist hätte somit einen Wettbewerbsnachteil für die österreichische Wirtschaft bringen können.<sup>247</sup>

Der neue § 933 bestimmt nun unter dem Titel „Verjährung“, dass das Recht auf Gewährleistung bei unbeweglichen Sachen binnen drei Jahren und bei beweglichen Sachen binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden muss. Bezüglich der unbeweglichen Güter waren keine europäischen Vorgaben zu beachten, da die Richtlinie solche Güter vom Anwendungsbereich ausgenommen hat. Einer Verkürzung dieser Frist auf zwei Jahre stand demnach nichts im Wege, eine Vereinheitlichung der beiden Fristen wurde aber schließlich vom österreichischen Gesetzgeber unterlassen. Die unterschiedliche Länge der Fristen wird heute zunehmend kritisiert, da kein rechtfertigender Grund dafür zu erblicken ist. Aufgrund der Tatsache, dass der Grund der Differenzierung sehr undeutlich ist, kommt es oft zu Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der Einordnung als bewegliche oder unbewegliche Sachen iSd Gewährleistungsrechts, zB beim Einbau von beweglichen in unbewegliche Sachen.

---

<sup>243</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 7 (I).

<sup>244</sup> *Welser*, Schadenersatz 100; *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 152; *Kandut*, Gewährleistungsrecht beim Kauf (1992) 243.

<sup>245</sup> Siehe dazu MEntw 1995, abgedruckt in *Welser/Jud*, Reform 207.

<sup>246</sup> *Welser/Jud*, Reform 138.

<sup>247</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung 85f.

## 9.1 Beginn der Gewährleistungsfrist

Art 5 Abs 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie stellt auf die Lieferung als Zeitpunkt für den Beginn der Frist ab. Dabei wird dieser Zeitpunkt nicht genauer definiert.<sup>248</sup> Nach § 933 beginnt die Frist mit der Ablieferung der Sache, also ab der Übernahme der Ware durch den Käufer.<sup>249</sup> Dies entspricht der Vorgabe der Richtlinie. Es wurde zwar lange Zeit in den Vorarbeiten zum GewRÄG erwogen, dass nicht die Ablieferung sondern die Erkennbarkeit des Mangels maßgeblich sein sollte. Allerdings wurde dieser Vorschlag wieder verworfen, obwohl ein solcher richtlinienkonform gewesen wäre, wenn die Gewährleistungsfrist zumindest zwei Jahre ab Ablieferung betragen hätte.

Es soll jedoch bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften, die im Zeitpunkt der Ablieferung absolut nicht feststellbar sind, zur Anknüpfung an die sichere Erkennbarkeit des Mangels kommen.<sup>250</sup> Es handelt sich hierbei um einen Grundsatz, der zu § 933 aF über den Beginn der Gewährleistungsfristen bei versteckten Mängeln entwickelt wurde. Versteckte Mängel sind solche Sachmängel, die ihrer Natur nach nicht erkennbar sind, also zum Zeitpunkt der Ablieferung von niemandem feststellbar sind. Wenn es sich dabei um eine zugesicherte Eigenschaft handelt, von der die Vertragsparteien ausgehen, dass deren Vorhandensein erst nach einer Zeit feststellbar ist, wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Fristenlauf erst mit Erkennbarkeit beginnt.<sup>251</sup>

Als Begründung wird dabei eine Analogie zu den Rechtsmängeln erstellt, denn bei Rechtsmängeln beginnt die Frist nach § 933 Abs 1 erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Diese Regelung für Rechtsmängel bestand schon nach der bisherigen Fassung des § 933. Da die Frist erst mit Erkennbarkeit des

---

<sup>248</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 3.3 (I).

<sup>249</sup> Nach hA ist demnach die physische Übergabe und nicht der Gefahrenübergang maßgeblich, vgl dazu auch *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933 Rz 4; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 933 Rz 3 und 3b. AA *Mayrhofer* in *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>3</sup>, 451; *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 237ff; sowie *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 933 Rz 3a, 97ff. Ein Abgehen vom Zeitpunkt der Ablieferung ist für *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 933 Rz 3, für den Fall des vorwerfbaren Gläubigerverzugs denkbar, wonach folglich die Frist ab Gefahrenübergang zu laufen beginnen soll.

<sup>250</sup> So in den Erläuterungen zur RV 422 BlgNR 21. GP 20. So auch der OGH 10.10.1990, 2 Ob 535/90 = *ecolex* 1991, 84.

<sup>251</sup> Ein Teil der Lehre geht dabei davon aus, dass die Parteien bei solchen Eigenschaften den Beginn des Fristenlaufes auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels stillschweigend verlegt haben, *Gschnitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>2</sup>, 552f; *P. Bydlinski*, RdW 1986, 236f.

Mangel zu laufen beginnt und dem Verbraucher folglich zwei bzw drei Jahre verbleiben, um seine Gewährleistungsbehelfe in Anspruch zu nehmen, musste hinsichtlich der Richtlinienkonformität keine Änderung vorgenommen werden.

## 9.2 Rechtsnatur der Gewährleistungsfrist

Bislang betrachtete die überwiegende Lehre und auch die Rechtsprechung zu § 933 aF die Gewährleistungsfrist als Präklusivfrist, obwohl schon bislang in manchen Bereichen die Verjährungsregeln angewendet wurden, wie zB bei der Unterbrechung und Hemmung des Fristenlaufes.<sup>252</sup> Die Richtlinie hingegen spricht in Art 5 Abs 1 Satz 2 von Verjährungsfristen, bezweckt jedoch offenbar nur damit das Recht der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe zeitlich zu beschränken. Es werden dabei keinerlei Aussagen über die Natur dieser Frist getroffen, da auch einer Vielzahl von nationalen Rechten eine Unterscheidung zwischen Verjährungs- und Präklusivfrist gar nicht bekannt ist.

Nun stellt allerdings schon die Überschrift des § 933 klar, dass es sich um eine Verjährungsfrist handelt. Der Hauptunterschied dabei zur alten Präklusivfrist liegt dabei, dass die Verjährung ein an und für sich unbefristetes Recht zum Erlöschen bringt, während auf der anderen Seite eine Präklusion die Dauer eines Rechtes von Anfang an begrenzt.<sup>253</sup> Nach dem Ablauf einer Verjährungsfrist besteht deshalb im Gegensatz zur Präklusion eine Naturalobligation weiter, weshalb gemäß § 1432 das nach Ablauf der Frist Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Rechtsnaturen kann darin gesehen werden, dass Präklusivfristen von Amts wegen und Verjährungsfristen nur auf Einwendung zu berücksichtigen sind.<sup>254</sup> Eine Verlängerung der Verjährungsfrist wäre gemäß § 1502 unzulässig, weshalb dies für das Gewährleistungsrecht nun ausdrücklich in § 933 Abs 1 letzter Satz für zulässig erklärt wird.<sup>255</sup>

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geht nun von zwei verschiedenen Fristen aus. Zum einen muss die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe offenbar

---

<sup>252</sup> *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 131ff.

<sup>253</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2007) 205f.

<sup>254</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> 251.

<sup>255</sup> *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 933 Rz 4.



werden und zum anderen darf eine allenfalls im nationalen Recht bestehende Verjährungsfrist nicht vor Ablauf von zwei Jahren ab der Lieferung enden.<sup>256</sup>

Im Vergleich dazu normiert der österreichische Gesetzgeber in § 933 lediglich eine Verjährungsfrist, innerhalb derer der Käufer bzw. Übernehmer die Gewährleistungsansprüche gerichtlich geltend zu machen hat. Die Verjährungsfrist entspricht somit der Richtlinie, da sie nicht kürzer als zwei Jahre ab Lieferung ist. Nach § 933 Abs 3 kann der Übernehmer auch noch nach Ablauf von zwei Jahren die Geltendmachung des Mangels vornehmen, wenn er diesen innerhalb der Gewährleistungsfrist dem Übergeber außergerichtlich angezeigt hat. Dies entspricht dem bislang geltenden § 933 Abs 2. Durch die außergerichtliche Mangelanzeige kommt es zur Perpetuierung der Einrede. Somit kann der Übernehmer dem auf die Gegenleistung klagenden Übergeber auch noch nach Ablauf der Frist die Einrede der Mangelhaftigkeit der Ware entgegenbringen. Allerdings muss beachtet werden, dass dem Übernehmer diese Perpetuierung nur dann vom Vorteil ist, wenn dieser den Kaufpreis bzw. Werklohn noch nicht vollständig geleistet hat, denn ein Recht zur vollständigen Rückübereignung seines geleisteten Kaufpreises erhält der Übernehmer nicht, da dies das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung des Mangels unterlaufen würde.<sup>257</sup> Nach Ablauf der Verjährungsfrist bleibt eine Naturalobligation bestehen, mit der nicht aufgerechnet werden kann. Diese Naturalobligation kann zwar erfüllt, allerdings selbst nicht eingeklagt werden.

### 9.3 Rügepflicht

Die Richtlinie stellt den nationalen Gesetzgebern in Art 5 Abs 2 frei, ob diese eine Rügepflicht für den Verbraucher in ihre nationalen Rechtssysteme einführen oder nicht.<sup>258</sup>

Der österreichische Gesetzgeber hat von einer Einführung der Rügepflicht Abstand genommen und somit von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass dem österreichischen Privatrecht eine allgemeine

---

<sup>256</sup> Siehe dazu ausführlich unter Punkt 7 (I).

<sup>257</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 74.

<sup>258</sup> Zur Problematik der Rügepflicht und den Diskussionen über ihre Aufnahme in die Richtlinie siehe oben unter Punkt 7.2 (I).

Rügepflicht schlicht fremd ist.<sup>259</sup> Eine solche bestehe lediglich bei Kaufverträgen zwischen Gewerbetreibenden nach § 377 UGB und wäre so im Zeitalter des Konsumentenschutzes schwer einzusehen gewesen.<sup>260</sup> Jedoch stellt die außergerichtliche Anzeige des Mangels einen gewissen Vorteil für den Übernehmer dar, weil diesem durch die Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist nach § 933 die Geltendmachung des Mangels durch Einrede vorbehalten bleibt. Dabei kann von einer Perpetuierung der Einrede gesprochen werden.<sup>261</sup> Folglich kann der Übernehmer einer mangelhaften Sache dem Übergeberbegehren auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede der Mangelhaftigkeit der Sache entgegenhalten und somit eine Beseitigung des Mangels fordern.<sup>262</sup>

#### 9.4 Hemmung bzw Unterbrechung der Fristen

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie enthält keine Vorschriften über die Hemmung bzw Unterbrechung der Fristen. Lediglich in Erwägungsgrund 18 wird darauf eingegangen und den Mitgliedstaaten die alleinige Kompetenz dafür überlassen, für den Fall einer Nachbesserung oder einer Ersatzlieferung sowie für den Fall von Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien gegebenenfalls eine Hemmung oder Unterbrechung der Fristen vorzusehen.

Schon bislang konnten die Gewährleistungsfristen durch Anerkenntnis des Mangels unterbrochen oder gehemmt werden.<sup>263</sup> Da die Gewährleistungsfrist als Verjährungsfrist konzipiert ist, muss dies nun auch für den neu geschaffenen § 933 gelten, weshalb sowohl eine Anerkennung des Mangels als auch die Klageerhebung weiterhin zur Fristenunterbrechung hinsichtlich des anerkannten Mangels führt.<sup>264</sup> Durch die Unterbrechung beginnt die Frist wieder neu zu laufen. Sonstige Mängel sind jedoch innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend zu machen.<sup>265</sup> Problematisch und nicht eindeutig geklärt sind jene Fälle, bei denen es im Zuge der Verbesserung eines ursprünglichen Mangels zu einem neuen Mangel kommt. Hierbei wird eine

---

<sup>259</sup> Vgl RV 422 B1gNR 21. GP 10f.

<sup>260</sup> Welser, *ecolex* 1995, 16; vgl auch Welser/*Jud*, Reform 152.

<sup>261</sup> Vgl dazu OGH in *ecolex* 2003, 95.

<sup>262</sup> Vgl dazu allgemein Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht II*<sup>13</sup> (2007) 81f.

<sup>263</sup> So schon die bislang hA, vgl dazu Kurschel, *Gewährleistung* 103ff; Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht I*<sup>13</sup> 251, mwN.

<sup>264</sup> *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes 133.

<sup>265</sup> *Kurschel*, *Gewährleistung* 110.

ausdrückliche Regelung, ob auch hinsichtlich dieses neuen Fehlers die Frist wieder neu zu laufen beginnt, im Gesetz vermisst. In solchen Fällen ist der konkrete Mangel zwar noch nicht im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen, dieser ist erst durch die Verbesserung eines anderen Mangels entstanden und hängt somit mit diesem unmittelbar zusammen. Man kann davon ausgehen, dass auch für solche Mängel die Frist mit Übergabe der Sache nach der Verbesserung, durch welche der neue Mangel entstanden ist, beginnt.<sup>266</sup>

Darüber hinaus geht die hL davon aus, dass Vergleichsverhandlungen zwischen den Vertragsparteien zu einer Hemmung der Gewährleistungsfrist führen.<sup>267</sup> Dies bedeutet, dass die Verjährung bis zum wegfallenden Ereignis gehemmt und danach wieder fortgesetzt wird, allerdings nicht mehr neu zu laufen beginnt. Somit soll verhindert werden, dass der Verkäufer durch unnötigerweise lange Vergleichsverhandlungen ein Verjähren der Gewährleistungsfrist herbeiführen kann.

---

<sup>266</sup> *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 172.

<sup>267</sup> *Faber*, Handbuch Gewährleistungsrecht 170.

## 10. Spezielle Schutznormen für Verbrauchergeschäfte

Spezielle, den Verbraucher schützende, Gewährleistungsvorschriften befinden sich seit dem GewRÄG im Konsumentenschutzgesetz KSchG. Dabei enthält das KSchG etliche Bestimmungen wie zB über den Erfüllungsort, aber auch über die Unabdingbarkeit der Gewährleistungsbefehle, die lediglich bei Verbrauchergeschäften zwingenden Charakter genießen.

### 10.1 Erfüllungsort der primären Gewährleistungsbefehle

Nach der Richtlinie ist der Erfüllungsort der Verbesserung sowie des Austausches nicht geregelt. Beide Befehle können als Erfüllungsansprüche angesehen werden, weshalb nach allgemeinen Grundsätzen diese auch am ursprünglichen Erfüllungsort durchzuführen sind.

Nichtsdestotrotz normiert § 8 KSchG den Erfüllungsort bei Verbrauchergeschäften und weicht dabei vom ABGB ab. Das KSchG verpflichtet den Unternehmer die primären Gewährleistungsbefehle nach Abs 1 an dem Ort durchzuführen, an dem die Sache übergeben worden ist. Sollte der Unternehmer die Ware vertragsgemäß an einen im Inland gelegenen Ort befördert bzw versendet haben, so wird dieser Ort Erfüllungsort der primären Befehle.

Der Verbraucher kann jedoch gemäß Abs 2 verlangen, dass der Unternehmer die Sache an dem Ort verbessert bzw austauscht, an dem sich die Sache gewöhnlich befindet, sofern dieser Ort im Inland gelegen ist, für den Unternehmer nicht überraschend sein musste und sofern nach der Art der Sache deren Beförderung zum Unternehmer für den Verbraucher untunlich ist. Dabei ist an sperrige bzw gewichtige Sachen zu denken, oder an jene die durch einen Einbau unbeweglich geworden sind. Probleme dürfte die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes bei Sachen bereiten, die ständig ihren Nutzungsort verändern, wie zB ein Auto oder ein Handy. Maßgeblich wird bei solchen Sachen der Ort sein, an den diese immer wieder zurückgebracht werden.<sup>268</sup> Bei der Beförderung kommt es also nach dem Gesetz auf den Transport durch den Verbraucher

---

<sup>268</sup> So auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 8 KSchG Rz 21; ferner *I. Welser*, Der Erfüllungsort für Verbesserungspflichten des Unternehmers nach § 8 KSchG, ÖJZ 2001, 749, die zudem hervorhebt, dass bei Sachen mit wechselndem Verwendungsort angenommen werden kann, dass ein jeder Ort ein gewöhnlicher Aufenthaltsort der Sache sei. AA *Kosesnik-Wehrle*, KSchG, § 8 Rz 7.

an. Diese ist dann untunlich, wenn sie für den Verbraucher unverhältnismäßig erschwert ist, wobei von einem durchschnittlichen Konsumenten auszugehen ist, weshalb es auf subjektive Krankheiten bzw Gebrechlichkeit nicht ankommt.<sup>269</sup> Diese Generalklausel der Untunlichkeit bietet so einen großen Auslegungsspielraum. Diese Untunlichkeit hängt besonders von der Art der Sache ab, weshalb gerade bei Sperrigkeit aber auch Gewichtigkeit eine solche angenommen werden kann. Auch bei Sachen, die durch einen Einbau zu unbeweglichen Sachen geworden sind, ist eine Beförderung zum Unternehmer als untunlich anzusehen.<sup>270</sup>

Bezüglich der Bestimmung der Überraschung des Unternehmers gibt das Gesetz keine genaueren Anhaltspunkte, eine solche objektiv zu messen. Womit rechnet ein Unternehmer und wie soll eine solche Subjektivität bestimmt werden? Nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien? *Krejci* geht dabei von einer gemischten Überprüfung aus. Die Überraschung des Unternehmers soll demnach sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Kriterien beurteilt werden.<sup>271</sup> Man darf den Unternehmer jedoch nicht mit zu hohen Informationspflichten belasten. Maßgeblich für die Prüfung der Überraschung dürfte der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein, denn danach treffen dem Unternehmer hinsichtlich des Aufenthaltsortes der Sache keine Sorgfaltspflichten mehr.<sup>272</sup> Die Überraschung des Unternehmers kann keine subjektive Überprüfung auslösen, vielmehr soll diese lediglich als Abgrenzung des für den Unternehmer Zumutbaren und somit die objektive Umschreibung des örtlichen Handlungsbereichs darstellen.<sup>273</sup>

Als letzte Möglichkeit steht dem Unternehmer nach § 8 Abs 2 KSchG offen, eine Übersendung der Sache vom Verbraucher zu verlangen, solange es für diesen tunlich ist. Nicht zu verwechseln ist die Übersendung mit der Beförderung durch den

---

<sup>269</sup> *I. Welser*, ÖJZ 2001, 745ff.

<sup>270</sup> ZB eine Badewanne oder eine Einbauküche.

<sup>271</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 8 KSchG Rz 24. Folglich soll ein an sich überraschender Aufenthaltsort der Sache nicht mehr als überraschend gelten, wenn der Unternehmer diesen bei Vertragsabschluss auch bloß zufällig erfahren oder entsprechende Erkundigungen fahrlässig verabsäumt hat. Ablehnend demgegenüber *I. Welser*, ÖJZ 2001, 749, die eine Informationslast einseitig zu Ungunsten des Unternehmers als nicht sachgerecht beurteilt. Vielmehr ist eine zumindest konkludente Einbeziehung des Standortes notwendig.

<sup>272</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 8 KSchG Rz 10.

<sup>273</sup> *I. Welser*, ÖJZ 2001, 750; idS auch *Welser/Jud*, Gewährleistung § 8 KSchG Rz 10.

Konsumenten<sup>274</sup>, weshalb eine Übersendung tunlich sein kann, obwohl eine Beförderung durch den Verbraucher ausgeschlossen wäre.<sup>275</sup> Die Tunlichkeit muss wiederum an einem typischen, durchschnittlichen Verbraucher geprüft werden.<sup>276</sup> Folglich kann eine Untunlichkeit der Versendung dann bestehen, wenn zB ein Ausbau der Sache nur mit einer Beeinträchtigung der Substanz verbunden wäre. Allerdings hat in diesen Fällen der Versendung der Unternehmer Gefahr und Kosten der Übersendung zu tragen.

## 10.2 Kostentragung

§ 8 KSchG setzt sich nicht nur mit dem Erfüllungsort auseinander, sondern beschäftigt sich zudem mit der Kostentragung einer etwaigen Verbesserung oder eines Austausches. Die Richtlinie weist mehrfach auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch eine unentgeltliche Nachbesserung oder durch eine unentgeltliche Ersatzlieferung hin, und definiert in Art 3 Abs 4 was unter dem Begriff „unentgeltlich“ zu verstehen ist. Demnach definiert dieser Begriff die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten. Dem Verbraucher sollen also durch die Inanspruchnahme der Gewährleistungsbehelfe keine Kosten entstehen.

Fast wortgetreu übernimmt nun § 8 Abs 3 KSchG diese europäische Vorgabe nach einer unentgeltlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes und bürdet dem Unternehmen insbesondere die Versand-, Arbeits- und Materialkosten einer Verbesserung oder eines Austausches auf. Jedoch darf die Aufzählung nicht als taxativ verstanden werden, da es sich lediglich um die Auflistung der geläufigsten Kosten handelt. Vom Unternehmer sind demnach jegliche in Verbindung mit der Verbesserung und des Austausches stehende Kosten zu tragen.<sup>277</sup> Diese müssen nach § 8 Abs 3 KSchG für eine Verbesserung oder den Austausch notwendig sein.<sup>278</sup> Jedoch bedeutet

---

<sup>274</sup> Es handelt sich bei der Versendung bloß um die Veranlassung des Transports durch den Verbraucher, *I. Welser*, ÖJZ 2001, 752.

<sup>275</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung § 8 KSchG Rz 10ff.

<sup>276</sup> *Krejci in Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 8 KSchG Rz 49.

<sup>277</sup> *Kathrein*, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft, *ecolex* 2001, 426.

<sup>278</sup> Dabei müssen sowohl die Interessen des Verbrauchers aber auch des Unternehmers beachtet werden womit es zu einer Interessensabwägung kommt, vgl dazu *Kathrein*, *ecolex* 2001, 426; ferner RV 422 BlgNR 21. GP 18f.

dies nicht, dass der Verbraucher die mangelhafte Sache durch einen Dritten verbessern lassen und danach Kostenersatz vom Unternehmer verlangen kann, denn sonst würde der nach dem Gesetz angeordnete Vorrang der primären Gewährleistungsbefehle unterlaufen werden. Der Unternehmer hat auf jeden Fall die Versandkosten zu tragen, ganz gleich, ob er eine solche Übersendung nach § 8 Abs 2 KSchG verlangt hat oder nicht.<sup>279</sup> Nach bisheriger überwiegender Ansicht<sup>280</sup> musste der Unternehmer nur dann die Versandkosten auch tragen, wenn er die Versendung an sich verlangt hat, obwohl sich nach dem Vertrag ein anderer Erfüllungsort ergeben würde. Für das allgemeine Gewährleistungsrecht außerhalb der Verbrauchergeschäfte existiert hingegen keine spezielle gesetzliche Kostenregelung. Jedoch geht der österreichische Gesetzgeber auch bei solchen Geschäften davon aus, dass die notwendigen Kosten, also Material-, Arbeits- und Versandkosten, grundsätzlich vom Übergeber zu tragen sind.<sup>281</sup>

### 10.3 Unabdingbarkeit

Die Gewährleistungsrechte sind zugunsten des Verbrauchers zwingend. Folglich bestimmt § 9 Abs 1 Satz 1 KSchG, dass die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können.<sup>282</sup> Somit genießt das Gewährleistungsrecht beim Verbrauchergeschäft den von der Richtlinie geforderten zwingenden Charakter. Allerdings ist nur ein Ausschluss vor Kenntnis des Mangels unmöglich. Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien über Gewährleistungsbefehle sowie den Verzicht darauf sind jedoch nach Kenntnis des Mangels erlaubt und durchaus zulässig. Dabei ist ein Verzicht restriktiv zu interpretieren und untersteht strengen Anforderungen.<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Das ergibt sich aus den EB zur RV 422 BlgNR 21. GP 23; ferner *Faber* bezüglich der Richtlinie, JBl 1999, 427 FN 106.

<sup>280</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 8 KSchG, Rz 38, 46 und 53; *Kosesnik-Wehrle/Lehhofer/Mayer/Langer* (Hrsg), Kurzkomentar zum Konsumentenschutzgesetz, 2004, § 8 KSchG Rz 8. AA schon bisher *Apathy* in *Schwimann*, ABGB § 8 KSchG Rz 2, unter Berufung auf *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 932 Rz 11, welcher der Ansicht ist, dass der Übergeber schon nach den allgemeinen Regeln die Versandkosten zu tragen habe.

<sup>281</sup> So die RV 422 BlgNR 21. GP 24, welche auf die Erläuterungen zu § 8 Abs 3 KSchG verweist, vgl auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 932 ABGB Rz 13.

<sup>282</sup> Dabei wird lediglich auf §§ 922 bis 933 ABGB verwiesen, denn das Schadenersatzrecht wurde durch die Richtlinie nicht tangiert, weshalb weiterhin an § 6 Abs 1 Z9 KSchG festgehalten werden konnte, *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9 KSchG Rz 2.

<sup>283</sup> *Kathrein*, *ecolex* 2001, 427.

Die Existenz eines Mangels richtet sich nach dem Vertrag und somit nach der Leistungsbeschreibung des Produktes, weshalb hier die Gefahr besteht, dass diese dazu missbraucht wird, Gewährleistungsrechte auszuschließen bzw zu minimieren.<sup>284</sup> Dieses Problem stellte sich auch schon vor dem GewRÄG 2002, auf welches bereits in den Materialien zu § 9 KSchG aF hingewiesen wurde. Leistungsbeschreibungen sind demnach nur dann unbedenklich, wenn diese den Mangel ausdrücklich erwähnen bzw offenlegen, damit es dem Verbraucher möglich ist, den Mangel beim Vertragsschluss zu berücksichtigen.

Um so zu einem Ausschluss bzw zu einer Minimierung der Haftung zu gelangen, müssen die Fehler konkret beschrieben werden. Das bedeutet, dass Leistungsbeschreibungen in allgemein gehaltenen Klauseln nicht haftungsreduzierend wirken. Das GewRÄG hat an dieser Ansicht nichts geändert. Die Richtlinie will auf jeden Fall verhindern, dass sich der Verkäufer durch allgemein gehaltene, vielleicht in AGB aufgestellte, Klauseln über die Eigenschaften des Verbrauchsgutes von seiner Haftung befreit.<sup>285</sup> Deshalb bleiben Gewährleistungsausschlüsse, die für den Verbraucher in Leistungsbeschreibungen versteckt sind, nach wie vor unzulässig.<sup>286</sup>

Darüber hinaus wird in § 9 Abs 1 KSchG ausdrücklich auf die Unabdingbarkeit der Gewährleistungsfrist hingewiesen. Demnach ist die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist unwirksam. Allerdings können die Mitgliedstaaten nach Art 7 Abs 1 der Richtlinie im Fall von gebrauchten Gütern vorsehen, dass die Vertragsparteien die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren auf ein Jahr verkürzen können. Der österreichische Gesetzgeber hat wohl im Hinblick auf den Gebrauchtwagenhandel im Gewährleistungsrecht bei Verbrauchergeschäften von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und gewährt nun nach § 9 Abs 1 KSchG beim Kauf von gebrauchten beweglichen Gütern – bei unbeweglichen Gütern ist demnach eine

---

<sup>284</sup> *Welser/Jud*, Gewährleistung 150.

<sup>285</sup> *Faber*, JBl 1999, 426. Siehe dazu auch oben unter Punkt 4.3 (I).

<sup>286</sup> *Kathrein*, *ecolex* 2001, 428, bringt dabei das Beispiel: „Wie besichtigt und Probe gefahren“ für den Gebrauchtwagenhandel; dazu auch *Urbanek*, Besichtigungsklausel und Gewährleistungsverzicht, *ecolex* 1998, 119. Ein Beispiel für einen unzulässigen Ausschluss in allgemeinen Vertragsklauseln ist: „mit Mängeln in jeder Art zu rechnen“, *Krecji*, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994) 34; *Welser/Jud*, Reform 61.



Verkürzung nicht zulässig - eine Verkürzung der Frist auf ein Jahr.<sup>287</sup> Jedoch war die Einführung dieser Bestimmung lange Zeit umstritten. Zunächst wurde eine vertraglich vereinbarte Verkürzung der Gewährleistungsfrist im MEntw aus dem Jahr 2000 noch zugelassen.<sup>288</sup> Davon wurde bereits in der Regierungsvorlage wieder abgegangen, da das Begutachtungsverfahren zeigte, dass die Abgrenzung zwischen neuen, gebrauchten und neuwertigen Waren problematisch sei und deshalb die Einführung dieser Regelung zu Schwierigkeiten führen würde.<sup>289</sup> Darüber hinaus wurde gegen eine zulässige Verkürzung argumentiert, dass eine Differenzierung zwischen gebrauchten und neuen Waren sachlich bezüglich der Gewährleistungsfrist nicht angemessen sei.<sup>290</sup>

Die nun zulässige Verkürzung der Gewährleistungsfrist bei gebrauchten Waren muss jedoch ausdrücklich vereinbart werden, weshalb eine entsprechende Regelung in den AGBs als nicht ausreichend anzusehen ist. Als gebrauchte Güter sind nach den Erläuterungen des Justizausschussberichtes solche Güter zu verstehen, die auch tatsächlich in Gebrauch gestanden sind.<sup>291</sup> Darunter fallen auch Antiquitäten, wobei der Verbraucher bei solchen Käufen andere Zielsetzungen verfolgt, da er diese Waren meist gerade aufgrund des Alters und Qualität kauft. Eine Verkürzung der Frist ist demnach bei Antiquitätskäufen aufgrund differenzierter Verbraucherinteressen unzulässig.<sup>292</sup>

Nach § 9 Abs 1 Satz 3 KSchG besteht jedoch eine Sonderregelung für den Kauf von Kraftfahrzeugen. Eine Verkürzung der Frist ist bei solchen nämlich nur dann wirksam, wenn seit dem ersten Tag der ersten Zulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist. Dabei wird auf die Problematik beim Kauf von Vorführwagen, also im eigentlichen Sinne auch Gebrauchtwagen, die einem neuen Kraftfahrzeug relativ nah sind, eingegangen.<sup>293</sup>

---

<sup>287</sup> Bei einer zwingenden Zweijahresfrist bestünde beim Gebrauchtwagenhandel die Gefahr, dass die Gewährleistungsregeln durch einen Umstieg auf bloße Vermittlungsgeschäfte unterlaufen werden könnten, *Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001) 83.

<sup>288</sup> Vgl dazu die Erläuterungen zum MEntw, 46f.

<sup>289</sup> Wie schon oben unter Punkt 4 (III) erwähnt, sind nach den Materialien nur solche Güter gebraucht, die tatsächlich in Gebrauch gestanden sind. Es soll dabei darauf abgestellt werden, ob die Sache bereits in Verkehr gebrachte wurde, vgl dazu AB 522 BlgNR 21. GP 2; sowie *Kathrein*, *ecolex* 2001, 426.

<sup>290</sup> Vgl dazu ausführlich die Regierungsvorlage RV 422 BlgNR 21. GP24.

<sup>291</sup> Vgl dazu JAB 522 BlgNR 21. GP 2.

<sup>292</sup> *Kathrein*, *ecolex* 2001, 428; bestätigt durch den Justizausschussbericht, vgl dazu JAB 522 BlgNR 21. GP 2.

<sup>293</sup> Vgl dazu die Erläuterungen des JAB 522 BlgNR 21. GP 2.

Aufgrund der Ratio der Norm fallen Oldtimer nicht unter § 9 Abs 1 Satz 2 und 3 KSchG.<sup>294</sup>

Wie schon zuvor unter Punkt 4 erwähnt, sind die speziellen Bestimmungen über den Viehkauf bei Verbrauchergeschäften nicht anzuwenden. Darauf weist § 9 Abs 2 KSchG hin, der die §§ 925 bis 927 und 933 Abs 2 für Verbrauchergeschäfte ausschließt. Hauptsächlicher Grund dafür ist die Unvereinbarkeit dieser Regelungen, insbesondere durch ihre kurze Gewährleistungsfrist von sechs Wochen, mit den Richtlinienbestimmungen. Jedoch kann auch in gewisser Hinsicht von einer Schlechterstellung des Verbrauchers gesprochen werden, denn die Vermutungsfrist von sechs Monaten nach § 924 ist aufgrund der Art der Sache bei Viehkäufen in den meisten Fällen unanwendbar.<sup>295</sup> Bei bestimmten Krankheiten, die der Verordnung BGBI 1972/492 unterliegen, würde dem Verbraucher zumindest die kurze Vermutungsfrist des § 925 entgegenkommen, die nun allerdings für Verbrauchergeschäfte ausgeschlossen wird.<sup>296</sup>

#### 10.4 Montagefehler

Eine neue Regelung im Bereich des Gewährleistungsrechts stellt nun auch die Haftung für Montagefehler dar. Die Richtlinie bezeichnet dabei nach Art 2 Abs 5 einen Mangel infolge einer unsachgemäßen Montage des Verbrauchsgutes als Vertragswidrigkeit, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrages war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung durchgeführt wurde. Das gleiche gilt auch, wenn das zur Montage durch den Verbraucher bestimmte Erzeugnis vom Verbraucher montiert wurde und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist.<sup>297</sup>

Diese Bestimmung wurde nun auch durch das GewRÄG in das KSchG übernommen. Demnach normiert § 9a KSchG fast wortgleich die Haftung des Unternehmers für

---

<sup>294</sup> *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9 KSchG Rz 9.

<sup>295</sup> Allerdings schließt die Judikatur, wie schon oben unter Punkt 4 (III) aufgezeigt worden ist, die Unvereinbarkeit der Vermutung mit Tierkrankheiten nicht generell aus, sondern prüft diese immer für den konkreten Fall.

<sup>296</sup> Für *Fischer-Czermak*, in FS Krecji 1177, ist diese Schlechterstellung des Verbrauchers ungewollt, weshalb die Vermutung des § 925 wohl auch für Verbrauchergeschäfte anzuwenden sein muss, im Gegensatz zu § 926, der die Mangelanzeige konstituiert.

<sup>297</sup> Zur Richtlinie und deren Ausführungen siehe unter Punkt 3.2 (I).

Mängel durch unsachgemäße Montage. Im Vergleich zur Richtlinie resultiert diese Gewährleistungspflicht des Unternehmers schon aus allgemeinen Grundsätzen, da nämlich von einer werkvertraglichen Gewährleistungspflicht auszugehen ist. Lediglich in den Fällen einer nachträglichen Montage bestand Umsetzungsbedarf, da es sich bei daraus folgenden Mängeln nach bislang geltendem Recht um eine verschuldensabhängige Haftung für Mangelfolgeschäden handelte. Durch das GewRÄG kommt es nun auch in solchen Fällen zur verschuldensunabhängigen Gewährleistung. Zur Verhinderung von Systembrüchen im allgemeinen Zivilrecht wurde die Haftung für Montagefehler lediglich im Verbraucherrecht umgesetzt, um so der Richtlinie zu entsprechen.<sup>298</sup>

Der Unternehmer muss, um für die durch eine Montage an der Sache selbst verursachten Mängel zu haften, einer Montageverpflichtung unterliegen, wobei eine unselbständige Nebenleistungspflicht genügt.<sup>299</sup> Im Gegensatz zur Richtlinie bestimmt § 9a KSchG lediglich, dass „*der Unternehmer nach dem Vertrag zur Montage verpflichtet*“ war.<sup>300</sup> Dabei muss der Unternehmer dem Verbraucher auch die Sache verkauft haben, um eine solche Montagehaftung auszulösen.<sup>301</sup>

Allerdings kommt es nicht nur bei einer unsachgemäßen Montage des Unternehmers zu dessen Haftung für entstandene Mängel, sondern auch dann, wenn die Sache zur Montage durch den Verbraucher bestimmt war und der Mangel auf einem Fehler der Montageanleitung beruht.<sup>302</sup> Mangelhaft ist in solchen Fällen also die Montageanleitung aufgrund derer es zu Mängeln an der gekauften Sache kommt. Nach bisher geltendem Recht konnten solche Mängel als Mangelfolgeschaden oder als Schaden aus der Verletzung vertraglicher Aufklärungs- und Informationspflichten angesehen werden.<sup>303</sup> Durch die Richtlinie wird nun ein solcher Mangelfolgeschaden einer normalen

---

<sup>298</sup> Welser/Jud, Reform 71.

<sup>299</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 4.

<sup>300</sup> Die Richtlinie spricht davon, dass „*die Montage Bestandteil des Kaufvertrages über das Verbrauchsgut war*“, weshalb folglich von einem einheitlichen Vertrag ausgegangen wird, so auch Kletečka, Gewährleistung neu (2001) § 9a KSchG Rz 3.

<sup>301</sup> In diesem Sinne auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 80. „Nach dem Vertrag“ soll demnach bedeuten, dass der Unternehmer nach dem Kaufvertrag zur Montage verpflichtet ist, Welser/Jud, Gewährleistung 159.

<sup>302</sup> Mehr zur sogenannten IKEA-Klausel siehe oben unter Punkt 3.2 (I).

<sup>303</sup> Allerdings wurde in der E des OGH, 1 Ob 555/94 eine fehlende Betriebsanleitung als Sachmangel eingestuft. Kletečka, Gewährleistung neu (2001) § 9a KSchG Rz 5, sieht dabei ebenfalls nur noch einen „kleinen Schritt, auch eine untaugliche Montageanleitung als Sachmangel zu qualifizieren“.

Vertragswidrigkeit gleichgestellt, wobei es nicht um die Verbesserung der Montageanleitung an sich geht, sondern um die Verbesserung der Sache, die erst durch eine Montage des Verbrauchers mangelhaft wurde. Da eine Umsetzung dieser Bestimmung in das allgemeine Zivilrecht in Österreich zu einer Systemwidrigkeit geführt hätte, wurde diese Regelung lediglich im KSchG umgesetzt.

Es ist jedoch fraglich, in welchen Fällen eine Anleitung entsprechend mangelhaft ist. Diese Bestimmung ist jedoch so zu interpretieren, dass auch undeutliche und missverständliche Montageanleitungen als fehlerhaft angesehen werden können, wobei in jedem Fall die Montage für den Verbraucher bestimmt sein muss. Dies wird nach dem jeweiligen Vertrag sowie im Einzelfall auch nach der Montageanleitung auszulegen sein. Bedient sich der Verbraucher eines Fachmannes, obwohl die Sache zur Montage durch den Verbraucher bestimmt war, schließt dies nicht automatisch den Anspruch des Verbrauchers aus, sondern nur für Fälle eines evidenten nicht fachgemäßen Vorgehens.<sup>304</sup>

## 10.5 Vertragliche Garantie

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie regelt nicht nur die Gewährleistung, sondern auch aufgrund der Gefahr der Irreführung die Ausgestaltung der vertraglichen Garantie. Dabei wird zwar keine Verpflichtung zur Gewährung einer vertraglichen Garantie normiert, allerdings unterliegt eine solche, wenn sie gewährt wird, nach Art 6 der Richtlinie gewissen Inhaltserfordernissen, die den Verbraucher vor einer Irreführung schützen sollen.

In Österreich ist diese Bestimmung in § 9b KSchG umgesetzt worden, weshalb diese auch nur auf Verbrauchergeschäfte anzuwenden ist. Nach der Richtlinie muss es sich um eine ohne Aufpreis vertraglich eingegangene Verpflichtung handeln. Der österreichische Gesetzgeber hat diesen Zusatz nicht übernommen, weshalb die Inhaltserfordernisse für alle Garantien, also auch für solche gegen Aufpreis, gelten sollen.<sup>305</sup> Die Garantie muss nach der Richtlinie vom Verkäufer oder Hersteller

---

<sup>304</sup> *Kathrein*, *ecolex* 2001, 429.

<sup>305</sup> Nach *Welser/Jud*, Gewährleistung 164, wäre eine Regelung, die nach diesem Kriterium unterscheidet sachlich nicht gerechtfertigt; idS auch *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9b KSchG Rz 4; so auch die Materialien zur RV 422 BlgNr 21. GP 25. Auch für *Ofner*, Informationspflichten des Garanten gemäß Art 6 Abs 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und § 9b KSchG, in FS *Welser* (2004)

stammen. Die österreichische Regelung geht nun über den Anwendungsbereich hinaus und bezieht grundsätzlich jede Garantie eines Unternehmers an einen Verbraucher mit ein. Neben echten Garantien<sup>306</sup> durch Dritte erfasst § 9b KSchG auch Garantiezusagen<sup>307</sup> des Übergebers.<sup>308</sup>

Der Inhalt der Garantie ergibt sich nach § 9b Abs 1 KSchG aus dem Vertrag, demnach aus den Zusagen in der Garantieerklärung wie auch aus den in der Werbung gemachten Aussagen, was der europäischen Vorgabe entspricht.<sup>309</sup> Eine Bindung ergibt sich ähnlich dem § 922 dann, wenn die Werbeaussagen stillschweigend dem Vertrag zugrundegelegt wurden. In den Vorarbeiten zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie musste die Garantie den Garantienehmer noch in eine bessere Lage versetzen. Dieses Erfordernis wurde aber letztlich nicht in die Richtlinie übernommen.<sup>310</sup> Auch die Erläuterungen zu § 9b KSchG sprechen davon, dass die Garantie dem Verbraucher ein Mehr als die gesetzliche Gewährleistung bieten muss.<sup>311</sup> Dies wird insofern zutreffen, da der Garant nach § 9b Abs 1 KSchG dazu verpflichtet wird, dass er bei Gewährung einer vertraglichen Garantie auch auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und auf die Tatsache, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt wird, hinweisen muss.<sup>312</sup> Dies soll den Verbraucher vor Irreführung schützen und diesem dabei vermitteln, dass ihm lediglich ein Plus an Rechten gewährt wird.

---

785, ist diese Bestimmung nachvollziehbar, da es ungewöhnlich erscheine, die Pflichten des Garanten davon abhängig zu machen, ob für die Garantie ein Sonderbetrag geleistet wurde oder diese im Pauschalpreis enthalten ist. Auf der anderen Seite ist *Ofner*, aaO, der Ansicht, dass das Irreführungspotenzial bei Garantien die gegen Aufpreis geleistet werden grundsätzlich stark reduziert ist, da es beim Verbraucher den Anschein erweckt ein Plus an Rechten durch den geleisteten Aufpreis zu erlangen.

<sup>306</sup> Diese sind Verpflichtungen, die nicht vom Vertragspartner sondern von Dritten, in den meisten Fällen vom Hersteller, eingegangen werden.

<sup>307</sup> Diese werden vom Veräußerer direkt eingegangen.

<sup>308</sup> EB 422 BlgNR 21. GP 25. Zur Garantiezusage und zum Garantievertrag siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II 2007, 92f, mwN.

<sup>309</sup> Zur Problematik der Miteinbeziehung der Werbeaussagen in den Vertrag siehe oben unter Punkt 3.3 (III).

<sup>310</sup> Siehe dazu ausführlich oben unter Punkt 8 (I).

<sup>311</sup> Bei der echten Garantie des Herstellers wird dieses Plus der vertraglichen Garantie auch bei Inhaltsgleichheit mit den gesetzlichen Bestimmungen erreicht werden, denn durch die vertragliche Garantie erhält der Übernehmer einen weiteren Haftpflichtigen, schlüssig *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9b KSchG Rz 6.

<sup>312</sup> Eine ähnliche Regelung war auch schon im MEntw 1995 enthalten, wobei keine detaillierte Ausführung über die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche erforderlich ist sondern ein Hinweis ausreicht, der beschreibt, dass die Gewährleistungsbehelfe durch die Garantie nicht ausgeschlossen werden, *Kathrein*, *ecolex* 2001, 429.

Absatz 2 enthält weitere zusätzliche Inhaltsvorschriften für eine Garantieerklärung. Diese Vorschriften entsprechen den in der Richtlinie erwähnten Erfordernissen. Jedoch sieht Abs 2 letzter Satz für den Fall, dass aus der Garantieerklärung nicht die garantierten Eigenschaften hervorgehen, vor, dass der Garant für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Sache haftet, also auch bei einer undeutlichen Garantieerklärung des Garanten.<sup>313</sup>

Die verlangten Formvorschriften werden in § 9b Abs 3 KSchG aufgezählt. Demnach ist die Garantie dem Verbraucher auf sein Verlangen schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger bekannt zu geben. Dies entspricht dem Art 6 Abs 3 der RL. Als dauerhafter Datenträger kann ein Speichermedium wie die CD bzw DVD angesehen werden. Als nicht ausreichend erscheint die Bekanntgabe der Garantie auf einer Website des Garanten, da dies aufgrund der jederzeitigen Einflussmöglichkeit des Unternehmers als nicht dauerhaft zu betrachten ist.<sup>314</sup> Allerdings nahm die österreichische Legislative die Möglichkeit nach Art 6 Abs 4 der RL nicht wahr, eine zwingende Amtssprache der Garantie einzuführen.

Im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie normiert § 9b Abs 4 KSchG die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Inhalts- bzw Formvorschriften der Garantie. Zum einen berührt ein Verstoß nicht die Gültigkeit der Garantie, um den Verbraucher nicht schlechter zu stellen als mit einer mangelhaften Garantie. Zum anderen haftet nach Abs 4 der Garant dem Verbraucher für den durch den Verstoß verschuldeten Schaden. Da die Richtlinie keine Konsequenzen für eine Verletzung der Inhaltsvorschriften normiert, war die Einführung dieser Bestimmung im Lichte des Mindestschutzcharakters der Richtlinie zulässig und auch wünschenswert. Es kommt also zu einer schadenersatzrechtlichen Sanktion im Falle einer Verletzung des Transparenzgebotes der Garantie, weshalb die Bestimmungen nach hA auch als Schutzgesetze iSd § 1311 angesehen werden,<sup>315</sup> wobei das Zustandekommen der

---

<sup>313</sup> *Kathrein*, aaO; sowie *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9b KSchG Rz 16, der dabei auf die Unklarheitenregel des § 915 ABGB verweist.

<sup>314</sup> *Kathrein*, ecollex 2001, 430.

<sup>315</sup> Vgl dazu die Regierungsvorlage RV 422 BlgNR 21. GP 25; sowie *Kathrein*, aaO; ferner *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 9b KSchG Rz 15f; sowie *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>3</sup> § 9b KSchG Rz 9.

Garantievereinbarung keine Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadenersatzes ist.<sup>316</sup>

## 10.6 IPR-Klausel

Die sogenannte IPR-Klausel der Richtlinie soll den Verbraucher vor missbräuchlicher Rechtswahl schützen. Art 7 Abs 2 verpflichtet folglich die Mitgliedstaaten erforderliche Maßnahmen zu treffen, damit dem Verbraucher der durch die RL gewährte Schutz nicht dadurch entzogen wird, dass das Recht eines Nichtmitgliedstaates als das anwendbare Recht gewählt wird.<sup>317</sup>

§ 13a Abs 1 Z4 KSchG normiert nun eine eigene kollisionsrechtliche Bestimmung für eine missbräuchliche Rechtswahl in Bezug auf das Gewährleistungs- sowie das Garantierecht. Es kommt dabei zu einer Prüfung, inwieweit österreichisches Gewährleistungsrecht anzuwenden ist oder nicht. Kommt man dabei zur Überzeugung, dass dieses anwendbar sei, so fällt die Frage in den Anwendungsbereich des § 13a Abs 1 Z 4 KSchG. Folglich ist das gewählte Recht mit dem Recht, welches ohne Rechtswahl anzuwenden wäre, zu vergleichen. Stellt dieses Recht den Verbraucher hinsichtlich der Gewährleistungsbefehle günstiger, so bleibt die Rechtswahl unbeachtlich und das günstigere Recht ist anzuwenden. Es soll damit lediglich der Schutz des Verbrauchers, der durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geschaffen wurde, nicht durch Rechtswahl umgangen bzw beschränkt werden.

Zwar ist schon nach Art 5 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht eine Rechtswahl der Vertragsparteien eines Verbrauchergeschäftes unbeachtlich, wenn sich eine solche zum Nachteil des Verbrauchers auswirkt, jedoch ist diese Beschränkung der Rechtswahl weniger weitreichend als es die Richtlinie verlangt. Diese Beschränkung gilt nämlich nur dann, wenn einer der in Art 5 Abs 2 EVÜ beschriebenen Fälle verwirklicht ist, weshalb auch in Österreich eine Neuregelung von Nöten war.

---

<sup>316</sup> *Ofner* in FS Welser 794f, dessen Ansicht nach bereits die Garantieofferte die notwendigen Informationen beinhalten muss.

<sup>317</sup> Siehe dazu ausführlich oben unter Punkt 9 (I).

## IV. Rechtsvergleich

### 1 Einleitung

Auf Grundlage der zuvor dargestellten Umsetzungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Spanien und Österreich versucht der abschließende Teil der Arbeit, die bestehenden Unterschiede und die daraus resultierenden Vor- und Nachteile des europäischen Verbrauchers besonders hervorzuheben. Rechtsvergleichende Darstellungen sind jedoch nicht nur für den Verbraucher von größter Bedeutung. Vielmehr leisten Rechtsvergleiche einen großen Beitrag, um das von der Europäischen Union in den Vordergrund gerückte Ziel der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes verwirklichen zu können. Dabei kann ein Rechtsvergleich erheblich dazu beitragen, zukünftige Harmonisierungen durch europäisches Sekundärrecht besser gestalten zu können. Im Bereich des Verbraucherschutzes wurde auf Kommissionsebene ein ausführlicher Rechtsvergleich (Law Compendium) bezüglich der Umsetzung von Verbraucherschutz-Richtlinien erlassen, um noch bestehende Unterschiede bzw mögliche Problemfaktoren für den Verbraucherschutz im europäischen Raum besser erkennen und folglich beseitigen zu können.<sup>1</sup> Im Bereich des Konsumentenschutzes stellt diese Gegenüberstellung der nationalen Umsetzungen eine wichtige Basis der zukünftigen Rechtsharmonisierung dar. Zentraler Punkt ist dabei die Frage, inwieweit eine Mindestharmonisierung zur Zielerreichung eines funktionierenden Binnenmarktes ausreichend erscheint, oder ob doch eine Vollharmonisierung notwendiges Mittel zum Zwecke ist. Diese zentrale Frage stand auch im Mittelpunkt des Grünbuchs „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“<sup>2</sup>. Allerdings stellt die Vollharmonisierung mittels Richtlinie kein Novum in der europäischen Gesetzgebung dar. Als erste Verbraucherschutz-Richtlinie, die auf eine Vollharmonisierung der nationalen Regelungen abzielt, wurde am 11. Mai 2005 die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere

---

<sup>1</sup> Siehe dazu auch den ausführlichen Beitrag der Universität Bielefeld über die Umsetzung verschiedener Verbraucherschutz-Richtlinien in den einzelnen Mitgliedstaaten im Auftrag der Europäischen Kommission, EG-Verbraucherrechtskompendium [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_de\\_fin\\_al.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_de_fin_al.pdf) (02.01.2009).

<sup>2</sup> KOM (2006) 744 final



Geschäftspraktiken erlassen. Dabei enthält Art 4 dieser Richtlinie die Bestimmung, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung keine strengeren Vorschriften als jene der Richtlinie erlassen dürfen. Am 8. Oktober 2008 wurde ein neuer Vorschlag für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher erlassen<sup>3</sup>, der vier bestehende Verbraucherschutz-Richtlinien zusammenfassen und diese Bereiche vollharmonisieren soll. Dabei wird die Vollharmonisierung mit einem Verweis auf den von der Kommission durchgeführten Impact Assessment Report begründet, der die Gründe des überschaubaren grenzüberschreitenden Handels mit der Rechtszersplitterung (legal fragmentation) in den einzelnen Mitgliedstaaten begründet. Durch die neue Richtlinie basierend auf einer Vollharmonisierung erhofft sich die Kommission die Kosten für einen grenzüberschreitenden Handel zu senken, was sich in Folge aufgrund der steigenden Konkurrenz auf niedrigere Preise für die Verbraucher niederschlagen soll.

Für den Fall, dass diese Richtlinie sowohl vom Europäischen Parlament als auch vom Rat bewilligt wird<sup>4</sup>, muss - zumindest für den Bereich des Verbraucherschutzes – davon ausgegangen werden, dass eine Mindestharmonisierungs-Richtlinie wohl nicht mehr erlassen wird. Dadurch wäre jedoch einem Rechtsvergleich in Zukunft jegliche Basis genommen.

---

<sup>3</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endgültig.

<sup>4</sup> Die Vollharmonisierung wird dabei weiterhin schwer kritisiert, da den Mitgliedstaaten jeglicher Spielraum für nationale Traditionen und den mit den Jahren darauf basierenden Sondervorschriften geraubt wird.

## 2 Spezialgesetz vs. allgemeine Gewährleistungsänderung

Schon auf den ersten Blick zeigen sich erste gravierende Unterschiede zwischen den Umsetzungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in den untersuchten Mitgliedstaaten Spanien und Österreich. Bevor jedoch näher auf die Art und Weise der Umsetzung eingegangen werden kann, muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinie, anders als in Österreich, in Spanien verspätet umgesetzt worden ist.

Dies ist deshalb umso erstaunlicher, da sich der spanische Gesetzgeber einer einfacheren legislativen Methode – der Schaffung eines Spezialgesetzes – bediente. So erfolgte die Umsetzung in Spanien durch die Schaffung eines völlig neuen Gesetzes, dem *Ley sobre garantías en la venta de los bienes de consumidores* – LGVBC. Dabei übernahm dieses von allen anderen Regelungen des spanischen *Codigo Civils* abgeschottete Gesetz weitestgehend wortgleich einen großen Teil der Richtlinienbestimmungen. Die Kritik der spanischen Lehre<sup>5</sup> richtete sich zudem auf die Tatsache, dass eine Anlehnung an das schon bestehende Konsumentenschutzgesetz *Ley general de la defensa de los consumidores y usuarios* – LGDCU aF - nicht stattfand. Erst durch eine Novellierung dieses bestehenden allgemeinen Verbraucherschutzgesetzes LGDCU aF im Dezember 2007 wurde das durch die Umsetzung der Richtlinie geschaffene Spezialgesetz LGVBC in das novellierte LGDCU nF integriert und mit anderen Spezialgesetzen, die aufgrund der Umsetzung diverser Richtlinien wie zB die Fernabsatz-Richtlinie, die Haustür-Richtlinie oder auch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken geschaffen wurden, zu einem einzigen Konsumentenschutzgesetz zusammengeführt.

In Österreich kam es im Vergleich dazu zu einer integrativen Umsetzung der Richtlinie in bereits bestehende Gesetze. Aufgrund der Tatsache, dass Reformüberlegungen hinsichtlich des allgemeinen Gewährleistungsrechtes in Österreich bereits weit fortgeschritten waren, wurde auf eine bloße Novellierung des Konsumentenschutzgesetzes KSchG verzichtet. Vielmehr wurde das allgemeine Gewährleistungsrecht als Ganzes im ABGB novelliert und den europäischen Vorgaben der Richtlinie angepasst. Demnach kam es in Österreich zu einer sogenannten

---

<sup>5</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 1 (II).

überschüssigen Umsetzung der Richtlinie, da es nicht nur auf Verbrauchergeschäfte reduziert wurde. Lediglich jene Bestimmungen, die den Konsumenten bzw Verbraucher besonders schützen sollen, wurden aufgrund dessen im KSchG geregelt.

### 3 Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches gibt es kaum Unterschiede zwischen beiden Umsetzungen. Sowohl in Spanien als auch in Österreich wird der persönliche Anwendungsbereich durch die Definitionen der am Geschäft beteiligten Personen abgegrenzt. Zum einen gleicht sich der in den nationalen Bestimmungen verwendete Verbraucherbegriff, trotz der Tatsache, dass dieser Begriff über das Schutzniveau der Richtlinie hinausschießt. Sowohl nach dem spanischen als auch nach dem österreichischen Gewährleistungsrecht können Juristische Personen als Verbraucher im Geschäftsverkehr auftreten und somit unter den Schutz der Richtlinienbestimmungen fallen. Unterschiede ergeben sich jedoch auf den zweiten Blick: Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind nach dem österreichischen KSchG ausdrücklich vom Verbraucherbegriff ausgenommen. Im Vergleich dazu ist dem spanischen Verbraucherschutzgesetz ein solch normativer Ausschluss Juristischer Personen des öffentlichen Rechts fremd. Die Auswirkungen dieses Unterschiedes sind allerdings von marginaler Bedeutung, da stark bezweifelt werden kann, dass zB eine Gebietskörperschaft außerhalb ihres gewerblichen oder professionellen Bereiches grenzüberschreitende Handlungen tätigt. Zum anderen bestehen auch hinsichtlich der in beiden Mitgliedstaaten normierten Unternehmerbegriffe keine spürbaren Unterschiede, denn sowohl im KSchG als auch im LGDCU nF wird dieser bzw der Verbraucher negativ gegenüber dem anderen Vertragsteil definiert.

Im Gegensatz zum persönlichen Anwendungsbereich sind bezüglich des objektiven Anwendungsbereiches markante Unterschiede zu erkennen. Nach dem LGDCU nF sind unbewegliche Güter ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. In Österreich gelten durch die Umsetzung der Richtlinie in das allgemeine Gewährleistungsrecht alle Sachen iSd § 285 ABGB als vom Anwendungsbereich umfasst - demnach auch unbewegliche Güter. Somit steht dem Verbraucher auch beim Kauf von unbeweglichen Waren der Schutz der Richtlinie zur Verfügung. Nicht nur aufgrund dieser Tatsache muss daher davon ausgegangen werden, dass das österreichische Gewährleistungsrecht von einem höheren Verbraucherschutzniveau als das spanische Verbraucherschutzgesetz ausgeht. Im Vergleich zum LGDCU nF fallen auch unkörperliche Sachen unter den Anwendungsbereich des österreichischen

Gewährleistungsrechts, somit auch der Kauf von Software. Zudem hat der österreichische Gesetzgeber nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Kauf von Strom, Wasser und Gas vom Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts auszuschließen<sup>6</sup>, weshalb dem einzelnen Verbraucher in Österreich auch bei Gaslieferungsverträge die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche zu Gute kommen.

---

<sup>6</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 2.1 (III).

## 4 Vertragswidrigkeit vs. Mangel

Das Prinzip der Vertragsmäßigkeit ist der zentrale Punkt der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Durch dieses Prinzip wurde in vielen Mitgliedstaaten eine neue Anknüpfung hinsichtlich der Bewertung einer Leistung geschaffen. In Spanien wurde dieses Prinzip fast wortgleich der Richtlinie zuerst im LGVBC und später auch im LGDCU nF übernommen. Es kam somit zu einem Bruch gegenüber der alten traditionellen Regelungen des *Código Civil*. Im Vergleich dazu wurde durch den österreichischen Gesetzgeber versucht, das durch die Richtlinie vorgegebene Prinzip den bestehenden Bestimmungen des Gewährleistungsrechts, im Speziellen der Regelung über das Vorliegen eines Mangels, einzugliedern, um aus Sicht der Rechtskontinuität größtmögliche Kongruenz zum bisherigen Rechtssystem und den dabei verwendeten Begriffen anzustreben.

Hinsichtlich der Reichweite der in beiden Mitgliedstaaten verwendeten Prinzipien, zum einen der Vertragsmäßigkeit in Spanien und des Mangels in Österreich, sind besonders in Bezug auf die Anderslieferung Differenzen zu beobachten.

Ganz im Sinne des gewählten Umsetzungsstils schloss sich der spanische Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht den Ausführungen der Richtlinie an und wendet folglich die neuen Gewährleistungsbestimmungen auch auf die Leistung eines *Aliud* an. Demnach kann bei einer Anderslieferung von einer Schlechtlieferung ausgegangen werden, weshalb dem spanischen Verbraucher in diesen Fällen die allgemeinen Gewährleistungsregeln nach dem LGDCU nF zur Verfügung stehen. Demgegenüber konnte sich die österreichische Legislative hingegen nicht zu einer Änderung der bisherigen Rechtslage motivieren. Die *Aliud*lieferung ist somit weiterhin als Nichtlieferung anzusehen, weshalb der Anspruch somit der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt. Ein Verbraucher ist folglich nach dem österreichischen Gesetz wesentlich stärker geschützt als ein Verbraucher in Spanien, der eine Anderslieferung empfängt.

Schon aus diesem Grund wäre eine europaweite Harmonisierung nach den Intentionen der Richtlinie erstrebenswert gewesen, da gerade Anderslieferungen in der Praxis häufig

zu Problemen führen. Auf Grundlage der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hätte eine diesbezügliche Unterwerfung der Aliudlieferung unter den Anwendungsbereich der Richtlinie allerdings keine Konsequenzen für die einzelnen Mitgliedstaaten gehabt. Da die Richtlinie auf einer Mindestharmonisierung basiert, wäre auch im Falle einer präzisen Regelung der Aliudlieferung eine längere Frist - so wie die in Österreich vorhergesehene Verjährungsfrist von 30 Jahren - jedenfalls zulässig gewesen. Eine klare Regelung in allen Mitgliedstaaten ist in diesem Bereich wohl nur mit einer Vollharmonisierung zu erzielen.<sup>7</sup>

Aber nicht nur die Aliudlieferung ist ein Zeichen für die nationalen Differenzen aufgrund unterschiedlicher Umsetzung des Prinzips der Vertragsmäßigkeit. Unterschiede gibt es demnach auch bezüglich der Einbeziehung von Rechtsmängeln. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Richtlinie die Behandlung von Rechtsmängeln den Mitgliedstaaten überließ, da diese Art von Mängeln nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen soll.

Das spanische Verbraucherschutzgesetz LGDCU nF bezieht sich ausdrücklich nur auf materielle Mängel, weshalb das Vorliegen eines Rechtsmangels nicht als eine Vertragswidrigkeit iSd des LGDCU nF angesehen werden kann. Somit unterliegen Rechtsmängel weiterhin den traditionellen Gewährleistungsbestimmungen über verdeckte Mängel iSd Art 1484 CC. Die österreichischen Gewährleistungsbefehle sind im Gegensatz dazu auch auf Rechtsmängel anwendbar. Bei der Umsetzung der Richtlinie wurde durch den österreichischen Gesetzgeber klargestellt, dass keine Gründe für ein Abgehen von der Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängel bestehen.

Aus dieser unterschiedlichen Behandlung von Rechtsmängeln in Spanien und Österreich ergibt sich nun das wenig zufriedenstellende Ergebnis, dass bei Vorliegen von Rechtsmängeln ein Käufer nach österreichischem Recht Gewährleistungsansprüche innerhalb einer Frist von zwei Jahren bei beweglichen und drei Jahren bei unbeweglichen Gütern geltend machen kann. Ein österreichischer Verbraucher genießt im Vergleich zu einem spanischen Verbraucher größeren Schutz, da diesem in Spanien

---

<sup>7</sup> Allerdings wurde diese Problematik auch nicht im von der Kommission publizierten Vorschlag zu einer Richtlinie über die Rechte der Verbraucher behandelt, weshalb weiterhin unklar bleibt, inwieweit eine Anderslieferung als Nichterfüllung oder Schlechterfüllung angesehen werden muss. Eine Klarstellung wird demnach erst durch Rechtsprechung des EuGH zu erzielen sein.

nach Art 1484 CC nur sechs Monate zur Geltendmachung eines Rechtsmangels zur Verfügung stehen.





## 5 Werkvertraglicher Haftungsausschluss

Nicht nur hinsichtlich des Anwendungsbereiches sondern auch im Hinblick auf mögliche Haftungsausschlüsse ergeben sich aufgrund der Tatsache, dass die Richtlinie lediglich einen Mindestschutz für Verbraucher vorsieht, größere Differenzen zwischen den nationalen Regelungen. Dies trifft insbesondere bei den werkvertraglichen Haftungsausschlüssen zu.

Diesbezüglich hat sich der spanische Gesetzgeber den in der Richtlinie gemachten Ausführungen angeschlossen und in Art 116 Abs 3 LGDCU nF einen Ausschluss der Haftung des Verkäufers für den Fall normiert, dass sich die Vertragswidrigkeit auf die vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Stoffe bezieht. Gleich der Richtlinie genügt demnach dem Verkäufer schon der Nachweis, dass die vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Stoffe die Vertragswidrigkeit ausgelöst haben.<sup>8</sup> Im Vergleich dazu hat sich der österreichische Gesetzgeber dazu entschlossen, den normierten werkvertraglichen Haftungsausschluss beizubehalten. Dabei genügt es nicht, dass der Mangel iSd §§ 922ff ABGB auf die vom Verbraucher gelieferten Stoffe zurückzuführen ist. Vielmehr muss der Verkäufer zudem die seiner beruflichen Sorgfalt entsprechenden Aufklärungspflichten verletzt haben.<sup>9</sup> Somit kommt es in Österreich nur dann zu einem Gewährleistungsausschluss, wenn der Verkäufer bzw Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht verletzt hat. Somit ist der Verbraucher nach dem österreichischen Recht auch in diesem Kontext besser gestellt als ein Verbraucher in Spanien, da dieser in Spanien schon beim Bereitstellen eines untauglichen Stoffes seiner Gewährleistungsrechte verlustig wird.

---

<sup>8</sup> Diese den Verbraucherschutz eingrenzende Regelung wurde in Spanien zu Recht heftig kritisiert. Siehe dazu oben unter Punkt 3.6 (II).

<sup>9</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II (2001) 248ff, mwN.



## 6 Garantiefrist vs. Verjährungsfrist

Ein wesentlicher Grund für den Erlass der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie war die Tatsache, dass die Gewährleistungsfristen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich lange ausgestaltet waren. Mit einer Vereinheitlichung dieser Fristen wollte man das Vertrauen des einzelnen Verbrauchers in grenzüberschreitende Käufe stärken. Der Konsument sollte demnach in jedem Mitgliedstaat über dieselben Gewährleistungsfristen verfügen, innerhalb dieser die Vertragskonformität der Leistung des Verkäufers gewährleistet werden muss. Allerdings konnten diese Differenzen auch mittels dieser Richtlinie aufgrund ihres Mindestschutzcharakters nicht beseitigt werden. Diese Unterschiede bezüglich der Gewährleistungsfristen können anhand des Rechtsvergleichs zwischen den beiden dargestellten Mitgliedstaaten näher betrachtet werden.

Aufgrund der Tatsache, dass bislang lediglich eine sechsmonatige Gewährleistungsfrist für den Verbraucher vorhergesehen war, musste der spanische Gesetzgeber dementsprechend reagieren und eine Verlängerung dieser Frist konzipieren und anstreben. In Spanien lehnte man sich dabei stark an die Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie an, weshalb daher eine Zweijahresfrist als Garantiefrist in das Verbraucherschutzgesetz eingeführt wurde. Gemäß Art 123 LGDCU nF muss demnach die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren ab der Übergabe des Produktes offenbar werden. In diesem Fall gibt es kaum einen Unterschied zur österreichischen Regelung, denn auch in Österreich entschied man sich schlussendlich für eine zweijährige Gewährleistungsfrist im § 933 ABGB. Von einer im Lichte des Mindestschutzcharakters der Richtlinie zulässigen Dreijahresfrist wurde bei beweglichen Sachen wieder abgegangen. Lediglich bei Gewährleistungsansprüchen, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, kann sich der Verbraucher auf eine dreijährige Frist berufen.

Bezüglich einer möglichen Verjährungsfrist stellt die Richtlinie den Mitgliedstaaten frei, eine spezielle Verjährungsfrist einzuführen bzw aufrechtzuerhalten. Diese Frist ist von den Mitgliedstaaten jedoch so auszugestalten, dass diese zumindest zwei Jahre ab Übergabe des Verbrauchsgutes betragen muss, um den Gewährleistungsschutz nicht indirekt verringern zu können.

In Spanien wurde trotz Bestehens einer allgemeinen Verjährungsfrist von 15 Jahren im allgemeinen Codigo Civil eine spezielle Verjährungsfrist für Verbrauchsgüterkäufe normiert. Gewährleistungsansprüche verjähren nun nach Art 123 Abs 3 LGDCU nF innerhalb von drei Jahren ab Übergabe des Produktes. Somit kommt dem spanischen Verbraucher nach Ablauf der allgemeinen Garantiefrist von zwei Jahren, binnen derer die Vertragswidrigkeit offenbar werden muss, ein weiteres Jahr zu Gute, um die berechtigten Ansprüche geltend zu machen, bevor diese einer Verjährung unterliegen. Im Gegensatz dazu ist die Gewährleistungsfrist in Österreich nach § 933 ABGB allgemein als Verjährungsfrist konzipiert, worauf schon der gleichnamige Titel dieses Paragraphs schließen lässt. Folglich verjähren Gewährleistungsansprüche nach dem österreichischen Recht je nachdem, ob sie bewegliche oder unbewegliche Güter betreffen, nach dem Ablauf von zwei bzw drei Jahren ab Lieferung der Sache. Zwar entspricht die gewählte Verjährungsfrist den Mindestschutzbestimmungen der Richtlinie, im Vergleich zur spanischen Fassung lässt sich allerdings ein markanter Unterschied feststellen. Gerade für jene Fälle, indem der Mangel bzw die Vertragswidrigkeit relativ kurz vor Ablauf der allgemeinen Gewährleistungsfrist von zwei Jahren offenbar wird, können einem Verbraucher in beiden Mitgliedstaaten unterschiedliche Konsequenzen drohen. Da dem Verbraucher nach dem österreichischen Recht lediglich eine zweijährige Verjährungsfrist zur Verfügung steht, um seine Ansprüche geltend zu machen, kann es in der Praxis zu der unbefriedigenden Situation kommen, dass der Verbraucher seine Gewährleistungsansprüche nicht mehr rechtzeitig geltend machen kann, da seine Ansprüche schon verjährt sind.

Der spanische Gesetzgeber bewies hinsichtlich dieser Regelung mehr Weitblick als die österreichische Legislative und konnte durch die gewählte Regelung diese praktischen Probleme vermeiden. Denn nach der einschlägigen Bestimmung des LGDCU nF muss die Vertragswidrigkeit innerhalb der zweijährigen Garantiefrist lediglich auftreten jedoch nicht auch vom Verbraucher geltend gemacht werden, da dem Verbraucher nach Ablauf dieser Frist ein zusätzliches Jahr zur Verfügung steht, um diese Vertragswidrigkeit geltend zu machen und eine Verjährung derselben zu vermeiden. Der spanische Gesetzgeber beseitigte somit mit Hilfe einer innerstaatlichen Regelung geschickt einen Schwachpunkt der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

## 7 Mängelrüge vs. bedingungslose Rechtsdurchsetzung

Als einer der umstrittensten Punkte der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie kann die Mängelrüge bzw Rügeobliegenheit angesehen werden. Nicht nur vor dem Erlass der Richtlinie wurde diese vielschichtig diskutiert, sondern sorgte auch nach Erlass und deren Umsetzung für viel Diskussionsstoff. Den großen Schwachpunkt dieser Bestimmung stellt dabei die optionale Möglichkeit der Einführung einer Rügeobliegenheit dar. Aufgrund dieser Optionsregelung, die es den Mitgliedstaaten freistellt, eine Rügepflicht im innerstaatlichen Recht zu normieren, kam es logischerweise zu großen Diskrepanzen zwischen den Mitgliedstaaten, so auch zwischen Spanien und Österreich.

So muss ein spanischer Verbraucher bei Vorliegen einer Vertragswidrigkeit diese nach Art 123 Abs 4 LGDCU nF innerhalb von zwei Monaten ab Kenntnis der Vertragswidrigkeit dem Verkäufer mitteilen, um seine Ansprüche entsprechend geltend machen zu können. Diese zulässige Verringerung des Verbraucherschutzes ist jedoch durch Satz 2 dieses Artikels wieder abgeschwächt worden. Satz 2 bestimmt dabei die Folgen des Unterlassens einer Mängelrüge seitens des Verbrauchers. Die Konsequenz der Unterlassung der Mängelrüge scheint dabei marginalen Ausmaßes zu sein. So bestimmt Satz 2, dass der Verbraucher bei unterlassener Mängelrüge jedenfalls nicht seiner Gewährleistungsrechte verlustig wird, so wie dies zB im österreichischen Unternehmensrecht vorgesehen ist. Ein säumiger Verbraucher hat dem Verkäufer jedoch den durch seine verspätete Rüge entstandenen Schaden zu ersetzen. Zur Abschwächung der Mängelrüge kommt es zudem, da dem Verbraucher eine Beweislastumkehr nach Art 123 2. Abschnitt LGDCU nF zu Gute kommt. Somit wird bis zum Beweis des Gegenteils durch den Verkäufer vermutet, dass die Mängelrüge bzw Mitteilung innerhalb der festgelegten Zweimonatsfrist durch den Verbraucher erfolgte. Im Endeffekt kann als von einer den Verbraucherschutz einschränkenden Mängelrüge ausgegangen werden, dessen Unterlassung jedoch kaum zu Konsequenzen für den Verbraucher führen wird.

Der österreichische Gesetzgeber konnte sich im Gegensatz dazu nicht mit der Einführung einer für das Verbraucherrecht geltenden Rügeobliegenheit anfreunden.

Eine solche besteht demnach weiterhin nur für den beiderseitigen Handelskauf im Unternehmensrecht. Somit hat der Verbraucher die aufgetretene Vertragswidrigkeit lediglich innerhalb von zwei Jahren gerichtlich geltend zu machen. Eine nicht gesetzlich vorgesehene außergerichtliche Mängelanzeige durch den Verbraucher führt jedoch zu dem positiven Ergebnis, dass es zur Perpetuierung der Einrede kommt.<sup>10</sup>

Bei Gegenüberstellung der beiden Rechtssysteme der zu vergleichenden Mitgliedstaaten gelangt man somit zum Schluss, dass ein Verbraucher, der grenzüberschreitend Waren bezieht bzw akquiriert, somit in Österreich besser gestellt ist als in Spanien, da nach dem ABGB eine Mängelanzeige nicht gefordert wird. Gerade in diesem Punkt wird die wenig zufriedenstellende Situation der Rechtszersplitterung deutlich. Durch den Mindestschutzcharakter der Richtlinie werden demnach große Lücken und Differenzen geschaffen bzw aufrecht erhalten, was einem einheitlichen Gewährleistungsrecht auf Gemeinschaftsebene entgegen steht. Diesbezüglich ist eine Angleichung auf der Ebene einer Vollharmonisierung sicherlich denkbar und in diesem Bereich von großer Bedeutung.

---

<sup>10</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 9.3 (III).

## 8 Hemmung vs. Unterbrechung

Aufgrund einer fehlenden expliziten Regelung in der Richtlinie kam es auch hinsichtlich dieses Punktes zu unterschiedlichen Bestimmungen in den Mitgliedstaaten. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie stellt es den nationalen Gesetzgebern völlig frei, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Fällen diese eine Hemmung bzw Unterbrechung der Gewährleistungsfristen vorsehen. Dies stellt Erwägungsgrund 18 der Richtlinie dar, der als Erwägungsgrund lediglich erläuternden und keinen normativen Charakter besitzt. Infolgedessen ist es vereinzelt zu für den Verbraucher sehr unterschiedlichen Regelungen gekommen, die einer vollständigen Harmonisierung des Gewährleistungsrechts auf Gemeinschaftsebene entgegenstehen.

Im spanischen Konsumentenschutzgesetz ist lediglich eine Hemmung der Fristen nach Art 120 lit c und e LGDCU nF vorgesehen. Demnach kommt es bei Geltendmachung sowohl der Reparatur als auch des Austausches zur Hemmung der allgemeinen Fristen nach Art 123 LGDCU nF, somit also zu einer Hemmung der zweijährigen Garantiefrist nach Abs 1 und der dreijährigen Verjährungsfrist nach Abs 3. Allerdings ist zu beachten, dass die Hemmung bei beiden primären Behelfen unterschiedlich zu laufen beginnt. Auf der einen Seite beginnt die Hemmung bei der Verbesserung ab dem Zeitpunkt zu laufen, indem der Verbraucher dem Verkäufer das Verbrauchsgut zur Verfügung gestellt hat, um dieses verbessern zu lassen. Auf der anderen Seite kommt es hinsichtlich eines Austausches ab dem Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechtes zwischen den primären Behelfen, also ab jenem Zeitpunkt, in dem sich der Verbraucher für einen Austausch des Produktes entschieden hat, schon zur Hemmung der Fristen. Die Hemmung wird in beiden Fällen zum gleichen Zeitpunkt beendet. Diese endet somit nach Übergabe des verbesserten bzw ausgetauschten Produktes. Zusätzlich enthält das spanische Verbraucherschutzgesetz eine Regelung für jene Fälle, in denen es nach Übergabe zu erneuten Vertragswidrigkeiten am gleichen Produkt kommt. So bestimmt Art 120 lit c LGDCU nF, dass der Verkäufer auf jeden Fall für jene Vertragswidrigkeiten, die innerhalb von sechs Monaten nach der Verbesserung auftreten und die Verbesserung auch veranlasst haben, einzustehen hat. Somit steht dem Verbraucher in diesen Fällen eine neuerliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren zur Verfügung. Hinsichtlich der Ersatzlieferung kommt es jedoch lediglich zu einer



erneuten Beweislastumkehr von sechs Monaten nach Übergabe des ausgetauschten Produktes. Im Vergleich zur Reparatur wird demnach keine Fristverlängerung geschaffen. Allerdings wird im Vergleich zur Verbesserung jede erneute Vertragswidrigkeit und infolgedessen nicht nur solche, die den Austausch veranlasst haben, berücksichtigt.

Der österreichische Gesetzgeber hat im Gegensatz dazu auf spezielle Hemmungs- bzw. Unterbrechungsvorschriften verzichtet. Jedoch kommt es in Österreich schon nach hA sowohl bei einem Anerkenntnis des Mangels seitens des Verkäufers als auch bei einer etwaigen Klageerhebung zu einer Unterbrechung der Gewährleistungsfrist nach § 933 ABGB. Somit wird nicht wie nach dem spanischem Verbraucherschutzgesetz der Ablauf der Gewährleistungsfrist gehemmt, sondern überhaupt unterbrochen. Nach Wegfall des unterbrechenden Ereignisses beginnt die Frist von Neuem zu laufen, weshalb dem Verbraucher erneut zwei Jahre zur Verfügung stehen, um von seinen Ansprüchen Gebrauch zu machen. Allerdings ist nicht immer eine Unterbrechung vorgesehen. Bei der Führung von Vergleichsgesprächen ist auch in Österreich eine Hemmung der Gewährleistungsfrist vorgesehen, weshalb diese Gespräche für ihre Dauer lediglich den Ablauf der Frist hindern, jedoch keine neue Frist zu laufen beginnt.

## 9 Regress vs. direkte Haftung

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie versuchte durch die Einführung einer Regressregelung mögliche finanzielle Probleme, die den Letztverkäufern durch die Erweiterung des Gewährleistungsschutzes der Verbraucher entstehen könnten, entgegen zu wirken. Diese Regelung ist in Art 4 normiert, wonach die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass der Letztverkäufer ein angemessenes Regressrecht gegen den Hersteller, einen früheren Verkäufer oder eine andere Zwischenperson in der Vertragskette besitzt. Schon die sehr offene Formulierung des 2. Satzes des Art 4<sup>11</sup> ließ den Mitgliedstaaten sehr viel Flexibilität bei der Umsetzung dieses Regressrechtes des Letztverkäufers. Somit ist es nicht weiter verwunderlich, dass zwischen den Umsetzungen der Mitgliedstaaten Unterschiede entstanden sind und diese infolgedessen Auswirkungen auf das jeweilige Verbraucherschutzniveau haben.

In Spanien bezieht sich das durch die Umsetzung der Richtlinie geschaffene Regressrecht gemäß Art 124 Abs 3 LGDCU nF nicht einzig und allein auf den Letztverkäufer, sondern steht jedem zu, der dem Verbraucher gegenüber gehaftet hat. Der Berechtigte kann binnen eines Jahres ab vollständiger Gewährleistung den für die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen in Regress nehmen. Für das spanische Gesetz bedeutete dieses Regressrecht allerdings keine vollkommene Neuheit, da ein solcher Rückgriff bereits in Art 8 des Produkthaftungsgesetzes<sup>12</sup> statuiert ist. Der Anspruch ist aufgrund einer fehlenden rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien in den meisten Fällen ein außervertraglicher Anspruch, der nach Art 124 Abs 3 LGDCU nF direkt gegen den Verantwortlichen der Vertragsmäßigkeit geltend gemacht werden kann. Der Letztverkäufer, der dem Verbraucher nach dem LGDCU nF objektiv für jede Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Lieferung haftet, kann demnach direkt gegen den seiner Meinung nach für die Vertragswidrigkeit subjektiv verantwortlichen Händler bzw Hersteller vorgehen. Das Regressrecht stellt nicht die einzige Möglichkeit dar, den Hersteller, der in den meisten Fällen in der Praxis der Verantwortliche für eine bestehende Vertragswidrigkeit am Produkt ist, in Anspruch zu nehmen. Gemäß Art 124 Abs 1 LGDCU nF ist demnach eine direkte objektive Haftung des Herstellers bzw

---

<sup>11</sup> „Das innerstaatliche Recht bestimmt den oder die Haftenden, den oder die der Letztverkäufer in Regress nehmen kann, sowie das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten.“

<sup>12</sup> *Ley de Responsabilidad por los Daños Causados por Productos Defectuosos.*

Importeurs gegenüber dem Verbraucher normiert, weshalb für jene Fälle, in denen der Hersteller nicht der Verantwortliche ist, diesem nach vollständiger Gewährleistung ein Regressrecht zustehen kann. Somit ist nach dem spanischen Gesetz ein Regress in zwei verschiedene Richtungen denkbar, da nicht nur der Letztverkäufer gegen den Hersteller sondern genauso dieser gegen den Letztverkäufer vorgehen kann. In der spanischen Lehre jedoch strittig ist der zu gewährende Umfang des Regresses. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass der Regressberechtigte zusätzlich zu den effektiven Kosten der Gewährleistung ein Ersatz jenes Schadens, der durch eine Vertragswidrigkeit unmittelbar beim Anspruchsberechtigten verursacht wurde, geltend machen kann.<sup>13</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht, da davon ausgegangen werden muss, dass dieses Regressrecht lediglich einen Ausgleich für die entstandenen Kosten bieten soll und nicht einen darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruch dem Regressberechtigten einräumt. Von einem in diesem Ausmaß beschränkten Regressrecht geht auch der Großteil der Lehre aus.<sup>14</sup>

In Österreich wurde dieses besondere Rückgriffsrecht durch das GewRÄG 2001 in § 933b ABGB normiert, wonach ein Verkäufer, der einem Verbraucher Gewähr geleistet hat, selbst nach Ablauf der Fristen von § 933 ABGB seinerseits vom Vormann, falls dieser selbst Unternehmer ist, Regress fordern kann. Allerdings soll nicht nur der Letztverkäufer in den Genuss des Regressrechtes kommen, sondern auch frühere Übergeber gegenüber ihren Vormännern. Das Regressrecht kann demnach in Österreich nicht wie in Spanien direkt gegen den für den Mangel bzw die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen geltend gemacht, sondern nur gegen den in der Absatzkette liegenden Vormann gerichtet werden. Befristet ist das Regressrecht nach § 933b Abs 2 ABGB mit einer Frist von zwei Monaten ab vollständiger Erfüllung der Gewährleistungspflicht, weshalb der Unternehmer im Vergleich zur spanischen Bestimmung über eine relativ kurze Frist verfügt. Zudem normiert § 933 Abs 2 ABGB im Gegensatz zum spanischen Regressrecht eine absolute Verjährungsfrist für die Geltendmachung des besonderen Rückgriffes. Dieses Regressrecht kann somit nach Ablauf von fünf Jahren ab Erbringung der Leistung nicht mehr geltend gemacht werden. Entgegen der spanischen Regelung ist der Umfang des Regressrechtes in Österreich ausdrücklich geregelt. Gemäß § 933b Abs 1 letzter Satz ABGB ist der Anspruch mit der Höhe des eigenen

---

<sup>13</sup> Vgl dazu oben Punkt 6.2 (II).

<sup>14</sup> Dazu oben unter Punkt 6.2 (II).

Anspruches begrenzt, weshalb nur der tatsächliche Aufwand des Letztverkäufers gegenüber dem Vormann geltend gemacht werden kann.

Unterschiedlich wurde in beiden Mitgliedstaaten auch die Frage der unmittelbaren Haftung des Herstellers gelöst. Da sich die Richtlinie auf keine verpflichtende Einführung einer Produzentenhaftung festlegen konnte, ist es den Mitgliedstaaten nach dem Mindestschutzcharakter freigestellt, eine solche in den nationalen Rechtsordnungen einzuführen und somit den Verbraucherschutz anzuheben.

Der spanische Gesetzgeber ist einer möglichen verpflichtenden Einführung der direkten Herstellerhaftung in den Mitgliedstaaten vorausgegangen und hat in Art 124 LGDCU nF eine solche ausdrücklich normiert. Demnach kann der Verbraucher für den Fall, dass es ihm unmöglich oder unzumutbar ist, sich wegen einer fehlenden Vertragsmäßigkeit an den Verkäufer zu wenden, die Verbesserung oder den Austausch des Produktes direkt vom Hersteller fordern. Diese Haftung des Herstellers ist somit eine subsidiäre, denn der Verbraucher kann sich nur an diesen wenden, wenn ihm der Anspruch gegen den Verkäufer unmöglich oder unzumutbar ist. Beschränkt ist der direkte Anspruch zudem auch auf die Verbesserung und den Austausch des fehlerhaften Produktes. Eine allfällige Preisminderung bzw eine Vertragsauflösung kann der Verbraucher nur gegen den Verkäufer geltend machen. Nach Art 124 Abs 2 LGDCU nF ist eine Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit des Anspruches nicht erforderlich, wenn sich die Vertragswidrigkeit auf die Herkunft, Identität oder Eignung bezieht und somit nicht die typischen Eigenschaften eines Produktes der gleichen Art aufweist. Bei Vertragswidrigkeiten dieser Art geht man davon aus, dass solche Mängel grundsätzlich vom Produzenten herbeigeführt wurden und dieser somit dem Verbraucher direkt haften soll. So wird der Produzent ebenfalls zum Gewährleistungspflichtigen neben dem Verkäufer. Das stellt Abs 2 klar, indem dieser präzisiert, dass der Hersteller für solche Vertragswidrigkeiten zu den gleichen Konditionen und innerhalb derselben Fristen wie der Verkäufer haftet.<sup>15</sup>

Im Gegensatz zur spanischen Regelung hat sich der österreichische Gesetzgeber gegen die Einführung einer direkten Haftung des Produzenten entschieden. Somit bleibt einem

---

<sup>15</sup> Siehe dazu oben unter Punkt 6.1 (II).

Verbraucher lediglich der Verkäufer als Haftender nach den allgemeinen Gewährleistungsregeln. Kommt es demnach unter gewissen Umständen zum Ausschluss der Haftung des Verkäufers, kann der Verbraucher keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend machen. So zB für den Fall, dass ein Verkäufer nach § 922 Abs 2 ABGB nicht für eine bestimmte öffentliche Äußerung haftet. In solchen Fällen ist ein spanischer Verbraucher somit jedenfalls besser gestellt, da dieser subsidiär den Hersteller belangen könnte.

## 10 Schlussfolgerung & Richtlinie über Rechte der Verbraucher

Der europäische Verbraucher sieht sich immer noch mit unterschiedlichen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten konfrontiert. Große Unterschiede zwischen den einzelnen Verbraucherschutz-niveaus sind demnach weiterhin deutlich zu erkennen. Aus Verbrauchersicht ist ein grenzübergreifender Kauf auch nach Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nicht sehr reizvoll, zu groß ist die Angst vor Rechtsstreitigkeiten mit ausländischen Verkäufern.

Die Europäische Kommission hat erkannt, dass die gesetzliche Fragmentierung (Rechtszersplitterung) für einen stockenden Binnenmarkthandel ausschlaggebend ist.<sup>16</sup> Das Hauptproblem dabei ist die mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geschaffene Mindestharmonisierung der Gewährleistungsvorschriften, welche zulässt, dass die Mitgliedstaaten auch strengere Vorschriften erlassen oder beibehalten können.<sup>17</sup> Dem trägt auch die Europäische Kommission Rechnung und hat daraufhin mehrere Optionen für eine zukünftige Harmonisierung der Verbrauchervertragsrechte als Diskussionsgrundlage in einem Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz vorgeschlagen.<sup>18</sup> Gegenstand der Überprüfung sind dabei allerdings nicht nur die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sondern auch weitere Verbraucherschutzrichtlinien, die auf eine Vollendung des Binnenmarktkonzeptes abzielen,<sup>19</sup> denn durch differenzierte Regelungen in den einzelnen Richtlinien und der schon zuvor genannten Rechtszersplitterung weigern sich viele Unternehmen grenzüberschreitende Verkaufsaktivitäten durchzuführen. Für den Großteil der Unternehmen ist die Einhaltung unterschiedlicher nationaler Rechtsstandards zu kostenintensiv, weshalb von grenzüberschreitenden Verkäufen Abstand genommen wird.

---

<sup>16</sup> Neben der gesetzlichen Fragmentierung wird auch das Sprachenproblem als weiterer Grund für das fehlende Interesse der Verbraucher an grenzübergreifenden Einkäufen gesehen.

<sup>17</sup> So auch nach dem Impact Assessment Report (Folgenabschätzung), der auf der Website der GD SANCO unter [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact\\_assessment\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf) abrufbar ist.

<sup>18</sup> Siehe dazu das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg.

<sup>19</sup> Unter anderem die Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, die Haustür-Richtlinie 85/577/EG, die Preisanagabe-Richtlinie 98/6/EG, Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EG ua.

Aus all diesen Gründen hat sich die Europäische Kommission bereits beim Erlass der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern für eine Vollharmonisierung der entsprechenden nationalen Bestimmungen ausgesprochen. Der eingeschlagene Weg dieser vollständigen Harmonisierung nationaler Regelungen in bestimmten Bereichen wird nun mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher weitergeführt.<sup>20</sup> Dabei soll diese Richtlinie vier bestehende Verbraucherschutz-Richtlinien<sup>21</sup> zu einer einzigen Richtlinie zusammenfassen und so aufgrund der geplanten Vollharmonisierung die wesentlichen Hindernisse für grenzüberschreitende Transaktionen sowohl für Verbraucher als auch für Unternehmen beseitigen. Zurzeit wird der Richtlinien-Vorschlag sowohl im Rat der Europäischen Union als auch im zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments<sup>22</sup> heftig diskutiert. Größter Kritikpunkt dabei ist das durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken neu geschaffene Prinzip der Vollharmonisierung auf Richtlinienebene. So wird die Anwendung dieses Prinzips im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vorschlag als zu kategorisch und weitreichend gesehen.<sup>23</sup> Das Prinzip der Vollharmonisierung gebietet, dass es den Mitgliedstaaten untersagt ist, abweichende innerstaatliche Regelungen zu erlassen bzw zu behalten, auch wenn dadurch ein höheres Verbraucherschutzniveau erreicht werden könnte.

Aufgrund der Tatsache, dass in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Zeit auch aufgrund der bestehenden Verbraucherschutz-Richtlinien, unterschiedliche Verbraucherschutzstandards vorherrschen, ist gerade in jenen Mitgliedstaaten, die über den höchsten Verbraucherschutz verfügen, die Sorge über das vorgeschlagene Prinzip der Vollharmonisierung sehr groß. Durch ein vollständig harmonisiertes Verbraucherrecht auf Gemeinschaftsebene wird zwangsläufig der Schutz der Verbraucher in einzelnen Bereichen sinken, da der Richtlinien-Vorschlag nicht auf dem größtmöglichen Schutzniveau basiert. So wurden nicht all jene Regelungen der Mitgliedstaaten herangezogen, die den größtmöglichen Schutz der Verbraucher

---

<sup>20</sup> KOM (2008) 614 endg.

<sup>21</sup> So die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die Fernabsatz-Richtlinie, die Haustür-Richtlinie und die Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>22</sup> IMCO Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, siehe dazu auch [www.europarl.europa.eu/activities/committees/homeCom.do?language=DE&body=IMCO](http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/homeCom.do?language=DE&body=IMCO) (03.04.2009).

<sup>23</sup> *Stabentheiner in Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 2.

garantieren, also die verbraucherfreundlichsten Regelungen aus jedem Mitgliedstaat. Vielmehr wurde versucht, auf einem hohen aber nicht dem höchsten Verbraucherschutzniveau Regelungen vorzuschlagen, die der endgültigen Vollendung des Binnenmarktes zum Durchbruch verhelfen sollen.

Die Kritik der einzelnen Mitgliedstaaten scheint auf erstem Blick durchaus verständlich, da die Umsetzung dieser Richtlinie gegenüber den einzelnen Verbrauchern nur schwer zu rechtfertigen sein wird. Dies scheint den Mitgliedstaaten der größte Dorn im Auge zu sein, da es doch politische Höchstleistungen abverlangt, die Richtlinie als Produkt zu verkaufen, das zwar einige Rechteeinschränkungen nach sich ziehen wird, allerdings im Endergebnis den Konsumenten doch in seinem Vertrauen auf einheitliche Bestimmungen bei grenzüberschreitenden Käufen stärken wird. Es ist zwar richtig, dass durch die geplante Vollharmonisierung den Verbrauchern teilweise Rechte genommen werden, die sie durch etwaige gemeinschaftsrechtliche Vorgaben erst erlangt haben, allerdings ist diese Sichtweise zu eng. Durch eine vollständige Angleichung nationaler Regelungen im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs käme es nämlich zu enormen Kostenersparnissen für Unternehmer, die ihre Produkte bzw Dienstleistungen grenzüberschreitend anbieten. In weiterer Folge würde der wachsende Wettbewerb zu erheblichen Preissenkungen führen. Diese Vorgangsweise ist deshalb jedenfalls schon aufgrund langfristiger Preissenkungen für Verbraucher zu begrüßen. Hingegen scheint eine Mindestharmonisierung auf Ebene des Verbrauchsgüterkaufs nicht mehr sinnvoll, viel zu groß sind die dadurch entstehenden Hürden für den stets wachsenden grenzüberschreitenden Internethandel. Der Grad der anzustrebenden Vollharmonisierung auf dem Gebiet des Verbraucherrechts ist allerdings schwer zu ziehen, da sich eine solche vollständige Harmonisierung relativ schnell auch kontraproduktiv auf eine zukünftige Privatrechtsangleichung in den Mitgliedstaaten auswirken kann. Eine maximale Integrierung von Verbraucherschutz-Richtlinien in den nationalen Regelungssystemen sollte weiterhin Ziel und Anspruch gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung sein.

Aufgrund der großen Brisanz hinsichtlich der Vollharmonisierung wesentlicher Teile des Kaufrechts, so auch der nationalen Gewährleistungsrechte, wird die weitere Entwicklung dieses Richtlinienvorschlages für zukünftige europäische Harmonisierungsprojekte nicht nur des Verbraucherschutzes sondern auch des



europäischen Zivilrechts als Ganzes richtungsweisend sein. Ein Ende dieses Harmonisierungsprojekts erscheint jedoch aufgrund der bestehenden Kritik seitens einzelner Mitgliedstaaten derzeit nicht in Sicht, sodass die europäischen Verbraucher weiterhin auf ein einheitliches „europäisches“ Verbraucherrecht warten müssen.

## Literaturverzeichnis

- Antenbrink/Schneider*, Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und – garantien, VuR 1996, 367.
- Antenbrink/Schneider*, Europäische Vorgaben für ein neues Kaufrecht und deutsche Schuldrechtsreform, NJW 1999, 298.
- Apathy*, Reisevertragsrecht und Gewährleistungsreform, JBI 2001 , 477.
- Augenhofer*, Beweislastumkehr und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung, ZGS 2004, 385.
- Augenhofer*, Die Bedeutung von Werbeaussagen – sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers – für die Begründung von Gewährleistungsansprüchen, JBI 2001 , 82.
- Augenhofer*, Die Entscheidung 6 Ob 85/05a vom 03.11.2005 und der Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001, JBI 2006, 437.
- Augenhofer*, Die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übergabe in der OGH-Rechtsprechung, JBI 2007, 768.
- Augenhofer*, Skizzen zum Händlerregreß und zur „Direktklage“ in Festschrift Prof. Krejci (2001) 1022.
- Avilés García*, Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas, Revista crítica de derecho inmobiliario 2000, 2727.
- Avilés García*, Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Noticias de la Unión Europea (207) 2002, 99.
- Avilés García*, Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Actualidad Civil 2000, 1179.
- Badosa Coll*, Garantías en la venta de bienes de consumo, Ponencias de la Conferencia Internacional de Santiago de Compostela 2004, 142.
- Bercovitz Rodríguez-Cano*, La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y la defensa del consumidor, Aranzadi Civil II 2003, 1892.
- Boerner*, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, 2264.
- Bollenberger*, Erste Judikatur zur „neuen Gewährleistung“ – geringfügige Mängel beim Autokauf, Zak 2005, 23.
- P. Bydlinski*, Die Konsequenzen voreiliger Selbstverbesserung, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen, ZGS 2005, 129
- P. Bydlinski*, Grundfragen der Gewährleistung für Viehmängel, JBI 1982, 225
- P. Bydlinski*, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBI 2005, 681.
- P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 235

- Canaris*, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329.
- Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499
- Carrasco Perera*, Redundancia y ruido en las ventas al consumo, Actualidad Jurídica Aranzadi (591-18) 2003, 3
- Carrasco Perera*, Tres dudas sobre la ley de venta y garantías de productos de consumo, <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2005/5.pdf>.
- Carrasco Perera, Cordero Lobato, & Martínez Espín*, Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo, Estudios sobre Consumo (52) 2000, 125.
- Castilla Barea*, El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo (2005).
- Corral García*, La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles, Revista de derecho Patrimonial 2000, 521.
- Costas Rodal*, El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo, Aranzadi Civil 2004, 2045.
- Däubler*, Neues Schuldrecht - ein erster Überblick, NJW 2001, 3729.
- Dauner-Lieb*, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung - Durchbruch oder Schnellschuss?, JZ 2001, 8.
- del Lirio Martín García*, Aspectos publicitarios de la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo, Revista de Derecho Privado (5) 2004, 324.
- Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) - Taschenkommentar (2007).
- Dullinger in Apathy*, Bürgerliches Recht - Schuldrecht - Allgemeiner Teil (Bd. II) (2007).
- Ehmann/Rust*, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung des Reformentwurfs der deutschen Schuldrechtskommission, JZ 1999, 853.
- Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (1986).
- Ernst*, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, ZRP 2001, 1.
- Faber*, Aliud- und Minderlieferung im Konzept der "Vertragsmäßigkeit" der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in *Ackermann/Arnold et al*, 10. Tagungsband der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (1999).
- Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854.
- Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001).
- Faber*, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBl 1999, 413.

- Fenyves*, Vorteilsausgleichung im Gewährleistungsrecht?, JBl 1999, 2.
- Fernández de Vera Ruiz*, Directiva 1999/44/CEE, de 25 de Mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español, Estudios sobre Consumo (60) 2002, 123.
- Fischer-Czermak*, Zwei Fragen zur Gewährleistungsreform, in Festschrift Krejci, 1167.
- Flessner*, Richtlinie und Reform, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2002) 233.
- Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtsprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)<sup>6</sup> (2002).
- García-Cruces*, Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Estudios de derecho judicial (50) 2004, 75.
- García-Cruces*, Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el derecho español y portugués, Revista de Derecho Privado (Jan.-Feb.) 2002, 71.
- García Rubio*, La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, Diario La Ley (5747) 2003, 1529.
- Gómez*, Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica, InDret (4) 2003, 1.
- Grundmann* in *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002).
- Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie (2002).
- Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht<sup>3</sup> (Bd. IV) (2006).
- Gsell*, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, European Review of Private Law 1999, 151.
- Gsell*, Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 65.
- Hondius*, Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, ZEuP 1997, 130.
- Honsell*, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278.
- Janssen*, Das Rückgriffsrecht des Letztverkäufers gemäß der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das schwierige Verhältnis zum UN-Kaufrecht, The European Legal Forum 2003, 181.
- Janssen*, Kollision des einheitlichen UN-Kaufrechts mit dem Verbraucherschutzrecht am Beispiel der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, VuR 1999, 324.
- Jordá Capitán*, La directiva 1999/44/CE de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo: Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español, Cuadernos de derecho y comercio (31) 2000, 127.

- B. Jud*, Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht, ÖJZ (12) 2000, 441.
- B. Jud*, Gewährleistung beim Reiseveranstaltungsvertrag, *ecolex* 2001, 430.
- B. Jud*, Neuregelung der Beweislast in § 1298 ABGB - eine "halbe Lösung"?, *ecolex* 1997, 569.
- B. Jud*, Regressrecht des Letztverkäufers - Art 4 der RL 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und die Reform in Österreich und Deutschland, *ZfRV* 2001, 201.
- B. Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003).
- B. Jud*, Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *ecolex* 2009, 279.
- B. Jud*, Vorteilsausgleich im Gewährleistungsrecht, *JB1* 2000, 2.
- B. Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009).
- Junker*, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch - Der Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, *DZWir* (7) 1997, 271.
- Kandut*, Gewährleistungsrecht beim Kauf (1992).
- Kathrein*, Gewährleistung im Verbrauchergeschäft, *ecolex* 2001, 426.
- Kerschner/P. Bydlinski*, Fälle und Lösungen zum bürgerlichen Recht (2002).
- Kircher*, Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, *ZRP* 1997, 291.
- Kircher*, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf (1998).
- Kletečka*, Der geringfügige Mangel, *RdW* 2003, 537.
- Kletečka*, Gewährleistung neu (2001).
- Kolmasch*, Das neue Gewährleistungsrecht (2001).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup> (2001).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2007).
- Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007).
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (1997).
- Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994).
- Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989).
- Lando/Beale*, Principles of European Contract Law (2000).
- Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, *JZ* 2000, 280.
- Lehr/Wendel*, Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* (9) 1999, 321.
- Lete Achirica*, La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español, *Actualidad Civil* (42) 1999, 1365.

- Lete Achirica*, La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo, in *Universidad de Santiago de Compostela*, Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (2004), 195.
- Magnus* in *Staudinger*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG) (2005).
- Magnus*, Wesentliche Fragen des UN-Kaufrechts, ZEuP 1999, 646.
- Marco Molina*, La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2002, 2275.
- Marín López*, Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea - La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros I (2004).
- Marín López*, Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, *Actualidad Civil* (12) 2007, 1381.
- Medicus*, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1925.
- Micklitz*, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485.
- Micklitz*, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229.
- Morales Moreno*, Comentario de los arts. 35 a 40, in *Díez-Picazo*, La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena (1998) 286.
- Morales Moreno*, Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva), *Anuario de Derecho Civil I* 1999, 265.
- Morales Moreno*, La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE, in *Universidad de Santiago de Compostela*, Garantías en la venta de bienes de consumo (2004) 39.
- Morales Moreno*, Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa, *Anuario de Derecho Civil IV* 2003, 1609.
- Morgenroth*, Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien, *Recht in der Wirtschaft* 2003, 837.
- Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien und Deutschland (2003).
- Navas Navarro*, La Directiva sobre la venta de bienes de consumo: la garantía legal, in *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada III*, 1307.
- Navas Navarro*, Umsetzung der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien, *IHR* 2005, 89.
- O'Callaghan*, Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor, in *Reyes López*, La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Plantamiento de Presente y Perspectivas de Futuro (2004) 129.
- Ofner* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV (2006).
- Ofner*, Informationspflichten des Garanten gemäß Art 6 Abs 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und § 9b KSchG, in *Festschrift Welser*, 779.

- Orti Vallejo*, Los Defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999-44 CE (2002).
- Pfeiffer*, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in *Schulte Nölke/Schulze*, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 21.
- Picón*, Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (1996).
- Pita Ponte*, Las garantías en la venta de bienes de consumo. El alcance de la Directiva en la práctica: el punto de vista de los consumidores, in *Universidad der Santiago de Compostela*, Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (2004) 285.
- Prisching*, Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Verbraucherbezugsstands, *ecolex* 2007, 390.
- Reich*, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, *NJW* 1999, 2397.
- Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, *JB* 2002, 137.
- Reyes López*, La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo, *Actualidad Civil I* 2004, 1008.
- Reyes López*, Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo, in *Reyes López*, La Ley 23/2003 de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro (2005), 155.
- Reyes López*, La Ley 23/2003 de Garantías de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro (2005).
- Rieger*, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, *VuR* 1999, 287.
- Roth*, Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in *Schulte-Nölke/Schulze*, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 45.
- Roth*, Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 113.
- Ruiz Muñoz*, De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003), *Derecho de los Negocios* (171) 2004, 5.
- Rummel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2007).
- Sanz Valentín*, La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Actualidad Civil* (35) 1999, 1073.
- Schäfer/Pfeiffer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, *ZIP* 1999, 1829.
- Schermaier*, Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung (1998).
- Schiller*, Europäische Union: Die Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien, *PHi* (3) 1999, 118.

- Schlechtriem*, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 205.
- Schlechtriem*, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, 445.
- Schmidt-Kessel*, Der Rückgriff des Letztverkäufers, ÖJZ 2000, 668.
- Schmidt-Räntsch*, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 1639.
- Schmidt-Räntsch*, Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 1999, 295.
- Schmidt-Räntsch*, Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie, ZIP 1998, 851.
- Schnyder/Straub*, Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst - Erster Schritt zu einem einheitlichen Kaufrecht?, ZEuP 1996, 8.
- Schurr*, Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für das deutsche Kaufrecht, ZfRV (6) 1999, 222.
- Schwartze*, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, ZEuP 2000, 545.
- Schwimmann*, Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2004-2006).
- Serra Rodríguez*, La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Revista de Derecho Patrimonial (16) 2006, 121.
- Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch<sup>3</sup> (2005).
- Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW (33) 1999, 2393.
- Staudenmayer*, Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts - Bausteine für ein europäisches Privatrecht?, in *Schulte-Nölke/Schulze*, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 63.
- Staudenmayer*, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, in *Grundmann et al*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 27.
- Staudenmayer*, The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law, ERPL 2000, 547.
- Steiner*, Der Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbrauchsgüterkauf und -garantien und das geltende österreichische Recht, in *Schermaier*, Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung (1998) 243.
- Tamoya Carmona*, Ley 23/2003, de 10 julio, de garantías en la venta de bienes de consumo: Régimen de plazos y derechos del consumidor, in *Reyes López*, La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro (2005) 211.



- Tenreiro*, La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, REDC 1996, 187.
- Tenreiro/Gomez*, La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, REDC 2000, 5.
- Urbanek*, Besichtigungsklausel und Gewährleistungsverzicht, *ecolex* 1998, 119.
- Vérgez*, La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (2004).
- Welser*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2001, 420.
- Welser*, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, *ecolex* 1995, 11.
- Welser*, Entscheidung des verstärkten Senates und Reform des Gewährleistungsrechts, *ÖJZ* 1993, 753.
- Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994).
- Welser/B. Jud*, Kurzkomentar - Die neue Gewährleistung (2001).
- Welser/B. Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts - Verhandlungen des 14. Österreichischen Juristentages (2000).
- I. Welser*, Der Erfüllungsort für Verbesserungspflichten des Unternehmers nach § 8 KSchG, *ÖJZ* 2001, 745.
- Welser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in *Festschrift Hempel* (1997).
- Wilhelm*, Entwurf einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, *ecolex* 1996, 826.
- Wolf*, Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie - ein Vorteil für die Wirtschaft, *RIW* 1997, 899.
- Zerres*, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts (2007).

## Abstract

Mit Hilfe von rechtlichen Rahmenbedingungen sollte bis 1992 ein gemeinsamer Binnenmarkt in Europa geschaffen werden. Im Verbraucherschutz wurde zur Harmonisierung der nationalen Bestimmungen das Instrument der Richtlinie verwendet, um so den Mitgliedstaaten möglichst großen Spielraum für die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in nationalen Regelungssystemen zu geben. Aufgrund der Tatsache, dass Verbraucherschutz-Richtlinien in der Regel auf eine Mindestharmonisierung abzielen, kam es in vielen Bereichen zu voneinander abweichenden Realisierungen trotz intentionierter Vereinheitlichung.

Am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG versucht die vorliegende Arbeit diesen differenzierten Zugang zur verpflichteten Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht in zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Spanien und Österreich, aufzeigen. Anhand der verwendeten Methoden sowie der unterschiedlichen Ausschöpfung des vorgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Rahmens zeigen sich deutlich die unterschiedlichen Verbraucherschutz-niveaus in beiden Mitgliedstaaten.

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gilt als die wichtigste Richtlinie zum Verbraucherschutz, die bislang in der Europäischen Gemeinschaft erlassen wurde und soll entscheidend zu einem besseren Verbraucherschutz in der Gemeinschaft beitragen. Dabei lehnt sie sich stark an das UN-Kaufrecht von 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), dem Kaufrecht für den zweiseitigen Handelskauf, an und wird als dessen Fortentwicklung angesehen. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bewirkte auf Gemeinschaftsebene zwar eine erste Harmonisierung der europäischen Kaufrechte, eine vollständige Harmonisierung nationaler Gewährleistungsvorschriften scheidet allerdings am Charakter der Richtlinie als Mindestharmonisierung. Am Beispiel von Spanien und Österreich werden in der vorliegenden Arbeit diese Diskrepanzen näher dargestellt, die bislang der Vollendung sowie der Vertiefung des europäischen Binnenmarktes entgegenstehen.

Unter anderem wird auf die wesentlichen Zielsetzungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie eingegangen, um so die Intentionen der Gemeinschaft für einen rechtlichen Rahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Vorgaben aufzuzeigen. Ebenfalls berücksichtigt wird dabei der im Oktober 2008 herausgegebene Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, die auf eine Vollharmonisierung der nationalen Verbraucherbestimmungen abzielt.

Im Mittelpunkt der Arbeit stehen jedoch die nationalen Umsetzungen der Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sowohl in Spanien als auch in Österreich, wobei speziellen Rechtsfragen, wie insbesondere der direkten Herstellerhaftung, den Unterbrechungsregelungen und der Rügeobliegenheit besonderes Augenmerk geschenkt wird.

Zur besseren Darstellung der unterschiedlichen Gestaltung der Umsetzungen in beiden Mitgliedstaaten und der sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die nationalen Regelungen bzw auf die gewünschte Harmonisierung wird im abschließenden Teil der Arbeit eine Gegenüberstellung der Umsetzungen in beiden Mitgliedstaaten vorgenommen.

## Resumen

Con la ayuda de los marcos legales, un mercado interior común en Europa debe ser creado hasta 1992. Para la armonización de las legislaciones nacionales en el ámbito de la protección de los consumidores el instrumento de la directiva ha utilizado, a fin de otorgar máxima flexibilidad para los Estados Miembros en la transposición de la legislación comunitaria en los sistemas nacionales de la reglamentación. En virtud de que las directivas en el ámbito de la protección de los consumidores suelen apuntar a una armonización mínima, se produjeron divergentes transposiciones en muchos sectores, a pesar de la unificación intencionada.

El presente tesis trata demostrar el acceso diferenciado a la decidida transposición de la legislación comunitaria al derecho nacional de dos Estados Miembros de la Unión Europea, España y Austria, con el ejemplo de la Directiva 1999/44/CE. Los diferentes niveles de protección de los consumidores en ambos Estados Miembros se muestran mediante los métodos utilizados y la diferente agotamiento del marco comunitario definido.

La directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo se considera la directiva más importante en el ámbito de la protección de los consumidores que se había aprobado en la Comunidad Europea y contribuiría significativamente a una mejor protección de los consumidores en la Comunidad. Se apoya en gran medida de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, el derecho de compras para la compra del comercio bilateral, y se considera en su desarrollo continuo. La transposición de la presente Directiva lograba por cierto una primera armonización de los derechos europeos de venta a nivel comunitario, sin embargo una plena armonización de las legislaciones nacionales fracasó por la naturaleza de la directiva como una armonización mínima. Utilizando el ejemplo de España y Austria estas discrepancias, que impiden tanto la perfección como la profundización del mercado interior europeo, se presentan detallado en el presente tesis.

Entre otras cosas, el presente estudio entra en detalle los objetivos clave de la directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a fin de determinar las intenciones de la Comunidad de un marco legal en los Estados Miembros, que apliquen estas directrices. También se incluye la Propuesta de la Comisión Europea de una Directiva sobre los derechos de los consumidores, que pretende la plena armonización de los reglamentos nacionales de consumo, publicada en octubre de 2008.

Sin embargo, el enfoque del trabajo es la trasposición nacional de las disposiciones de la Directiva, tanto en España como en Austria, con atención en particular a los regímenes de responsabilidad directa de productores, la interrupción de los plazos y la obligación de los consumidores de informar al vendedor de la falta de conformidad del bien.

Para una mejor representación de las diferentes trasposiciones en los Estados miembros y el impacto resultante para las reglamentaciones nacionales y para la armonización deseada, una comparación de las trasposiciones en ambos Estados se encuentra en la parte final de la tesis.

# Curriculum Vitae

## PERSÖNLICHE DATEN

Geburtstag 11. August 1981  
Nationalität Österreich

## BERUFSERFAHRUNG

**Seit 03/2009** **WILLHEIM | MÜLLER RECHTSANWÄLTE** *Wien*  
*Rechtsanwaltsanwärter*

**10/2008 – 03/2009** **EUROPÄISCHE KOMMISSION** *Brüssel*  
*Traineeship*  
GD SANCO – Abteilung B2 „Consumer Contract and Marketing Law“

**07/2007 – 10/2007** **MMM ABOGADOS** *Barcelona*  
*Praktikum*

**03/2006 – 12/2006** **OBERLANDESGERICHT WIEN** *Wien*  
*Absolvierung der Gerichtspraxis*

## AUSBILDUNG

**Seit 03/2006** **UNIVERSITÄT WIEN**  
*Doktorat*

**07/2007 – 09/2007** **UNIVERSITAT DE BARCELONA**  
*KWA-Forschungsstipendium*

**10/2000 – 11/2005** **UNIVERSITÄT WIEN**  
*Magister der Rechtswissenschaften*

**01/2005 – 07/2005** **UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA**  
*ERASMUS Stipendium*

## EXTRACURRICULARE AKTIVITÄTEN

**01/2004 – 12/2004** **AUSBILDUNG ZUM MEDIATOR**  
ARGE Konfliktmanagement  
Abgeschlossene Ausbildung gemäß ZivMediatG

## SPRACHEN

Deutsch Muttersprache  
Englisch Fließend in Wort und Schrift  
Spanisch Fließend in Wort und Schrift - Übersetzung des Teils zum katalanischen Erbrecht der Monographie *Süß*, Erbrecht in Europa<sup>2</sup> (2008)  
Französisch Fortgeschrittene Kenntnisse - Kursbesuche in *Montreal* und *Cannes*