

KAPITEL 7

„Keine Gesellschaft kann ohne Austausch bestehen, kein Austausch ohne gemeinschaftlichen Maßstab und kein gemeinschaftlicher Maßstab ohne Gleichheit. So ist eine bestimmte konventionelle Gleichheit oberstes Gesetz jeglicher Verbindung, sei es zwischen Menschen, sei es zwischen Dingen Die konventionelle Gleichheit unter den Dingen führte zur Erfindung des Geldes; denn das Geld ist nur ein Vergleichsmaßstab für den Wert von Dingen verschiedener Art, und in diesem Sinn bildet das Geld die wirkliche Verbindung innerhalb der Gesellschaft. Aber alles kann Geld sein; früher war es das Vieh, bei mehreren Völkern sind es noch heute die Muscheln: Eisen war Geld in Sparta, Kupfer in Schweden, Gold und Silber sind es bei uns. Für jeglichen Austausch wurde als durchschnittliches Maß Metall genommen, da es am leichtesten transportierbar ist, und das Metall wurde in Münzen umgeprägt, um Messen und Abwiegen beim Austausch zu vermeiden: denn das der Münze eingeprägte Zeichen ist nur eine Bestätigung dafür, dass das so oder so markierte Geldstück diesem oder jenem Gewicht entspricht; und nur der Landesfürst hat das Recht, Münzen zu schlagen, wie er allein das Recht hat, zu verlangen, dass seine Entscheidung für ein ganzes Volk Autorität besitzt. Hat man die Erfindung des Geldes so erklärt, so muss ihr Nutzen selbst dem Dümmden einleuchten. Es ist schwer, unmittelbar Dinge verschiedener Stoffe gegeneinander abzuwägen, zum Beispiel Stoff gegen Getreide; ist man aber auf ein gemeingültiges Maß, nämlich das Geld, gekommen, ist es für den Fabrikanten sowohl wie für den Bauer leicht, den Wert der Dinge, die sie austauschen wollen, an diesem gemeingültigen Maß abzuschätzen. Ist diese oder jene Menge Getreide diese oder jene Menge Geld wert, so macht der Händler, der dies Getreide für seinen Stoff bekommt, einen gerechten Tausch. So werden Güter verschiedener Sorte durch das Geld einander vergleichbar.“

Jean-Jacques Rousseau, Emile (ca 1760)

INHALT

A. Das Schuldrecht	414
I. Vorbemerkungen	414
II. Schuld und Forderung – Schuldvertrag und Schuldverhältnis – Schuld und Haftung	416
III. Der Inhalt des Schuldverhältnisses: Leistung/Erfüllung/Zahlung	419
IV. Trade Terms und Incoterms	430
V. Erlöschen der Schuld: Zahlung / Erfüllung und andere Endigungsgründe	431
VI. „Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten“: Novation, Vergleich, Anerkenntnis	437
VII. Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Leistung: Teil- oder Gesamtschuldverhältnis	442
B. Die Leistungsstörungen	445
I. Der Schuldnerverzug	446
II. Gläubiger- oder Annahmeverzug	455
III. Entscheidungsbeispiele zum Verzug	458
IV. Gewährleistung als „Schlecht-Erfüllung“	459
V. Gewährleistung und Schadenersatz	470
VI. Produkthaftung – PHG 1988	472
VII. Verkürzung über die Hälfte	477
VIII. Nachträgliche Unmöglichkeit	478
IX. Zur sog positiven Vertragsverletzung	479

Überblick Das Sachenrecht wird zutreffend als das Recht der Sachgüterzuordnung charakterisiert, das Schuldrecht – komplementär dazu – als Recht der Güterbewegung. Dazu wird behauptet, das Sachenrecht sei statisch, während das Schuldrecht dynamisch sei. Allein diese Gegenüberstellung bleibt an der Oberfläche; denn entgegen dieser Aussage tritt die rechtliche Güterbewegung – sei es ein Eigentums- oder ein anderer dinglicher Rechtserwerb – nicht schon durch die schuldrechtliche Verpflichtung, sondern erst durch die sachenrechtliche Verfügung ein; zB Eigentumserwerb durch die Übergabe beweglicher Sachen oder an Liegenschaften durch deren Verbücherung. Gemeint ist mit dieser Charakterisierung wohl der gravierende Unterschied zwischen dem Schuldrecht und Sachenrecht in Bezug auf die in diesen Bereichen geltenden Prinzipien der Vertragsfreiheit auf der einen und des Typenzwangs auf der anderen Seite.

Ist es Aufgabe des Sachenrechts für die nötige Rechtssicherheit der Güterzuordnung und damit wichtige Gebrauchs- und Vermögenswerte zu sorgen, verfolgt das Schuldrecht das Ziel, die vielfältigen Interessen der Parteien im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen Kontakte möglichst effizient und funktional aufeinander abzustimmen. Das dafür nötige Instrumentarium wird durch die Rechtsinstitute des Schuldrechts zur Verfügung gestellt. Diesen unterschiedlichen Zielsetzungen und Aufgaben von Schuld- und Sachenrecht entsprechen die divergierenden, aber jeweils zentralen Prinzipien von Typenzwang und Vertragsfreiheit.

Eingegangen wird idF nach einer Darstellung allgemeiner Fragen des Schuldrechts (A.: zB Schuld und Forderung, Schuldvertrag und Schuldverhältnis, Schuld und Haftung, Leistung / Erfüllung, Novation, Vergleich und Anerkenntnis) auf den praktisch so bedeutenden Bereich der Leistungsstörungen mit seinen zentralen Rechtsinstituten des Verzugs und der Gewährleistung (B.). Dabei wird auch auf die Produkthaftung (B. VI.) und nunmehr in Form eines Links kurz auf die positiven Vertragsverletzungen (B. IX.) eingegangen.

A. Das Schuldrecht

I. Vorbemerkungen

SchRAT und SchRBesT

Das ABGB zählt das Schuldrecht (noch) zu den **persönlichen Sachenrechten**, die zusammen mit den **dinglichen Sachenrechten** das **Vermögensrecht** des ABGB bilden. Die moderne pandektistische Stoffeinteilung dagegen weist das Schuldrecht als eigenen Bereich des bürgerlichen Rechts aus und unterteilt ihn in Schuldrecht Allgemeiner Teil / SchRAT und Schuldrecht Besonderer Teil / SchRBesT.

Die Stoffübersicht (→ Kapitel 1.A.V.4., S. 24) zeigt, welche Themen im praktisch wie didaktisch wichtigen Schuldrecht behandelt werden.

Schuldner ist Hauptperson

Das Schuldrecht trägt seinen Namen zurecht. Der Schuldner ist die Hauptperson jedes Schuldvertrags und idF vor allem des Schuldverhältnisses. Auf ihn vertraut der Gläubiger. Der Begriff „Gläubiger“ ist eine Übersetzung aus dem Lateinischen: „creditor“ (Gläubiger) kommt von credo, glauben, vertrauen. Der Gläubiger vertraut dem Schuldner hinsichtlich dessen Leistungsfähigkeit und -willigkeit. Die Forderung eines Gläubigers ist immer nur so viel „wert“, wie der Schuldner, gegen den sie sich richtet. Will sich ein Gläubiger nicht damit begnügen, muss er zusätzliche „Sicherheiten“ für seine Forderung begründen → Kapitel 15.A., S. 904.

Vertragliche Schuldverhältnisse

Sie begründen zwischen Gläubiger und Schuldner (aber nur zwischen ihnen!) ein besonderes Rechts- und Vertrauensverhältnis, das auf ein der Vereinbarung entsprechendes „obligationsmäßiges“ Verhalten des Schuldners gerichtet ist. Dritte haben daran grundsätzlich keinen Anteil. Zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen → A.I.2. Ehe auf die wichtigen Fragen der „Leistung“ und die „Leistungsstörungen“ eingegangen wird, soll das Schuldrecht kurz skizziert werden.

1. Die Forderungsrechte als relative Rechte

Wir haben in Kapitel 1 von der Einteilung der subjektiven Rechte gesprochen und dabei die Forderungsrechte als relative Rechte – dh grundsätzlich nur gegen und zwischen bestimmte/n Personen wirkende Rechte – kennengelernt. Schuldrecht erzeugt relatives Recht und wirkt zwischen den Parteien (inter partes) des Schuldvertrags, der sich häufig zum Schuldverhältnis (aus)weitet → A.II.2. § 859 ABGB spricht davon, dass im Schuldrecht „eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist“ und betont damit ebenfalls die relative Wirkung des Schuldrechts. Konkret bedeutet das, dass zB ein Kaufvertragsgläubiger seine Kaufpreisforderung (und allfällige weitere Ansprüche) nur von seinem Vertragspartner, dem Käufer, verlangen kann (und von niemand anderem); und dem Käufer steht sein Sachleistungsanspruch nur gegen den Verkäufer zu. – Das scheint mehr als selbstverständlich, muss aber zur Betonung des Unterschieds von Schuld- und Sachenrecht gesagt werden.

Wirkung des Schuldrechts

Ganz anders nämlich ist die Wirkung des Sachenrechts und anderer absoluter Rechte, die gegen alle/jedermann, also auch gegen dritte Personen wirken, mit denen vorher keine Rechtsbeziehung bestanden hat. Man kann das auch so ausdrücken, dass die Sachenrechte – verglichen mit den Schuldrechten – eine unvergleichlich stärkere rechtliche **Außenwirkung** besitzen, während sich Schuldrechte vornehmlich auf die **Innenwirkung** beschränken.

Wirkung des Sachenrechts

Allein ganz ohne Außenwirkung sind auch relative Rechte nicht. Zur Verletzung / Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte → Kapitel 11.E.VII., S. 758.

Absolute Rechte (→ Kapitel 1.A.I.10., S. 9) sind bspw gewisse personen- und familienrechtliche Ansprüche (zB die Persönlichkeitsrechte des § 16 ABGB) und vor allem auch die sachenrechtlichen Rechtspositionen, also dingliche Ansprüche. So wird die rechtliche Stellung des Eigentümers gegen jedermann geschützt und nicht nur gegenüber bestimmten Personen; vgl die Formulierungen der §§ 354, 366 ABGB. – Auch die Immaterialgüterrechte sind absolute Rechte.

Das Schuldrecht ist zwar älter als der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, aber jünger als das Sachenrecht. Seine Bedeutung im Rechts- und Wirtschaftsleben übertrifft aber alle anderen Teile des bürgerlichen Rechts.

Bedeutung des Schuldrechts

Das **Schuldrecht** kann als das **Recht der Schuldverträge** und der – vertraglichen wie gesetzlichen – **Schuldverhältnisse** umschrieben werden. Im Mittelpunkt des Schuldrechts steht die Lehre von der **Leistung**, die – wie die von den **Leistungsstörungen** – traditioneller Weise im „SchRAT“ angesiedelt ist und hier – losgelöst vom einzelnen Schuldvertrag und Schuldverhältnis – dargestellt wird. Die Darstellungsweise ist daher notwendigerweise – wie in jedem „Allgemeinen Teil“ – abstrakt.

Recht der Schuldverträge und sonstigen Schuldverhältnisse

Im Rechtsleben begegnen uns diese Fragenbereiche dagegen konkret: Etwa als Schuld oder Forderung des Herrn B aus einem Kaufvertrag mit Frau A. Oder: Die Leistungspflicht des Schlossers A, der einen Rohrbruch zu reparieren hat. Oder: Das Arbeitsverhältnis zwischen der Krankenschwester M und einem Krankenhaus.

2. Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen

📖 Mayer-Maly, Über den Sinngehalt des § 859 ABGB, ÖJZ 1965, 64.

§ 859 ABGB umschreibt – wie wir gehört haben – die persönlichen Sachenrechte (= Schuldrecht) als Rechtsverhältnisse, „vermöge welcher eine Person [= der Schuldner] einer anderen [= dem Gläubiger] zu einer Leistung verbunden ist“ und fügt hinzu, dass sich diese Leistungspflicht entweder:

- „**unmittelbar auf ein Gesetz** [zB Unterhaltsansprüche von Kindern gegen ihre Eltern oder vice versa; §§ 140, 166, 143 ABGB];
- oder auf ein **Rechtsgeschäft** [zB KaufV];
- oder auf eine **erlittene Beschädigung**“ [zB deliktische Schädigung = Schadenersatz: §§ 1293 ff ABGB] gründet; dazu → Kapitel 9., S. 573.

Wir unterscheiden daher – vergrößernd:

Rechtliche
Sonderbeziehungen

- **Schuldverhältnisse** aus **Vertrag** (obligationes ex contractu) und
- **Schuldverhältnisse** aus **Delikt** (obligationes ex delicto).

Alle entstandenen Schuldverhältnisse – vertragliche wie gesetzliche (also auch Deliktobligationen) – genießen als rechtliche Sonderbeziehungen einen besonderen (schadenersatz)rechtlichen Schutz. Dieser äußert sich einerseits darin, dass:

- die **Erfüllungsgehilfenhaftung** des § 1313a ABGB zum Tragen kommt (im Gegensatz zur Besorgungsgelilfenhaftung des § 1315 ABGB für den deliktischen Bereich → Kapitel 10.A.I.2., S. 655) und zudem grundsätzlich
- die **Beweislastumkehr** des § 1298 ABGB (im Gegensatz zur normalen Beweislast des § 1296 ABGB) gilt → Kapitel 10.A.I.2., S. 655.

Die Römer umschrieben die rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner bildhaft als rechtliches Band: Obligatio est **iuris vinculum**, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura (Justinian); vgl noch CodTheor III 1 Num 3. Sie betonten bereits, dass (bestimmte) schuldrechtliche Verpflichtungen durch bloße Willensübereinstimmung / Konsensentstehen, sei es bei Kauf, Miete, Gesellschaftsvertrag oder Auftrag; Konsensualverträge. Anders die Realverträge!

Privatautonomie als Prinzip
der Selbstgestaltung

Schuldverhältnisse, die auf Rechtsgeschäft beruhen, gründen in der **Vertragsfreiheit** (die eigentlich Rechtsgeschäftsfreiheit heißen müsste) und der Privatautonomie → Kapitel 5.C., S. 306. Wir sprechen dabei vom **Prinzip der Selbstgestaltung** durch die Parteien des Rechtsgeschäfts; W. Flume, F. Gschnitzer.

3. Zur Abgrenzung von Schuld- und Sachenrecht

Abzugrenzen gilt es das Schuldrecht – aus praktischen wie didaktischen Gründen – insbesondere vom Sachenrecht, mit dem es aber in vielfältiger Verbindung und Wechselwirkung steht: zB Kauf – Eigentumsübertragung!

Zur Gegenüberstellung der funktionalen und inhaltlichen Unterschiede zwischen Schuld- und Sachenrecht vgl die Folie in → Kapitel 8.A.I.5., S. 486.

 ABBILDUNG: Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen; ABBILDUNG: Das Schuldrecht

II. Schuld und Forderung – Schuldvertrag und Schuldverhältnis – Schuld und Haftung

1. Schuld und Forderung

Gschnitzer formuliert einprägsam: „Schuld ist die **Verpflichtung** einer Person [des Schuldners] gegenüber einer andern Person [dem Gläubiger] **zu** einer Leistung; Forderung das entsprechende **Recht** des Gläubigers gegen den Schuldner **auf** eine Leistung. Schuld und Forderung sind also dasselbe, von zwei Seiten betrachtet.“

Der **Gläubiger** besitzt danach ein Recht **auf** (die) Leistung des Schuldners; wir sagen, er hat ein Forderungsrecht oder einen Anspruch (auf die Leistung); er fordert. – Den **Schuldner** trifft die Verbindlichkeit /Pflicht **zu** einer Leistung(an den Gläubiger); er schuldet sie.

2. Schuldvertrag und Schuldverhältnis

Schuldverhältnis

Der zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossene Schuldvertrag erzeugt häufig nicht nur eine, sondern mehrere oder sogar viele – uU sogar wiederkehrende – Leistungsansprüche und –pflichten; vgl die folgenden Beispiele. Die Gesamtheit dieser Rechte / Ansprüche und Pflichten zwischen den Parteien eines konkreten Schuldvertrags – also dieses Spektrum von Rechten und Pflichten – wird als **Schuldverhältnis** bezeichnet.

Besonders deutlich wird der Unterschied von Schuldvertrag (= Grundgeschäft iSv Grundlage, Basis des Schuldverhältnisses) und Schuldverhältnis bei den Dauerschuldverhältnissen, was die idF angeführten Beispiele von Miete und Arbeitsvertrag deutlich machen sollen.

Dauerschuldverhältnisse

So etwa bei der **Miete**, wo zB monatlich (immer wieder) Mietzinsansprüche und Mietzinszahlungspflichten entstehen. Dazu treten dauernd auf jeder Seite weitere Pflichten: zB die Pflicht des Mieters auf pflegliche Behandlung des Mietobjekts / Mobiliars und Ausbesserungs- und Reparaturpflichten auf Vermieterseite. Der einzelne Mietzinsanspruch kann verjähren (vgl die Diktion des § 1480 ABGB – „Forderungen ... erlöschen in [3 J]; ... – und damit dessen 2. HalbS und § 1486 Z 4 ABGB: „Das Recht selbst in 30 Jahren“), zediert oder verpfändet werden. Eine vereinbarte Wertsicherung gibt das Recht, den Mietzins unter bestimmten Voraussetzungen zu valorisieren → Kapitel 15.A.III.4., S. 911. Insbesondere bestehen aber idR beidseitige Kündigungsmöglichkeiten, also kontinuierliche Gestaltungsrechte hinsichtlich der Beendigung des bestehenden Schuldverhältnisses. Aber auch eine „ganze“ Partei des Schuldverhältnisses, zB der Vermieter, kann durch Vertragsübernahme (→ Kapitel 14.C., S. 890) ausgewechselt werden; vgl auch § 1120 ABGB: Veräußerung der Bestandsache. – Neben dem Austausch einer Partei im Schuldverhältnis (mit all ihren Rechten und Pflichten! zB: Eintrittsrecht nach den §§ 12 und 14 MRG → Kapitel 6.D.VI.6., S. 403) kennt die Mietrechtspraxis auch das gespaltene Schuld(Miet-)verhältnis, wozu folgendes zu sagen ist: Die Unterscheidung von Schuldvertrag und Schuldverhältnis einerseits und zwischen den daraus entspringenden Rechten und/oder Pflichten andererseits ist für das Verständnis des gespaltenen Mietverhältnisses wichtig. Der typische Sachverhalt für die Entstehung eines gespaltenen Mietverhältnisses ist folgender: Ein eingemietetes Unternehmen wird zB veräußert. Da die Lage – und damit die Mietrechte – für das Unternehmen wesentlich ist, soll auch der Unternehmenskäufer „Mieter“ der rechtlich geschützten Unternehmensräumlichkeiten werden. Eine vollständige Überbürdung der Rechtsstellung des Mieters (dh der aus dem Mietvertrag entspringenden Rechte und Pflichten!) ist aber nur mit Zustimmung des Vermieters möglich (zur Vertragsübernahme → Kapitel 14.C., S. 890), die jedoch nicht immer zu erlangen ist. Daher hat sich als Ausweg in der Praxis folgende Vorgangsweise herausgebildet: Der bisherige Mieter (= Verkäufer des Unternehmens) überträgt seine Mietrechte (!), mittels Zession an den Unternehmenskäufer, bleibt aber selbst noch Schuldner / Verpflichteter aus dem ursprünglichen Mietvertrag, denn auch die Schuldübernahme (→ Kapitel 14.B.I.1., S. 884) bedarf der Zustimmung des Gläubigers. Dadurch entsteht eine „Spaltung“ des (bisher einheitlichen) Mietverhältnisses auf Mieterseite: Die Mietrechte stehen nunmehr dem (Unternehmens)Käufer zu, während für die Verbindlichkeiten (insbesondere den Mietzins) noch der ursprüngliche Mieter, also der (Unternehmens)Verkäufer, einzustehen hat. – § 46a Abs 5 MRG versucht eine Sanierung des gespaltenen Mietverhältnisses: Anerkennung des „neuen“ Mieters durch den Vermieter bei gleichzeitiger Anhebung des bisherigen Hauptmietzins nach § 16 Abs 1 MRG.

Miete

Seit Juli 2000 können im Fall der Neuvermietung alle Geschäftslokale befristet vermietet werden. In diesem Fall kann der Mieter dann sein Unternehmen aber nicht mehr (ohne weiteres) verkaufen, denn er könnte dann nur mehr seine befristete Rechtsstellung in Bezug auf das Mietverhältnis übertragen.

Ein **Arbeitsvertrag** begründet für beide Parteien, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, eine Reihe grundlegender Rechte und Pflichten; vor allem die Pflicht des Arbeitnehmers zu persönlicher Arbeitsleistung unter Weisung des Arbeitgebers und – korrespondierend dazu – die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung. Diese Ansprüche, insbesondere die der Arbeitsleistung und Entgeltzahlung, werden immer wieder fällig; Monat für Monat: Monatslohn. Dazu kommen Ansprüche auf Urlaub, Abfindung oder Pflegefreistellung. Den Arbeitgeber treffen ferner Fürsorgepflichten, Arbeitnehmer sog Treuepflichten, wie die Verschwiegenheitspflicht oder ein Konkurrenzverbot. Für beide Seiten bestehen Kündigungsmöglichkeiten. – All das zusammen genommen macht das Arbeitsverhältnis aus. Zum Arbeitsvertrag → Kapitel 12.B., S. 771.

Arbeitsvertrag

Kurz: Aus dem **Schuldvertrag** entsteht das **Schuldverhältnis**. Das gilt sinngemäß auch für Rechtsgebiete außerhalb des Schuldrechts, etwa das Familienrecht, wo aus dem Ehevertrag das eheliche Verhältnis zwischen den Gatten (mit vielfältigen wechselseitigen Rechten und Pflichten) entsteht. Im Sachenrecht entsteht bspw aus dem Vertrag, mit dem Wohnungseigentum begründet wird, die auf lange Zeit angelegte WE-Gemeinschaft (§ 13c Abs 1 WEG 1975 = § 18 WEG 2002) → Kapitel 8.A.VII.9., S. 510.

3. Schuld und Haftung – Naturalobligationen

Wer etwas schuldet, haftet heute grundsätzlich auch selbst für die korrekte Erfüllung seiner Verbindlichkeit; dh es steht nicht in seinem Belieben, ob er das Geschuldete leistet, also zahlt oder nicht. – Gschnitzer: „Der Schuldner **schuldet**, soll leisten, ist zu leisten verpflichtet [Leistensollen]. Er **haftet** aber auch, muss leisten, kann zur Leistung gezwungen werden [Einstehenmüssen].”

Leistensollen und
Einstehenmüssen

Zur Durchsetzung von Leistungsansprüchen im Zivilprozess (→ Kapitel 19., S. 1073) und mittels Mahnverfahren, als vereinfachter Art Geldansprüche bis 100.000 S (~ 7.265 €) einzuklagen. Zum Recht als organisierter Zwang → Kapitel 1.A.II.2., S. 11.

Verknüpfung von Schuld und Haftung

Es war nicht immer so, dass der, der schuldete, auch selbst dafür haftete. Die für das moderne (Privat)Recht charakteristische innere Verknüpfung von Schuld und Haftung fehlte mitunter in frühen Recht(sordnungen). Sollte in ihnen ein Schuldner nicht nur (schuldrechtlich) verpflichtet werden, sondern auch persönlich haften, musste diese Haftung durch einen zusätzlichen Rechtsakt begründet werden.

Das alte germanische und deutsche Recht baute noch auf der Trennung von Schuld und Haftung auf und kannte bspw die sog Vergeiselung für eigene oder fremde Schuld als persönlichen Haftungsgrund. In alten Recht(sordnung)en bestand nämlich eine persönliche unmittelbare Haftung nur für begangene Delikte.

Die Entdeckung der in alten Rechten bestehenden Unterscheidung von Schuld und Haftung stellt eine Leistung germanistischer Rechtshistorie dar; Karl v. Amira, Otto v. Gierke. Diese Einsicht führte zur Entdeckung der hier aufgezeigten Unterscheidung im altgriechischen, babylonischen und schließlich auch im römischen Recht (R. Hübner).

Haftung

Leistet der Schuldner das, was er schuldet, nicht, kann der Gläubiger seinen Anspruch zwangsweise durchsetzen. Diese **zwangsweise gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit** des Gläubigeranspruchsmittels Prozess und Exekution wird Haftung genannt.

Selbsthilfe ist in diesem Zusammenhang heute – wie wir wissen – nur mehr ausnahmsweise gestattet; vgl §§ 19, 344 ABGB → Kapitel 3.A.I.8., S. 148.

Urteil und Exekutionstitel

Erwirkt der Gläubiger im Prozess gegen seinen Schuldner ein stattgebendes Urteil, stellt dieses für ihn einen Exekutionstitel dar. Die Exekutionstitel sind in § 1 EO aufgezählt → Kapitel 19.G.IV., S. 1106. Der Anspruch ist nun gerichtlich festgestellt (sog Judikatschuld) und dient nunmehr dem Gläubiger 30 Jahre (!) lang als rechtliche Basis der Exekution. Dabei haftet dem Gläubiger im Rahmen der Exekutionsführung grundsätzlich das gesamte, also auch das private, Schuldnervermögen. Man spricht deshalb von persönlicher Haftung des Schuldners, im Gegensatz zu bloßer Sachhaftung → Kapitel 15.B.I.2., S. 919. – Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner kann durch dritte Personen „befestigt“, dh zusätzlich gesichert werden; etwa durch Bürgschaft, Pfandbestellung oder Garantieübernahme → Kapitel 15.A.I., S. 904.

Gschnitzer weist darauf hin, dass die Termini Schuld und Haftung nicht nur iSv Leistensollen und Leistenmüssen verstanden werden. So bedeutet „Haftung“ im Schadenersatzrecht schlechthin die Ersatzpflicht des Schädigers, zB des Tierhalters nach § 1320 ABGB. – Darüber hinaus wird Haftung auch iSv Verantwortlichkeit gebraucht: Haftung für eigenes und fremdes Verschulden (§§ 1313a und 1315 ABGB); Bürge oder Garant haften ebenfalls für eine fremde Schuld. Auch in diesen Fällen kommt es demnach zu einer Trennung von Schuld und Haftung.

Naturalobligationen

Schuld und Haftung treten auch im modernen Recht – wie wir gehört haben – zwar idR, aber nicht immer gemeinsam, dh funktional verschränkt, auf. Neben dem Regelfall gibt es Fälle, in denen etwas zwar geschuldet, nicht jedoch dafür gehaftet wird; Fälle von **Schuld ohne Haftung**. Die Naturalobligationen/ unvollkommenen oder natürlichen Verbindlichkeiten sind ein solcher Fall. Das Gesetz lässt zwar die Erfüllung des Geschuldeten durch den Schuldner zu, weil dieser die Leistung nach wie vor schuldet, versagt dem Gläubiger aber die gerichtliche Durchsetzung seiner Forderung.

Merkmformel

Naturalobligationen sind zwar zahlbar, aber nicht mehr (ein)klagbar und daher auch nicht mittels Exekution durchsetzbar.

 M. Fuchs, Naturalobligationen und unvollkommene Verbindlichkeiten im [dt]BGB, in: FS Medicus 123 (1999); – Hattenhauer, Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts 79 (1982); – Siber, Naturalis Obligatio (1926).

Woraus entstehen Naturalobligationen?

Beispiele

• Aus **verjährten Schulden** (§ 1432 ABGB), wobei die Verjährung nach § 1502 ABGB im Prozess eingewendet werden muss und nicht von Amts wegen beachtet wird → Kapitel 13.B.I., S. 851.

Eine versehentlich vom Schuldner bezahlte verjährte Schuld kann daher nicht zurück gefordert werden. Sie wurde ja noch geschuldet!

- Für Schulden, „welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig“ sind (**formungültige Schulden**) statuiert § 1432 ABGB, dass solche Schulden durch Erfüllung geheilt werden. Dazu auch → Kapitel 15.E.II.4., S. 961.
- Aus **Spiel-** und **Wettsschulden**, wenn sie bloß versprochen und nicht auch tatsächlich erbracht oder hinterlegt wurden; §§ 1271, 1272 ABGB → Kapitel 12.H., S. 831 (Glücksverträge). – Nach § 1174 Abs 2 ABGB (→ Kapitel 5.F.IV., S. 353) kann aber ein für ein verbotenes Spiel gewährtes Darlehen nicht zurückverlangt werden.
- Aus **Forderungsausfällen von Gläubigern im Ausgleich** oder **Zwangsausgleich** ihres Schuldners; § 53 Abs 1 AO und § 156 Abs 1 KO. Vgl aber → Kapitel 19.H.II.8., S. 1120: EvBl 1991/25.

 ABBILDUNG: Schuldvertrag und Schuldverhältnis (1) + (2); ABBILDUNG: Schuld und Forderung; ABBILDUNG: Schuld und Haftung (1) bis (4)

III. Der Inhalt des Schuldverhältnisses: Leistung/Erfüllung/Zahlung

1. Arten der Leistung: Tun und Unterlassen

Schuldinhalt ist die Leistung des Schuldners. Diese „**Leistung**“ kann in einem ganz verschiedenen (äußeren) Verhalten des Schuldners bestehen: – der Kaufmann oder Händler schuldet und liefert die verkaufte Ware (zB einen Pkw); – die Werkstatt repariert eine defekte Stereoanlage; – eine Telefonistin arbeitet in der Vermittlung und erbringt so ihre Leistung usw.

Allgemeiner ausgedrückt lässt sich sagen: Die zu erbringende „Leistung“ kann in einem (positiven) **Tun** oder einem (negativen) **Unterlassen** bestehen; zB einer Unterlassungspflicht aufgrund einer vereinbarten Konkurrenzklausel oder eines gesetzlichen Konkurrenzverbots → Kapitel 11.C.III.6., S. 734.

Tun oder Unterlassen

Wichtige **Unterlassungspflichten** beinhalten zahlreiche gesetzliche Verschwiegenheitspflichten; zB von Ärzten, Psychotherapeuten, Rechtsanwälten und Steuerberatern. – Im Servitutsvertrag (→ Kapitel 8.E.I.4., S. 561) räumt der Eigentümer des dienenden Grundstücks dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zB ein Geh- oder Fahrrecht ein. Die „Leistung“ des Eigentümers des dienenden Grundstücks besteht hier in einem Unterlassen bestimmter (ihm an und für sich zustehender) Eigentumsausübungsrechte. – Die (negative) „Leistung“ beim Unterlassen besteht darin, dass vereinbarungsgemäß auf etwas verzichtet wird, wozu man sonst berechtigt wäre.

Unterlassungspflichten

Zu den wichtigen **gesetzlichen** Konsequenzen der Übernahme einer **vertraglichen** Leistungspflicht seitens des Schuldners für seine **Beweislast** (§ 1298 ABGB) → Kapitel 10.A.I.1., S. 654.

2. Unterlassungspflichten

Der Unterlassungsanspruch ist eine Rechtsfigur des (materiellen) Privatrechts, nicht des (formellen) Prozessrechts.

Als **Voraussetzungen** der Unterlassungsklage werden heute gefordert:

Unterlassungsklage

- entweder eine anhaltende / fortdauernde **Störung** oder
- das Vorliegen von **Wiederholungsgefahr**.

Unterlassungspflichten spielen sowohl aus Vertrag / ex contractu wie ohne einen solchen / ex delicto eine Rolle. Als Beispiel einer vertraglichen Unterlassungspflicht sei eine vereinbarte **Konkurrenzklausel** erwähnt, als Beispiel einer gesetzlichen Unterlassungspflicht das **Konkurrenzverbot** des § 112 HGB. Als Beispiel für deliktische Unterlassungspflichten wird auf die Haftung aus einer **Garantenstellung** (→ Kapitel 10.A.II.3., S. 661) oder bei Verletzung allgemeiner **Verkehrssicherungspflichten** (→ Kapitel 6.B.III., S. 376) hingewiesen. – § 364c ABGB regelt ein „vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot“.

Vorbeugende
Unterlassungsklage

Zulässig ist nach hM aber auch schon eine vorbeugende Unterlassungsklage, die sich gegen eine drohende Verletzung / Gefährdung dinglicher, absoluter oder obligatorischer Rechte richtet. Gefordert wird dafür eine ernstzunehmende „Begehungsgefahr“ (D. Medicus).

Einfache oder vorbeugende Unterlassungsklagen spielen bspw im Nachbarrecht eine Rolle (§§ 364, 364a und b ABGB: Immissionen → Kapitel 8.A.V.3., S. 495; § 523 ABGB: Negatorienklage; § 339 ABGB iVm §§ 454 ff ZPO: Besitzstörungsklage → Kapitel 3.A.V., S. 160). – Ausdrücklich erwähnt wird der Unterlassungsanspruch in § 43 ABGB (Namensrecht / Persönlichkeitsrecht → Kapitel 4.C.III., S. 258) oder in den §§ 1 und 9 ff UWG. – Dem AHG fehlen Unterlassungsansprüche betroffener Geschädigter. Das haben der Sri Chinmoy-Fall und der Platzbenennungsfall deutlich gemacht. Da sich der OGH weigert, diese gesetzliche Lücke judikativ mittels § 7 ABGB zu schließen, ist der Gesetzgeber aufgerufen → Kapitel 11.C.II.4., S. 723.

Kein Verschulden nötig

Die Unterlassungsklage setzt kein **Verschulden** voraus; vgl § 43 ABGB. – Liegt aber Verschulden vor, kann neben der Unterlassung auch Schadenersatz begehrt werden. Die Unterlassungsklagen gehören zivilprozessual zu den Leistungsklagen → Kapitel 19.E.VII., S. 1095.

Auch die Verletzung von **Schutzgesetzen** verpflichtet – neben der Leistung von Schadenersatz (bei Verschulden) – zur Unterlassung; vgl EvBl 2002/32: Finanzstrafverfahren.

3. Verknüpfung von Leistungspflichten

Synallagma

Beim Kauf (→ Kapitel 2.A.IV., S. 70) wurde kurz auf den Begriff **Synallagma** eingegangen und zwischen genetischem, konditionalem und funktionellem Synallagma unterschieden. Der Begriff steht heute als Synonym für die bei **entgeltlichen Verträgen** ausgeprägte und notwendige Verschränkung beider Leistungsverpflichtungen (Gegenseitigkeit); vgl das römische Recht: do ut des.

Vgl dazu auch → Kapitel 5.A.III.1., S. 278: Einteilung der Rechtsgeschäfte. – Der Begriff Synallagma stammt aus dem (Alt)Griechischen und bedeutete zunächst bloß: Geschäft, Vertrag, Übereinkunft; später wurde ihm die Bedeutung „Austausch“ beigelegt.

**Haupt(Leistungs)- und
Neben(Leistungs)-
pflichten**

Die Leistungspflichten der Vertragsparteien sind von unterschiedlicher Natur, Haupt- und Nebenpflichten sind zu unterscheiden.

Die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bei entgeltlichen Verträgen umfasst primär die Haupt(Leistungs)plichten; also bspw beim Kauf, den Austausch von Kaufgegenstand und Kaufpreis. Daneben bestehen immer wieder auch Neben(Leistungs)plichten, die das Erbringen der Hauptleistung ermöglichen, unterstützen, aber auch denkbaren Schaden oder Nachteile von Vertragspartnern abhalten sollen. – Zu erinnern ist daran, dass schon die Aufnahme eines rechtsgeschäftlichen Kontakts von Gesetzes wegen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten entstehen lässt, ohne dass die Parteien dies vereinbaren müssen → Kapitel 6.B., S. 370.

Zum **Sinn** von Neben(Leistungs)plichten vgl schon → Kapitel 2.A.IV.1., S. 71. Dort wird auf das Entstehen von Neben(Leistungs)plichten durch Treu und Glauben kurz eingegangen.

Hauptleistungspflichten

Sie bestimmen den konkreten **Vertragstypus**: etwa: Kauf oder Tausch; Darlehen, Schenkung oder Leihe; Dienst- oder Werkvertrag. – Je nach Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht wird zwischen einseitig und zwei- oder wechselseitig verpflichtenden Verträgen unterschieden.

Neben(Leistungs)plichten

Sie können wiederum:

- **gesetzlich festgelegt** sein;

so sind Ärzte nach § 51 ÄrzteG zu schriftlichen Behandlungsaufzeichnungen / sog Krankengeschichte verpflichtet und idF zu ihrer Heraus- und/oder Bekanntgabe sowie nach § 54 ÄrzteG zur Wahrung des Berufsgeheimnisses / ärztliche Schweigepflicht → Kapitel 10.B.IV.2., S. 689.

- oder sich aus dem **Vertrag** ergeben, also konkret vereinbart werden; vertraglich können sie sich auch aus § 914 ABGB ergeben: Übung des redlichen Verkehrs.

Äquivalente
Neben(Leistungs)plichten

Besitzen Neben(Leistungs)plichten Entgeltcharakter (sind sie Teil der Entgeltberechnung) spricht man von äquivalenten oder selbständigen Neben(Leistungs)plichten. Sie sind dann Teil von Leistung und Gegenleistung und ihre Verletzung löst bspw ebenso Schuldnerverzug und damit das Recht auf Rücktritt vom Vertrag aus (§ 918 ABGB), wie die Verletzung von Hauptpflichten.

Sie besitzen für den Gläubiger dagegen keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert, sondern wollen vornehmlich den Erfolg der Hauptleistung fördern und sichern; zB Gebrauchsanweisung, Reparatur- oder Serviceanleitung oder Versendung der Ware, Vorbereitung der Hauptleistung. Während selbständige Nebenleistungen unabhängig von der Hauptleistung einklagbar sind, gilt das für **unselbständige Nebenleistungen** nicht, da ihnen nur eine untergeordnete / dienende Aufgabe zukommt. Ihre Verletzung kann aber schadenersatzpflichtig machen.

Die Abgrenzung von Haupt- und Neben(leistungs)pfllichten kann bei atypischen Verträgen Schwierigkeiten bereiten (Beweislast!), wozu kommt, dass Neben(leistungs)pfllichten in der Form von Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltpflichten immer wieder erst von der Rspr entwickelt werden müssen.

BEISPIELE:

- **Montageverpflichtung** des Verkäufers beim Kauf einer komplizierten Maschine, aber auch
- **Service- und Beratungsdienste** für erworbene Güter (zB EDV-Hotline);
- aber auch: Käufer verpflichtet sich, dem Verkäufer Gebinde (zB Fässer, Flaschen) zu liefern, damit dieser seine Lieferung erbringen kann → Kapitel 2.A.IV.1., S. 71 (SZ 2/12: Mostverkauf). Zutreffende Annahme einer selbständigen Neben(leistungs)pfllicht des Käufers, deren Verletzung (Verzug) den Verkäufer zum Rücktritt nach § 918 ABGB berechtigte.



E des dtBGH 3.12.1998, ZR 63/96, Der Betrieb 1999, 1493: **Warnpflicht des Autohändlers** im Hinblick auf einen bevorstehenden **Modellwechsel**, der technische Verbesserungen bringt. Solche (von der Rspr entwickelte Nebenpflichten in Form von) Aufklärungspflichten besitzen aber über den Autohandel hinaus Bedeutung; zB im Buch- (Neuaufgabe!), Elektro-, Maschinen- oder Computerhandel.

- SZ 55/7 (1982): **Gastwirt verwahrt Kfz** seines Gastes; Verwahrung als selbständige Nebenpflicht des Gastaufnahmevertrags → Kapitel 3.D.II., S. 179. (Diese Pflicht unterliegt nicht den gesetzlichen Haftungshöchstgrenzen!)

Zur Verletzung der **Warnpflicht beim Werkvertrag** (§ 1168a Satz 3 ABGB) → Kapitel 12.C.III.3., S. 793 und die dort angeführten Beispiele. – Zu den sog positiven Vertragsverletzungen → Kapitel 7.B.IX., S. 479 (Link).

4. Bestimmtheit der Leistung

Wir haben schon beim Kaufvertrag gehört, dass seine Perfektion Einigung über Kaufgegenstand und Kaufpreis voraussetzt und dass der Kaufpreis bestimmt oder doch bestimmbar sein muss. – Die Forderung nach Bestimmtheit der Leistung gilt aber nicht nur für den Kaufvertrag, sondern für alle Verträge. Nicht hinreichende Leistungsvereinbarung lässt den Vertrag gar nicht gültig entstehen; § 869 ABGB: Wahre Einwilligung.

Leistungsvereinbarungen müssen **bestimmt** oder **doch bestimmbar** erfolgen; sonst könnte später nicht auf die jeweilige (konkret geschuldete) Leistung gedrungen, geklagt und die Leistung daher nicht durchgesetzt werden. – Dieser Gedanke findet sich deshalb auch in § 936 ABGB (Vorvertrag → Kapitel 6.C., S. 381): „... wesentliche[n] Stücke des Vertrages bestimmt ...“.

Die Kriterien der Bestimmtheit der Leistung gelten für das **bürgerliche** und das **Handelsrecht**.

So müssen beim Kauf Gegenstand / Ware und Preis wenigstens objektiv bestimmbar sein. Mangels ausdrücklicher Bestimmung des Preises gilt im praktischen Rechtsleben oft ein Markt- oder Börsenpreis oder der ortsübliche Preis als vereinbart → Kapitel 2.A.III.2., S. 69.

Bestimmt oder doch
bestimmbar

„Bestimmtheit“ gilt für
ABGB und HGB

5. Leistungszeit und Leistungsort

Die für das Erbringen der Leistung wichtige **Leistungs-** oder **Erfüllungszeit** und der **Erfüllungsort** oder **Leistungsort** ergeben sich entweder:

- „aus dem **Vertrag**“ (selbst);
- oder doch „aus der **Natur** und dem **Zweck des Geschäfts**“ (Handkauf beim Bäcker oder Behandlung beim Therapeuten; der Behandlungsvertrag mit Arzt / Ärztin inkludiert uU auch Hausbesuche);
- oder letztlich „aus dem **Gesetz**“; §§ 904, 905 ABGB.

Zu Begriff und Inhalt der **Fälligkeit** und ihrer Bestimmung → A.III.10.

Bring- oder Holschuld Für jede vereinbarte Leistung müssen Zeit und Ort ihrer Erbringung wenigstens bestimmbar sein. Bei einem Kauf ist zB zu vereinbaren, ob der Verkäufer den Kaufgegenstand (zB Möbel) zu überbringen hat (Bringschuld) oder ob der Käufer die Ware beim Verkäufer abzuholen hat (Holschuld). Manche Leistungsangebote sind gerade deshalb günstiger, weil der Käufer die Ware selber abholt und transportiert, also eine Holschuld vereinbart wird; zB IKEA. – Im Rahmen einer Leistungsbeziehung kann eine primär bestehende Holschuld in eine Bringschuld umgewandelt werden.

Kurz: Für Schuldner und Gläubiger ist es wichtig, zu bestimmen, wann und wo die jeweilige Leistung erbracht werden muss, wobei hier auch Verkehrssitte und Handelsbrauch eine wichtige Rolle spielen. Denn danach muss jede Seite ihre Vorkehrungen treffen, zB der (Sach)Schuldner, um die Leistung zu erbringen (zB Möbel bestellen oder herstellen und die Finanzierung und den Transport organisieren); der Gläubiger (zB Käufer), um sie in Empfang zu nehmen (Lagerung etc), zu verwenden und seine Gegenleistung (den Kaufpreis) bereitzustellen.

Hauszustellungen, dh vertraglich vereinbarte Bringschulden, nehmen zu. Vor allem Lebensmittel-Zustelldienste werden von Großverkäufern direkt an Konsumenten geliefert. Es entstehen – zB auch als Dienstleistungen im Rahmen der Altenpflege – eigene oder firmenzugehörige Zustelldienste; zB: Express Mail Service (EMS) oder Merkur – Ihr Zustelldienst. Die Gratishauszustellung hängt idR von einem Mindestbestellwert ab (etwa 35 €).

Bringschuld und Holschuld sind danach Varianten der Bestimmung des Erfüllungsorts. Bei der Bringschuld trifft den Schuldner die Pflicht, die geschuldete Leistung dem Gläubiger zu überbringen. Erfüllungsort ist hier der Wohnort oder die Niederlassung des Gläubigers. Bei der Holschuld muss sich der Gläubiger seine Leistung dagegen beim Schuldner holen. Erfüllungsort ist hier der Wohnsitz oder die Niederlassung des Schuldners. – Zu beachten ist, dass im Zweifel nach § 905 Abs 1 ABGB eine Holschuld anzunehmen ist.

BEISPIEL: Eine typische Holschuld ist der Wechsel.

Bedeutung für Schuldner und Gläubiger Leistungszeit und Leistungsort gelten grundsätzlich sowohl für den **Schuldner** wie den **Gläubiger**, werden aber nicht selten unterschiedlich für beide Seiten festgelegt.

Leibrentenvertrag So erbringt beim **Leibrentenvertrag** (§§ 1284-1286 ABGB) der Verkäufer seine Leistung – etwa eine Eigentumsübertragung an einer Liegenschaft und/oder einem Unternehmen – unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, während der Käufer seine Gegenleistung (in Geld) vereinbarungsgemäß in zeitlich bestimmten Teilleistungen (etwa monatlich oder halbjährig) erbringt, wozu noch die Besonderheit des Glücksvertragscharakters (→ Kapitel 12.H., S. 831) des Leibrentenvertrags kommt. – Vgl auch → Kapitel 2.A.V.1., S. 76. Natürlich wird es in so einem Fall sinnvoll sein, dass sich der Verkäufer rechtlich zusätzlich absichert; sich etwa eine Restkaufpreishypothek einräumen lässt → Kapitel 2.A.IV.2., S. 74 und → Kapitel 15.B.I., S. 918.

Handelsrecht Das **Handelsrecht** bestimmt in § 358 HGB einheitlich für Gläubiger und Schuldner: „Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen **Geschäftszeit** bewirkt und gefordert werden.“

§ 359 HGB: (1)
(1) „Ist als Zeit der Leistung das **Frühjahr** oder der **Herbst** oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung.“
(2) „Ist eine Frist von **acht Tagen** vereinbart, so sind hierunter im Zweifel volle acht Tage zu verstehen.“

Leistungszeit Als Leistungszeit wird entweder ein **Leistungszeitpunkt** (zB der 9. November; allenfalls noch näher bestimmt: wie 12 Uhr) oder ein **Leistungszeitraum** vereinbart; etwa: Lieferung in der 42. Woche oder im Monat Februar oder noch weiter gefasst: Frühling 2003. In einem solchen Fall ist der konkrete Leistungstermin (also der genaue Lieferzeitpunkt) später erst noch einvernehmlich festzulegen; denn der Schuldner braucht idR den Gläubiger zur Erfüllung.

BEISPIEL: Das kann zB dadurch geschehen, dass der Lieferant den Käufer anruft, ob es ihm recht ist, dass er am nächsten Tag, 17 Uhr, liefert. – Gleiches gilt grundsätzlich für den Erfüllungsort; auch hier gilt es meist zu präzisieren; daher: nicht nur Innsbruck, sondern zB zusätzlich: Roseggerstraße 32 a, Parterre links.

6. Nichterfüllung und Schlechterfüllung

Der Schuldner hat seine Leistung erbracht, wenn er alles ihm – nach Vertrag und/oder Gesetz – Obliegende getan hat. Leistet der Schuldner nicht, nicht rechtzeitig odernicht am rechten Ort oder auf die richtige Weise, gerät er in (Schuldner)Verzug / **Nichterfüllung**; vgl die Legaldefinition des § 918 ABGB. Leistet er zwar, aber zB inhaltlich, dh qualitativ schlecht, hat er dafür einzustehen; Gewährleistung / **Schlechterfüllung** → B.IV.

7. §§ 904 und 905 ABGB

Diese Paragraphen treffen subsidiäre Regeln zur Bestimmung von Leistungszeit und Leistungsort. Subsidiär insoferne als sie nur zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien keine anderweitige Regelung getroffen haben.

IdR vereinbaren die Vertragsparteien selbst im Vertrag oder in AGB Leistungszeit und -ort. Das Gesetz trifft aber auch Vorsorge dafür, wenn die Parteien das nicht tun. Wir haben gehört, dass es zB für einen gültigen Kaufvertragsabschluss zwar nötig ist, Kaufgegenstand und Kaufpreis zu bestimmen, nicht aber die uns hier interessierenden Punkte der Leistungszeit und des Leistungsortes anzusprechen und festzulegen → Kapitel 2.A.II.3., S. 65. Tun die Parteien dies nicht, tritt an die Stelle der **fehlenden Partei(en)vereinbarung** die gesetzliche Regelung; konkret § 904 (Leistungszeit) oder § 905 ABGB (Leistungsort). Gesetz lesen!

Fehlende
Parteivereinbarung

Durch die dispositivrechtliche Ergänzung wird die ansonsten (durch die fehlende Parteiabrede) bestehende Unvollständigkeit und Unsicherheit in Bezug auf Zeit und Ort der Leistung beseitigt; gesetzliche Lückenschließung einer vertraglichen Lücke. Zur Funktion des Dispositiv- oder nachgiebigen Rechts → Kapitel 1.A.I.11., S. 10.

Wichtig für die Bestimmung der **Leistungszeit** nach dem Gesetz ist vor allem der erste Satz des § 904 ABGB, wonach dann, wenn „keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden [ist]“, diese „sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub, gefordert werden“ kann.

§ 904 Satz1 ABGB

Für den **Erfüllungsort** bestimmt § 905 Abs 1 ABGB:

§ 905 Abs 1 ABGB

„Kann der Erfüllungsort weder aus der Verabredung [= Vertrag] noch aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäftes [= zB Friseur, Baumeister] bestimmt werden, so ist an dem Orte zu leisten, wo der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hat, oder, wenn die Verbindlichkeit im Betriebe des gewerblichen oder geschäftlichen Unternehmens des Schuldners entstand, am Orte der Niederlassung“

Nach § 361 HGB gelten im Zweifel auch für Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen die Regeln des Erfüllungsortes. – Zur Bedeutung von Leistungszeit und Leistungsort bei Schickschulden (→ A.III.11.) und Geldschulden → A.III.12.

§ 905 Abs 1 ABGB weist uns noch auf etwas anderes hin: Leistungszeit, Leistungsort und Leistungsart können durch die Parteien nicht nur ausdrücklich festgelegt werden, sondern sich auch aus „der Natur oder dem Zwecke des Geschäftes“ ergeben.

Bestimmung aus der Natur
oder dem Zweck des
Geschäfts

So ist die Hochzeitstorte rechtzeitig zum Hochzeitsessen und nicht am Tag danach zu liefern und darüber hinaus muss das uU kunstvolle Gebilde dorthin geliefert werden, wo die Feier stattfindet. Ähnliches gilt für Warenlieferungen für bestimmte Anlässe: Christbaumschmuck, Frühjahrsmode oder ein Kranz für ein Begräbnis.

Eine besonders wichtige Rolle spielt die Frage der Leistungszeit beim **Fixgeschäft** des § 919 ABGB (→ B.I.9.), das ebenfalls ausdrücklich vereinbart sein muss oder sich aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäfts ergeben kann.

Fixgeschäft

8. Nachgiebiges und zwingendes Recht

Vgl schon → Kapitel 1.A.I.11., S. 10.

Im Zusammenhang mit dem eben beschriebenen Mechanismus, dass das Gesetz eine fehlende, aber notwendige Parteienvereinbarung ersetzt – hier die Erfüllungszeit oder den Erfüllungsort, ist an einen wichtigen Begriff zu erinnern: den des **Dispositiv-** oder **nachgiebigen Rechts** (ius dispositivum). Dispositivrecht gelangt nämlich nur zur Anwendung, wenn die Parteien von ihrer konkreten Gestaltungsmöglichkeit im Vertrag keinen Gebrauch gemacht haben und dadurch eine

Dispositivrecht

Regelungslücke im Vertrag entstanden ist. Sie hätten bspw auch vereinbaren können, dass der Leistungsgegenstand am 14. Juli 2004 zu liefern ist und zwar so, dass der Schuldner den Leistungsgegenstand dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu überbringen hat. Dispositivrecht kann also von den Parteien grundsätzlich abgeändert oder ganz abbedungen werden! – Eine Grenze zieht das zwingende Recht; Sittenwidrigkeit; vgl den anschließenden Pkt 3 im Kasten.

Funktionen des Dispositivrechts
<ul style="list-style-type: none">• Dispositivrecht bedeutet, dass die Parteien eine vom Gesetz abweichende Regelung treffen können, wenn sie das wollen. – Dadurch kann größte Sach- und Problemnähe erreicht werden; Vertragsfreiheit.• Es bedeutet aber auch, dass das Gesetz zwecks vertraglicher Lückenfüllung für den Fall, dass die Parteien keine eigene Regelung getroffen haben, eine – subsidiäre und ausgewogene – eigene Lösung bereit hält.• Schließlich ist auf eine weitere Aufgabe des Dispositivrechts hinzuweisen, nämlich seinen inhaltlichen Modellcharakter, seine Richtigkeitsgewähr und Ausgewogenheit. Es dient daher als Gerechtigkeitsmaßstab. Das Dispositivrecht gilt als „Messlatte“ für richtige und ausgewogene – dh die Interessen beider (!) Parteien angemessen berücksichtigende – Lösungen. Ein krasses oder einseitiges (zB Freizeichnung → Kapitel 9.A.II.3., S. 598) Abweichen vom gesetzlich-dispositivrechtlichen Lösungsmodell ist ein Indiz für Sittenwidrigkeit → Kapitel 11.E., S. 745. Vgl auch → Kapitel 5.B.III.11., S. 301: Bestätigungsschreiben.

Abbildung 7.1: Funktionen des Dispositivrechts

Zwingendes Recht

Der Gegensatzbegriff zum Dispositivrecht ist das **zwingende Recht** (ius cogens), das von den Parteien hingenommen werden muss und grundsätzlich nicht abgeändert werden kann, es sei denn zum Vorteil Betroffener; sog **relativ zwingendes Recht**: Typisch im Arbeitsrecht, wo ein Kollektivvertrag nicht unter-, wohl aber überschritten, also verbessert werden darf! Dadurch wird ein Mindeststandard gesetzt. – Zwingendes Recht gilt also selbst dann, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Typische Beispiele für absolut zwingendes Recht enthalten das Familien- oder Eherecht, das MRG oder KSchG, das Sachenrecht und vor allem das Arbeitsrecht, überhaupt Schutzgesetze.

Mitunter ist es aber schwierig festzustellen, ob eine Norm zwingendes oder nachgiebiges Recht enthält; vgl etwa § 1020, Satz 1 ABGB → Kapitel 12.D.III., S. 805.

BEACHT: Auch für das öffentliche Recht besitzt diese Unterscheidung Bedeutung, wengleich dieses idR zwingendrechtlicher Natur ist. So sind bspw im öffentlichen Nachbarrecht der Bauordnungen die Grenzabstände zum Teil verhandelbar.

9. Kurzfassung: Bestimmung der Leistungszeit

Fassen wir zusammen: Die von den Parteien selbst vereinbarte **Leistungszeit** kann:

- ein **privatautonom festgelegter Leistungszeitpunkt** oder
- ein **vereinbarter Leistungszeitraum** sein.
- Die Leistungszeit kann aber auch durch „die **Natur der Sache**“, also den Zweck und die Art der Leistung bestimmt werden; so sind Alimente nach § 1418 ABGB wenigstens einen Monat im Voraus zu bezahlen.

Im Handelsrecht wird die Leistungszeit aus dem Zweck der Leistung auch durch Handelsgewohnheiten / Usancen und Handelsbrauch bestimmt; Weihnachts- oder Osterware etc.

- Schließlich bestimmt § 904 ABGB, dass dann, wenn keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrags bestimmt worden ist, die Leistung **soleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub**, gefordert werden kann. Dieses Fordern iS eines Festsetzens eines konkreten Leistungszeitpunkts heißt auch Herbeiführen der Fälligkeit: **Fälligstellung**. Sie geschieht durch (Ein)**Mahnung** und ist im praktischen Rechts- und Wirtschaftsleben von größter Bedeutung.

§ 1417 ABGB bestimmt dazu: „Wenn die Zahlungsfrist auf keine Art bestimmt ist; so tritt die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, erst mit dem Tage ein, an welchem die Einmahnung geschehen ist (§ 904 ABGB).“

Die **(Ein)Mahnung** wirkt mit Zugang (→ Kapitel 5.B.II.4., S. 291); damit erfolgt das Fälligstellen der Leistung. Aber auch mit eingetretener Fälligkeit gerät der Schuldner – wie wir sehen werden – noch nicht in Verzug! Dazu → B.I.

Mahnung

Nach § 1334, 2. Halbs ABGB kann die (Ein) **Mahnung**, also das Fälligstellen der Leistung, deren „Zahlungszeit nicht bestimmt“ ist, auch schon **gerichtlich** erfolgen. – In diesem Fall riskiert der Kläger aber prozesskostenpflichtig zu werden, denn § 45 ZPO bestimmt: „Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der Klage erhobenen Anspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkannt, so fallen die Prozesskosten dem Kläger zur Last. Er hat auch die dem Beklagten durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen.“

10. Fälligkeit, Mahnung, Stundung, Kreditierung

Fälligkeit (einer Leistung) bedeutet, dass der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung (auch gerichtlich) einfordern, also verlangen darf und der Schuldner sie umgekehrt zu erbringen hat.

Was heißt Fälligkeit?

§ 1417 ABGB spricht von der „Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, ...“.

Zur Bestimmung von Leistungszeit und Leistungsort → A.III.5.

Der Begriff **Fälligkeit** besitzt aber auch eine **inhaltliche Dimension** für den Leistungspflichtigen; dies ist die eigene vollständige Leistungserbringung durch den Fordernden, also den Gläubiger der Gegenleistung. Fälligkeit setzt nämlich voraus, dass auch der Gläubiger seine (eigene) **Leistungspflicht vollständig erbracht** hat oder wenigstens dazu bereit war. Fehlt von seiner „Leistungserbringung“ noch etwas, wird auch die (Gegen)Leistung des Schuldners noch nicht fällig und der Gläubiger kann sie daher auch nicht erfolgreich einklagen. Das zeigt anschaulich das folgende Urteil.

Fälligkeit setzt vollständiges Erbringen der eigenen Leistung voraus

Die angesprochene inhaltliche Dimension (der Fälligkeit) wird von § 1052 Satz 1 ABGB angesprochen, wenn dort ausgeführt wird: „Wer auf die Übergabe dringen will, muss seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein.“ Daran hat es der Facharzt in der folgenden E fehlen lassen! – Zum Zug-um-Zug-Prinzip → Kapitel 2.A.V.1., S. 77.



EvBl 1964/294: Ein **Facharzt** ist verpflichtet, die von ihm erhobenen **Befunde** samt allen Unterlagen dem Patienten oder dessen behandelndem Arzt auszufolgen. Vor Erfüllung dieser Pflicht ist sein Honoraranspruch nicht fällig. – Hier hatte sich der Facharzt geweigert, die von ihm angefertigten EKG's auszufolgen; Argument: Er benötige diese als Beweismittel gegen allfällige Schadenersatzansprüche. Der OGH lehnte den Honoraranspruch des klagenden Arztes mit dem Hinweis ab, dass er sich von den besagten Unterlagen auch Kopien anfertigen könne.

Der Begriff **Fälligkeit** ist auch **prozessual von Bedeutung**. § 406 ZPO bestimmt, dass die „Verurteilung zu einer Leistung ... nur zulässig [ist], wenn die Fälligkeit zur Zeit der Urteilsschöpfung bereits eingetreten ist.“

Prozessuale Bedeutung der Fälligkeit

Während im bürgerlichen Recht (**Verzugs)Zinsen** erst ab Eintritt des objektiven (Schuldner)Verzugs verlangt werden können (und höhere als die gesetzlichen Zinsen, wenn nicht anders vereinbart, nur bei verschuldetem Verzug!), ordnet § 353 HGB für „Kaufleute untereinander“ (= zweiseitige Handelsgeschäfte) an, dass sie für ihre Forderungen schon „vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern“ berechtigt sind. Das gilt aber nicht für Zinseszinsen!

Zinsen

Die (Ein)Mahnung: Der Begriff Fälligkeit ist nicht identisch mit dem der (Ein)Mahnung! Die (Ein)Mahnung ist § 1334, 2. Halbs ABGB führt vielmehr die Fälligkeit erst herbei, bewirkt – wie ausgeführt wurde – **Fälligstellung**, wenn die konkrete Leistungszeit weder durch (Partei)Vereinbarung, noch durch die Natur der Sache bestimmt erscheint.

Fälligkeit und Mahnung

BEISPIEL: Auf der Rechnung eines Innsbrucker Steuerberaters findet sich folgender Hinweis: „**Zahlungsbedingungen**: Gemäß Honorarrecht der Wirtschaftstreuhänder sind Honoraransprüche bei Vorlage der Honorarnote ohne Abzug fällig. Ich bitte daher um prompte Überweisung.“ – Wie lange haben Sie nach

dem Gesetz Zeit, um korrekt, dh ohne in Verzug zu geraten, zu bezahlen? – Die Antwort gibt § 1334 ABGB.

Kreditierung und Stundung

Mit der **Kreditierung** (§ 1063 ABGB) wird immer wieder die Stundung verwechselt. – Kreditierung bedeutet ein vertragliches (also gemeinsames) Hinausschieben der gesetzlich an und für sich anders festgelegten Leistungspflicht eines Vertragsteils; zB Modifikation der an und für sich bestehenden Zug-um-Zug-Leistungspflicht des Käufers. Beim Kreditkauf wird von Anfang an ein Abgehen vom üblichen Zug um Zug-Leistungsaustausch vereinbart (iSd § 863 ABGB).

Stundung dagegen meint Aufschub des (zB idR bereits vertraglich festgelegten) Fälligkeitszeitpunkts im Nachhinein. So wenn der Schuldner seinen Gläubiger ersucht, nicht am 7. Februar bezahlen zu müssen, sondern erst am 17. April.

verzugshinderende und verzugsheilende Stundung

Erfolgt die Stundung **vor** (der vereinbarten) **Fälligkeit**, wird im Zweifel angenommen, dass der Schuldner (gar) nicht in Verzug gerät; sog verzugshindernde Stundung. Dies im Gegensatz zur verzugsaufhebenden oder -heilenden Stundung **nach** (bereits) **eingetretenem Verzug**. – Stundung setzt immer die Zustimmung des Gläubigers voraus.

Fälligkeit, Mahnung, Kreditierung ...

- Fälligkeit** = Gläubiger kann geschuldete Leistung auch gerichtlich fordern + Schuldner hat zu leisten
- (Ein)Mahnung** = führt Fälligkeit herbei (bewirkt Fälligkeit), wenn Leistung nicht schon anderweitig bestimmt wurde oder bestimmbar ist ; vgl §§ 1334, 1417, 904 ABGB
- Kreditierung** = Einvernehmliches Hinausschieben der Zug-um-Zug-Leistungspflicht für einen Vertragsteil schon bei Vertragsschluss
- Stundung** = Nachträgliches Hinausschieben eines vertraglich bereits festgelegten Fälligkeitszeitpunkts durch (spätere) Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner
Beachte: Kreditierung ≠ Stundung
- Verzug** = Setzt Fälligkeit der Leistung voraus

Abbildung 7.2: Fälligkeit, Mahnung, Kreditierung ...

Mitunter treten diese juristischen Termini gehäuft auf; vgl § 30 Abs 1 Z 1 MRG wo im Rahmen der MRG-Kündigung aus wichtigem Grund auch Fälligkeit, Mahnung und Verzug vorkommen.

11. Die Schickschuld

Schick- und Geldschulden stellen Modifikationen der Leistungspflicht des Schuldners dar.

§ 905 Abs 1 ABGB

Bei der Schickschuld bleibt der Wohnsitz des Schuldners der Erfüllungsort. Den Schuldner trifft aber die zusätzliche Pflicht, die geschuldete Leistung an den Gläubiger abzusenden. Gefahr und Transportkosten trägt dabei grundsätzlich bereits der Gläubiger (!). Zum abweichenden Versendungskauf: § 429 ABGB → A.III.11.

BEISPIEL: Sie kaufen bei einem Wienbesuch eine schöne italienische Deckenleuchte und vereinbaren deren Übersendung nach Innsbruck. – Wurde kein Eigentumsvorbehalt vereinbart, gehen Eigentum und Gefahr nach § 429 ABGB bereits mit Übergabe an die Transportanstalt (Post, Bahn, Spediteur etc) an Sie als Käufer/in über. – Diese gesetzliche Lösung weicht vom allgemeinen Rechtsgefühl des Volkes ab und sollte – auch aus Konsumentenschutzüberlegungen – überdacht werden!

 ABBILDUNG: Versendungskauf: § 429 ABGB; ABBILDUNG: Versendungskauf: § 429 ABGB (1) + (2)

12. Die Geldschuld als qualifizierte Schickschuld

Nach dieser Bestimmung hat der Schuldner „Geldzahlungen im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz (Niederlassung) zu übermachen.“ Geldschulden sind demnach qualifizierte Schickschulden. Dies, weil die Gefahr- und (Transport)Kostenregelung gegenüber der normalen Schickschuld gesetzlich erneut modifiziert – nämlich „umgedreht“ – wird.

§ 905 Abs 2 ABGB

BEISPIELE:

- So gilt die Erstprämie (, deren nicht rechtzeitige Zahlung Leistungsfreiheit des Versicherers nach sich zieht!) mit dem Auftrag des Schuldners an seine Bank, die Prämie an den Versicherer zu überweisen, als bezahlt.
- Oder: Sind Zinsen am 1. Oktober fällig, genügt Absendung an diesem Tag.

Erfüllungsort für Geldschulden bleibt aber der **Wohnsitz des Schuldners**. Den Schuldner trifft aber – wie bei anderen Schickschulden – eine zusätzliche Absendungspflicht. Dies mit folgenden Besonderheiten:

Erfüllungsort

- Der Schuldner trägt zwar **nicht das Verspätungsrisiko**, wenn seine (wie eben beschrieben) rechtzeitig abgesendete Leistung, bspw durch Säumigkeit oder Fehler der Bank, verspätet zugeht (vgl dazu das unten wiedergegebene Urteil: SZ 25/199);
- er trägt aber die **Kosten der Übersendung** und (!) die **Gefahr des Verlustes**, dh also des (Nicht)Ankommens seiner Leistung; zB: Geldsendung geht Gläubiger nicht oder nicht vollständig zu oder ist mit höheren Kosten (als erwartet) verbunden. Der Schuldner muss dann zB nochmals zahlen, unbeschadet seiner allfälligen Ersatzansprüche gegen das Kreditinstitut.

Zur Frage der Kosten von Geldüberweisungen nach § 905 Abs 2 ABGB vgl EvBl 1999/3: Die **Kosten von Geldzahlungen**, so auch die beim Empfänger einzuhebende **Postanweisungszustellgebühr**, hat grundsätzlich der Schuldner zu tragen und daher bei der Einzahlung zu berücksichtigen. – Die **Kosten von Erlagscheinen** und deren Verrechnung gehen aber nach der Verkehrssitte zu Lasten des Gläubigers.

Sie liegt dann vor, wenn der Überweisungsauftrag am Fälligkeitstag noch während der Geschäftsstunden bei der kontoführenden Bank des Schuldners (!) einlangt. Hier kommt es also nicht auf den Eingang der Zahlung / des Buchungsauftrags bei der Zahlstelle des Gläubigers an. Das gilt auch für den elektronischen Zahlungsverkehr. – „Im Zweifel“ (§ 905 Abs 2 ABGB) meint: Wenn von den Parteien nicht anders vereinbart.

Rechtzeitige Übermittlung einer Geldschuld

BEISPIEL: A überweist seine Zahnarztrechnung durch seine Bank. Diese überweist versehentlich statt 3.009 S nur 309 S. – Das Verspätungsrisiko (also allfällige Verzugszinsen) trägt nicht A; aber A hat (trotz des Versehens der Bank) den Rest nachzuzahlen, denn er trägt gegenüber seinem Zahnarzt das Risiko des (tatsächlichen) Ankommens seiner Leistung.

Bei Geldschulden ist zwischen Geldbetrags- und Geldwertschulden zu unterscheiden; eine wichtige, von der Praxis (auch der Rspr!) aber immer wieder vernachlässigte Unterscheidung. – Erstere sind allenfalls vertraglich, nicht aber von Gesetzes wegen aufzuwerten, auch wenn der „innere“ Geldwert nachträglich beachtlich gesunken ist; letztere dagegen schon. Eine Ausnahme statuiert SZ 71/4: Beispiele.

Geldbetrags- und Geldwertschulden

Zur Möglichkeit der Wertsicherung → Kapitel 15.A.III.4., S. 911.

Eine übliche Kaufpreis- oder eine Darlehensschuld ist Geldbetragsschuld; – eine Unterhalts- oder Schadenersatzleistungspflicht dagegen eine Geldwertschuld. Die Rspr lässt hier aber Konsequenz vermissen:

 OGH 24. 2. 2000, 6 Ob 154/99m, JBl 2000, 670: Die Wertminderung des Geldes allein stellt keinen Grund für eine Unterhaltserhöhung dar. **Unterhaltsschuld** über den Regelbedarf hinaus wird vom OGH nicht als Geldwertschuld gesehen. (?)

- SZ 60/37 (1987): Selbst bei erheblicher Geldwertveränderung ist eine nicht ausdrücklich vereinbarte Geldwertanpassung bei **Ausübung des Wiederkaufsrechts** auszuschließen.
- SZ 71/4 (1998) mwH: Bei einer infolge der überlangen Dauer des Entschädigungsverfahrens von rund 11

Jahren exorbitanten Indexsteigerung von 32 Prozent kann der Geldwertverfall nicht mehr allein dem Enteigneten als Sonderopfer auferlegt werden, weshalb es nicht notwendigerweise darauf ankommt, dass die Geldentwertung rasch erfolgte; teilweise Abkehr von SZ 51/175 (1978): **Enteignungsentschädigung** für eine nach dem BundesstraßenG enteignete Liegenschaft als Geldbetragsschuld.

Zur erleichterten Einklagbarkeit von Geldschulden bis zu 100.000 S (~ 7.265 €) im Mahnverfahren → Kapitel 19.E.V., S. 1085.

Nach Art 8 Nr 8 EVHGB kann eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld, die im Inland zu zahlen ist, in inländischer Währung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist. Die Umrechnung erfolgt dann nach dem Kurswert, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.

Auslandsüberweisungen

Neue Regelung für bestimmte Auslandsüberweisungen: Für grenzüberschreitende Überweisungen bis zu 50.000 Euro (= 688.015 S) gilt seit 13. August 1999 das ÜberweisungsG, BGBl I 1999/123. Das neue Gesetz regelt auch die Haftung bei Säumnis oder fehlgeschlagenen Überweisungen, statuiert Informationspflichten und trifft Anordnungen über die Kostentragung und die Dauer von Überweisungen. Die Überweisungen müssen künftig längstens 5 Bankarbeitstage – wenn nicht anders vereinbart – nach dem Tag der Auftragsannahme durch die Überweisungsbank beim Institut des/der Begünstigten einlangen und diesem zur Verfügung stehen.

Der österreichische Gesetzgeber hat die Gelegenheit aber nicht dazu genützt, um auch klarere Regeln für den innerstaatlichen Überweisungsverkehr zu schaffen.

 Brand, Das Überweisungsgesetz, ecolex 2000, 19.

Art 5 Z 1 LGVÜ

Ermittlung des Erfüllungsorts nach Art 5 Z 1 LGVÜ iVm § 905 ABGB: Zum maßgebenden Zeitpunkt für die Bestimmung des Wohnsitzes oder der Niederlassung des Schuldners vgl EvBl 1999/14:

„Der Ort, an dem die Verpflichtung in Ermangelung einer Vereinbarung nach dem Gesetz zu erfüllen ist, ist auf Grund des Kollisionsrechts desjenigen Vertragsstaats zu bestimmen, dessen Gerichte mit dem Rechtsstreit befasst wurden. – Geldschulden sind als Schickschulden nach österreichischem Recht am Wohnsitz bzw an der Niederlassung des Schuldners im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu erfüllen; spätere Änderungen dieses Ortes – wie etwa bei Schuldnerwechsel – sind unbeachtlich.“

13. Entscheidungsbeispiel zur Frage der korrekten zeitlichen Erfüllung von Geldschulden

 SZ 25/199 (1952): Einzahlung eines geschuldeten Geldbetrages per **Postanweisung** am letzten Tag der Frist.
> zivilrecht.online

 ABBILDUNG: Schuldinhalt: Leistung / Erfüllung / Zahlung; ABBILDUNG: Unterlassung als Leistung (1) + (2); ABBILDUNG: Bestimmtheit der Leistung; ABBILDUNG: Haupt- und Neben(leistungs)plichten (1) + (2); ABBILDUNG: Leistungszeit und Leistungsort (1) bis (3); ABBILDUNG: Leistungszeit: § 904 ABGB; ABBILDUNG: Leistungsort: § 905 ABGB; ABBILDUNG: Varianten des Erfüllungsorts (1) + (2); ABBILDUNG: Schickschuld; ABBILDUNG: Schickschuld und Geldschuld; ABBILDUNG: Geldschuld als qualifizierte Schickschuld

14. Die Wahlschuld oder Alternativobligation

§§ 906, 907 ABGB

Das ABGB regelt sie in den §§ 906 und 907 in unmittelbarem Anschluss an die §§ 904 und 905, welche **Zeit** und **Ort** der Leistung bestimmen helfen. – Die Wahlschuld, als Möglichkeit zwischen mehreren Leistungen wählen zu können, betrifft dagegen die **inhaltliche Ausgestaltung** einer Schuld. – Geschuldet werden danach – von Anfang an – zwei oder mehrere Leistungen, von denen aber nur eine zu erbringen ist.

BEISPIELE:

- Wahl zwischen mehreren Handy- oder Notebooktypen oder mehreren Hunden aus einem Wurf.
- Auch die Vereinbarung, dass die Schuld „Werkstätteneinrichtungen“ (also verschiedene Warengat-

tungen) umfasst ist Wahlschuld.

- Ehrenzweig bringt das Beispiel, dass dem Gewinner eines Haupttreffers die Wahl überlassen wird zwischen einer bestimmten Wertsache und einer Geldsumme.

Abzugrenzen ist die Wahlschuld von der **Gattungsschuld**, bei der nicht zwei oder mehrere Leistungen, sondern nur eine, wenn auch eine gattungsmäßig bestimmte, Leistung geschuldet wird. – Auch bei der **Wahlschuld** kann aber das Geschuldete wieder nach Stück/en (Wahl zwischen zwei Kunstwerken) oder der Gattung nach (Wahl zwischen Äpfeln und Birnen) bestimmt sein. – Im jüngeren Schrifttum glauben manche, diesen Unterschied nicht mehr beachten zu müssen.

Abgrenzung von der
Gattungsschuld

BEISPIELE:

- Kann der Käufer eines Pkw's zwischen mehreren Typen (und Karosserien) einer Marke wählen, liegt Wahlschuld vor und nicht ein **Spezifikationskauf** nach § 375 HGB vor.
- Auch beim Spezifikationskauf wird nur eine Leistung geschuldet, mag die (nähere) Bestimmung der Leistung auch dem Gläubiger obliegen; vgl SZ 15/137 (1933): Kauf von Kraftwagen.

§ 906 ABGB stellt klar, dass das **Wahlrecht** nach dem Gesetz dem **Verpflichteten** zusteht, der aber von der „einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen“ kann. – Häufig wird aber das Wahlrecht dem **Gläubiger** eingeräumt (HS 229) und es kann auch einem **Dritten** überlassen werden.

Wahlrecht

 OGH 5. 5. 1933, SZ 15/119: Hat der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Leistungen, muß er sein Wahlrecht schon in der **Klage** ausüben.

- WBI 1987, 165 =DRdA 1990, 60: Die Bindung des Berechtigten an seine einmal getroffene Wahl gilt auch bei **Dauerschuldverhältnissen**, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.
- ZAS 1985, 20: Wurde dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen der Inanspruchnahme von **Überstundenvergütung** und **Zeitausgleich** eingeräumt, ist er an die (im Einzelfall) getroffene Wahl gebunden.
- GIUNF 7691 (1915): Wahlrecht eines **Ausgedingsberechtigten** zwischen Naturalverköstigung und Ersatzleistung in Geld.

Verzögert der **Schuldner** die ihm zustehende Wahl, gerät er in Schuldnerverzug, wählt der **Gläubiger** nicht, hat dies seinen Annahmeverzug zur Folge. – Klagt bspw der Gläubiger den in Verzug geratenen Schuldner auf Leistung, hat er alternativ (iSd Inhalts der Wahlschuld) zu klagen. Eine sich allenfalls daran anschliessende Exekution ist aber bloss auf **eine** Leistung zu richten.

Verzögerung und
Vereitelung der Wahl

Bei Vereitelung des Wahlrechts – bspw bei Untergang eines Wahlgegenstandes, sie mag verschuldet sein oder nicht (Zufall), ist zu unterscheiden:

Vereitelung des Wahlrechts

- **Reine Auswahlschuld:** Hier überwiegt das Interesse des Wahlberechtigten an der Wahl, das bspw durch den Untergang beschränkt wurde oder ganz weggefallen ist. Das ABGB spricht davon (§ 907), dass ein solcher Vertrag „mit Vorbehalt der Wahl geschlossen“ werde, was als Bedingung der freien Wahlmöglichkeit zu verstehen ist; § 901 ABGB: Die Wahl wurde iS dieser Bestimmung „ausdrücklich [oder schlüssig] zur Bedingung gemacht“. Der Vertrag muss daher vom Wahlberechtigten nicht zugehalten werden, er kann zurücktreten. – Es kommt in diesem Fall also nicht etwa zur Konzentration auf die verbleibenden (Wahl)Möglichkeiten.

reine Auswahlschuld

- **Nichtreine oder unbedingte Wahlschuld:** Hier steht das Sicherungsinteresse an der Leistungserbringung im Vordergrund, weshalb es zur Konzentration auf die verbleibende/n Möglichkeit/en kommt. Für eine **verschuldete Vereitelung** ist einzustehen und der Wahlberechtigte ist so zu stellen wie er stünde, wäre die Vereitelung nicht erfolgt. Es kann aber auch Schadenersatz für das untergegangene Stück gewählt werden.

nichtreine Auswahlschuld

- Rspr und ein wohl überwiegender Teil des Schrifttums (Reischauer, Koziol) gewähren dem Geschädigten nach § 1323 ABGB ein **Wahlrecht zwischen Naturalherstellung und Geldersatz**, was nicht dem ABGB entspricht. Das Argument, dass die Naturalrestitution schon dann „untunlich“ sei, wenn sie nicht gewünscht werde, überzeugt nicht. – Das Gesetz legt die Latte höher. Damit wird ein signifikantes Charakteristikum des ABGB gegenüber dem römischen Recht aufgeweicht.

Ersetzungsbefugnis Abzugrenzen ist die Wahlschuld von der **Ersetzungsbefugnis / facultas alternativa**, bei der nur eine Leistung in obligatione geschuldet wird und der Gläubiger auch nur diese Leistung fordern kann, während der Schuldner sich auch durch das Erbringen einer Ersatzleistung von seiner Schuld befreien kann.

BEISPIELE:

- § 934 Satz 2 ABGB (Verkürzung über die Hälfte) räumt dem Verletzten Teil das Recht ein, eine „Aufhebung, und die Herstellung in den vorigen Stand zzu fordern“. Dem Verletzer steht es aber zu, „das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, dass er den Abgang bis zum gemeinen Wert zu ersetzen bereit ist“.
- Daher die Bezeichnung Ersetzungsbefugnis.
- § 951 Satz 2 ABGB: Danach kann der Beschenkte die Herausgabe des Geschenks dadurch abwenden, dass er den durch das Geschenk beeinträchtigten Pflichtteilsanspruch „durch Zahlung des Fehlbetrags“ erfüllt.
- Vgl auch § 6 Abs 2 Z 3 KSchG: Verinbarung einer Ersetzungsbefugnis für den Unternehmer.

BEACHTE: Merkgregel: **Wahlschuld** – Duae res in obligatione, una est in solutione; ein Hund aus einem Wurf. **Facultas alternativa** – Una res in obligatione, duae sunt in solutione.

IV. Trade Terms und Incoterms

1. Überlegungen zur Sicherheit der Leistung

Im Zusammenhang mit dem Festlegen der konkreten Leistung zwischen Gläubiger und Schuldner, gilt es weiteres zu bedenken; insbesondere die Sicherheit, dass der Gläubiger die vereinbarte Leistung auch tatsächlich (rechtzeitig) erhält und dabei ist zu überlegen, wann gewisse Risiken im Rahmen der Leistungserbringung / Erfüllung vom Schuldner auf den Gläubiger übergehen (sollen). Denn neben der dispositivgesetzlichen Regelung besteht im Schuldrecht immer auch die Möglichkeit, vom Gesetz abweichende vertragliche Regeln zu vereinbaren, um ein optimales Anpassen an die Regelungsbedürfnisse des Einzelfalls und dadurch größte Sach- und Lebensnähe zu erreichen.

Vgl schon die Regelungen der Schickschuld (→ A.III.11.) und des Versandungskaufs: § 429 ABGB → Kapitel 2.A.V.1., S. 79.

Wichtige Fragen Hier haben sich folgende rechtliche **Fragen** (weltweit) als bedeutsam erwiesen:

- Wann soll das **Eigentum** übergehen?;
- wann die **Gefahr** ? Wobei Gefahr hier bedeutet, wer (Gläubiger oder Schuldner) den Nachteil des zufälligen (!) Untergangs oder der zufälligen Beschädigung / Verschlechterung der Ware / Leistung (zwischen Vertragsschluss und Übergabe) zu tragen hat.
- Wer hat die – oft beträchtlichen – **(Transport)Kosten** zu tragen?
- Und wer hat für eine allfällige **Versicherung** des Leistungsgegenstandes vorzusorgen und aufzukommen?
- Auch die Fragen von **Export- und Importabfertigung** spielen (bei internationalen Warenkäufen außerhalb der EU) eine Rolle, zumal sie Zeit braucht und Kosten verursacht.

Zu weiteren Sicherungsmöglichkeiten grundsätzlich → Kapitel 15.A.I., S. 904.

2. Internationaler Warenkauf

Der sich in unserem Jahrhundert rasch ausbreitende **internationale Warenkauf** hat früh im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Warenlieferungen Regeln und Bezeichnungen entwickelt, auf die idF kurz eingegangen werden soll:

- die **Trade Terms** (= nationale Handelsbräuche) und
- die **Incoterms** (= International Commercial Terms).

Die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris veröffentlichte erstmals 1953 je einen Klauselkatalog für Trade- und Incoterms. Ihre Kenntnis ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil insbe-

sondere Käufer wissen müssen, ab wann sie zB für die „reisende“ Ware selber vorsorgen müssen.
– Wie das Handelsrecht überhaupt, ist auch der internationale Warenverkehr auf rasche und sichere Geschäftsabwicklung angewiesen, wozu (kurze) Käuferklauseln beitragen können.

Trade Terms = Länderweise, also **nationale** Sammlung von Handelsbräuchen, ohne inhaltliche Abstimmung (der Länder) untereinander; wohl aber begrifflich.

BEISPIELE:

- Die „**Frei Haus**“-Klausel betrifft grundsätzlich nur die frachtrechtliche Abwicklung. Die Ware muss vor dem Empfängergrundstück zur Abnahme bereit gestellt werden; § 53a AÖSp. Sie sagt nichts darüber aus, wer abzuladen hat und dabei behilflich sein muss. (Diesbezüglich gibt es aber unterschiedliche Handelsbräuche für einzelne Branchen.) Der Absender hat die Fracht- und Rollgebühren zu bezahlen. → B.: Gläubiger- oder Schuldnerverzug?
- **Eigentumsvorbehalt**: Ringe und Kolliers, die an Juweliere verkauft werden, stehen ohne ausdrückliche Erklärung unter Eigentumsvorbehalt.

Die TRADE- und INCOTERMS müssen, um Vertragsbestandteil zu werden, wie AGB oder ein Eigentumsvorbehalt, von beiden Parteien **vereinbart** werden. – Funktional sollen sie auch dazu beitragen, Rechtsstreitigkeiten und Missverständnisse auszuräumen, weil auch gleiche Klauselbezeichnungen in den einzelnen Ländern (Trade Terms) doch verschiedene inhaltliche Bedeutung besitzen können.

Incoterms-Klauseln 1990
(= International Commercial Terms) – Beispiele

EXW – Ex Works: Abnahmeklausel, die Verkäufer nur verpflichtet, die Ware in seinem Werk zur Verfügung zu stellen. Käufer muss Ware dort abholen und trägt allein Transportkosten und Transportrisiko.

FCA – Free Carrier: Verkäufer muss die zur Ausfuhr freigemachte Ware einem von Käufer benannten Frachtführer übergeben; erst hier geht Risiko auf Käufer über.

FAS – Free Alongside Ship: Verkäufer muss Ware zu einem bestimmten Ladeplatz in einem Verschiffungshafen bringen und diese an der Längsseite des Schiffs übergeben. Ware muss aber von Verkäufer exportfrei gemacht werden.

FOB – Free on Board: Zusätzlich zu den Verpflichtungen aus der FAS-Klausel muss Verkäufer hier das Schiff noch beladen. Gefahrübergang erfolgt, wenn die Ware die Reling überschreitet.

CFR – Cost and Freight: Verkäufer hat für die Fracht der Ware bis in den Bestimmungshafen zu sorgen und dafür alle Kosten zu tragen.

CIF – Cost, Insurance and Freight: Zusätzlich zur CFR-Klausel ist Verkäufer verpflichtet, eine TransportVers abzuschließen und dafür die Kosten zu tragen. (Das Transportrisiko trägt hier aber bereits Käufer.)

CPT – Carriage paid to (named place): Verkäufer hat Frachtkosten bis zu einem namentlich anzuführenden Bestimmungsort zu tragen. Gefahrübergang erfolgt (aber bereits) mit der Warenübergabe an Frachtführer.

CIP – Carriage and Insurance paid to (named place): Verkäufer muss zusätzlich zur CPT-Klausel auf seine Kosten eine TransportVers abschließen.

DAF – Delivered at Frontier: Ware muss von Verkäufer zur Ausfuhr freigemacht und an einer benannten Stelle des Grenzortes zur Verfügung gestellt werden.

DDU – Delivered duty unpaid: Ware muss an einem bestimmten Ort des Importlandes zur Verfügung gestellt werden. Alle Kosten – mit Ausnahme der Zölle Steuern und sonstigen Abgaben – und die Gefahr trägt bis dorthin Verkäufer.

DDP – Delivered duty paid: Zusätzlich zur DDU-Klausel sind hier auch noch alle Zölle und Abgaben vom Verkäufer zu tragen. Diese Klausel beinhaltet die umfangreichsten Verkäuferverpflichtungen.

 ABBILDUNG: Trade Terms und Incoterms (1) + (2); ABBILDUNG: Incoterms-Klauseln 1990: Beispiele

V. Erlöschen der Schuld: Zahlung / Erfüllung und andere Endigungsgründe

1. § 1412 ABGB – Zahlung

Das ABGB spricht von „**Zahlung**“ (als Oberbegriff) und meint damit ganz allgemein: Leistung, Erfüllung. – Am Beginn des Dritten Hauptstücks des ABGB, das „Von der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten“ handelt, führt § 1412 ABGB aus:

„Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist: durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst (§ 469 ABGB).“

Der in § 1412 ABGB zitierte § 469 Satz 1 ABGB drückt dies beispielhaft für das Pfandrecht aus: „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf. ...“ → Kapitel 15.B.I.9., S. 926: Pfandrecht als Recht an fremder Sache.

Durch Zahlung / Erfüllung endet also idR ein bestehendes Schuldverhältnis. Der Leistungsaustausch wird damit abgeschlossen. Von diesem Regelfall geht das ABGB in § 1412 aus. – Aber es gibt neben der Erfüllung / Leistung ieS weitere Endigungsgründe von Schuldverhältnissen, bspw den (Schuld)Erlass oder einen Rücktritt vom Vertrag. Vgl die folgende Darstellung:

Endigungsgründe
neben der Erfüllung

- Gerichtliche Hinterlegung (als Erfüllungssurrogat) bei Gläubigerverzug: § 1425 ABGB → B.II.4.
- Rücktritt vom Vertrag: gesetzlich (§ 918 ABGB) und vertraglich
- Leistung an Zahlungs Statt; § 1414 ABGB → A.V.3.
- **Einvernehmliche Beendigung**; römR: contrarius actus
- **Zeitablauf** und außerordentliche Kündigung → Kapitel 6.D.II., S. 389.
- **Aufrechnung** / Kompensation; §§ 1438 ff ABGB → Kapitel 15.C.VI., S. 950.
- Vereinigung von Schuldner- und Gläubiger-Stellung; sog Konfusion: §§ 1445 f ABGB
- Verzicht/Entsagung: § 1444 ABGB (Das Gesetz spricht für die Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes!)
- Tod
- Bedingungseintritt: auflösende Bedingung → Kapitel 13.B.III.3., S. 862.

Zur Erfüllung von **Geldschulden** sowie der Unterscheidung in Geldbetrags- und Geldwertschulden → A.III.12. Zur vertraglichen Valorisierung → Kapitel 15.A.III.4., S. 911: Wertsicherung.

Die **Zahlungsmoral** ist, zumal in Krisenzeiten, nicht die beste. Österreich liegt allerdings diesbezüglich im europäischen Mittelfeld. – Zur neuen Verzugszinsenregelung (EU) → B.I.3.



OGH 21. 12. 2000, 8 Ob 325/99y, SZ 73/207 = EvBl 2001/99: Als Sicherstellung für ein Darlehen akzeptieren die solidarisch haftenden Darlehensschuldner je einen Wechsel in der Höhe der Darlehenssumme. Ein Schuldner zahlt bei Fälligkeit und lässt sich die Darlehensforderung abtreten. Anschließend erhebt er gegen seinen Mitschuldner die **Wechselzahlungsklage**. – OGH: Ist bei nach außen solidarisch haftenden Schuldnern im Innenverhältnis letztlich nur einer zur Abdeckung der Schuld verpflichtet, führt die Legalzession (vom Darlehensgläubiger an den im Innenverhältnis nicht haftenden, aber die Schuld begleichenden, Schuldner) nicht zum Erlöschen der Forderung nach § 1445 ABGB (Vereinigung/Konfusion).

2. Dogmatisches Verständnis der „Zahlung“

Die Erfüllung oder Zahlung ist nach hA kein eigenes Rechtsgeschäft, insbesondere liegt darin kein Erfüllungsvertrag.

Zur Frage: Was gilt heute als Geld? → Kapitel 2.A.III.2., S. 70.

Erlöschen der Schuld – Zahlung

- § 1412 ABGB: **Zahlung** = „Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist“
Beachte: Ist kein eigenes Rechtsgeschäft!
- § 1413 ABGB: „**Wie**“ ist zu zahlen?
- § 1414 ABGB: Leistung **an Zahlungs Statt** ↔ Leistung **zahlungshalber**
- §§ 1415 und 1416 ABGB: Regeln zur **Abtragung der Schuld**
- §§ 1421 - 1423 ABGB: „**Von wem**“ ist zu leisten?
- §§ 1424, 1425 ABGB: „**An wen**“ ist zu leisten?
- §§ 1426 - 1430 ABGB: Über **Quittungen**

Abbildung 7.3: Erlöschen der Schuld – Zahlung

3. „Wie“ ist zu zahlen?: § 1413 ABGB

Das Gesetz bestimmt, dass der Gläubiger **gegen seinen Willen** weder gezwungen werden kann, „etwas anderes anzunehmen, als dieser zu fordern hat, noch der Schuldner etwas anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist.“ – Das gilt für Zeit, Ort und Art der Leistung.

 ABBILDUNG: Mögliche Zahlungsarten – Wie wird heute gezahlt?

§ 1414 ABGB: „Wird, weil der Gläubiger und der Schuldner einverstanden sind, oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas anderes [als das Geschuldete] an Zahlungs Statt gegeben; so ist die Handlung als ein entgeltliches Geschäft zu betrachten.“

Leistung an Zahlungs
Statt

Die Leistung an Zahlungs Statt ist Novation / Neuerungsvertrag → A.VI.2. Sie kann nicht einseitig erfolgen. Es liegt eine Änderung des Hauptgegenstandes einer Forderung – eben der geschuldeten Leistung – vor.

Durch die Leistung an Zahlungs Statt wird aber rechtswirksam erfüllt! Gläubiger und Schuldner kommen überein, statt der ursprünglichen Leistung – zB weil diese unmöglich geworden ist – „etwas anderes an Zahlungs Statt“ zu leisten/anzunehmen. Dem Gläubiger kann aber rechtswirksam nur mit seiner Zustimmung etwas anderes als das ursprünglich Vereinbarte geleistet werden. – An Zahlungs Statt wird heute auch durch sog Buchgeld, dh sofort verfügbares Geld auf Konten bei Kreditinstituten, geleistet; aber auch durch eine im Rahmen einer Forderungspfändung erfolgende Überweisung zur Einziehung iSd §§ 308 ff, 322 f und 347 f EO.

Buchgeld

Von der Leistung an Zahlungs Statt ist die Leistung zahlungshalber zu unterscheiden.

Leistung zahlungshalber

BEISPIEL: Statt des geschuldeten Geldbetrags wird mit (Euro)Scheck oder Kreditkarte gezahlt. Die Annahme der Leistung – etwa des Schecks – erfolgt hier vom Gläubiger unter dem Vorbehalt, dass er das ihm Zustehende auch tatsächlich erlangt; also die Bank ihm (aus dem gedeckten Konto des Schuldners) den geschuldeten Betrag ausbezahlt. Verweigert die Bank – zB mangels (Konto)Deckung – die Leistung, ist nicht erfüllt.

Die Leistung zahlungshalber bewirkt daher für sich noch keine Erfüllung. Durch die Hingabe von etwas anderem erfolgt keine unmittelbare Schuldtilgung; vielmehr nur unter der Bedingung der tatsächlich erfolgten Befriedigung des Gläubigers. So auch, wenn der Schuldner an den Gläubiger zwecks Zahlung eine Forderung abtritt; Zession. Die Tilgung erfolgt erst dann, wenn der Gläubiger aus der abgetretenen Forderung tatsächlich bezahlt wird. Dasselbe gilt für die Begebung eines Wechsels zur Deckung oder die Zahlung mittels Scheck. Sie erfolgen im Zweifel nicht an Zahlungs Statt sondern bloß zahlungshalber. Die Schuld wird erst getilgt, wenn der Scheck von der bezogenen Bank eingelöst oder der Betrag dem Gläubiger gutgeschrieben wird.

 ABBILDUNG: Leistung an Zahlungs Statt; ABBILDUNG: Leistung zahlungshalber

4. Abtragung der Schuld: §§ 1415 und 1416 ABGB

Nach § 1415 ABGB ist der Gläubiger nicht verpflichtet, „die Zahlung einer Schuldpost **teilweise**, oder **auf Abschlag** anzunehmen. Sind aber verschiedene Posten zu zahlen; so wird diejenige für abgetragen gehalten, welche der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers tilgen zu wollen, sich ausdrücklich erklärt hat.“

§ 1416 ABGB: „Wird die Willensmeinung des Schuldners bezweifelt, oder von dem Gläubiger widersprochen; so sollen zuerst die **Zinsen**, dann das **Kapital**, von mehreren Kapitalien aber dasjenige, welches **schon eingefordert**, oder wenigstens **fällig** ist, und nach diesem dasjenige, welches schuldig zu bleiben dem **Schuldner am meisten beschwerlich** fällt, abgerechnet werden.“

§ 1416 ABGB enthält nach hA Dispositivrecht (→ A.III.8.) und wird daher in Verträgen und AGB häufig abbedungen.

 EvBl 2000/103 (§ 1416 ABGB – **Widmung von Zahlungen**): Der Gläubiger bestimmt grundsätzlich die

Widmung durch die Einforderung und kann darüber hinaus nicht einseitig Widmungsänderungen vornehmen. Nach der Übung des redlichen Verkehrs ist nicht einmal der Schuldner berechtigt, nach Zahlung eine bestimmte Widmung derselben zu verfügen. Innerhalb einer Geschäftsverbindung bilden mehrere Schuldposten insofern ein Ganzes, als die einzelnen Teilzahlungen nicht auf bestimmte Posten, sondern auf das Ganze geleistet werden.

5. „Von wem“ ist zu leisten? – §§ 1421 ff ABGB

Frage: Was meinen Sie nach der Lektüre der §§ 1422, 1423 ABGB: Kann ein Dritter ohne oder sogar gegen die Einwilligung des Schuldners dessen Schuld bezahlen? – Antwort: Gegen den Willen des Schuldners ist es möglich, nicht aber gegen den Willen des Gläubigers!

Zum Sonderfall des **Streckengeschäfts** → A.V.7.

- § 1421 ABGB: „Auch eine Person, die sonst unfähig ist, ihr Vermögen zu verwalten [dh ganz oder beschränkt Geschäftsunfähige; vgl auch § 1424 ABGB], kann eine richtige und verfallene Schuld rechtmäßig abgetragen, und sich ihrer Verbindlichkeit entledigen. Hätte sie aber eine **noch ungewisse**, oder **nicht verfallene Schuld** abgetragen; so ist ihr Vormund oder Kurator berechtigt, das Bezahlte zurückzufordern.“ Zu Satz 2 vgl § 1434 ABGB → Kapitel 5.F.X., S. 357.
- § 1422 ABGB: „Wer die Schuld eines anderen, für die er nicht haftet (§ 1358 ABGB) [dazu → Kapitel 15.A.IV.3., S. 915], bezahlt, kann vor oder bei der Zahlung vom Gläubiger die Abtretung seiner Rechte verlangen; hat er dies getan, so wirkt die Zahlung als Einlösung der Forderung.“
- § 1423 ABGB: „Wird die **Einlösung** [dem Gläubiger von einem Dritten] **mit Einverständnis des Schuldners** angeboten, so muss [!] der Gläubiger die Zahlung annehmen; doch hat er außer dem Falle des Betrages für die Einbringlichkeit und Richtigkeit der Forderung nicht zu haften. Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger von einem Dritten idR (§ 462 ABGB) die Zahlung nicht aufgedrängt werden.“ – Zur Erfüllungsübernahme → Kapitel 14.B.I.3., S. 886.

6. „An wen“ ist zu leisten?

Wie die folgenden Rspr-Beispiele zeigen, kann es durchaus zweifelhaft sein, an wen zu zahlen ist. – Vorsicht ist auch hier besser als „Nachsicht“.

§ 1424 ABGB

„Der Schuldbetrag muss dem Gläubiger oder dessen zum Empfange geeigneten Machthaber, oder demjenigen geleistet werden, den das Gericht als Eigentümer der Forderung [Zu dieser bildhaften Ausdrucksweise des ABGB → Kapitel 8.A.III.1., S. 489] erkannt hat. Was jemand an eine Person bezahlt hat, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten darf [Vgl § 1421 ABGB], ist er insoweit wieder zu zahlen verbunden, als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist.“

BEISPIEL: Zahlen sie ihre Schuld nicht an den Gläubiger selbst, sondern bspw dessen 7-jährigen Sohn Konstantin, müssen sie den Betrag noch einmal zahlen, wenn dieser den Betrag an seine gleichaltrigen Freunde und Freundinnen verschenkt und diese sich den Bauch mit Eis voll schlagen.



OGH 28. 1. 2002, 2Ob 13/02d, JBl 2002, 590: Einem Ehepaar wird ein hypothekarisch sichergestellter Kredit gewährt; der Kreditgeber beauftragt zwei Jahre später einen Rechtsanwalt mit der Eintreibung der offenen Kreditforderung. Der Anwalt stirbt und ein Stellvertreter wird von der RA-Kammer bestellt; an diesen zahlt das Ehepaar. Die **Erben des Rechtsanwaltes leugnen die schuldbefreiende Wirkung einer Zahlung an den Substituten** und verweigern daher die Löschung der Hypothek. – OGH: Die Bestimmungen der RAO über die Amtsfortführung durch den Stellvertreter eines verstorbenen Anwalts stellen einen gesetzlichen Auftrag zur Fortführung des Unternehmens des verstorbenen Rechtsanwalts dar. Der Umfang der Vollmacht des mittlerweiligen Stellvertreters umfasst all das, was die Führung des Unternehmens selbst erfordert und was damit gewöhnlich verbunden ist (§ 1029 ABGB), somit auch die schuldbefreiende Entgegennahme von geschuldeten Geldern.

- OGH 10. 7. 2001, 4 Ob 66/01m, EvBl 2002/3: Das **Theater in der Josefstadt** führt das Stück „1000 Clowns“ auf. Verschiedene Verlage behaupten, sie seien die richtigen Gläubiger für die Tantiemenzahlungen. Die Theaterbetreiberin zahlt an einen der Verlage anstatt die Aufführungstantiemen gerichtlich zu hinterlegen. Der leer ausgegangene Verlag klagt idF den anderen. – OGH erklärt § 1041 ABGB – aufgrund des weiten Verständnisses von „Sache“ im ABGB – als taugliche Anspruchsgrundlage.

Andere Lösungsansätze

die Zahlung [= Erfüllung] annehmen" muss. Das bedeutet für das Streckengeschäft, dass K1 die ihm von P mit Einverständnis des G angebotene Erfüllung nicht ablehnen kann.

Rechtliche Lösungen des Streckengeschäfts werden aber auch auf andere Weise versucht, nämlich:

- Über die **Zession**: G (= Zedent) zediert dem K (= Zessionar), die ihm aus seinem Kaufvertrag mit P (= Zessus) zustehende Forderung auf Lieferung (der Elektrogeräte). Hier erfüllt P an seinen neuen Gläubiger K.

BEACHT: Beachte: Ist der Kaufvertrag zwischen G und P (aus welchen Gründen auch immer) ungültig, kann P, wenn er schon an K geleistet hat vindizieren, also die Sache selbst herausverlangen, weil in diesem Fall der Zession des G an K der gültige Rechtsgrund fehlt und dadurch Eigentum nicht übergegangen ist. Zur Zession als kausalem Verpflichtungsgeschäft → Kapitel 14.A.I.2., S. 871. Hat K die erbrachte Lieferung bspw schon weiterveräußert kann P kondizieren → Kapitel 5.F.IV., S. 353: § 877 iVm § 1435 ABGB.

- Über die **Schuldübernahme** (→ Kapitel 14.B.I.1., S. 884): Hier übernimmt und erfüllt P die Schuld des G gegenüber K, der zustimmen muss, durch privative oder kumulative Schuldübernahme.
- Über die Annahme eines **Vertrags zu Gunsten Dritter** (→ Kapitel 15.D., S. 953) abgeschlossen zwischen G und P zugunsten von K.
- Schließlich über die Rechtsfigur der **Anweisung** → Kapitel 15.C.I., S. 936: Hier des G (= Anweisender) an P (= Angewiesener), dass dieser an K (= Anweisungsempfänger) leisten soll. – Dieser Lösungsansatz will die in § 1400 Satz 1 ABGB enthaltene doppelte Ermächtigung und die damit verbundene doppelte Erfüllungswirkung nützen. § 1404 Abs 1 Satz 1 ABGB kann direkt angewandt werden, weil P „das zu Leistende dem Anweisenden [= G] bereits schuldet". P ist als Angewiesener G gegenüber „verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten". Auch § 1401 Abs 1 Satz 2 ABGB ist anzuwenden. Die „Tilgung der Schuld [des G gegenüber K und des P gegenüber G] erfolgt, ..., ...durch die Leistung". Möglich erscheint sowohl eine Anweisung auf Schuld wie eine auf Kredit. Eine Rolle spielen kann auch § 1403 Abs 1 Satz 2 ABGB: Danach gelten für das Rechtsverhältnis Anweisender und Angewiesener dann, wenn „kein anderer Rechtsgrund" besteht, „die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag", also Auftragsrecht.

BEACHT: Diese unterschiedlichen Lösungsansätze lehren uns auch, dass nicht immer nur ein Weg zum Ziel führen muss. Es können auch mehrere sein. – In concreto kann sich eine Lösung als vorteilhafter erweisen.

ETV und Mängelrüge
beim Streckengeschäft

Weitere Fragen sind zu beantworten, wenn beim Streckengeschäft unter **Eigentumsvorbehalt** geliefert wird oder bei Schlechterfüllung die **Mängelrüge** erhoben werden muss:

- Für die **Mängelrüge** (§ 377 HGB) wird es als ausreichend erachtet, wenn nicht G, sonder K1 den Mangel bei P rügt, was oft auch vereinbart wird; vgl insbesondere SZ 55/31 (1982, dazu eingehend → B.IV.14.) oder SZ 33/146 (1960). – Zu beachten ist, dass die strengen Regeln des Handelsrechts auch dann gelten, wenn der Letzterwerber nicht Kaufmann ist. In diesem Fall trifft den Vertragspartner des Letzterwerbers die Obliegenheit, dafür zu sorgen, dass der Rügepflicht ordnungsgemäß nachgekommen wird.

 *Straube / Kramer*, HGB §§ 377 f RZ 42; – *Roth / Fitz*, Handels- und Gesellschaftsrecht RZ 725 (2000).

- Gschnitzer, SchRAT 221 (1991²): Wird unter **Eigentumsvorbehalt** (→ Kapitel 8.B.I., S. 518) geliefert, besteht die Möglichkeit, dass P den Eigentumsvorbehalt gegenüber G auf K offen weiterleitet und K nur unter der Voraussetzung Eigentümer wird, dass P bezahlt wird. Anders liegt der Fall, wenn zusätzlich zum offen weitergeleiteten noch zwischen G und K ein nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt vereinbart wird. In diesem Fall verbleibt, trotz voller Zahlung des K an G, wenn dieser P nicht bezahlt, das Eigentum noch bei P. Umgekehrt erlischt der Eigentumsvorbehalt des P, wenn er von G bezahlt wird, der gegenüber K aber noch Vorbehaltseigner sein kann. K erwirbt durch die direkte Übergabe an ihn von P ein bedingtes Anwartschaftsrecht auf sein Volleigentum und zugleich als Machthaber nach § 1424 ABGB ein Anwartschaftsrecht auf bedingtes Vorbehaltseigentum für G. K kann allerdings mit Einwilligung des P auch ohne Einverständnis des G die Kaufpreisforderung des P gegen G einlösen (Umkehrschluss aus § 1423 ABGB);

 JBl 1984, 671: Fliesenlieferung, Konkurs des G. Zu einem Streckengeschäft bei einem Werkvertrag HS 5376/11.

VI. „Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten“: Novation, Vergleich, Anerkenntnis

Erinnern wir uns: Das ABGB gliedert sich in eine Einleitung (§§ 1-14) und drei Teile (§§ 15-283: Personenrecht, §§ 285-1341: Sachenrecht und §§ 1342-1502 von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte). – Das 1. Hauptstück des 3. Teils handelt „Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten“ (§§ 1342-1374) und regelt Bürgschaft (§§ 1344-1367) und Pfandvertrag (§§ 1368-1374). Das 2. Hauptstück des 3. Teils (§§ 1375-1410) trägt die Überschrift: „Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten“. Damit wollen wir uns idF auseinandersetzen.

1. Allgemeines

§ 1342 ABGB (als gemeinsame programmatische Bestimmung für das 1. und 2. Hauptstück des 3. Teils) erklärt:

„Sowohl Personenrechte als Sachenrechte, und daraus entspringende Verbindlichkeiten können gleichförmig befestigt, **umgeändert** und aufgelassen werden.“

Wir wollen uns hier die „Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten“ näher ansehen, zumal eine solche „Umänderung“ oft die geschuldete Leistung / Erfüllung und immer das Schuldverhältnis und seine Parteien betrifft.

Was wird geändert?

Beispiele zur Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes von Leistung oder Schuldverhältnis → A.VI.2.

§ 1375 ABGB umschreibt: „Es hängt

Voraussetzungen

- von dem Willen des Gläubigers und des Schuldners ab, ihre gegenseitigen willkürlichen Rechte und Verbindlichkeiten umzuändern.
- Die Umänderung kann ohne, oder mit Hinzukunft einer dritten Person, und zwar entweder
 - eines **neuen Gläubigers**, oder
 - eines **neuen Schuldners** geschehen.“

Der erste Satz dieser Umschreibung drückt aus, dass **einverständliche** rechtsgeschäftliche Änderungen der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien grundsätzlich unbeschränkt möglich sind, zumal ein solches Vorgehen Konsens verlangt und damit den Grundsatz des pacta sunt servanda (Verträge sind einzuhalten) achtet.

Dazu kommt: Nicht alles, was sich in einem Schuldverhältnis ändert, ist Novation. – Stundet bspw der Gläubiger seine Kaufpreisforderung, ändert dies zwar die Fälligkeit der Forderung, die Schuld bleibt aber die gleiche. Daher keine Novation! – Wird dagegen über die Kaufpreisforderung ein Wechsel (→ Kapitel 15.C.II., S. 939) ausgestellt, bedeutet das Novation; denn dadurch entsteht ein neues, vom ursprünglichen unabhängiges, nämlich abstraktes Schuldverhältnis. Ein neuer Rechtsgrund (die Wechselverpflichtung) tritt an die Stelle des alten; zB Kaufvertrag.

Nicht jede Änderung im Schuldverhältnis ist Novation

§ 1379 ABGB stellt zudem klar, dass ein Verändern von Nebenbestimmungen – wie Bedingung, Befristung, Zinshöhe, Fälligkeit, Darlehenslaufzeit – keine Novation darstellt. Dasselbe gilt für Lohnerhöhungen oder die Lieferung von mangelfreier statt mangelhafter Ware (im Rahmen von Gewährleistungsansprüchen); vgl SZ 43/24 (1972): Tiefkühltruhe.

- **Novation** : §§ 1376-1379 ABGB → A.VI.2.
- **Vergleich** : §§ 1380-1391 ABGB → A.VI.3.
- **Zession** : §§ 1392-1399 ABGB → Kapitel 14.A.I., S. 870.
- **Anweisung** / Assignment: §§ 1400-1403 ABGB → Kapitel 15.C.I., S. 936.
- **Schuldübernahme** : §§ 1404-1410 ABGB → Kapitel 14.B.I.1., S. 884.
- Dazu kommt das **Anerkenntnis**, das vom ABGB hier zwar nicht angeführt, aber andernorts behandelt wird; vgl zB § 1497 ABGB: Anerkenntnis der Unterbrechung der Ersitzung oder Verjährung; oder §§ 163b ff ABGB: Vaterschaftsanerkenntnis.

Was ist als „Umänderung“ von Rechten und Verbindlichkeiten anzusehen?

2. Novation oder Neuerungsvertrag

Novation (§§ 1376-1379 ABGB) ist nach § 1376 ABGB die Umänderung von Rechten oder Pflichten (im Schuldverhältnis) „**ohne Hinzutritt einer dritten Person**“ [wie bei der Bürgschaft] und beinhaltet entweder:

- die **Änderung des Rechtsgrundes** / Titels oder
- die **Änderung des Hauptgegenstandes** einer Forderung.

In diesen Fällen geht „die **alte** Verbindlichkeit in eine **neue** über“.

BEISPIELE:

- **Änderung des Rechtsgrundes**: – Änderung einer Kauf- in eine Wechselschuld; – oder: Ein Hinterleger gestattet dem Verwahrer, die hinterlegte Sache zu gebrauchen, wodurch die Verwahrung in eine Leihe oder (bei vertretbaren Sachen) in ein Darlehen umgeändert wird; § 959 ABGB.
- **Änderung des Hauptgegenstandes**: – Der ursprünglich über den Kauf einer unbebauten Liegenschaft abgeschlossene Kaufvertrag wird in einen solchen über eine Eigentumswohnung umgeändert; oder: anstelle von Alleineigentum soll nunmehr bloß ein Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft erworben werden. – Auch die Leistung an Zahlungs Statt ist Novation, weil dabei der Hauptgegenstand geändert wird; § 1414 ABGB → A.V.3.
- **Weder** Änderung des Rechtsgrundes, **noch** Änderung des Hauptgegenstandes – also **keine Novation** – ist die Feststellung einer Forderung durch gerichtliches Urteil, also die Änderung einer Vertrags- in eine sog Judikatschuld (vgl SZ 24/74: geändert wird hier aber gesetzlich die Verjährungszeit und damit die Exequierbarkeit). – Wird in einem Vertrag nur die Befristung oder die Zinsen geändert, ist das ebenfalls keine Novation.

Wirkungen der Novation

§ 1377 ABGB bestimmt, dass durch Novation „die vorige“ [= alte] Hauptverbindlichkeit auf[hört], und die neue ... zugleich ihren Anfang“ nimmt. – Das hat Konsequenzen!

Akzessorietät der Novation

Die alte Verbindlichkeit erlischt und wird durch eine neue ersetzt, wobei das Entstehen der neuen Verbindlichkeit davon abhängt, dass die alte tatsächlich gültig bestanden hat; Abhängigkeit oder **Akzessorietät** der Novation. War die alte Schuld ungültig, entsteht auch keine neue. – Grundgedanke: Die neue Schuld entsteht aus der alten, ist aber doch eine neue. Das zeigt sich am Schicksal der Nebenrechte.

Eine **Naturalobligation** kann aber noviert werden! Denn die (alte) Schuld besteht (noch) gültig, mag sie auch rechtlich nicht mehr durchsetzbar sein → A.II.3.

Wirkungen auf Nebenrechte

§ 1378 ABGB handelt von den **Wirkungen** der Novation **auf Nebenrechte** wie „Bürgschafts-, Pfand- oder andere Rechte“ (etwa Sicherungsrechte wie eine Konventionalstrafe) und bestimmt für sie, dass diese Nebenrechte **grundsätzlich „erlöschen“**, es sei denn, die Vertragspartner des Neuerungsvertrags hätten „hierüber etwas anderes festgesetzt“.

Zweifelsregel

§ 1379 ABGB erklärt, was nicht unter den Begriff der Novation fällt (und nennt dabei „die bloße Ausstellung eines neuen Schuldscheines, oder einer anderen dahin gehörigen Urkunde) und betont im letzten Satz:

„**Im Zweifel** wird die **alte Verbindlichkeit nicht** für **aufgelöst** gehalten, solange sie mit [also neben] der neuen noch wohl bestehen kann.“

Diese **Zweifelsregel** ist insofern von Bedeutung, als nicht immer klar ist, ob etwas Haupt- oder bloße Nebenbestimmung ist und ob die Parteien wirklich eine Novation wollten.

Wo spielt neben § 1379 letzter Satz ABGB das „Wohl-Bestehen-Können“ noch eine Rolle? → Kapitel 17.C.IV., S. 1027: Bäuerliches Erbrecht.

3. Der Vergleich: §§ 1380-1390 ABGB

Neuerungsvertrag

Der Vergleich ist seinem Wesen nach Novation, genauer: er ist (entgeltlicher) Neuerungsvertrag; § 1380 Satz 2 ABGB. – Das ABGB umschreibt den Vergleich als Neuerungsvertrag, „durch welchen streitige, oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, dass jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu tun, oder zu unterlassen verbindet“.

Der – wie er auch genannt wird – **außergerichtliche** oder **bürgerliche Vergleich** schafft also einen neuen Rechtsgrund; GIU 9840 (1884) uam. – Aber nicht alles, was als Vergleich bezeichnet wird, ist ein Neuerungsvertrag. Die Rspr betont, dass der Vergleich nur dann Neuerungsvertrag ist, wenn damit eine **neue Rechtsgrundlage** geschaffen und ein Zurückgreifen auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis ausgeschlossen werden soll; EvBl 1975/240 = JBl 1976, 148.

Schafft neue
Rechtsgrundlage

Anders als die bloße Novation setzt die Gültigkeit eines Vergleichs nicht voraus, dass ein gültiges Grundgeschäft vorgelegen hat. Der Vergleich ist demnach **nicht akzessorisch**. Der Vergleich geht eben oft geradezu davon aus, dass das Grundgeschäft – oder doch Teile davon – unsicher oder zweifelhaft ist. Bestand kein (gültiges) Grundgeschäft, behält der Vergleich daher dennoch seine Wirkung; sog rechtsgestaltende Wirkung des aussergerichtlichen Vergleichs: EvBl 1955/379 (strittige Forderung).

Nicht akzessorisch

Inhaltlich werden mit dem Vergleich „streitige, oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt.., dass jede Partei sich wechselseitig etwas geben, zu tun, oder zu unterlassen verbindet“ (= verpflichtet); man spricht von Bereinigungs- oder Klarstellungswirkung des Vergleichs. Es geht dabei immer um ein wechselseitiges Nachgeben beider (!) Vertragsteile. Anders ist das beim Anerkenntnis → A.VI.4. – Nach der Rspr liegt das Wesen des Vergleichs darin, „dass die Parteien an die Stelle einer streitigen oder zweifelhaften Verbindlichkeit eine feststehende setzen“; MietSlg 35.262 (1983).

Bereinigungs- oder
Klarstellungswirkung

Der Vergleich – zum Teil gilt dies auch für das Anerkenntnis – stellt ein hervorragendes Rechtsinstrument der außergerichtlichen Streitbereinigung dar. Nur muss es adäquat eingesetzt werden, was **psychologisches Einfühlungsvermögen** voraussetzt. **Mediationsergebnisse** können auf diese Weise rechtlich abgesichert werden.

Instrument außergerichtlicher
Streitbereinigung

Nicht alle rechtlichen Zweifelsfragen können aber durch Vergleich bereinigt werden. Das Gesetz selbst bringt Beispiele, worüber kein gültiger Vergleich geschlossen werden kann. Wie die folgenden Beispiele zeigen, handelt es sich um „Fälle“ an deren Gestaltung ein öffentliches Interesse besteht, weshalb der privatautonomen Gestaltung Grenzen gesetzt werden, nämlich:

Grenzen privatautonomer
Gestaltung

- § 1382 ABGB: Streit über die Gültigkeit einer Ehe;
- § 1383 ABGB: oder „über den Inhalt einer letzten Anordnung ... vor deren Bekanntmachung“;
- § 1384 ABGB: oder über strafbare Handlungen; vgl aber § 167 Abs 2 Z 2 StGB: tätige Reue und sog Privatanklagedelikte.
- Auch zwingende gesetzliche Vorschriften wie der Kündigungsschutz nach dem MRG können durch Vergleich nicht umgangen werden; MietSlg 30.253 (1978).

Zum Räumungsvergleich im Bereich des MRG → Kapitel 6.D.VI.6., S. 401.

§ 1381 ABGB grenzt den Vergleich vom **(Schuld)Erlass** ab. Beim Erlass wird ein unstreitiges (Vergleich = streitig!) und unzweifelhaft (Vergleich = zweifelhaft!) bestehendes Recht unentgeltlich (Vergleich = entgeltlich!) erlassen.

Abgrenzung des Vergleichs
vom (Schuld)Erlass

Die Rechtsnatur des (Schuld)Erlasses ist aber selbst strittig. Für manche ist er Vertrag, nämlich Schenkung (vgl § 939 ABGB), für andere (als Verzicht) bloß ein einseitiges Rechtsgeschäft. Der Streit ist überflüssig: Schenkung braucht Annahme, einseitiger Erlass (als Verzicht dagegen) nicht; § 939 ABGB.

Als Neuerungsvertrag wirkt der Vergleich konstitutiv, dh er schafft eine neue Rechts(grund)lage, ein neues Titelgeschäft / causa. – Anders als bei der Novation bleiben aber beim Vergleich Bürgen und Pfänder (also Nebenrechte und Sicherungen) grundsätzlich aufrecht, soweit dadurch keine Haftungserweiterung eintritt. Dem Schuldner bleiben auch alle Einwendungen gegen den Gläubiger erhalten; § 1390 ABGB.

Wirkungen des
Vergleichs

Als Vertrag wird der Vergleich **formlos**, also auch bloß mündlich, geschlossen. Ist aber das, worüber verglichen werden soll formbedürftig (zB die Verpflichtungserklärung des Bürgen nach § 1346 Abs 2 ABGB), unterliegt auch der Vergleich insofern der Formpflicht.

Nicht formbedürftig

Anfechtbarkeit?

Ein Vergleich will „streitige oder zweifelhafte Rechte“ klären und soll daher nicht wieder ohne weiteres, insbesondere nicht im selben Ausmaß angefochten werden können wie andere Verträge; zB wegen Irrtums. – § 1385 ABGB bestimmt daher, dass ein (unterlaufener) Irrtum einen geschlossenen Vergleich „nur insoweit ungültig machen“ kann, als er die „Wesenheit der Person, oder des Gegenstandes“, also der **Vergleichsbasis** (Gschnitzer) betrifft; dh jene Punkte, die die Parteien als feststehend und gerade nicht als strittig oder zweifelhaft betrachtet haben. (Zum Wegfall / Störung der Geschäftsgrundlage → Kapitel 5.E.VIII., S. 348.) Das Gesetz selbst (§ 1385 ABGB) nennt dafür Beispiele:

- Irrtum in der **Person** (des Vergleichspartners) oder
- Irrtum im **Vergleichsgegenstand**.

Ein Vergleich kann daher nicht wegen einer **Verletzung über die Hälfte** angefochten werden (§ 1386 ABGB) → B.VII. – „Ebenso wenig können neu gefundene Urkunden, wenn sie auch den gänzlichen Mangel eines Rechtes auf Seite einer Partei entdecken, einen redlich eingegangenen Vergleich entkräften“; § 1387 ABGB. **Betrug** und **Täuschung** können aber immer geltend gemacht werden; § 1389 iVm §§ 1386, 1387 ABGB: „redlich errichtet“ oder „eingegangen“. **Rechenfehler** schaden nach § 1388 ABGB aber niemanden.

Die Regelung des § 1388 ABGB stützt Gschnitzers Meinung zum Kalkulationsirrtum → Kapitel 5.E.IV., S. 339.

 DRdA 1991, 470: Bereinigung offener, strittiger Punkte bei **Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

- EvBl 1993/24: Eine sog **Generalbereinigung** ist ein Vergleich;. Hier ging es um die Bereinigung von Differenzen zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer. – Die Entlastung nach § 35 Abs 1 GmbHG ist eine einseitige Erklärung der GmbH, mit der diese ihre/n Geschäftsführer von Schadenersatzansprüchen befreit, die aus Verstößen derselben erwachsen können. Die Entlastung ähnelt in ihrer Wirkung dem Verzicht auf Ersatzansprüche oder dem Anerkenntnis des Nichtbestehens solcher Ansprüche. – Die Generalbereinigung, als Vergleich, geht aber darüber hinaus und enthält auch den Verzicht auf bislang nicht erkennbare Ersatzansprüche. Aber auch eine Generalbereinigung erstreckt sich nicht, wie jeder andere Vergleich, auf Rechte, die verheimlicht worden sind oder an welche die Parteien nicht denken konnten; also einen Irrtum über die Vergleichsbasis!
- RZ 1979/89 = EFSIlg 33.839 oder EvBl 2000/68: Dem **Unterhaltsvergleich** wohnt die Umstandsklausel inne → Kapitel 6.C.IV., S. 384: Vergleichsweise Regelung einer gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung (Unterhaltsvergleich).
- Bedeutsam ist der (außergerichtliche) **Vergleich im Versicherungsrecht**. – Um Zivilprozesse zu vermeiden, schließen Versicherungen mit Geschädigten sog Abfindungsvereinbarungen mit denen bestehende Ansprüche generell und endgültig geklärt – eben abgefunden – werden sollen. Dabei besteht – wie die Praxis zeigt – die Gefahr, dass Versicherer anspruchsberechtigte Personen übervorteilen, indem sie versuchen, in Abfindungserklärungen gegenwärtig noch gar nicht absehbare, also unvorhersehbare und später eintretende Schäden selbst von außergewöhnlichem Umfang miteinzubeziehen, was ein späteres Geltendmachen dieser Ansprüche vereiteln soll. Das spielt im Kfz-Schadensrecht ebenso eine Rolle wie bei Personenschäden aus Verkehrsunfällen oder medizinischen Behandlungsfehlern. Der OGH (bspw 2 Ob 130/97z: E 10.7.1997) hält derartige Vergleiche dann für sittenwidrig, wenn Abfindungsklauseln unvorhersehbare Schäden von außergewöhnlichem Umfang erfassen und die Abfindungssumme nur auf der Basis der bekannten Schäden berechnet wurde; vgl ecolox 1997, 917 = RZ 1998/27 = ZVR 1998/8 = JBl 1998, 38.
- EvBl 1991/25: Auch der **außergerichtliche Ausgleich** ist Vergleich. Bei ihm verzichten die Gläubiger auf den die Ausgleichsquote übersteigenden Schuldrest. Im Gegensatz zum gesetzlichen / gerichtlichen Ausgleich (→ Kapitel 19.H.III., S. 1121) entsteht für die Restschuld keine Naturalobligation → A.II.3.
- OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 271/00t, EvBl 2001/78: Der Kläger vermietet an den Beklagten ein **Forsthaus**, benützt es aber weiter. Das Bestandsobjekt war in mehrfacher Hinsicht mangelhaft. Zwischen den Parteien waren im Zusammenhang mit dem Bestandsverhältnis zahlreiche Prozesse anhängig, welche durch einen Generalvergleich beigelegt werden sollten. Dabei ist eine Partei durch einen Sachwalter vertreten. Diese ficht den Vergleich später wegen Irrtums mit dem Argument an sie habe auf Grund extremen psychischen Stresses den Vergleich nicht richtig verstanden. – OGH zur Irrtumsanfechtung bei Geschäften, bei denen ein Stellvertreter tätig wird: Grundsätzlich ist ein Irrtum des Vertretenen nicht kausal; es sei denn dieser Irrtum hätte sich in einer Weisung an den Stellvertreter ausgewirkt.

Typische Anwendungsfälle
des außergerichtlichen
Vergleichs

- OGH 26. 7. 2000, 7 Ob 165/00s, JBI 2001, 179: Schriftlicher Kaufvertrag enthält **Schiedsgerichtsklausel**. Ein Vertragspartner beruft sich darauf auch nach abgeschlossenem Vergleich. – OGH: Novationswirkung des Vergleichs besteht nur bei Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes. Da im konkreten Fall eine solche Änderung nicht vorlag, blieb das alte Schuldverhältnis bestehen; der Einwand der Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichtes wegen Weiterbestand der Schiedsgerichtsklausel besteht daher zu recht.

Ein weiterer praktisch wichtiger Anwendungsbereich des Vergleichs ist der sog **Räumungsvergleich** des Mietrechts → Kapitel 6.D.VI.6., S. 401.

Räumungsvergleich

Das Verfahrensrecht kennt den **gerichtlichen Vergleich**; § 204 ZPO. Er wird von der Rspr als prozessrechtlicher Vertrag verstanden, der ein Verfahren bedingt oder unbedingt beendet oder doch Streitpunkte klärt. Der gerichtliche Vergleich ersetzt das streitige Urteil und ist als sog Urteilsurrogat nach § 1 Z 5, 11 und 16 EO Exekutionstitel. – Die Praxis erblickt im gerichtlichen Vergleich sowohl eine (verfahrensbeendende) Prozesshandlung, als auch einen zivilrechtlichen Vertrag; sog Doppelnatur des gerichtlichen Vergleichs.

Gerichtlicher Vergleich

Der gerichtliche Vergleich stellt (gleichsam) die letzte Chance für die Streitparteien dar, den Streit durch privatautonome Vereinbarung zu beenden, das heißt ohne richterliches Urteil. – Der gerichtliche Vergleich ist in der Praxis beliebt und beendet viele streitige Zivilverfahren. Parteien schließen Vergleiche auch oft (bloß) deshalb, um einer nach außen imageschädigenden Verurteilung zu entgehen, die mit langen Prozessen verbunden sein kann.

4. Das Anerkenntnis

Auch das Anerkenntnis ist ein Fall der Novation. Es ist dem Vergleich verwandt, zumal es ebenfalls dazu dient, streitige oder unklare Rechte oder Tatsachen zu bereinigen. Anders als beim Vergleich kommt es zum Anerkenntnis aber nicht durch beiderseitiges Nachgeben, sondern bloß durch einseitiges; EvBl 1974/4: Zum Begriff des echten oder konstitutiven Anerkenntnisses. Sinnvollerweise könnte daher einseitige (zugangsbedürftige) Erklärung hinreichen; str (Gschnitzer!). Die Rspr erblickt im Anerkenntnis aber einen Feststellungsvertrag.

Wesen und Wirkung

Das Anerkenntnis besitzt rechtsgestaltende Wirkung und schafft einen **neuen Rechtsgrund**. – Das echte Anerkenntnis stellt ein vom Gläubiger behauptetes und bislang vom Schuldner angezweifelttes Recht außer Streit und schafft dadurch eine neue selbständige Verpflichtung; SZ 51/176 (1978): Abgrenzung von Schuldbekennnis und konstitutivem Anerkenntnis. Der Gläubiger kann sich daher künftig auf das Anerkenntnis stützen und muss nicht auf den früheren (strittigen) Rechts- oder Schuldgrund zurückgreifen.

Neuer Rechtsgrund

In Bezug auf **Nebenrechte** (Sicherungen) lässt man diese, anders als bei der Novation, aber wie beim Vergleich, **grundsätzlich weiterbestehen**. – Auch für die **Anfechtung** von Anerkenntnissen gelten die Voraussetzungen des Vergleichs; also nur erschwerte Anfechtungsmöglichkeit.

Nebenrechte

Auch Anerkenntnisse können iSd § 863 ABGB konkludent / stillschweigend erfolgen, was aber – wie das Gesetz ausführt – nicht leichtfertig angenommen werden darf.

Die Hauptbedeutung des Anerkenntnisses liegt:

Vorkommen

- im **Familienrecht** (Vaterschaftsanerkenntnis; §§ 163b ff ABGB) und
- **Erbrecht**; vgl § 665 ABGB (Schuldvermächtnis);
- aber es kommt auch im **Schuldrecht** vor, ist hier aber gesetzlich nicht geregelt.

Das **Prozessrecht** kennt das Anerkenntnisurteil; § 395 und § 45 ZPO.

Echtes oder konstitutives Anerkenntnis	Geständnis oder deklaratives Anerkenntnis
<p>= Willenserklärung (enthält zB ein Zahlungsver-sprechen)</p> <p>- bezieht sich nach hA auf: Rechtsgeschäfte, Verträge, Rechte oder Pflichten</p> <p>= nicht widerlegbar und widerrufbar</p> <p>- aber (wenn auch wie der Vergleich erschwert) anfechtbar</p> <p>- schafft einen neuen Rechtsgrund / causa</p> <p>- nach der Rspr: Feststellungsvertrag; aber auch Deutung als einseitige Erklärung möglich (Gschnitzer)</p>	<p>= Willenserklärung; bloße Aussage</p> <p>- bezieht sich in der Regel auf Tatsachen*; aber auch Rechtsgeständnisse</p> <p>= widerlegbar und widerrufbar</p> <p>- /</p> <p>- schafft keinen neuen Rechtsgrund, bewirkt aber ~ Beweislastverschiebung im Prozess; Schuldner hat Nichtbestand der Forderung durch Widerlegung des Anerkenntnisses zu beweisen</p> <p>- ist einseitige (Wissens)Erklärung</p>

Tabelle 7.1: „Anerkenntnis“

* Das Geständnis kann wiederum **Tatsachen-** (Geständnis ieS) oder **Rechts** geständnis (auch unechtes Anerkenntnis genannt) sein. – Im Ausstellen eines **Schuldscheines**, einer **Quittung** oder in der **Bitte um Stundung** wird gleichzeitig ein (einseitiges) Rechtsgeständnis erblickt, weil damit mittelbar auch der Bestand des Rechtsverhältnisses bestätigt / anerkannt wird.

 OGH 27. 4. 2001, 1 Ob 27/01d (verst Senat), JBl 2001, 593: Verbraucher erhebt keine Einsprüche gegen **vierteljährliche Kontoauszüge** samt Rechtsbelehrung. – OGH: Das **Saldoanerkentnis** nach AGBK hat im Regelfall nur deklarative Wirkung. Konstitutiv wirkt es nur bei konkreter Streitbereinigungsabsicht, dh wenn im konkreten Fall ein ernstlicher Streit oder Zweifel beigelegt werden soll.

Geständnis Das **Geständnis** ist deklaratorisches Anerkenntnis: Vom **echten** oder **konstitutiven** Anerkenntnis, das einen neuen und selbständigen Rechtsgrund schafft, ist das bloß **deklaratorische Anerkenntnis** oder Geständnis zu unterscheiden. – Nicht immer ist einfach festzustellen, ob ein konstitutives oder bloß deklaratorisches Anerkenntnis vorliegt. Dies ist durch rechtsgeschäftliche Auslegung zu ermitteln; §§ 914, 915 ABGB.

BEISPIEL: **Erklärungen nach einem Autounfall** können sowohl Geständnis („Ja ich bin zu schnell gefahren und habe die Stopptafel nicht beachtet.“), als auch ein **konstitutives Anerkenntnis** sein: „Ich anerkenne ihre (berechtigten) Schadenersatzansprüche.“

VII. Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Leistung: Teil- oder Gesamtschuldverhältnis

1. Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten

Auf beiden Seiten eines Schuldverhältnisses, also auf Gläubiger- und Schuldnerseite, können mehrere Personen stehen. Je nachdem liegt **Gläubiger-** oder **Schuldnermehrheit** vor; vgl § 888 ABGB:

„Wenn zwei oder mehrere Personen jemanden eben dasselbe Recht zu einer Sache versprechen, oder es von ihm annehmen; so wird sowohl die Forderung, als die Schuld nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigentumes [§§ 825 ff ABGB] geteilt.“

Teilbarkeit der Leistung?

Für die rechtliche Behandlung dieser Konstellation macht es einen Unterschied, ob die **Leistung** der einen oder/und der anderen Seite **teilbar** ist oder **nicht**. – Die Frage der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung kommt im praktischen Rechtsleben häufig vor und stellt sich nicht nur für

körperliche, sondern auch für unkörperliche Sachen insbesondere auch Dienstleistungen und Rechte.

BEISPIELE:

- Sie vereinbaren bei Urlaubsantritt mit einem **Taxi**, dass dieses Sie von Ihrer Wohnung zum Bahnhof bringen soll, weil Sie schweres Gepäck haben. Hat das Auto während der Fahrt einen Motorschaden, brauchen Sie für die erbrachte („Teil“) Leistung kein Entgelt zu entrichten, zumal ein Entgelt nur für die gesamte unteilbare Leistung (zumindest schlüssig iSd § 863 ABGB) vereinbart worden war. Ein teilweises Erbringen der Leistung ist für Sie wertlos.
- Zum **Leibrentenvertrag** → Kapitel 2.A.V.1., S. 76 und → Kapitel 12.H.I.1., S. 831. Hier ist die Leistung des Liegenschaftsverkäufers unteilbar, die Geldleistung des Käufers dagegen teilbar. Zusätzlich können die Parteien mehrgliedrig sein; zB wenn auf Käuferseite ein Ehepaar steht.

2. Teilbare Leistung

Eine teilbare Leistung (zB Geld), die mehreren geschuldet wird (Gläubigermehrheit), gilt grundsätzlich als geteilt; dh jeder (**Mit**)**Gläubiger** kann vom Schuldner nur seinen (An)Teil fordern. – Entsprechendes gilt, wenn bei teilbarer Leistung mehrere (**Mit**)**Schuldner** vorhanden sind (Schuldnermehrheit); hier schuldet jeder (Mit)Schuldner dem Gläubiger nur seinen (An)Teil; vgl §§ 888, 889 ABGB.

Diese Unterscheidung, ob nämlich bei mehreren Schuldnern jeder nur für seinen Teil haftet oder – wie idF ausgeführt – ein Gesamtschuldverhältnis mit sog **Solidarhaftung** (dh: „einer [haftet] für alle, alle [haften] für einen“) anzunehmen ist, ist von praktischer Bedeutung.

Solidarhaftung

Die Solidarhaftung besitzt auch im bürgerlichen Recht in allen möglichen Zusammenhängen Bedeutung, wie das Beispiel der folgenden E verdeutlichen mag.

 OGH 5. 7. 2001, 6 Ob 315/00t, JBl 202, 40: Ein Mann trennt sich von seiner Frau und nimmt eine außereheliche Beziehung zu einer anderen Frau auf. Ehefrau wusste von ehewidrigem Verhältnis und beauftragte Detektivbüro zur Beweissicherung. Die **Detektivkosten** will sie von der Freundin des Mannes einklagen. – OGH: Die sonst von der Rspr bejahte **solidarische Haftung des Ehestörers mit dem Ehepartner** für Detektivkosten scheidet aus, wenn der betrogene Ehegatte mit der Überwachung nur das Interesse an der Beweissicherung für ein Ehescheidungsverfahren verfolgt; dh wenn keine Unsicherheit über die Tatsache der außerehelichen Beziehung selbst besteht.

Im Zweifel wird im **bürgerlichen Recht Teilbarkeit** angenommen; „im Zweifel“ meint: wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben (EvBl 1961/305) oder sich aus der Natur der Leistung nichts anderes ergibt. – Teilbar sind etwa Schadenersatzansprüche in Geld; SZ 41/82 (1968) oder JBl 1979, 88.

Bürgerliches Recht nimmt im Zweifel Teilbarkeit an

Diese Lösung ist für Schuldner wesentlich günstiger, weil das Haftungsrisiko deutlich geringer ist. Die unterschiedlichen Lösungen des bürgerlichen und Handelsrechts offenbaren die größere Strenge des Handelsrechts, was sich nicht nur in dieser Frage zeigt.

BEISPIEL: Bestellen mehrere Miteigentümer eines Hauses – zB Geschwister – Heizöl für den Winter, haftet jede/r nur entsprechend dem eigenen Miteigentumsanteil, also zB für je ein Viertel. – Das mindert bei größeren Summen das Haftungsrisiko! – Sinnvoll ist es jedoch, um Streit zu vermeiden, dies vertraglich klarzustellen.

Gegenteilig die Regelung des **Handelsrechts** (Art 8 Nr 1 EVHGB): „Verpflichten sich mehrere [Kaufleute] durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“

Anders das Handelsrecht

3. Unteilbare Leistung: §§ 890 ff ABGB

Genau umgekehrt verhält es sich bei einer unteilbaren Leistung, wenn auf Schuldner- oder Gläubigerseite mehre Parteien stehen.

BEISPIEL: A und B leihen sich von C ein **Buch** aus, um danach gemeinsam zu lernen. C (als Verleiher) kann von jedem der beiden Mitschuldner das Buch zurückverlangen. Jeder von beiden, also A und B, haftet für die ganze (unteilbare) Leistung: das Buch. Wird der Rückgabetermin versäumt, geraten beide in Verzug; wird die Rückstellung unmöglich, haben beide die Unmöglichkeit zu vertreten (→ B.VIII.).

Solidarschuld und
Gesamtforderung

Das Schuldverhältnis kann also auch so ausgestaltet sein, dass jeder einzelne Gläubiger die ganze Leistung zu fordern berechtigt ist oder jeder einzelne Schuldner die ganze Leistung schuldet. In einem solchen Fall sind alle Gläubiger befriedigt, wenn einer von ihnen die (ganze) Leistung erhalten hat und auf der anderen Seite werden alle Schuldner von ihrer Leistungspflicht befreit, wenn (auch nur) ein Schuldner vollständig geleistet hat. – Man spricht in diesem Fall von Gesamt- oder Solidarschuld und Gesamtforderung. Vgl aber die Kautelen des § 890 ABGB.

4. Gesamtschuld- und Gesamtforderung

§ 891 ABGBumschreibt die **Gesamt-** oder **Solidarschuld**, auch Korrealität (vgl die Überschrift von § 891 ABGB) genannt:

„Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungeteilten Hand dergestalt, dass sich **einer für alle, und alle für einen** ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze. Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen, oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Anteilen; oder ob er es von einem einzigen fordern wolle.“

Vertragliche und
gesetzliche
Entstehungsgründe

Neben der **vertraglichen Entstehung** einer Solidar- oder Gesamtschuld (zB im Falle eines Schuldbeitritts: § 1347 ABGB → Kapitel 14.B.I.2., S. 886) gibt es auch zahlreiche **gesetzliche Entstehungsgründe**.

ZB nach den §§ 1301, 1302 ABGB: Zufügen eines Schadens durch mehrere Teilnehmer; etwa der Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats einer AktGes nach § 100 AktG oder einer GmbH nach §§ 10 Abs 4, § 25 Abs 2, § 33 Abs 2, § 56 Abs 3 etc GmbHG; oder nach § 17 UWG bei unlauterem Wettbewerb, Eingriffen in ein Patentrecht (§ 153 PatG), ins Urheberrecht (§ 89 UrhG), aber auch insbesondere nach § 5 Abs 2, 8 und 11 EKHG (mehrere Kfz-Halter) → Kapitel 9.B.II.5., S. 640 oder § 128 HGB (Verbindlichkeiten der OHG) oder nach §§ 28 Abs 6 und 30 GebG für Gebühren von Rechtsgeschäften; so haften Vermieter und Mieter solidarisch (gegenüber dem Finanzamt) für zu entrichtende Gebühren.

Rückgriffsrecht von
Mitschuldnern

Hat bei einer Gesamt- oder Solidarschuld ein Schuldner die gesamte Leistung erbracht oder doch mehr als seinem Anteil entspricht geleistet, so steht ihm gegen seine **Mitschuldner** nach § 896 ABGB ein entsprechendes **Rückgriffs-** oder **Regressrecht** zu.

Zur damit einhergehenden **Legalzession** nach dem Modell des § 1358 ABGB → Kapitel 15.A.IV.3., S. 915. – Zum **Sukzessivlieferungsvertrag** (bei dem der Leistungsinhalt von vornherein vertraglich festgelegt wird) → Kapitel 2.A.V.2., S. 81.



OGH 14.. 1999, 4 Ob 306/99z, EvBl 2000/105: Einer von mehreren Solidarschuldnern bringt **Garantie** bei; der Interzedent wird bei Fälligkeit in Anspruch genommen. – OGH lässt Garantie eines Solidarschuldners iSd hM für alle wirken. Daraus ergibt sich nach Inanspruchnahme des Garantens ein Regressanspruch nach § 1358 ABGB gegen die übrigen Solidarschuldner.

5. Gesamthandschuld

Zu den genannten kommt eine weitere Gestaltungsmöglichkeit des Schuldverhältnisses hinzu: Bei der **Gesamthandschuld** oder **Gesamthandforderung** können überhaupt nur alle Schuldner gemeinsam leisten und nur alle Gläubiger gemeinsam die Leistung / Erfüllung fordern; vgl § 890 ABGB.

Zum Gesamt(hand)eigentum → Kapitel 8.A.VI.4., S. 506.



Riedler, Gesamt- und Teilgläubigerschaften im österreichischen Recht (1998).

Zur Wiederholung:



ABBILDUNG: Teil- oder Gesamtschuldverhältnis; ABBILDUNG: Gläubiger- oder Schuldnermehrheit (1) bis (3); ABBILDUNG: §§ 890 ff ABGB

B. Die Leistungsstörungen

Wurde die Leistung (sowie Zeit und Ort ihrer Erbringung – wie auch immer) bestimmt und erbringt die leistungspflichtige Partei (Schuldner) die so bestimmte Leistung dennoch nicht oder nicht korrekt, liegt eine **Leistungs-Störung** vor. Die Leistung wird dabei entweder **überhaupt nicht** oder **doch nicht so wie vereinbart** oder **üblich** erbracht; je nachdem spricht man von Nichterfüllung / Verzug oder Schlechterfüllung / Gewährleistung.

Gschnitzer (SchRAT² 79) formuliert daher: „Unter Leistungsstörung versteht man **Mängel in der Abwicklung des richtig zustande gekommenen Schuldverhältnisses** – zum Unterschied von Mängeln im Entstehungsakt, also in der Wurzel, zB Wucher, Irrtum; sie scheiden hier aus und gehören in die Lehre vom Rechtsgeschäft.“

Das kommt immer wieder vor, unverschuldet oder verschuldet, wenngleich die Leistungsstörungen grundsätzlich kein Verschulden voraussetzen, sondern – wie man sagt – objektiv konzipiert sind; mehr dazu bei den einzelnen Leistungsstörungen.

Der Problembereich der Leistungsstörungen ist von größter praktischer Bedeutung. Täglich geraten tausende Schuldner und Gläubiger in Verzug oder erfüllen mangelhaft / schlecht. – Leistungsstörungen spielen für Kaufleute wie Konsumenten / Verbraucher eine wichtige Rolle. Rechtliche Regeln für diese Lebenssachverhalte sind daher nötig.

Die folgenden Folien grenzen einerseits die Leistungsstörungen, auch Mängel in der Abwicklung genannt, von den Mängeln in der Wurzel, also solchen bei der Entstehung von Rechtsgeschäften, ab und geben einen ersten Überblick über die Arten der Leistungsstörungen.

Leistungsstörungen setzen kein Verschulden voraus

Praktische Bedeutung



Abbildung 7.5: Mängel von Rechtsgeschäften

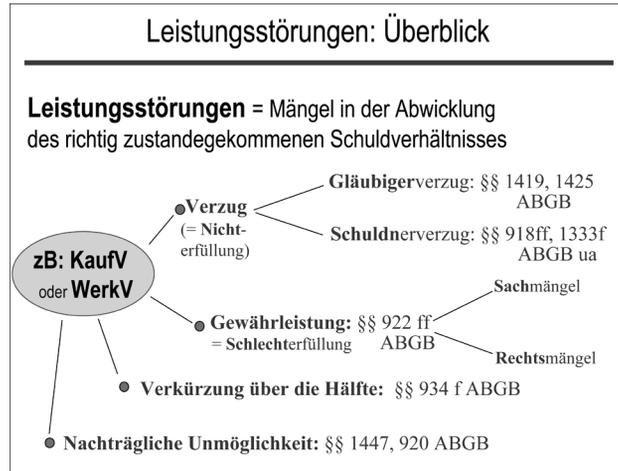


Abbildung 7.6: Leistungsstörungen: Überblick

I. Der Schuldnerverzug

Als praktisch bedeutsamere Verzugsvariante wird der Schuldnerverzug zuerst behandelt.

1. Objektiver (dh nicht verschuldeter) Verzug

§ 918 ABGB

Eine Legaldefinition bringt § 918 Abs 1 ABGB: „Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht

- zur gehörigen Zeit,
- am gehörigen Ort oder
- auf die bedungene Weise erfüllt wird“,

gerät dieser Vertragsteil in (Schuldner)Verzug. – Der Verkäufer liefert zB nicht wie versprochen am 9. November; oder: die Käuferin zahlt nicht wie gesetzlich vorgesehen oder vertraglich versprochen bei Übergabe der Ware. – Es genügt, um Verzug eintreten zu lassen, dass die Leistung objektiv nicht korrekt iSd § 918 ABGB erbracht wird; mag das deshalb sein, weil der Schuldner vergessen hat oder weil er die Leistung nicht erbringen kann, weil er zB die nötigen Vorbereitungen nicht getroffen hat oder weil er selbst von seinen Zulieferern im Stich gelassen wurde; so der instruktive Sachverhalt von SZ 22/6: Küchenmesser → B.III. Aber auch wer die Leistung nicht erbringt, weil er (als Schuldner) krank war oder weil ihn ein Unwetter oder sogar eine Naturkatastrophe (zB Hochwasser) daran gehindert hat, gerät in Verzug! – Das erscheint auf den ersten Blick ungerecht und unannehmbar. Eine nähere Betrachtung zeigt uns jedoch, dass auch diese Regelung (gerade im Hinblick auf Praktikabilität und Gerechtigkeitsüberlegungen) ihren Sinn hat.

Vorbild für die Legaldefinition des Schuldnerverzugs in § 918 ABGB, der durch die III. TN neu gefasst wurde, war der zum Urbestand des ABGB gehörende § 1047 (Tausch), wo es heißt: „... zur rechten Zeit, am gehörigen Ort und in eben dem Zustand, in welchem sie sich bei Schließung des Vertrages befunden haben, ...“

Voraussetzungen des
Schuldnerverzugs

Die §§ 1333, 1334 aF ABGB fassten die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs objektiv als „Verzögerung der bedungenen Zahlung“ (§ 1333 ABGB); und § 1334 ABGB formulierte in derselben Richtung:

„Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt [= objektive Umschreibung] zur Last, ...“.

Das österreichische Privatrecht setzt also für den Eintritt des Verzugs kein Verschulden (iSv persönlich vorwerfbares Verhalten) des Schuldners für die Nichterfüllung voraus! – Ein Schuldner gerät vielmehr auch dann in Verzug, wenn ihn persönlich kein Vorwurf am Nichterbringen der Leistung trifft.

Die Situierung der §§ 1333, 1334 aF ABGB (durch Zeiller) im Schadenersatzrecht hat die Akzeptanz eines objektiven (Schuldner)Verzugs verzögert und unsicher gemacht;

Die Situierung dieser Regeln im ABGB macht aber auch deutlich, dass die Schuldnerverzugsregeln der §§ 1333, 1334 aF ABGB für alle Arten von Verträgen – also auch unentgeltliche und entgeltfremde – gelten, während § 918 ABGB nur auf entgeltliche Verträge Anwendung findet.

Das dtBGB trifft auch nach der Schuldrechtsreform eine andere Lösung und bestimmt in seinem § 286: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“ – Die österreichische Lösung verdient als einfachere und praktikablere den Vorzug. Ob sich unser Verständnis europäisieren lässt erscheint aber fraglich.

 Dazu Barta, Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Privatrechts in ihrem Verhältnis zur preußischen: ALR – Entwurf Martinis, (W)GGB, ABGB Pkt III 4: §§ 1333, 1334 ABGB, in: Barta / Palme / Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 409 ff (1999).

§§ 1333 - 1335 ABGB (BGBl I 2002/118, ab 1.8.2002):

Die gemeinsame Marginalrubrik für diese Paragraphen lautet nunmehr:

„Besonders durch die Verzögerung der Zahlung. – Gesetzliche Zinsen und weitere Schäden“.

Allein dadurch wird kaum mehr Klarheit geschaffen. Zunächst ist in der Marginalrubrik und in § 1333 ABGB von „Schaden“ die Rede und Schaden setzt grundsätzlich Verschulden voraus. Auf der anderen Seite wird im Text das Verschulden als Zurechnungsvoraussetzung von Verzugschäden nicht erwähnt. – Auszugehen ist deshalb davon, dass die bisherige **objektive Fassung des Verzugs** durch die Neuregelung nicht geändert werden sollte; arg § 1333 Abs 1 ABGB: „Verzögerung der Zahlung“ iVm Abs 3, der den Ersatz „verschuldeter ... Schäden“ gesondert regelt.

- gesetzliche Verzugszinsen
- Die **gesetzlichen (Verzugs)Zinsen** nach § 1333 Abs 1 ABGB betragen für **Nicht-Kaufleute** gemäß § 1000 Abs 1 ABGB **4%** jährlich. – Nach § 1333 Abs 2 ABGB betragen die gesetzlichen Verzugszinsen **„zwischen Unternehmern“** (= zweiseitige Handelsgeschäfte) **8%** „über dem Basiszinssatz“ (d.s. dzt: 10,2 %); dazu Abs 2 Satz 2 leg cit.
- § 1333 Abs 3 ABGB bestimmt, dass der Gläubiger „außer den gesetzlichen Zinsen auch den **Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter“ Schäden** geltend machen kann; insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen können verlangt werden „soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen“.

Die Höhe der Verzugszinsen nach § 1333 Abs 2 ABGB beinhalten nunmehr für Kaufleute eine Pönalisierung und bedeuten eine Verteuerung, was schon in der RL-Vorgabe beabsichtigt war. Durch Abs 3 werden nunmehr Inkassobüros gefördert.

§ 1334 ABGB nF hat das „**überhaupt**“ der Vorfassung (unnötiger Weise) gestrichen, womit nichts gewonnen, allenfalls aber Unklarheit gefördert wurde. Unsere Bestimmung lautet nunmehr:

„Eine Verzögerung fällt einem Schuldner zur Last, wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht einhält. Sofern die Parteien nicht anderes vereinbart haben, hat der Schuldner seine Leistung bei vertragsgemäßer Erbringung der Gegenleistung ohne unnötigen Aufschub nach der Erfüllung durch den Gläubiger oder, wenn die Parteien ein solches Verfahren vereinbart haben, nach der Abnahme oder Überprüfung der Leistung des Gläubigers oder, wenn die Forderung der Höhe nach noch nicht feststeht, nach dem Eingang der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung zu erbringen. Ist die Zahlungszeit sonst nicht bestimmt, so trägt der Schuldner die Folgen der Zahlungsverzögerung, wenn er sich nach dem Tag der gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat.“

Mit § 904 und § 1417 ABGB ist Abs 3 unserer Bestimmung nicht abgestimmt. – Der Schuldner hat seine Leistung nunmehr (bei vertragsgemäßer Erbringung der Gegenleistung), sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, zu erbringen:

- „**ohne unnötigen Aufschub** nach der Erfüllung durch den Gläubiger“ oder
- nach der **Abnahme** oder **Überprüfung** der Leistung des Gläubigers oder,
- wenn die Forderung der Höhe nach noch nicht feststeht, nach dem Eingang der **Rechnung** oder

Neufassung

Weiterhin objektive Fassung des Verzugs

Ersatz verschuldeter Schäden

„überhaupt ...“

Wie und wann hat der Schuldner seine Leistung zu erbringen?

- einer **gleichwertigen Zahlungsaufforderung**.
- Als letzte Möglichkeit sieht § 1334 ABGB die schon bisher hier geregelte **(Ein)Mahnung** vor; vgl auch § 1417 ABGB.

Verschuldeter Verzug

Wie bisher kann zum objektiven Verzug Verschulden (= **subjektiver** Verzug) hinzutreten, dann treffen den Schuldner neben den objektiven Verzugsfolgen des § 1333 Abs 1 und 2 ABGB auch noch die Schadenersatzpflichten des Abs 3 des § 1333 ABGB. Schadenersatz setzt grundsätzlich Verschulden voraus → Kapitel 9.A.II., S. 583.



Beispiele für subjektiven Verzug:

- EvBl 1993/15 – **Prozessführung als Verschulden**: „Die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts bezüglich der Schadenersatzpflicht des säumigen Vertragspartners sind grundsätzlich richtig. Den Ersatz eines über die gesetzlichen Zinsen hinausgehenden Nachteils der nicht rechtzeitigen Zahlung setzt auf jeden Fall einen schuldhaften Zahlungsverzug voraus; hiebei hat der säumige Schuldner nach § 1298 [ABGB] den Beweis zu erbringen, dass ihn kein Verschulden trifft Im Hinblick auf die schuldhafte Nichtzahlung des Kaufpreises haftet der Beklagte dem Kläger für alle durch ihre Unterlassung verursachten adäquaten Schäden. Richtig hat das Berufungsgericht erkannt, dass es sich bei der Geltendmachung der Kreditzinsen um einen Verzögerungsschaden handelt. Ein solcher Schaden wird im allgemeinen durch die gesetzlichen Verzugszinsen vergütet; bei **schuldhaftem Verzug ist jedoch die Geltendmachung höherer Ansprüche möglich**. [!] Über die gesetzlichen oder vertraglichen Verzugszinsen hinausgehende Zinsennachteile sind [wirklicher oder] positiver Schaden, daher auch bei Verschulden zu ersetzen Es ist ... von einem grob fahrlässigen Verzug der Beklagten auszugehen. Die Beklagte hat daher dem Kläger die Zinsen für einen Kredit zu ersetzen, der zur Abwendung der durch die Nichtzahlung des Kaufpreises drohenden Schäden aufgenommen worden ist.“
- JBl 1999, 470: **Verzinsung des Schadenersatzanspruchs** (§ 1333 aF ABGB): Ein die gesetzlichen Zinsen übersteigender Ersatz von Kreditzinsen gebührt dem Geschädigten bei verschuldetem Verzug des Schädigers mit der Ersatzleistung auch dann, wenn der Geschädigte den Schaden noch nicht behoben hat. (Das gilt wegen des Ausschlusses fiktiver Reparaturkosten [→ Kapitel 9.A.III.4., S. 615] nur dann nicht, wenn feststeht, dass eine Schadensbehebung überhaupt unterbleiben wird.)

Objektiver Verzug dient der
„Verkehrssicherheit“

Objektiv wurde der Verzug (im Rahmen der III. TN 1916) deshalb ausgestaltet, weil andernfalls Ausreden und dadurch Unsicherheiten des Geschäftsverkehrs Tür und Tor geöffnet würde. **Verkehrssicherheit** – also Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs – ist aber ein hoher Rechtswert. – Der eine Schuldner würde vorgeben, er habe deshalb nicht geleistet, weil er krank gewesen sei (das ärztliche Attest ist leicht zu beschaffen!), ein anderer würde das oder jenes anführen. Die Gerichte hätten diese Einwände zu prüfen! Um solchen Versuchen von vornherein den Boden zu entziehen, lässt man unabhängig vom Grund der Verzögerung Verzug eintreten, weil dadurch die **Rechtssicherheit** erhöht und der **Rechtsverkehr** auf eine sichere Grundlage gestellt wird. – Das sieht zunächst unbillig und hart aus, erweist sich aber bei näherem Hinsehen als durchaus zweckmäßig und gerecht; und andererseits sind die Rechtsfolgen des objektiven Schuldnerverzugs (wenigstens für Nichtkaufleute) moderat → B.I.3.

Ein Beurteilen dieser scheinbar unbilligen gesetzlichen Lösung des Schuldnerverzugs darf nicht bei der Betrachtung der Situation und Interessen **eines** Vertragsteils verharren, sondern hat die Interessen **beider** Vertragsteile in die Beurteilung einzubeziehen. Dann sieht „die Sache“ eben anders aus!



Zum RL-Vorschlag der EU zum Zahlungsverzug: Fina, Die Harmonisierung der nationalen Regelungen für Zahlungsfristen des Handelsverkehrs. Der geänderte RL-Vorschlag der Kommission – eine Zwischenbilanz, ÖJZ 1999, 534.



ABBILDUNG: Neufassung der §§ 1333-1335 ABGB (1) bis (3)

2. Fälligkeit, (Ein)Mahnung, Verzug

Die Termini Fälligkeit und (Ein)Mahnung sind uns bereits geläufig. Dazu gesellt sich nunmehr der **Verzug**. – Die Unterscheidung ist auch praktisch wichtig, weil die Begriffe funktional miteinander verzahnt sind.

Nach dem bisherigen Text des § 1334 aF ABGB „fällt einem Schuldner eine Verzögerung **überhaupt** zur Last“, wenn er:

- „den durch Gesetz oder Vertrag **bestimmten Zahlungstag nicht zuhält**“ (römisches Recht: dies interpellat pro homine) oder
- „in dem Falle, dass die **Zahlungszeit nicht bestimmt** ist, nach dem Tage [= am Tag nach Zugang der Mahnung!] der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen **Einmahnung** sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat.“

Auf die Textänderungen der §§ 1333 und 1334 ABGB durch die Nov BGBI I 2002/118 (ab 1.8.2002) wurde eben schon eingegangen. Die weitschweifige neue Textierung hat aber an der hier dargestellten grundsätzlichen Regel nichts geändert, sie wurde nur komplizierter und unverständlicher.

Immer dann, wenn die Leistungszeit nicht (genau) bestimmt wurde, was nunmehr in § 1334 ABGB ausführlicher geregelt wird (zB Abnahme oder Überprüfung der Leistung, Eingang der Rechnung), bedarf es der (Ein)**Mahnung**.

Mahnung

Die Mahnung geht – wie wir schon wissen – vom Gläubiger aus und richtet sich an den Schuldner. Eine besondere Form ist dafür nicht vorgesehen; dh sie kann mündlich oder schriftlich, mittels Fax, e-mail oder telefonisch erfolgen. Sie muss aber ein **klares Leistungsbegehren** beinhalten (Gschnitzer). Die Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; sie muss dem Schuldner **zugehen**; dh sie muss so in seinen Machtbereich gelangen, dass er sich von ihr Kenntnis verschaffen kann. – Mit Zugang der Mahnung wird die Leistung **fällig** (gestellt); dh es entsteht die „Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen“; § 1417 ABGB. – Man kann daher sagen: Die **(Ein)Mahnung bewirkt Fälligkeitstellung**.

Was ist die (Ein)Mahnung?

Verzug tritt nach der Lösung des ABGB dagegen erst ein, wenn der Schuldner sich auch **am Tag nach (Zugang) der Mahnung** nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat; dh gezahlt oder eine andere Zahlungsvereinbarung getroffen – etwa eine Stundung erwirkt – hat. Das zeigt: (Ein)Mahnung, Fälligkeit und Verzug sind nicht dasselbe!

Verzug tritt ein ...

Sind mehrere Personen gemeinsam eine schuldvertragliche Verpflichtung eingegangen – zB Freund und Freundin mieten eine Wohnung – verlangt die Rspr, dass bspw nicht nur **ein** Mitmieter **gemahnt** wird, sondern alle **beide**! – Und: Einmahnung spielt keineswegs nur im Schuldrecht eine Rolle, sondern zB auch im Familienrecht; vgl JBl 1991, 589: Einmahnung der Unterhaltspflicht nach Beendigung einer Lebensgemeinschaft → Kapitel 16.A.V.3., S. 974.

Anders wird der Begriff „**Einmahnung**“ im **dtBGB** verwendet; vgl dessen § 286: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.“ – Abs 2 legt fest, wann es der Mahnung nicht bedarf: zB wenn „für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist“ (dies interpellat pro homine) oder wenn die Leistungszeit wenigstens bestimmbar ist oder der „Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert“. Die österr Lösung verdient, weil einfacher und praktikabler den Vorzug. Bedenkenswert erscheint aber die gesetzliche Regelung des § 286 Abs 3 dtBGB: „Der Schuldner kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Forderungsaufstellung leistet. Das gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Forderungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist.“

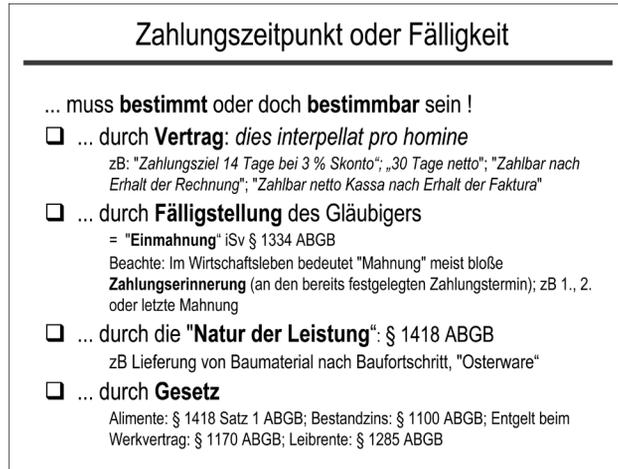


Abbildung 7.7: Zahlungszeitpunkt oder Fälligkeit

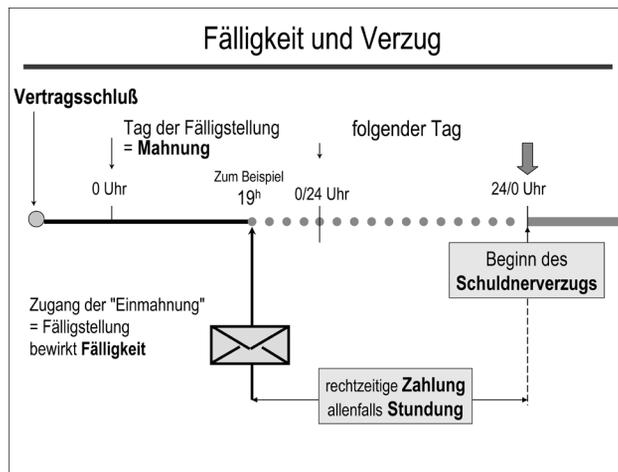


Abbildung 7.8: Fälligkeit und Verzug

Fälligestellung
(= Einmahnung): bewirkt
Fälligkeit, nicht Verzug

Beginn des Verzugs

Im Hinblick auf die Fälligestellung / Einmahnung sind zwei Zeitpunkte zu unterscheiden:

Die **Einmahnung** oder **Fälligestellung** führt die Fälligkeit herbei, wenn diese nicht bereits anderweitig bestimmt wurde. Die Einmahnung kann auch formfrei und befristet erfolgen, hat aber ein klares Leistungsbegehren zu enthalten.

Der **Beginn des Verzugs** dagegen tritt erst mit Ablauf des dem Zugang der Einmahnung folgenden Tages ein; § 1334 ABGB.

Die Unterscheidung besitzt Bedeutung, kann doch der Gläubiger erst ab Eintritt des Verzugs vom Vertrag zurücktreten; verlangen – auch gerichtlich (dh einklagen) – kann der Gläubiger die Leistung aber schon ab Eintritt der Fälligkeit!

- der **Eintritt der Fälligkeit** und der
- **Eintritt des Verzugs**; vgl § 1417 iVm § 904 ABGB.

3. Rechtsfolgen des objektiven Schuldnerverzugs

Auch bei bloß objektivem Schuldnerverzug entsteht dem Gläubiger ein Wahlrecht:

- Er kann den **Vertrag aufrechterhalten** (und sich mit den dafür vorgesehenen Rechtsfolgen begnügen) oder er kann
- den **Rücktritt vom Vertrag** für den Fall erklären, dass der Schuldner auch in der gesetzten Nach-

Wahlrecht des Gläubigers

frist den Vertrag nicht korrekt erfüllt; dazu gleich mehr.

Primär hat der Schuldner bei Geldschulden – und die sind häufig – mit deren Entrichtung er in Verzug geraten ist, die **gesetzlichen Verzugszinsen** zu zahlen → B.I.1.

Wegen der niedrigen **gesetzlichen** Verzugszinsen (für Nicht-Kaufleute) werden in der Praxis häufig höhere **vertragliche**, sog **bankmäßige** Verzugszinsen vereinbart und idF verrechnet. – In der EU gelten uneinheitliche gesetzliche Verzugszinsen. Sie sollen künftig in einem 8 Prozent-Zuschlag liegen, wenn Firmen ihre Rechnung nicht binnen 30 Tagen bezahlen.

Nach § 918 ABGB besteht (bei entgeltlichen Verträgen) schon bei bloß objektivem Verzug ein gesetzliches **Rücktrittsrecht des Gläubigers**; dh der Gläubiger kann sich unter (gleichzeitiger!) Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag lösen! Dazu gleich mehr.

Auch die **Gefahrtragung des Schuldners** wird – schon bei bloß objektivem Verzug – verlängert. Der Schuldner trägt also – solange er in Verzug ist – weiterhin die Gefahr; dh das Risiko für den Nachteil aus dem zufälligen Untergang der Sache und für deren zufällige Verschlechterung / Beschädigung.

Vgl dazu auch die Ausführungen in der (→ Kapitel 8.D.II.5., S. 545: vertretbare / unvertretbare Sachen) Lehre von der Stück- und Gattungsschuld.

Verzugsfolgen

Gesetzliche und vertragliche Verzugszinsen

Rücktrittsrecht

Gefahrtragung des Schuldners

4. Rechtsfolgen des subjektiven Schuldnerverzugs

Nur bei subjektivem, also verschuldetem (= vorwerfbarem) Verzug kann der Gläubiger über die (genannten) objektiven Verzugsfolgen hinaus Schadenersatzansprüche erheben. Und zwar entweder:

- bei **Aufrechterhaltung des Vertrags** und damit einhergehendem Festhalten an der Erfüllung – den sog **Verspätungsschaden** (§ 918 iVm § 1333 ABGB) oder
- im **Falle des Rücktritts** und der damit verbundenen Vertragsaufhebung – den sog **Nichterfüllungsschaden**.

§ 921 ABGB stellt klar, dass der Rücktritt vom Vertrag den Ersatzanspruch des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt lässt; § 1333 ABGB. – Dazu tritt die kondiktionsrechtliche Rückstellungsanordnung von § 921 Satz 2 ABGB:

„Das bereits empfangene Entgelt ist auf solche Art zurückzustellen oder zu vergüten, dass kein Teil aus dem Schaden des anderen Gewinn zieht.“

Schadenersatzansprüche des Gläubigers

§ 921 ABGB

5. Vertragliche Verzugsfolgen

Erwähnt werden soll noch, dass die – eben geschilderten – **gesetzlichen** Verzugsfolgen, oft durch **vertragliche** Vereinbarungen ergänzt und erweitert werden; zB um höhere (vertragliche, sog bankmäßige) Verzugszinsen (die gesetzlichen für Nichtkaufleute 4% sind sehr nieder!) oder ein (vom gesetzlichen abweichendes) vertragliches Rücktrittsrecht (→ B.I.6.), einen Terminsverlust oder eine Konventionalstrafe: § 1336 ABGB → Kapitel 15.A.III.3., S. 909.

 ABBILDUNG: Schuldnerverzug: §§ 918 ff, 1333 ff ABGB; ABBILDUNG: Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs

6. Das vertragliche Rücktrittsrecht

Das vertragliche Rücktrittsrecht spielt ua beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt (→ Kapitel 8.B.I., S. 518) eine wichtige Rolle, denn der Verkäufer behält es sich für den Fall vor, dass der Käufer mit der Kaufpreiszahlung in Verzug gerät. Die Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist deshalb nötig, weil dem Verkäufer ansonsten kein Rücktrittsrecht zustünde, da das gesetzliche Rücktrittsrecht des ABGB durch die Regel des Art 8 Nr 21 EVHGB ausgeschlossen ist; abgedruckt im HGB bei § 373 HGB.

Wichtig beim ETV

Art 8 Nr 21 EVHGB

„Hat der Verkäufer dem Käufer die Ware übergeben und den Kaufpreis gestundet [richtig müsste es nach

österreichischer Terminologie heißen: „kreditiert“ (!), so steht ihm ein Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB ... nicht zu.“

Das fehlende gesetzliche Rücktrittsrecht wird daher beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt durch Vereinbarung eines vertraglichen ersetzt.

 Vgl etwa HS 4301 (1964): „(Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers) Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts schließt im Zweifel die Vereinbarung eines [vertraglichen] Rücktrittsrechts unter Abdingung der nicht zwingenden Vorschrift des Art 8 Nr 21 EVHGB in sich ...“

- OGH 24. 5. 2000, 3 Ob 290/99i, JBl 2000, 727 = EvBl 2000/209: OGH wendet die für bewegliche Sachen konzipierte Regel des Art 8 Nr 21 EVHGB (Rücktrittsausschluss wenn Sache übergeben und Kaufpreis kreditiert wurde) auch auf den Kauf von Liegenschaften an. Klargestellt wird: „**Übergabe**“ bei **Liegenschaften** bedeutet nicht Verbücherung, sondern bloß Leistung aller Voraussetzungen, um ins Grundbuch zu kommen (insbesondere Aufsandungserklärung und Übergabe der entsprechenden Urkunde). Gschnitzer hat diese Analogie schon 1967/68 vorgeschlagen; vgl seinen Beitrag in der GS F. Gschnitzer. – OGH unterscheidet nicht korrekt zwischen Stundung und Kreditierung.

7. Die Leistung muss nachholbar sein

Klarzustellen ist, dass von Verzug nur gesprochen werden kann, wenn die Leistung (vom Schuldner) noch erbracht, dh nachgeholt werden kann; andernfalls liegt bereits nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung vor → B.VIII. Der Gläubiger kann und wird daher im Normalfall, obwohl sein Schuldner in Verzug geraten ist, weiter auf Erfüllung (der Leistung) bestehen! – Auch das Rücktrittsrecht des § 918 ABGB – dessen Formulierung mit Vorsicht zu lesen ist – ist so gestaltet, dass die Rücktrittserklärung des Gläubigers erst dann ihre (volle) Wirkung entfaltet, nämlich den Vertrag auflöst, wenn der Schuldner auch in der – gleichzeitig mit der Rücktrittserklärung – zu setzenden angemessenen Nachfrist nicht geleistet hat → B.I.8.

8. Zum gesetzlichen Rücktrittsrecht des § 918 ABGB

Historische Entwicklung

Das **ABGB von 1811** kannte die Rücktrittsmöglichkeit des Gläubigers bei Schuldnerverzug noch nicht. Das Rücktrittsrecht des § 918 ABGB wurde erst durch die III. TN zum ABGB (1916) eingeführt. Der Gläubiger konnte nach dem ABGB von 1811 grundsätzlich nur auf Erfüllung bestehen. Die Bestandskraft von Verträgen (Vertrauens-treue) war damals noch größer, die Möglichkeit sachgerechter Lösungen aber deutlich geringer. Nur in wenigen Fällen sah das Gesetz schon damals die Möglichkeit eines „völligen“ Abgehens vom Vertrag vor; so bei der Wandlung (§ 932 ABGB → B.IV.10.) und bei vertraglich vereinbarter Rücktrittsmöglichkeit; § 908 ABGB: sog Reugeld → Kapitel 15.A.III.2., S. 909. – Zum wesentlichen Irrtum → Kapitel 5.E.II.1., S. 333.

Ausgehend vom Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 918 ABGB bei Schuldnerverzug, erlangte das Rücktrittsrecht seit der III. TN Schritt für Schritt über das ABGB hinaus einen immer weiteren Anwendungsbereich. Insbesondere für Konsumenten erwies es sich als effizientes Mittel der Interessenwahrung; vgl etwa:

- §§ 3, 4 KSchG (Rücktritt von sog Haustürgeschäften) und
- §§ 5e-g KSchG: Verbraucherrücktritt von „im Fernabsatz“ geschlossenen Verträgen; BGBl I 1999/185.
- § 15 KSchG: Verträge über wiederkehrende Leistungen – getarnt als Kündigungsrecht! → Kapitel 6.D.IV.3., S. 395.
- § 30a KSchG: Rücktritt von Immobiliengeschäften; Änderung durch Art II MaklerG, BGBl 262/1996;
- Auch § 5 BTVG 1997 räumt dem Erwerber ein gesetzliches Rücktrittsrecht ein → Kapitel 15.B.III., S. 932.
- §§ 31c und d KSchG sieht den Rücktritt vom Reiseveranstaltungsvertrag (BGBl 1993, 247) vor.
- § 17 ÜbernahmeG.
- Vgl auch § 50 Abs 1 ÄrzteG 1998 statuiert für den Rücktritt des Arztes vom Behandlungsvertrag eine rechtzeitige Anzeigepflicht, trifft aber sonst keine vom allgemeinen Zivilrecht abweichenden Sonderregeln.

Eine wichtige rechtspolitische Aufgabe der Zukunft bestünde darin, den bereits merklichen „Wildwuchs“ von Sonderrücktrittsrechten wiederum ins ABGB zu integrieren und dabei möglichst zu vereinheitlichen.

 Dazu Kalss / Lurjer, Rücktrittsrechte (2001).

§ 918 ABGB

Nach § 918 ABGB kann der Gläubiger – wie erwähnt – bei Verzug des Schuldners entweder:

- weiterhin Erfüllung verlangen (und bei Verschulden zusätzlich Schadenersatz „wegen Ver-

- spätung“; sog Verspätungsschaden) oder
- vom Vertrag zurücktreten (und bei Verschulden zusätzlich Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen; sog Nichterfüllungsschaden: § 921 Satz 1 ABGB).



Durch die Klage auf Erfüllung nach § 918 ABGB verliert der vertragstreue Teil nicht das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Schuldner weiterhin säumig ist und zu erkennen gibt, dass er den Vertrag nicht zu erfüllen bereit ist; EvBl 1964/293.

Nach § 1298 ABGB trifft den Schuldner die Beweislast für seine Verschuldensfreiheit; Beweislastumkehr.

§ 1298 ABGB

Das Rücktrittsrecht des Gläubigers besteht auch bei bloß objektivem Schuldnerverzug; es besteht während der gesamten Verzugsdauer. – Die Rücktrittserklärung ist formfrei und muss auch (bei Nichteinigung) nicht gerichtlich erklärt werden, was einen Unterschied zur Gewährleistung (§ 933 ABGB) bedeutet. – Zu beachten ist, dass der Schuldner bei Gläubigerverzug kein Rücktrittsrecht besitzt; vgl jedoch § 1425 ABGB.

Rücktrittsrecht auch bei bloß objektivem Schuldnerverzug

Soll der Rücktritt gültig erklärt werden, muss mit der Rücktrittserklärung eine Nachfristsetzung verbunden werden. Es stellt einen häufigen Fehler dar, dass dies nicht geschieht. Die Nachfrist muss zudem angemessen sein; dh lange genug sein, um die bereits vorbereitete Leistung erbringen zu können.

Rücktrittserklärung und Nachfristsetzung

Der Sinn der Nachfristsetzung liegt darin, dass damit dem Schuldner nochmals eine Chance eröffnet wird, den Vertrag (und seine Erfüllung) zu retten; favor contractus. – Eine zu kurz bemessene Nachfrist wirkt mit Verlängerung. Der Rücktritt bleibt aber gültig.

favor contractus

Es empfiehlt sich bei der Nachfristsetzung nicht kleinlich zu sein, um die Erfüllung des Vertrags nicht unnötig zu gefährden. Der Grund des Rücktritts sollte zudem genannt werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann die **Nachfristsetzung entfallen**, nämlich:

Nachfristsetzung kann entfallen

- bei **Leistungsverweigerung** des Schuldners, oder
- wenn die Leistung mittlerweile **unmöglich** geworden ist,
- oder wenn die Leistung auch trotz angemessener Nachfristsetzung **nicht mehr zeitgerecht nachgeholt** werden kann.

BEACHTEN: Die Rspr hat diesbezüglich eine Reihe von Nuancen entwickelt.

Erfüllt der Schuldner auch in der angemessen gesetzten Nachfrist nicht oder hat er erklärt nicht mehr erfüllen zu wollen, bewirkt die Rücktrittserklärung des Gläubigers die **Vertragsauflösung ex tunc**, also rückwirkend. Und zwar rückbezogen auf den Zugang der Rücktrittserklärung; sog **schuldrechtliche ex tunc-Wirkung**: dazu → B.I.8. Dies aber nur für den Fall, dass der Schuldner die ihm gleichzeitig gesetzte Nachfrist nicht nützt! – Nützt der Schuldner die ihm gesetzte Nachfrist durch – wenn auch verspätete – Erfüllung, bleibt der Vertrag aber aufrecht. (Der Schuldner hat aber allenfalls bereits entstandene Verzugsfolgen zusätzlich zur vereinbarten Leistung zu ersetzen.) Wird die Vertragsauflösung dagegen wirksam, weil der Schuldner auch in der Nachfrist nicht leistet, wird das bisher aus dem Vertrag Geschuldete nicht mehr geschuldet.

Wirkungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts

Die Parteien trifft nunmehr die gesetzliche Pflicht zur Rückabwicklung; § 921 Satz 2 ABGB. Und zwar zur **Rückabwicklung Zug um Zug**. Es handelt sich dabei – wie erwähnt – um eine obligatorische, also schuldrechtliche Rückwirkung. Der Gläubigerrücktritt bewirkt also nicht automatisch die Rückübertragung des bereits übertragenen Eigentums. Das Eigentum am zB bereits teilweise übertragenen Leistungsgegenstand muss vielmehr erneut durch Übergabe erlangt, also rückübertragen werden.

Pflicht zur Rückabwicklung

- Bei der sog **dinglichen** / sachenrechtlichen **Rückwirkung** fällt dagegen das Eigentum durch den Titelverlust von selbst zurück → Kapitel 5.E.VI.7., S. 343.
- Gesetzlich-konditionenrechtliche Rückabwicklungsanordnungen kennen neben § 921 Satz 2 ABGB, § 1447 Satz 3 ABGB auch § 877 ABGB und § 1435 ABGB; vgl → Kapitel 5.F., S. 351.
- Wenigstens erwähnt werden soll die **unterschiedliche Wirkung des „Rücktritts“ bei Dauerschuldverhältnissen**.

nissen: Hier wandelt sich das gesetzliche Rücktrittsrecht (bei Zielschuldverhältnissen) in ein **außerordentliches Kündigungsrecht** um, wobei dieses – den Regeln der Dauerschuldverhältnisse entsprechend – nicht ex tunc, sondern **ex nunc**, also bloß für die Zukunft, wirkt. – So gewährt § 1118 ABGB dem Bestandgeber das Recht früherer Vertragsauflösung, wenn der Bestandnehmer „nach geschehener Einmahlung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, dass er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; vgl nunmehr auch § 30 Abs 2 Z 1 MRG.

 ABBILDUNG: Rücktritt vom Vertrag: § 918 ABGB (1) bis (7)

Verbraucherrücktritt

Effizienter Konsumentenschutz verlangt für die Ausübung des Rücktrittsrechts durch Konsumenten (gegenüber Unternehmern) eine gewisse Modifikation des Rücktritts. Die Rspr verlangt vom Unternehmer, dass er rechtsunkundige Kunden über die richtige Ausübung ihres gesetzlichen Rücktrittsrechts aufklärt. – Das gilt insbesondere auch dafür, dass eine angemessene Nachfrist gesetzt werden muss und Rücktrittserklärung und Nachfristsetzung miteinander zu verbinden sind.

Markisenfall

Das hat der sog **Markisenfall** gezeigt; JBl 1988, 317:
Eine Frau hatte eine Markise als Maßanfertigung (Werkvertrag) bestellt. Der vereinbarte Liefertermin betrug drei Wochen. Nach zwei Monaten fruchtlosen Wartens „stornierte“ die Bestellerin ihren „Auftrag“. Die Antwort der Firma lautete: „Bei einer Maßanfertigung ist ein Rücktritt nicht möglich!“ Ein bestimmter Liefertermin wurde seitens der Firma nicht angeboten. Erst einen weiteren Monat später wird die Markise samt Rechnung über 17.500 S geliefert. Die Bestellerin wollte den Vertrag nicht mehr zuhalten. Der OGH erklärte: „Das Erfüllungsangebot der Klägerin war ... verspätet. Der Vertrag war zu diesem Zeitpunkt bereits aufgelöst. Das Begehren auf Erfüllung des Vertrags durch die Klägerin ist demnach unberechtigt.“

 ABBILDUNG: Verbraucherrücktritt – Angemessene Nachfrist?

9. Das Fixgeschäft: § 919 ABGB und § 376 HGB

In der geschäftlichen Praxis spielt das Fixgeschäft eine wichtige Rolle. Es bringt rechtlich die **erhöhte Bedeutung einer zeitgerechten Erfüllung** für den Gläubiger zum Ausdruck; Lieferung just in time. – Zu achten ist aber darauf, dass nicht jede zeitliche Terminisierung ein Geschäft schon zum Fixgeschäft macht. Vielmehr muss – ausdrücklich, nach der Verkehrssitte / Handelsbrauch oder schlüssig (nach der Natur des Geschäfts) – dazukommen, dass für den Fall der nicht zeitgerechten Erfüllung von vornherein der Rücktritt bedungen wurde. – Damit wird klargestellt, dass die Erfüllung pünktlich oder gar nicht erfolgen soll.

Zwei Kriterien

Zwei Kriterien machen demnach ein Geschäft zum Fixgeschäft:
• Die **Leistungszeit** (ein Zeitpunkt oder Zeitraum) muss klar oder doch bestimmbar **festgelegt** sein; und
• die **Rücktrittserklärung** muss schon **im Vorhinein** für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung abgegeben werden, was nicht nur ausdrücklich erfolgen kann. Damit wird die erhöhte Bedeutung zeitgerechter Erfüllung zum Ausdruck gebracht. – In der Praxis werden dafür „Kürzel“ verwendet: fix, prompt, präzise, genau, ultimo, just in time etc; vgl HS 1755 (1952) = EvBl 1953/161. – Diese Kürzel müssen aber nicht gebraucht werden!

Beweislast

Die **Beweislast** für das Vorliegen eines Fixgeschäfts trägt derjenige, der aus dem Geschäft Rechte für sich herleiten will; SZ 54/3 (1981).

„Natur der Leistung“

Zu beachten ist, dass sich ein Fixgeschäft auch aus der „**Natur der Leistung**“ ergeben kann. Bestellt ein Unternehmer für ein Waldfest 500 Paar Würstel, ist ihm nicht damit gedient, wenn diese am Tag danach geliefert werden. Eine derart vereinbarte Leistung stellt vielmehr schon nach der Verkehrsauffassung ein Fixgeschäft dar. – Ähnliches gilt für ein vereinbartes Hochzeitsfoto, eine anzufertigende Muttertagstorte oder den Kranz für das Begräbnis.

Arten von Fixgeschäften

Zu unterscheiden sind **absolute** von **relativen** Fixgeschäften. – Beim absoluten Fixgeschäft hat eine verspätete Leistung für den Gläubiger keine (absolute) Bedeutung mehr; vgl SZ 54/186 (1981): Würstelstand. Hat ein Reisebüro für eine Europarundreise in verschiedenen Hauptstädten Zimmer gemietet und klappt bspw die Buchung in London zum vereinbarten Termin nicht, nützt es nichts, wenn die Zimmer einen Tag später zur Verfügung stehen. – Beim relativen Fixgeschäft ist

die Leistung uU sowohl noch möglich, als auch für den Gläubiger uU noch sinnvoll. Der Gläubiger (!) kann daher weiterhin auf Erfüllung bestehen, muss dies jedoch dem Schuldner unverzüglich anzeigen. Durch diese Anzeige wandelt sich das Fixgeschäft zu einem normalen Termingeschäft. Der Schuldner kann dem Gläubiger die verspätete (Fixgeschäft)Leistung aber nicht aufdrängen!

ABGB und **HGB**: Das ABGB besitzt die modernere Regelung. Die Praxis wendet daher die umständlichere HGB-Regelung nicht an und übernimmt inhaltlich auch für den Bereich des HGB (§ 376) die modernere Regel des § 919 ABGB. – Daher ist auch bei Handelsgeschäften kein Rücktritt erforderlich.

ABGB und HGB

Diese Gesetzesanalogie ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich verankert und Beispiel dafür, dass Gewohnheitsrecht heute vornehmlich als Richterrecht geschaffen wird → Kapitel 11.D.III.2., S. 742.

§ 376 Abs 1 HGB

„Ist bedungen, dass die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrag zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, dass er auf Erfüllung bestehe.“

Eine Sonderregelung für Fixgeschäfte enthält § 22 Abs 1 KO:

§ 22 Abs 1 KO

„War die Ablieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer fest bestimmten Frist bedungen und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Konkurseröffnung ein, so kann nicht Erfüllung verlangt, sondern nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden.“



SZ 27/212 (1954): § 919 Satz 2 ABGB ist auch auf ein nicht rechtzeitigtes Erbringen von **Naturalleistungen** im Rahmen eines Ausgedinges (→ Kapitel 8.E.II.2., S. 569) und → Kapitel 12.H., S. 831 (Glücksverträge) anwendbar.

- EvBl 1990/63: Kein absolutes, aber ein relatives Fixgeschäft ist bei einem **Personenbeförderungsvertrag mit Luftfahrzeugen** mit bestimmten Hin- und Rückflugterminen im Linienverkehr anzunehmen.
- ÖBA 1996, 69: Gerät der Schuldner bei einem **Fixgeschäft in Verzug**, so „zerfällt“ der Vertrag, ohne dass der Gläubiger eine Nachfrist setzen oder den Rücktritt erklären muss.
- Rspr 1928/312: Ein Fixgeschäft liegt auch vor, wenn sich die Fixgeschäftsklausel auf die **Abnahme der Ware und deren Bezahlung** bezieht; ebenso SZ 54/186 (1981).



ABBILDUNG: Fixgeschäft: § 919 ABGB; ABBILDUNG: Relatives Fixgeschäft

II. Gläubiger- oder Annahmeverzug

1. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs

§ 1419 ABGB formuliert knapp: „Hat der Gläubiger geögert, die Zahlung [= Erfüllung] anzunehmen; so fallen die widrigen Folgen auf ihn.“

§ 1419 ABGB

In Annahmeverzug gerät danach jener Gläubiger, der die vom Schuldner ordnungsgemäß – verbal oder real – angebotene Leistung, aus welchem Grund auch immer, nicht annimmt. Der Verzug endet, wenn der Gläubiger die Leistung abnimmt und zusätzlich den allenfalls entstandenen Aufwand ersetzt. Auch eine allfällige Stundung (→ A.III.10.) beendet den Gläubigerverzug.

In Annahmeverzug geraten kann man grundsätzlich bei Kaufverträgen ebenso, wie bei Arbeits-, Werk- oder Mietverträgen; so gerät der Vermieter in Annahmeverzug, wenn er die vom Mieter korrekt angebotenen Wohnungsschlüssel nicht abnimmt.

2. Keine rechtlich durchsetzbare Abnahmepflicht

Nach hA hat der Gläubiger zwar ein **Recht auf Leistung**, nicht aber die Pflicht, die ihm vom Schuldner – wenn auch korrekt! – angebotene Leistung abzunehmen; dies in dem Sinne, dass sie

ihm nicht aufgedrängt, insbesondere die Abnahme nicht klagsweise erzwungen werden kann; vgl schon → Kapitel 2.A.IV., S. 70.

Ausnahmsweise besteht
Abnahmepflicht

Ausnahmen macht die Rspr aber dann, wenn der **Schuldner an der Abnahme** (seiner Leistung) ein **besonderes Interesse** hat. – Aber auch bei entsprechender **Vereinbarung (!)** besteht ein Anspruch auf Übernahme des Kaufgegenstands; MietSlg 32.113 (1980).

Beispiele für ein von der Rspr angenommenes besonderes Interesse des Schuldners an der Abnahme seiner Leistung durch den Gläubiger:

BEISPIELE:

- der **Kauf auf Abbruch** (GIUNF 3809 aus 1907 = JB 179);
- bei Künstlern nach dem **SchauspielG** oder Lehrlingen nach dem **BAG** (ArbSlg 10.244): wird nicht nur ein Recht auf Lohn sondern auch auf künstlerische Tätigkeit oder Ausbildung angenommen; Profisportler haben zumindestens einen Anspruch auf Training;
- beim **drittfinanzierten Abzahlungskauf**, wenn die Bank an den Unternehmer erst zahlt, wenn dieser die Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer nachweisen kann (SZ 43/6),
- sog **Humusfall** (JBI 1985, 746).
- EvBl 1982/68: Ein klagbarer Anspruch auf Abnahme einer **geleaste[n] Sache** besteht danach nur dann, wenn der Leasinggeber ein über das Interesse am Leasingentgelt hinausgehendes Interesse nachweist; zB Kauf von Bohnenkaffee + Aufstellung eines Kaffeeautomaten.

Gewohnheitsrecht
contra legem

Diese Judikaturhaltung – wohl ein Beispiel für **Gewohnheitsrecht** (contra legem) – wirkt zunächst befremdend und widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes; vgl § 1047 ABGB („... sind ... verpflichtet ... zu übernehmen“) und § 1062 ABGB: „Der Käufer ... ist verbunden, die Sache ... zu übernehmen ...“ – Die erzielten Ergebnisse sind zwar akzeptabel, sollten aber überdacht werden.

Diese Lösung gilt vornehmlich für den **Erwerb beweglicher Sachen**, denn der **Liegenschaftskäufer** kann zB nach abgeschlossenem Kaufvertrag auch ohne Mitwirkung des Käufers, den Käufer verbüchern lassen; vgl JBI 1984, 380; Anm Hoyer. Darüber hinaus kann er den Käufer auf Mitwirkung an der Verbücherung klagen. Nach der Rspr gilt das Judikat 179 aber auch beim **Verkauf unbeweglicher Sachen**; JBI 1929, 418 und EvBl 1959/402. – Zum Liegenschafts Kauf → Kapitel 2.A.IV.2., S. 73.

3. Objektiver Gläubigerverzug

Auch für den Gläubigerverzug gilt, dass er vom Gesetz objektiv ausgestaltet wurde, also wie der Schuldnerverzug nicht verschuldet sein muss. Auch **schuldlose Nichtannahme** der Leistung begründet Gläubigerverzug; SZ 34/4: Weigerung der Rücknahme des Bestandgegenstands. – Hinzukommendes Verschulden berechtigt aber auch hier zu Schadenersatz.

4. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs: §§ 1419 und 1425 ABGB

§ 1425 ABGB

§ 1419 ABGB enthält eine sehr „großzügige“ Rechtsfolgenanordnung und überlässt sie der näheren Ausformung durch die Rspr. Allein § 1425 ABGB statuiert das Recht des Schuldners, seine Schuld gerichtlich zu hinterlegen; oder „wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzuschauen.“

Ein häufiger Fehler ist der, dem Schuldner beim Gläubigerverzug – wie dem Gläubiger beim Schuldnerverzug – ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Allein dem Schuldner steht ein solches Rücktrittsrecht nicht zu. Das Gesetz verweist ihn auf die gerichtliche Hinterlegung iSd § 1425 ABGB, versagt ihm aber ein (außergerichtliches!) Rücktrittsrecht. – Weiter geht das Handelsrecht → B.II.5.

Gefahrübergang

Diese Befreiungshandlungen des Schuldners sind nötig, um sich vom vertragsbrüchigen Gläubiger lösen zu können. § 1425 Satz 2 ABGB bestimmt ferner:

„Jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmäßig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger.“

§ 1425 Satz 2 ABGB regelt also den Gefahrübergang bei gerichtlicher Hinterlegung. – Zur Gefahrverlagerung vom Schuldner auf den Gläubiger kommt es aber nach hA nicht erst durch die gerichtliche Hinterlegung. Sie tritt vielmehr bereits mit dem Eintritt des objektiven Gläubigerverzugs ein; insbesondere wenn die Fälligkeit bestimmt war. Die Anordnung des § 1425 ABGB gilt daher nur für den Fall, dass bis zur gerichtlichen Hinterlegung ein Gefahrübergang noch nicht stattgefunden hat. – Darin liegt eine Korrektur des § 1425 ABGB, die aber um angemessener Ergebnisse willen sinnvoll erscheint.

Die Praxis hat für den Eintritt des Gläubigerverzugs Konsequenzen „entwickelt“, zumal es nicht angeht, diesen Vertragsbruch einfach hinnehmen zu müssen:

- Der Schuldner haftet nur mehr für **vorsätzliche** und **grob fahrlässige Beschädigung** der geschuldeten Leistung / Sache;
- die **Preisgefahr** geht auf den Gläubiger über: §§ 1048, 1049 ABGB → Kapitel 8.D.II.5., S. 546;
- der Gläubiger hat allfälligen **Aufwand** (zB Transport- oder Lagerungskosten) zu ersetzen; und
- der Schuldner muss nur mehr den tatsächlich **gezogenen Nutzen** herausgeben, nicht auch den zu ziehen verabsäumt; das spielt bei Zivil- und Naturfrüchten eine Rolle.

BEISPIEL: Im Rahmen eines Auto(ver)kaufs wird vereinbart, dass der Käufer das Auto am 9. Februar um 11 Uhr abholen wird. Der Käufer holt aber das ordnungsgemäß bereitgestellte Fahrzeug – ohne Angabe von Gründen – nicht ab. Darauf stellt ein Lehrbub den Pkw über Weisung des Chefs im Betriebsgelände ab. Beim Aussteigen rutscht er auf einer kaum wahrnehmbaren Eisfläche aus und beschädigt dabei mit dem Autoschlüssel den Lack der Autotüre. – Diesen Schaden hat der Käufer (= Gläubiger) zu tragen, da er bereits in Annahmeverzug geraten ist, und das Handeln des Lehrbuben bestenfalls als leicht fahrlässig zu qualifizieren ist.

Die Schwäche dieser Regelung liegt darin, dass die gerichtliche Hinterlegung des Leistungsgegenstands durch den Schuldner, diesem noch nicht das Entgelt sichert oder bringt. Rechtspolitisch sollte daher daran gedacht werden, um unnötige Prozesse zu vermeiden und dadurch die Gerichte zu entlasten, in diesem Fall (mit der Hinterlegung) eine gerichtliche Zahlungsaufforderung mit dem Hinweis zu verbinden, entweder binnen eines Monats zu zahlen oder seine Einwendungen – bei sonstiger Präklusion – vorzubringen. Das könnte in einem § 1425 Abs 2 ABGB formuliert werden. IdF wäre für eine erleichterte Anspruchsdurchsetzung zu sorgen. – Zu den handelsrechtlichen Rechtsfolgen → B.II.5.

**Obligationsmildernde
Wirkungen**

Schwäche der Gläubiger-
verzugsregelung

5. Befreiungshandlungen des Schuldners nach bürgerlichem und Handelsrecht

Nach **bürgerlichem Recht** kann der Schuldner die geschuldete Leistung gerichtlich hinterlegen oder deren gerichtliche Verwahrung veranlassen; § 1425 ABGB.

Das **Handelsrecht** kennt darüber hinaus für den Handelskauf in § 373 HGB gegenüber § 1425 ABGB:

- ein **erweitertes Hinterlegungsrecht** des Schuldners (vgl SZ 54/90 [1981]: Hinterlegung einer Schrankwand im Lagerhaus des Spediteurs)
- und § 373 Abs 2 Satz 1 HGB gewährt dem Schuldner darüber hinaus das dem ABGB unbekannt **Recht des Selbsthilfeverkaufs**. Danach wird dem Schuldner gestattet, „nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich versteigern zu lassen oder, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand ... zum laufenden Preis [zu] bewirken“.
- § 373 Abs 2 Satz 2 HGB steigert das Recht des Selbsthilfeverkaufs zum **Notverkaufsrecht** des Verkäufers / Schuldners, wenn die Ware „dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge“ ist. Hier bedarf es der vorgängigen Androhung nicht mehr. Der letzte Halbsatz des Abs 2 des § 373 HGB erweitert den Anwendungsbereich auf jene Fälle, „wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist“.

vorbildliche Regelung des
Handelsrechts

Ein Selbsthilfeverkauf erfolgt nach § 373 Abs 3 HGB immer „für Rechnung des säumigen Käufers“. Das bedeutet für die bestehende Schuld: Ein Mehrerlös ist dem Gläubiger herauszugeben, ein Mindererlös tilgt die Schuld nicht vollständig.

Diese **Befreiungsmöglichkeiten des HGB** werden über eine Analogie zaghaft und partiell **auch im bürgerlichen Recht** angewandt; vgl SZ 23/95 (1950): Verkauf verderblicher Mostbirnen. Dabei wird der (umständliche) Weg über die Geschäftsführung ohne Auftrag gegangen; GoA im Notfall oder GoA zum Nutzen des anderen → Kapitel 12.E., S. 807.

6. Zur Verwertung gerichtlich hinterlegter Gegenstände

Vgl dazu EvBl 1999/137 (§ 1425 ABGB, § 377 StPO, § 90 Abs 2 FinStrG): Das Gericht, bei dem eine Sache gemäß § 1425 ABGB hinterlegt wurde, hat bei drohendem Verderb oder der Gefahr einer krassen Wertminderung der Sache, aber auch beim Auflaufen unverhältnismäßiger Kosten in Analogie zu den genannten Bestimmungen nach angemessener Frist für eine Verwertung (Versteigerung) dieser Sachen zu sorgen, um dem Ausfolgungsberechtigten zumindest den Erlös aus der Verwertung zu sichern.

Das entspricht inhaltlich den geschilderten handelsrechtlichen Grundsätzen. – Ein rechtspolitischer Vorschlag zu den ganz normalen § 1425 ABGB-Fällen wurde oben gemacht. Eine klare und einfache Lösung wäre wünschenswert.

 ABBILDUNG: Gläubigerverzug: § 1419 ABGB (1) bis (4)

III. Entscheidungsbeispiele zum Verzug

 SZ 22/6 (1949): **Küchenmesserfall** – Objektiver Schuldnerverzug – Bestellung von 30.000 Küchenmessern, die nicht geliefert werden können. – Leitsatz: Rücktritt nach § 918 ABGB setzt nicht schuldhaften Leistungsverzug voraus. Kläger = Bestellerin der Messer; Beklagter = Lieferant. Der OGH bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts, womit das erstgerichtliche Urteil bestätigt wurde. Entscheidungsgründe: Die Klägerin hat bei der Beklagten 30.000 Stück Küchenmesser, lieferbar ab September 1947, wöchentlich mindestens 5000 Stück, bestellt und eine Anzahlung von 50.000,- S geleistet. Da die Beklagte trotz wiederholter Mahnung nicht zeitgerecht mit der Lieferung begann, ist die Klägerin nach Nachfristsetzung im Dezember 1947 vom Vertrag zurückgetreten. Sie begehrt Rückzahlung der Anzahlung. Die Beklagte wendete ein, dass sie an der Verzögerung kein Verschulden treffe. Der Erstrichter hat der Klage Folge gegeben, das Berufungsgericht bestätigte. Diese Entscheidung wird von der beklagten Partei mit Revision angefochten Mit der Rechtsrüge bekämpft die Revision die Rechtsanschauung der Untergerichte, dass wegen Leistungsverzuges zurückgetreten werden könne, auch wenn dem Leistungspflichtigen kein Verschulden zur Last fällt. Die Rüge ist nicht begründet.

- SZ 55/102 (1982): Gläubiger- oder Schuldnerverzug? – Leitsatz: Bei vereinbarter **Zulieferung von Baumaterial** an einen Privaten „**frei Haus**“ / „frei Baustelle“ ist der Käufer im Zweifel nicht zur Mithilfe beim Abladen verpflichtet. Kläger = Verkäuferin / Lieferantin des Baumaterials. Beklagter = Käufer / Besteller des Baumaterials).

BEACHT: § 915 zweiter HalbS ABGB enthält die sog **Unklarheitenregel**; dazu → Kapitel 11.C.III.2., S. 732. – Zur etwas anderen Bedeutung der Handelsklausel „Frei Haus“ oder „Frei Baustelle“ unter Kaufleuten → A.IV.2.

 HS 4304 (22) (1963): § 919 ABGB; § 376 HGB: **Voraussetzungen für die Annahme eines Fixgeschäfts**. – Fixgeschäft beim Kauf eines Zigarettenautomaten? (Zum Wesen des Fixgeschäftes.) Ein Fixgeschäft liegt nicht schon dann vor, wenn die Leistung zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, sondern zu der Vereinbarung einer festbestimmten Zeit oder Frist der Erfüllung muss der ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen ersichtliche Parteiwille hinzutreten, dass nur eine zeitgerechte Leistung als Erfüllung gelten soll [...]. Auch die einer Zeitbestimmung hinzugefügten Worte ‘fix’, ‘prompt’, ‘genau’, ‘präzise’ können als Ausdruck des Willens, ein Fixgeschäft zu beabsichtigen, gelten. OGH 5.9.1963, 5 Ob 239/63 (22). Kläger = Lieferant des Automaten bzw Zessionar; Beklagter = Bestellerin.

BEACHTEN: **Faktura** ist die den jeweiligen Rechnungslegungsvorschriften entsprechende, also insbesondere auch steuerrechtlich korrekt erstellte Rechnung des Kaufmanns; das Verbum heißt fakturieren.

IV. Gewährleistung als „Schlecht-Erfüllung“

BEISPIEL: Sie haben einen **Gebrauchtwagen** privat gekauft. Bald stellt sich heraus, dass die Bodenplatte durchgerostet ist und überdies der zugesagte Kilometerstand nicht stimmt und der Wagen nicht – wie ebenfalls zugesichert – unfallfrei ist. (In Österreich wechseln ca 750.000 Gebrauchtwagen pro Jahr ihren Besitzer, ein Viertel davon wird privat verkauft. Die Kraftfahrvereinigungen (ARBÖ und ÖAMTC) stellen Musterkaufverträge kostenlos zur Verfügung.)

 *Welser / Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, II/1 ÖJT 2000; – *dieselben*, Die neue Gewährleistung (2001); – *Kletecka*, Gewährleistung neu (2001).

1. Allgemeines

Das Gewährleistungsrecht regelt die Folgen mangelhafter, also schlechter Erfüllung/Leistung. Vertragspartner sind gesetzlich dazu verpflichtet, vereinbarte Leistungen ordnungsgemäß, dh mangelfrei zu erbringen. Der Verkäufer ist bspw dem Käufer gegenüber zu mangelfreier Lieferung des Kaufgegenstandes verpflichtet und haftet ihm nach den Gewährleistungsregeln auch dann für Mängel – zB Fabrikationsfehler, wenn ihm am Vorliegen des Mangels kein Verschulden trifft. Wie wir sehen werden ist diese Haftung aber zeitlich beschränkt.

Einzustehen ist aber nur für solche **Mängel**, die bereits **im Zeitpunkt der Übergabe** (der Leistung) vorhanden waren; § 924 ABGB. – Der neu gefasste § 924 ABGB enthält nunmehr eine **Rechtsvermutung** der Mangelhaftigkeit (bei Übergabe) bis zum Beweis des Gegenteils, „wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt“.

Mängel im Zeitpunkt der Übergabe

Unser Rechtsinstitut dient dazu, um bei **entgeltlichen Geschäften** Äquivalenzstörungen, die durch den (bereits erfolgten) Leistungsaustausch entstanden sind, zu beseitigen oder doch zu mildern. Dem dienen die gestaffelten Rechtsmittel, die § 932 ABGB bereithält → B.IV.10. – Die Gewährleistung bildet zusammen mit dem Verzug den Kernbereich der Leistungsstörungen.

2. Definition

Gewährleistung bedeutet:

- das **gesetzliche** Einstehenmüssen (= Haftung) für **Sach- und Rechtsmängel**; und zwar (nur)
- bei **entgeltlichen** Geschäften.

Zur Abdingbarkeit der Gewährleistungsregeln → B.IV.8.

„**Pfusch**“ und „**Ausverkauf**“: Gewährleistungsansprüche bestehen auch gegenüber „Pfuschern“, wenn diese „schlecht arbeiten“, zB Fliesen unsachgemäß verlegen oder schlampig ausmalen. Es empfiehlt sich hier – wie bei anderen Professionisten – aus Gründen der eigenen Rechtsdurchsetzung bis zur endgültigen Abnahme der Leistung (wenigstens) einen Teilbetrag des Entgelts zurückzubehalten, also besser nicht schon im Voraus zu zahlen. – Zu allfälligen Schadenersatzansprüchen gegen Pfuscher im Rahmen des § 1299 ABGB → Kapitel 10.A.II., S. 656: Motto. – Gleiches gilt für im „**Ausverkauf**“ erworbene Ware, für die nur deshalb, weil sie billiger ist, nicht auf Gewährleistung verzichtet wird. Der Entgeltcharakter bleibt erhalten. So wenn ein Mädchen 1 Paar hohe Schnürschuhe im Ausverkauf kauft, deren Nähte immer wieder aufgehen!

3. Reform des Gewährleistungsrechts

Die **EU-RL** über den **Verbrauchsgüterkauf** (und Garantien für Verbrauchsgüter – 1999/44/EG) verlangte eine Reform des österreichischen Gewährleistungsrechts. Die neuen Regeln sind am 1.1. 2002 in Kraft getreten. – **Ziel der Reform** war es, die Rechtsstellung von Verbrauchern zu verbessern. Gleichzeitig sollten übermäßige Belastungen von Handel und Wirtschaft vermieden werden. Darüber hinaus sollten durch die RL die Vorteile des europäischen Binnenmarktes für Verbraucher gesichert und europaweit einheitliche Standards geschaffen werden. – Der Gesetzgeber nahm die EU-Vorgaben zum Anlaß einer Reform des ABGB-Gewährleistungsrechts. Es blieb also

Ziel der Reform

nicht nur bei einer Novellierung des KSchG. – Die EU-RL regelt das **Gewährleistungsrecht** ieS und das **Garantie-recht**. Dazu kommt die Regelung von **Schadenersatzansprüchen** im Kontext der Gewährleistung.

§§ 922 ff ABGB

Die **allgemeinen Gewährleistungsregeln** der §§ 922 ff ABGB gelten für sehr unterschiedliche Sachverhalte: einerseits den **Konsumgüterkauf** (bei dem Mängel an der Sache auftreten können) und den **Liegenschaftskauf** (zB Rechtsmängel, Baumängel), andererseits auch den **Unternehmenskauf** (zB falsche Bilanzen) und nunmehr auch für **Werkverträge** (zB Reparaturgewerbe, Hoch- und Tiefbau, gewerblicher Dienstleistungssektor).

 ABBILDUNG: Gewährleistung „neu“ (1) bis (3); ABBILDUNG: Gewährleistung und Schadenersatz (1) + (2); ABBILDUNG: § 933b ABGB: Besonderer Rückgriff

4. Rechtsquellen

Sonderregeln

Geregelt ist das Rechtsinstitut der Gewährleistung insbesondere in den §§ 922 ff ABGB. – Daneben existieren gesetzliche **Sonderregeln** inner- und außerhalb des ABGB; zB für die Zession in § 1397 ABGB, den Bestandvertrag in § 1096 ABGB und für das Handelsrecht in § 377 HGB: Kaufmännische Rügepflicht / Mängelrüge → B.IV.14. – Durch die Reform beseitigt wurde die Sonderregel für den Werkvertrag in § 1167 ABGB.

§ 1167 neu ABGB bestimmt nunmehr: „Bei Mängeln des Werkes kommen die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933b) zur Anwendung.“

Die genannten **Sonderregeln** weisen größere oder geringere Selbständigkeit gegenüber den §§ 922 ff ABGB auf. So ist der Anspruch auf Zinsminderung gemäß § 1096 ABGB nach der Rspr kein Gewährleistungsanspruch iSd § 932 ABGB und daher auch nicht gemäß § 933 ABGB befristet; SZ 18/188 (1936). Der Anspruch auf Zinsminderung hängt aber ebenfalls nicht von einem Verschulden des Bestandgebers am Eintritt des Mangels ab; SZ 63/20 (1990).

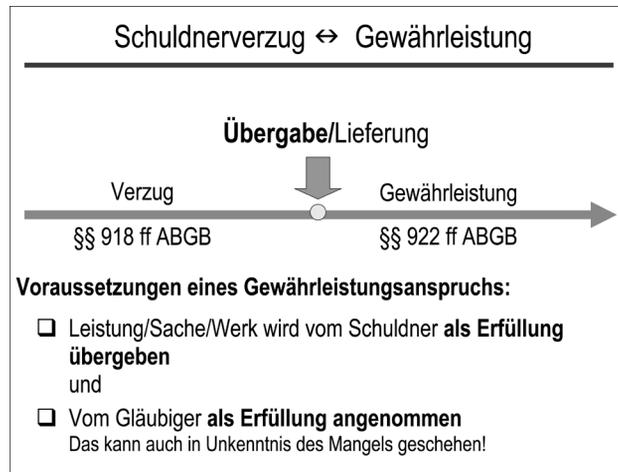


Abbildung 7.9: Schuldnerverzug – Gewährleistung

5. Grenze zum Schuldnerverzug

Innerhalb der Leistungsstörungen müssen die Gewährleistungs- von den Verzugsregeln abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung war lange umstritten, wird aber seit geraumer Zeit folgendermaßen vorgenommen:

- Bis zur **Übergabe des Leistungsgegenstandes** (§ 924 ABGB) gelten nach wie vor die Verzugsregeln,
- ab Übergabe/Ablieferung jedoch jene der Gewährleistung.
- Ein Mangel muss also, um einen Gewährleistungsanspruch erheben zu können, schon **bei Übergabe** vorliegen, was bislang immer der Käufer zu beweisen hatte. Das hat sich durch die Neufassung des § 924 ABGB geändert → B.IV.9.

Zur unechten oder Herstellergarantie (→ B.IV.11.), wo auch auf die neue **Vermutung der Mangelhaftigkeit** eingegangen wird.

6. Voraussetzungen eines Gewährleistungsanspruchs

Voraussetzung eines Gewährleistungsanspruchs nach § 922 ABGB ist es – das gilt nunmehr für Kauf- und Werkverträge gleichermaßen, dass bspw der Verkäufer:

- die mangelhafte „**Sache**“ / **das Werk** „**einem andern überlässt**“ (zB Verkäufer leistet / erfüllt also den Vertrag, wenn auch – wissentlich oder unwissentlich – „schlecht“) und
- der **andere Teil diese** (wenn auch nicht korrekte) **Leistung als Erfüllung annimmt**; freilich idR in Unkenntnis der Schlechterfüllung / des Mangels.

Eine Ausnahme bildet die Annahme unter Vorbehalt (der Richtigkeit der Leistung); sie wahrt die (Schuldner)Verzugsfolgen. Erweist sich in solch einem Fall die Ware als mangelhaft, kann daher noch der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden; § 918 ABGB. Das hat den Vorteil, dass der Rücktritt vom Vertrag auch außergerichtlich erklärt werden kann, während Gewährleistungsansprüche im Falle der Nichteinigung nur gerichtlich geltend gemacht werden können. Es gibt auch – anders als bei der Gewährleistung (→ B.IV.13.) – keine gesetzlichen Rücktrittsfristen. Der Rücktritt kann vielmehr solange erklärt werden, als der Verzug andauert.

Annahme unter Vorbehalt

Hier wird bestimmt, dass derjenige, der „einem anderen eine Sache gegen Entgelt überläßt“, Gewähr dafür leistet, „dass sie dem Vertrag entspricht“. Er haftet dann dafür,

§ 922 Abs 1 ABGB

- „dass die Sache die **bedungenen** oder
- **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** hat,
- dass sie einer **Beschreibung**, einer **Probe** oder einem **Muster** entspricht und
- dass sie der **Natur des Geschäftes** oder
- der **getroffenen Verabredung gemäß verwendet** werden kann.“

Abs 2 präzisiert die grundsätzliche Aussage des Abs 1:

§ 922 Abs 2 ABGB

„(2) 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; das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtet waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten.“

Diese von der Reform unberührt gebliebene Bestimmung zählt anschaulich „**Fälle**“ der **Gewährleistung** auf:

§ 923 ABGB

„Wer also der Sache **Eigenschaften beilegt**, die sie nicht hat, und die **ausdrücklich oder** vermöge der Natur des Geschäftes **stillschweigend bedungen** worden sind; wer **ungewöhnliche Mängel**, oder **Lasten** derselben verschweigt; wer eine **nicht mehr vorhandene**, oder eine **fremde** Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten **Gebrauche tauglich**; oder daß sie **auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frei** sei; der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.“

7. Entgeltlichkeit

Für Gewährleistung einzustehen ist – wie erwähnt – nur bei **entgeltlichen** Geschäften; vgl § 922 ABGB:

„Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr ...“

Zur Haftung des Schenkers → Kapitel 3.E.I.8., S. 185.

8. Kein Verschulden – Abdingbarkeit der Gewährleistungsvorschriften

Gewährleistung setzt – wie der Verzug – kein Verschulden an der Mangelhaftigkeit der Leistung voraus. Daran hat sich durch die Reform nichts geändert. Auch die Gewährleistung ist objektiv gefasst und bedeutet ein Entstehen müssen auch für nichtverschuldete Mängel; **Erfolgshaftung** → Kapitel 9.B.I.1., S. 634.

Zum Verhältnis von Gewährleistung und Schadenersatz → B.V.

Die bürgerlichrechtlichen Gewährleistungsvorschriften sind aber nicht zwingendrechtlicher Natur und können daher grundsätzlich **abbedungen** oder **modifiziert** werden, was in der Praxis auch immer wieder (in AGB, Formular- und Rahmenverträgen etc) geschieht. Allerdings setzt dabei das KSchG (§ 9 → B.IV.12.) und andere Gesetze Grenzen.

Grundsätzliches Verbot der
Fristverkürzung nach
KSchG

Unwirksam nach § 9 Abs 1 KSchG ist insbesondere ein Verkürzen der gesetzlichen Gewährleistungsfrist. Zulässig ist es dagegen nach der neuen Regelung, „bei der Veräußerung gebrauchter beweglicher Sachen die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr“ zu verkürzen, sofern dies „im Einzelnen ausgehandelt“ wird. – Bei **Kfz** ist ein Verkürzen der Frist nur dann wirksam, „wenn seit dem Tag der ersten Zulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist“.

Zur Rechtsnatur des Dispositivrechts → Kapitel 1.A.I.11., S. 10.

9. Sachmängel und Rechtsmängel

Wir haben gehört, dass Gewährleistung das Entstehenmüssen für Sach- und Rechtsmängel bedeutet. Damit sind die zwei **Arten von Mängeln** benannt. Die Reform hat diese Unterscheidung nicht berührt. Auch die grundsätzliche Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln – den Beginn der Frist ausgenommen – hat sich nicht geändert.

Arten von Mängeln

Daneben werden noch:

- **wesentliche** oder Hauptmängel und
- **unwesentliche** oder Nebenmängel sowie
- **behebbar** und **unbehebbar** Mängel unterschieden.

Die richtige Qualifikation eines Mangels ist wichtig, weil sich danach auch die Einordnung der unterschiedlichen Rechtsfolgen bestimmt; vgl § 932 ABGB.

Sachmängel

Ein Sachmangel liegt vor, wenn einer Sache:

- gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften oder
- bedungene, d.s. zugesicherte Eigenschaften fehlen; § 922 ABGB.



OGH 24. 10. 2000, 1 Ob 140/00w – „**Fleischschmalzkonserven** für das BMfV“, SZ 73/159 = EvBl 2001/55: Das Verteidigungsministerium erteilte einem Unternehmen den Zuschlag, 150.000 Dosen Fleischschmalz zu liefern. Als sich herausstellt, dass die Innendosenbeschichtung toxisch ist, verteidigt sich das Unternehmen: es sei keine „BADGE“-freie Lieferung vereinbart worden und eine Gesundheitsbeeinträchtigung könne nicht bewiesen werden. – OGH: Eine schon ihrem Wesen nach ausschließlich für den Verzehr bestimmte Ware ist schon dann als mangelhaft zu beurteilen, wenn die Gefahr einer gesundheitlichen Beeinträchtigung der darauf angewiesenen Personen nicht ausgeschlossen werden kann.

Zusicherung von
Eigenschaften

Die „Zusicherung“ von Eigenschaften erfolgt ausdrücklich, schlüssig oder stillschweigend; § 863 ABGB → Kapitel 5.A.III.2., S. 279. § 923 ABGB stellt klar, dass die Zusicherung auch bloß durch die „Natur des Geschäftes“ erfolgen kann. – „Ungewöhnliche Mängel“ oder „Lasten“ dürfen nach § 923 ABGB nicht verschwiegen werden.

Beweislast für
„zugesicherte
Eigenschaften“

Für zugesicherte Eigenschaften galt bisher folgende Beweislastmodifikation: Der Käufer hatte die **Zusicherung** zu beweisen, die Verkäuferseite idF die **Mangelfreiheit**. Darin lag für die Verkäuferseite eine teilweise Beweislastumkehr! – Auch künftig trifft bspw den Käufer die Beweislast für das Vorliegen einer „Zusage“. – Die Vermutung der Mangelhaftigkeit nach § 924 ABGB gilt aber nunmehr auch für zugesicherte Eigenschaften.

BEISPIELE:

- Die neu gekaufte Stereoanlage funktioniert gar nicht oder schlecht;
- der gekaufte Gebrauchtwagen ist nicht wie zugesagt havarie-, also unfallfrei;
- Hans kauft für seine Freundin Lena einen großen Strauß gelber Fransen Tulpen. Die Tulpen sind grössten Teils noch geschlossen, doch die Verkäuferin versichert Hans, dass sie aufgehen werden. Da die Tulpen nach 1 Woche immer noch nicht aufgegangen sind und wohl auch nicht mehr aufgehen werden, packt Hans die Wut und er geht (mit den Tulpen) zurück ins Geschäft. Die Chefin will aber nichts von einer Geldrückgabe wissen. So zieht Hans zunächst unverrichteter Dinge wieder ab, sagt aber, er werde wiederkommen. – Was raten Sie Hans?

Die Beweislast für das Vorliegen einfacher Mängel traf nach der Rspr **bisher** den Käufer, was häufig kritisiert wurde, weil dieser Beweis oft schwer zu erbringen war. Änderungen wurden daher rechtspolitisch immer wieder gefordert und sind nunmehr im Rahmen der Umsetzung besagter EU-RL in § 924 ABGB geregelt worden.

Beweislast für das Vorliegen „einfacher Mängel“

Es kam zu einer **Beweiserleichterung** für Käufer: Tritt ein Mangel innerhalb der ersten **6 Monate** ab Übergabe auf, so wird nunmehr nach § 924 ABGB widerlegbar vermutet, dass der Mangel schon bei Übergabe vorhanden war. Die Vermutung tritt nach § 924 Satz 3 ABGB nicht ein, „wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.“ – Die **Beweislast** für die Mangelhaftigkeit einer Ware liegt demnach nunmehr innerhalb dieser Frist beim Verkäufer.

Beweiserleichterung

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht aber dann, wenn der Kaufgegenstand eine äußere Beschädigung aufweist, die eine unsachgemäße Behandlung nahe legt. Hier hat erneut der Käufer die Mangelhaftigkeit der gekauften Ware im Zeitpunkt der Übergabe zu beweisen.

Sachmängel müssen, damit sie rechtlich geltend gemacht werden können, schon **bei Übergabe** vorliegen → B.IV.5. – Mit der Übergabe beginnt für Sachmängel auch der Lauf der **Gewährleistungsfrist**, die jetzt als „Verjährung“ bezeichnet wird; § 933 ABGB → B.IV.13.

Von einem Rechtsmangel spricht man, wenn der Verkäufer dem Erwerber nicht jene rechtliche Stellung überträgt oder verschafft, zu welcher er vertraglich verpflichtet war. – Die Frist beginnt hier nicht schon mit Übergabe zu laufen, sondern erst ab Erkennbarkeit des Mangels; zB eine andere Person (Dritter) erhebt rechtlich Anspruch (Klage!) auf die Sache.

Rechtsmängel

Zu unterscheiden sind:

- **privatrechtliche** – so wenn ein Grundstück mit einer Servitut belastet ist oder im Rahmen der Veräußerung von Musikkassetten festgestellt wird, dass das Urheberrecht / Werknutzungsrecht fehlt,
- von **öffentlichrechtlichen** Mängeln; etwa fehlende gewerberechtliche Anlagengenehmigung oder eine fehlende Baugenehmigung.

10. Arten von Gewährleistungsansprüchen

Welche Gewährleistungsansprüche stehen nach dem Gesetz zu? § 932 ABGB kennt mehrere Möglichkeiten, die allerdings von bestimmten Voraussetzungen abhängen und nicht beliebig gewählt werden können. – Die Wertigkeit der einzelnen Gewährleistungsansprüche wurde durch die Reform zugunsten der Wirtschaft verschoben.

§ 932 ABGB

- **Wandlung**, das ist die gänzliche Aufhebung des Vertrags, das Abstehen vom Vertrag. Sie stand bei wesentlichen und unbehebbar Mängeln immer zu.
- **Preisminderung** und
- **Verbesserung** : Diese beiden Möglichkeiten konkurrierten weithin bei den verbleibenden Fällen; sowie
- **Nachtrag des Fehlenden** (bei Quantitätsmängeln).

Bisher folgende Reihung

Die **Reform** entschied sich für folgende komplizierte und wenig praxisfreundliche Lösung:

Reform: § 932 ABGB neu

- Nach § 932 **Abs 1** ABGB kann ein **Übernehmer** wegen eines Mangels:
 - **Verbesserung** (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden),
 - den **Austausch** der Sache,
 - eine angemessene Minderung des Entgelts (**Preisminderung**) oder
 - die Aufhebung des Vertrags (**Wandlung**) fordern.“
- § 932 **Abs 2** ABGB führt dann näher aus, dass der Übernehmer **zunächst nur** :
 - **Verbesserung** oder **Austausch** der Sache verlangen“ kann;
 - „es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch **unmöglich** ist oder für den Übergeber ... mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden wäre“.

Dies richtet sich nach dem „Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels“ und den damit für den Unternehmer (!) verbundenen Unannehmlichkeiten.

- § 932 **Abs 3** ABGB bestimmt, dass **Verbesserung** oder **Austausch** innerhalb **angemessener Frist** und mit möglichst **geringen Unannehmlichkeiten** für den Übernehmer zu bewirken sind

(wobei Sache und Zweck zu berücksichtigen sind).

- § 932 Abs 4 ABGB: Nur wenn **Verbesserung** und **Austausch unmöglich** oder für den Übergeber mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden sind, kann der Übernehmer **Preisminderung** und – wenn der Mangel nicht geringfügig ist, **Wandlung** begehren. – Dasselbe gilt bei **Verweigerung der Verbesserung** oder des **Austauschs** oder bei **Nichtvornahme innerhalb angemessener Frist**.

Die weiteren Einschränkungen im Gesetz erscheinen, weil zu kompliziert, legistisch verfehlt. (Gesetz lesen!)

Wie wirkt Wandlung?

Wie die anderen Rechtsmittel des Gewährleistungsrechts kann auch die Wandlung **einvernehmlich** (= außergerichtlich) oder – wenn kein Einvernehmen erreicht wird – **gerichtlich** geltend gemacht werden. Sie wirkt wie der Rücktritt vom Vertrag (§ 918 ABGB) und die Vertragsaufhebung wegen Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB); sog **schuldrechtliche ex-tunc-(Rück)Wirkung**. Dh: Durch eine erfolgreiche Wandlung wird die schuldrechtliche Verpflichtung begründet, den früheren Rechtszustand wiederherzustellen; **Rückabwicklung**. – Ihre Wirkung ist also eine andere als bspw die der Irrtumsanfechtung (§ 871 ABGB), wo es zur **dinglichen eo ipso ex tunc-(Rück)Wirkung** kommt → Kapitel 5.E.VI.7., S. 343.

In Bezug auf den Eigentumsübergang zeigt sich der Unterschied: Bei der Wandlung war – zB durch die erfolgte Übergabe des Kaufgegenstands – Eigentum bereits übergegangen und muss nun rückübertragen werden. Bei erfolgreicher Irrtumsanfechtung dagegen wird angenommen, dass das Eigentum – mangels eines schon bei Übergabe ungültigen Titels – gar nicht übergegangen ist und daher auch rechtlich nicht rückübertragen werden muss. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt ohne weiteres Zutun den Eigentumsübergang an den Verkäufer, dem idF die Eigentumsklage des § 366 ABGB und nicht nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübertragung oder Übereignung/Herausgabe der Sache gegen den Vertragspartner (Käufer) zusteht.

Zur Frage der **Vorteilsausgleichung bei der Gewährleistung**: B. Jud, JBl 2000, 1.

BEISPIEL: Der Wandlungsberechtigte benützt die mangelhafte Sache bis zur sachenrechtlichen Rückabwicklung des übergebenen Kaufgegenstands; zB eines Kfz.

11. Vertragliche Garantie

Von den gesetzlich festgelegten Gewährleistungsregeln ist die vertraglich vereinbarte – auch **unechte** oder **Herstellergarantie** genannt – zu unterscheiden. Sie erstreckt die Haftung auch auf Mängel, die erst nach Übergabe, aber doch innerhalb der Garantiefrist auftreten; zB beim Autokauf: „Garantie für 10.000 km oder 1 Jahr“. Die Fristen vertraglich vereinbarter Garantien sind üblicherweise länger als die gesetzliche Frist des § 933 ABGB; Konkurrenzdruck.

Herstellergarantie

Die unechte oder Herstellergarantie war bisher gesetzlich nicht geregelt. § 9 b KSchG – eingeführt durch den letzten Reformschritt – bezeichnet sie nunmehr als „**vertragliche Garantie**“ und regelt sie folgendermaßen:

- Im Falle einer **vertraglichen Garantiezusage** eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher (beinhaltend Verbesserung, Austausch, Kaufpreiserstattung oder sonstige Abhilfe) hat der Unternehmer „auch auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers“ und zudem „darauf hinzuweisen, dass sie [sc: die Gewährleistungspflicht] durch die Garantie nicht eingeschränkt wird.“
- Der letzte Satz des § 9 b Abs 1 KSchG betont, dass der „Unternehmer ... an die **Zusagen in der Garantieerklärung** und an den in der **Werbung** bekannt gemachten Inhalt der Garantie gebunden“ ist. – Die **Abs 2 und 3** des § 9 b KSchG regeln den **Inhalt der Garantieerklärung**; Name und Anschrift des Garanten, Dauer und räumliche Geltung der Garantie sind anzuführen. – Abs 3 statuiert das Recht des Verbrauchers, die Garantie schriftlich oder auf einem Datenträger zu erhalten.

12. Gewährleistung und KSchG

Oben wurde festgestellt, dass die bürgerlichrechtlichen Gewährleistungsvorschriften dispositiv-rechtlicher Natur sind. Die Praxis zeigte, dass dabei die Gefahr eines unvorteilhaften Abdingens zu

Lasten von Verbrauchern besteht. Dem schob das KSchG insofern einen Riegel vor, als es zwar gewisse Modifikationen des Dispositivrechts zulässt, aber dennoch einen **Standard** setzt, der nicht unterschritten werden darf.

Die Gewährleistungsvorschriften gelten – auch nach der Reform – für **Stück- und Gattungsschulden**; dazu → Kapitel 8.D.II.5., S. 545. Bei Gattungsschulden (zB Kauf eines CD-Players oder Wein) wird in der Praxis im Gewährleistungsfall gerne der mangelhafte Leistungsgegenstand gegen einen mangelfreien ausgetauscht; das ist – wie wir sehen werden – KSchG-konform.

Im Gewährleistungsbereich bestehen auch weit verbreitete (**Rechts**)**Übungen** oder **Usancen**, die keinesfalls nur zwischen Kaufleuten gelten; § 928 ABGB analog. Man denke etwa an die Übung beim Kauf von besseren Flaschenweinen im Hotel etc, den Wein sogleich – also während Kellner oder Kellnerin warten – zu verkosten und diesen für gut oder schlecht zu befinden. Rechtlich bedeutet das meist, das bestehende Austauschrecht auszuüben oder darauf zu verzichten.

Die KSchG-Regelung ist das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Konsumentenschutz und Wirtschaft. Nach dem KSchG konnten schon bisher die Vorschriften des ABGB nur in bestimmter Hinsicht abgeändert werden, nämlich:

- Gestattet war ein Austausch der mangelbehafteten Ware gegen eine mangelfreie. Dadurch sollte Wandlung und Preisminderung vermieden werden;
- erlaubt war es auch, statt der Preisminderung nur einen Verbesserungsanspruch einzuräumen.
- Im Falle eines Abzahlungsgeschäftes läuft zudem die Gewährleistungsfrist bis zur letzten Rate; § 23 KSchG: Das wurde durch die Reform nicht geändert.
- Eine allfällige Verbesserung hatte grundsätzlich am Wohnort des Verbrauchers zu erfolgen; eine Versendung auf Kosten des Unternehmers war aber möglich. – Näheres bestimmen nun §§ 8 ff KSchG.

Auch die neue Regelung des § 8 KSchG räumt der **unentgeltlichen Verbesserung** und dem **Austausch** Vorrang gegenüber der **Preisminderung** und der **Wandlung** (also der Vertragsauflösung) ein; vgl § 932 ABGB → B.IV.10. Damit wird der vom KSchG eingeschlagene Weg im ABGB fortgesetzt und ausgebaut. (?) Der Vorrang der Verbesserung soll aber dann ausgeschlossen sein, wenn diese dem Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten bereiten würde; zB Zahnarzt verpfuscht eine Zahnsperre. Hier soll der Patient gleich Preisminderung verlangen können.

§ 9a KSchG bestimmt nunmehr eine neue **Haftung des Unternehmers für unsachgemäße Montage** – und bei Montage durch den Verbraucher – für eine fehlerhafte Montageanleitung; sog IKEA-Klausel.

- § 9b KSchG: Vertragliche Garantie → B.IV.11.
- § 9 Abs 2 KSchG erklärt die §§ 925-927 und § 933 Abs 2 ABGB über **Viehängel** auf Verbrauchergeschäfte für unanwendbar.
- § 13a KSchG regelt Verbraucherverträge mit **Auslandsbezug** → Kapitel I.B.I., S. 46.

13. Gewährleistungsfristen – Geltendmachung

Gewährleistungsansprüche müssen im bürgerlichen Recht innerhalb bestimmter Fristen geltend gemacht werden; § 933 ABGB.

§ 933 ABGB trägt nun die Überschrift: „Verjährung“, was zum Ausdruck bringen soll, dass die Gewährleistungsfristen nicht wie bisher als Präklusivfristen zu verstehen sind.

Gewährleistungsansprüche müssen aber nicht nur innerhalb bestimmter Fristen, sondern – im Falle der Nichteinigung mit dem Vertragspartner – auch **gerichtlich geltend gemacht** werden; was (immer noch) einen Unterschied zum Rücktritt vom Vertrag darstellt, der auch außergerichtlich erklärt werden kann. – Das bedeutet, dass der Anspruch, wenn er nicht innerhalb offener Frist gerichtlich geltend gemacht wird, verjährt.

Eine Ausnahme von der eben erwähnten grundsätzlichen klagsweisen Geltendmachung macht § 933 Abs 3 ABGB: Danach bleibt dem Erwerber die Geltendmachung seiner Gewährleistungsan-

§§ 8 und 9 KSchG

Vorrang für Verbesserung und Austausch

Fehlerhafte Montageanleitung

§ 933 ABGB

Gerichtliche Geltendmachung

Einredeweise Geltendmachung

sprüche im Prozess durch **Einrede** „in jedem Fall vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel [wenn auch bloß außergerichtlich!] an[ge]zeigt hat.“

Einrede bedeutet das Geltendmachen eines Gegenrechtes im Prozess.

BEISPIEL: Der Käufer hat den Mangel außergerichtlich in offener Frist angezeigt und den Kaufpreis noch nicht oder noch nicht zur Gänze bezahlt. Der Verkäufer klagt nun den Käufer auf Zahlung oder Zahlung des Kaufpreisrestes, worauf der Käufer dem Verkäufer seine Gewährleistungsansprüche einredeweise entgegenhält. Dies ist nach § 933 Abs 3 ABGB möglich!

Gewährleistungsfristen –
neu: § 933 ABGB

Die Gewährleistungsfrist beträgt für:

- bewegliche Sachen: **2 Jahre** (bisher 6 Monate)
- für unbewegliche Sachen (wie bisher): **3 Jahre**
- und für Tiermängel (wie bisher): **6 Wochen**; § 933 Abs 2 ABGB.

Beginn des Fristenlaufs

Der **Fristenlauf** beginnt bei:

- **Sachmängeln** mit Übergabe,
- bei **Rechtsmängeln** erst ab Erkennbarkeit des Mangels;
- bei **geheimen Sachmängeln** und **zugesicherten Eigenschaften** ab Erkennbarkeit des Mangels;
- bei **Liegenschaften** immer mit der Übergabe, die auch eine außerbücherliche sein kann; das bedeutet, dass die Frist hier (durch Unkenntnis) nicht verlängert wird. Zu rechtfertigen ist das nur durch Verkehrsschutz- und Rechtssicherheitsüberlegungen.

BEISPIELE: Beispiel eines Tiermangels: – Der Fall des Blindenhundes „Amos“

Die Studentin K ist sehbehindert und auf einen Blindenhund angewiesen, dessen Anschaffung 380.000 S kostete. Beim Erwerb des Tiers verschwieg der Züchter der Studentin, dass schon die Mutter des gekauften Tiers einen genetischen Defekt aufwies, der idF auch bei „Amos“ auftrat (Magendrehung). Dieser Mangel ist für das Tier lebensgefährlich und auch für Menschen nicht ohne Gefahr, weshalb das Tier operiert werden musste. Da die Studentin sich an „Amos“ gewöhnt hatte, wollte sie ihn behalten. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich die Magendrehung trotz Operation wiederholt und eine weitere Behandlung des Tiers notwendig ist. Daher wandte sich die Studentin an den steirischen Züchter mit dem Ersuchen, für allfällige künftige Behandlungen des Tiers aufzukommen, zumal sie sich diese teure Behandlungen nicht leisten kann. Der Züchter lehnte jedoch empört mit dem Hinweis ab, dass die Gewährleistungsfrist längst abgelaufen sei und sie schon selber schauen müsse, wie sie mit dieser Situation zurecht komme. – Was würden Sie der Studentin raten?

Lösung : Die §§ 925-927 ABGB regeln die Haftung für **Tier-** und **Viehängel** und unterscheiden zweierlei Arten: Für bestimmte in einer Verordnung angeführte Mängel galten bisher die dort genannten Fristen von 8 Tagen. Die Frist für solche Mängel beträgt nunmehr, wie für andere Tiermängel, 6 Wochen, nun beginnt die Frist bei Mängeln, für die eine Vermutungsfrist besteht, erst nach deren Ablauf; § 933 Abs 2 ABGB. Für die in der Verordnung nicht genannten Tiere und Krankheiten galten die Fristen des ABGB für bewegliche Sachen, also die 6-monatige Gewährleistungsfrist. Nunmehr beträgt sie 6 Wochen, was eine Verschlechterung darstellt. – Beide Fristen waren längst abgelaufen. Dennoch ist Hilfe möglich, und zwar über einen parallel zum Gewährleistungsanspruch bestehenden Schadenersatzanspruch → B.V. Schadenersatzansprüche – die allerdings Verschulden voraussetzen – verjähren nämlich nach § 1489 ABGB erst in 3 Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Diese Frist war noch nicht abgelaufen, da die Studentin vom Vorliegen des Mangels erst wesentlich später erfuhr.

Verzicht

Ein **Verzicht auf das Geltendmachen von Gewährleistungsansprüchen** ist nach den Grundsätzen des § 863 ABGB zu beurteilen; SZ 48/103 → B.IV.16. – Ein Gewährleistungsanspruch kann aber nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Erwerber gegen die Klage des Veräußerers auf Leistung des vertraglichen Entgelts für die Lieferung der mangelhaften Sache das Bestehen des Mangels trotz Kenntnis nicht eingewendet hat; SZ 24/120 (1951).

14. Kaufmännische Rügepflicht

Abweichend vom bürgerlichen Recht ist die handelsrechtliche Gewährleistung, die sogenannte **Mängelrüge für Kaufleute** geregelt. Es gelten dafür nicht die Regeln und Fristen des bürgerlichen Rechts und auch die Rechtsfolgen sind andere, strengere, weshalb sie Verbrauchern als Nichtkauf-

leuten nicht zugemutet werden können. – Die Mängelrüge ist im Wirtschaftsleben von größter Bedeutung, gilt allerdings nur „unter“ Kaufleuten, also beim zweiseitigen Handelskauf!

§ 377 HGB

- (1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen, und wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.
- (2) Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.
- (3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; andernfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.
- (4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.
- (5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen."

„**Unverzüglich**“ bedeutet im Privatrecht „ohne schuldhaftes Zögern“, was nicht mit „sofort“ oder „sogleich“ verwechselt werden darf. „Unverzüglich“ nimmt Rücksicht auf konkrete Umstände (=subjektive Bedeutung), während „sofort“ dies nicht tut (objektiver Gehalt). „Sofort“ gewährt keinerlei Aufschub, sondern meint juristisch wirklich „sofort“! – Der Sinn der unverzüglichen Rügepflicht liegt darin, dass der Verkäufer möglichst rasch wissen soll, woran er ist; ob er mit Gewährleistungsansprüchen zu rechnen hat, um die Wahrung seiner Interessen und nötige Maßnahmen möglichst rasch ergreifen zu können; SZ 63/197 uam.

„Unverzüglich“

Zur Wahrung der Gewährleistungsansprüche genügt nach § 377 Abs 4 HGB die rechtzeitige Absendung der Mängelrüge. Es bedarf also für die Wirksamkeit der Mängelrüge nicht ihres Zugangs. Die Absendung muss jedoch bewiesen werden.

Sie besteht aus **zwei Teilen**, nämlich:

Aufbau der Mängelrüge

- der unverzüglichen **Untersuchungspflicht**

BEISPIEL: ZB durch Stichproben oder Sachverständige; welche Untersuchungshandlungen dem Käufer jeweils zuzumuten sind, bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten und den Umständen des Einzelfalls: WBl 1990, 247 oder SZ 53/63.

- und der unverzüglichen **Anzeigepflicht** des Käufers.

Dabei sind Art und Umfang des Mangels möglichst klar und detailliert auszuführen.

Die Beweislast für die **Rechtzeitigkeit** der Mängelrüge trifft, wird sie vom Verkäufer bestritten, den **Käufer**. Die Rechtzeitigkeit wird aber nicht von Amts wegen geprüft und muss daher eingewendet werden. – Die Rspr befürwortet aber eine **Protestpflicht des Verkäufers** bei verspätet erhobener Mängelrüge (durch den Käufer).

Beweislast



EvBl 1981/125: Umfang der Untersuchungspflicht des Käufers – Schlüssiger **Verzicht des Verkäufers auf seine Einwendungen bei verspätet erhobener Mängelrüge** durch Unterlassung der Zurückweisung der Mängelrüge?

Streitig ist, ob die Rügepflicht auch für Rechtsmängel gilt; bejahend Gschnitzer, SchRAT 140 (1991²).

Rügepflicht für Rechtsmängel?

Die Mängelrüge des HGB enthält **Dispositivrecht**, ist also abdingbar und durch die Vertragsparteien modifizierbar. Das geschieht immer wieder in Einzelverträgen, AGB oder Rahmenverträgen.

Dispositivrecht

BEISPIEL: „Rüge innerhalb einer Woche mittels eingeschriebenen Briefes.“

Die Rügepflicht des HGB gilt für den **Platz-** und den **Distanzkauf**; anders noch Art 347 AHGB. – § 379 HGB statuiert für den Distanzkauf eine Aufbewahrungspflicht und bei Verderb und Gefahr für die Ware die Pflicht sie freihändig verkaufen zu lassen; vgl damit nunmehr § 864 Abs 2 ABGB.

Platz- und den Distanzkauf

Zur Rügepflicht beim **Streckengeschäft** → A.V.7. und gleich unten: SZ 55/31.

Rechtsfolgen des
§ 377 Abs 2 HGB?

Sie sind hart und wären Verbrauchern nicht zumutbar. Werden nämlich die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird die Mängelanzeige versäumt oder nicht korrekt durchgeführt. „so gilt die Ware als genehmigt“. Das ist eine gesetzliche Fiktion, die – anders als eine bloße Rechtsvermutung – nicht widerlegbar ist! Dh: Der Käufer verliert alle seine Ersatzansprüche, also Gewährleistungs-, Irrtumsanfechtungs- und allfällige Schadenersatzansprüche; ecolex 1991, 316. – Auf Grund der harten Sanktion ist daher größte betriebliche Sorgfalt geboten, sonst bleibt man auf der mangelhaften Ware sitzen!

Zur Fiktion → Kapitel 13.B.III.6., S. 864; zur Rechtsvermutung → Kapitel 3.A.I.9., S. 150.

 RdW 1985, 337 (**Kosmetiksalon**): Die Versäumung der Rüge iSd § 377 HGB führt dazu, dass die Ware als genehmigt gilt, und zwar unabhängig davon, ob behauptete Mängel auf Planungsfehlern oder unsachgemäßer Arbeit beruhen. – Da die nicht fristgerechte Rüge iSd § 377 HGB auch zum Verlust des Anspruches auf Ersatz der angeblich durch die behaupteten, aber nicht fristgerecht gerügten Mängel verursachten Schäden führt (HS 5353 ua), kann insoweit auch von einer Ersatzpflicht keine Rede sein.

- JBl 1999, 252: Frist für Mängelrüge im **Obsthandel** – Risiko einer Telefaxstörung: Hat der Käufer ein Telefax mit der Mängelrüge fristgerecht abgesandt und lag es im Bereich des Verkäufers, dass dieses Fax nicht oder nicht fristgerecht bei ihm einlangte, dann wäre die Mängelrüge als rechtzeitig anzusehen; vgl § 377 Abs 4 HGB. – Bei hochverderblicher oder sehr verderblicher Ware muss die Rüge binnen 6 Stunden, bei anderer Ware (dieser Art) binnen 12 Stunden erfolgen. Verdeckte / geheime Mängel sind auch hier unverzüglich nach Feststellung zu rügen.

Rügepflicht bei arglistigem
Verschweigen von Mängeln

Keine Rügepflicht besteht beim arglistigen Verschweigen von Mängeln. So die Regelung des § 377 Abs 5 HGB. – Es hieße unlautere Praktiken fördern, käme das Versäumen der (kurzen) Rügefrist auch dem Täuschenden zugute. Daher die Anordnung des § 377 Abs 5 HGB: „Hat der Verkäufer den Mangel **arglistig verschwiegen**, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.“ – **Bloßes Wissen/Kenntnis des Mangels** seitens des Verkäufers bedeutet aber noch keine Arglist; vgl SZ 41/174: Nicht farbechte Campingmöbel.

 HS 8320/3 (1972): Angeblich neuer **LKW** wurde aus gestohlenen Fahrzeugen zusammengebaut – verkürztes Fahrgestell;

- EvBl 1967/239: **Weinlieferung ist gepantscht** – „Kalterer Hügel“;

- SZ 42/60 (1969): Verkauf eines **Ansichtskartenautomaten** – Arglist;

- SZ 55/31 (1982): Zweiseitiger Handelskauf von „unterkalibrierten“ (= kleingewachsenen und untergewichtigen) und zum Teil verdorbenen **Weinbergsschnecken**. – Diese E behandelt zwei Problemkreise: 1) Die **kaufmännische Mängelrüge** und dabei vor allem die Fragen: – Wurde ordnungsgemäß gerügt? – Und: „Liegt ein Fall des § 377 Abs 5 HGB, also arglistiges Verschweigen von Mängeln durch den Verkäufer, vor? Und 2) Das sog **Streckengeschäft** → A.V.7.

Ver/Kauf von
Weinbergsschnecken

Roh-Sachverhalt: Der Kläger handelte mit rohen Lebensmitteln (ua mit Schnecken), der Beklagte war im Ein- und Verkauf von Waldprodukten tätig. Der Prozess betraf den Kauf von ca 18.000 kg Weinbergsschnecken; Kaufpreis 414.874 S. Das Geschäft wurde – vereinbarungsgemäß – so abgewickelt, dass der Kläger die Schnecken bei einer jugoslawischen Lieferfirma kaufte, der Beklagte aber selbst die Ware übernehmen und bei Übernahme sowohl deren Quantität, als auch deren Qualität prüfen sollte. Alle späteren Reklamationen sollten ausgeschlossen sein. Der Beklagte hatte auch für die von ihm übernommene Ware den Abtransport übernommen; dabei war seitens des Beklagten nicht mit wünschenswerter Sorgfalt vorgegangen worden (verspätete Abholung; nicht im Kühlwagen etc). Bei Übernahme der Ware untersuchte der Beklagte die Ware nur oberflächlich, weshalb ihm entging, dass in den einzelnen Steigen (vertragswidrig) ein Großteil unterkalibrierter Schnecken enthalten war. Bei der Untersuchung durch die Firma E, welcher der Beklagte die Schnecken verkaufen wollte, wurde festgestellt, dass „unter der Oberschicht der Kisten kleinere und zum Teil tote Schnecken“ lagen. Eine weitere und nähere Untersuchung ergab, dass 75 Prozent der Schnecken bereits tot und insgesamt 60 Prozent der Gesamtmenge unterkalibriert waren. Die Firma E lehnte daher die Übernahme der Ware ab. Hätte der Beklagte bei Übernahme der Schnecken diese ordentlich untersucht, wäre deren Unterkalibrierung unschwer festzustellen gewesen. – Der Beklagte zeigte idF dem Kläger die Mängel an. Dieser war jedoch nicht bereit, die Ware zurückzunehmen.

Zur Mängelrügeproblematik: Zu Recht wurde es abgelehnt, hier einen Fall des § 377 Abs 5 HGB (arglistiges Verschweigen von Mängeln) anzunehmen. Hatte doch der Beklagte selbst, die ihm obliegende Rügepflicht nicht sorgfältig genug wahrgenommen. Dazu kommt, wie eben ausgeführt, dass nach hA die

bloße Kenntnis des Mangels seitens des Verkäufers keine Arglist bedeutet.

- Im „Hineinschmuggeln“ unterkalibrierter Schneckens liegt zweifellos eine Irreführung des Beklagten (zum Irrtum → Kapitel 5.E., S. 330), den sich der Kläger an und für sich zurechnen lassen müsste. – Hier zeigt sich jedoch anschaulich die „Schärfe“ der Sanktion des § 377 HGB! Wurde nämlich nicht ordnungsgemäß gerügt, „gilt die Ware als genehmigt“, was nichts anderes heißt, und das ist hier von Bedeutung: Alle sonst bestehenden Ansprüche – sei es Schadenersatz oder eine Irrtumsanfechtung – sind ausgeschlossen. Da auch der „letzte Rettungsanker“ für den Beklagten (§ 377 Abs 5 HGB) versagt, bleibt er auf dem Schaden sitzen, zumal er diesen der eigenen Sorglosigkeit verdankt.
- **Zum Streckengeschäft:** Dieser Sachverhalt zeigt, dass bei Streckengeschäften bspw die Kaufverträge in unterschiedlicher Reihenfolge geschlossen werden können. Während beim Streckengeschäft im Eingangsbeispiel zuerst der Kaufvertrag zwischen Großhändler und Einzelhändler (das entspricht hier der Beziehung Kläger und Beklagter) abgeschlossen wurde, wurde er hier zuerst zwischen Kläger und Lieferant geschlossen und erst danach zwischen Kläger und Beklagten. – Das ändert aber nichts am Vorliegen eines Streckengeschäfts, mag auch diese Sachverhalts- „Verschiebung“ in anderer Hinsicht von Bedeutung sein; zB kann im vorliegenden Sachverhalt angenommen werden, dass der Kläger bereits Eigentümer geworden ist und sich des Lieferanten als Erfüllungsgehilfen bediente. Dies unter gleichzeitigem Heranziehen des Beklagten als seines (Stell)Vertreters beim Wahrnehmen der an und für sich ihm obliegenden Rückpflicht. (Darin kann Vertrauen des Klägers gegenüber dem Beklagten erblickt werden!)

 Böhler, Grundwertungen zur Mängelrüge (2000); – Roth / Fitz, Handels- und Gesellschaftsrecht 271 (2000); – Kramer, in: Straube, Kommentar zum HGB I 985 ff (1995²).

15. Die Aliud-Lieferung

Von aliud-Lieferung wird gesprochen, wenn der Unterschied zwischen bestellter und gelieferter Ware so groß ist, dass ein vernünftiger Kaufmann damit keinen Erfüllungsversuch unternehmen würde und vom Käufer ein Behalten der Ware als Vertragserfüllung nicht erwartet werden kann; HS 4288 (1964) oder RZ 1973/151. Anders SZ 70/15 (1997), wo ein Gewährleistungsanspruch aber angenommen wird.

Auf die aliud-Lieferung sind auch künftig die Regeln über die Nichterfüllung anzuwenden; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung 30.

§ 378 HGB

Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

 Zur aliud-Lieferung des § 378, 1. Fall HGB im ABGB und HGB: Kramer, ÖJZ 1972, 561 sowie Roth / Fitz, Handels- und Gesellschaftsrecht 274 (2000).

 ABBILDUNG: Kaufmännische Mängelrüge (1) + (2)

16. Entscheidungsbeispiele – Leistungsstörungen

 SZ 28/69 (1955): Durch die **Fälschung der Inventur und Bilanz** bei Veräußerung eines Unternehmens wird dem Unternehmen eine nicht vorhandene Eigenschaft beigelegt. Es liegt ein Qualitätsmangel vor. – Hat einer der die Gesellschaft vertretenden, persönlich haftenden Gesellschafter bei Veräußerung des Unternehmens der OHG [§§ 105 ff HGB] eine Betrugshandlung begangen, so wird diese der Gesellschaft zugerechnet.

- JBl 1989, 381: **Minderung des Bestandzinses** (§ 1096 ABGB) wegen Umsatzrückgangs einer Parkgarage durch Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens durch den Bestandgeber wird verneint. (?) – Zur Abgrenzung der Zusage der Ertragsfähigkeit eines verpachteten Unternehmens vom bloßen Inaus-sichtstellen einer bestimmten Umsatzentwicklung.
- Zur Frage, ob die [früher] kurze (6-monatige) oder lange (3-jährige) Gewährleistungsfrist zur Anwendung gelangt: SZ 47/118 (1974) und SZ 39/7 (1969): Hauseigentümer kauft selbst und verlegt selbständig eine **Dichtungsfolie für das Dach**. Die Folie erweist sich idF als mangelhaft. – OGH: Die 6-monatige Frist zur

Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gilt für die Lieferung **beweglicher** Sachen auch dann, wenn diese dazu bestimmt sind, durch nicht mehr dem Lieferanten / Verkäufer obliegende Tätigkeiten Bestandteile einer **unbeweglichen** Sache zu werden. – Anders läge der Fall, wenn zB ein Baumeister eine Garage mit Flachdach errichtet und dieses mit einer undichten Folie abdichtet. Dann wird die Folie unselbständiger Bestandteil des von ihm errichteten Bauwerks (= unbewegliche Sache) und für das ganze Bauwerk gilt dann die lange Gewährleistungsfrist. – Vgl nunmehr die Haftung nach dem PHG → B.VI.: Entscheidungen.

- SZ 48/103 (1975): Kauf eines **Opel Admiral**, Baujahr 1970: Die Beurteilung, ob durch Benützung der mangelhaften Sache auf Wandlung **verzichtet** wurde, hat nach den Grundsätzen des § 863 ABGB zu erfolgen. – Im konkreten Fall wurde dies verneint.
- SZ 49/56 (1976): **Lieferung eines reparierten Unfallwagens** als neuwertigen Pkw: Die Regeln über Gewährleistung einerseits und über **Irrtum** andererseits bestehen nebeneinander; sog Anspruchskumulierung. – Dh man kann in einer Klage auch **beide** Ansprüche (parallel) geltend machen. – Konsequenz: Ist zB die kurze Gewährleistungsfrist schon verstrichen (6 Monate), besteht immer noch das Recht auf Geltendmachung des Irrtums, das erst nach 3 Jahren verjährt. – Zur nunmehr bestehenden Möglichkeit Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nebeneinander geltend zu machen sowie die Möglichkeit Schäden nach dem PHG 1988 ersetzt zu bekommen.
- SZ 39/8 (1966): Kauf eines **Mercedes-Zylinderdruckautomaten** – Leitsatz: Anspruch auf Wandlung, wenn der Veräußerer zunächst vergeblich versucht hat, die Sache zu verbessern, und sich idF weigert, Maßnahmen zu treffen, die zur Herstellung eines einwandfreien Zustandes erforderlich sind.
- SZ 39/34 (1966): Kauf von **Heißgetränkautomaten** – Leitsatz: Der Käufer kann behebbar, aber trotz Aufforderung vom Verkäufer nicht behobene Mängel als unbehebbar behandeln. (Dh: Käufer kann idF „wandeln“!)

 ABBILDUNG: Gewährleistung (1) bis (3); ABBILDUNG: Sachmängelhaftung: §§ 922 ff ABGB; ABBILDUNG: Rechtsmängelhaftung: § 923 ABGB ua ; ABBILDUNG: Gewährleistung – Verjährung: § 933 ABGB

V. Gewährleistung und Schadenersatz

 *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994); – *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung (2001); – *Kle-tecka*, Gewährleistung neu (2001); – *Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003).

1. Konkurrenz: Gewährleistung <-> Schadenersatz

Wir wissen, dass die Gewährleistung – wie der Verzug – objektiv gefasst ist; dh: kein Verschulden (des Vertragspartners) voraussetzt. Wie beim Verzug kann jedoch auch bei der Gewährleistung dann, wenn zu den objektiven Voraussetzungen ein Verschulden (am Vorliegen des Mangels) hinzutritt – auch – Schadenersatz verlangt werden.

Mangelschaden - Mangelfolgeschaden

Nach der Rspr konnten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche lange nicht ohne weiteres neben- oder nacheinander geltend gemacht werden. Neben Gewährleistungsansprüchen wurden bis 1990 nur sog Mangelfolgeschäden ersetzt. Erst dann wurde die Anspruchskonkurrenz akzeptiert.

Ein **Mangelschaden** betrifft den Mangel der veräußerten Sache selbst; zB kann dann eine Wertminderung oder Reparaturkosten verlangt werden. – Ein **Mangelfolgeschaden** betrifft dagegen Nachteile am sonstigen Vermögen des Erwerbers, die durch die Mangelhaftigkeit der Sache entstehen. Der Mangelfolgeschaden überschneidet sich uU mit dem PHG.

 Im **Anlassfall** (JBl 1990, 648) ging es um eine **falsch installierte Wasserleitung** (Werkvertrag) in der Außenwand eines Ferienhauses, in welchem Sanitär- und Heizungsinstallationen im November 1981 technisch falsch verlegt worden waren; und zwar nicht korrekt an den Innen-, sondern an den Außenwänden. Die Folge der falschen Verlegung der Rohre war die, dass die Wasserleitung mehrfach, erstmals im Winter 1981/82 und erneut im Winter 1984/85 einfror. Die Klägerin klagte darauf den Installateur auf Deckung der Behebungskosten. Ein begutachtender Architekt meinte 1982 unzutreffender Weise, dass mangelhafte Isolierungsarbeiten für das Abfrieren verantwortlich seien. Es ging hier um die (Anspruchs)Konkurrenz zwischen § 932 Abs 1 Satz 1 ABGB aF (Gewährleistung) und § 932 Abs 1 Satz 2 ABGB aF (Schadenersatz). Gewährleistungsansprüche an Liegenschaften bestehen 3 Jahre lang, was auch für verborgene

Mängel gilt. Diese Frist war inzwischen abgelaufen. Schadenersatzansprüche verjähren aber nach § 1489 ABGB; dh innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens (Winter 1982) und des Schädigers (Gutachten Frühjahr 1985). Diese Frist war bei Klagerhebung am 21.3.1986 noch nicht abgelaufen (keine Verjährung). Mit dieser E akzeptierte die Rspr erstmals parallel zur Gewährleistung auch konkurrierende Schadenersatzansprüche, die allerdings im Gegensatz zur Gewährleistung Verschulden voraussetzen.

2. Rspr-Wandel

Seither besteht uneingeschränkte Konkurrenz zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, also die Möglichkeit voller paralleler oder nacheinander geschalteter Anspruchsgeltendmachung. Dies ist von praktischer Bedeutung, weil – wie erwähnt – für die beiden Anspruchstypen (Gewährleistung und Schadenersatz) ua verschiedene Anspruchs(durchsetzungs)voraussetzungen, insbesondere andere Verjährungsregelungen gelten. Das zeigt der Anlassfall, der zur Judikaturänderung des OGH führte; JBI 1990, 648.

Die zuerst im **Werkvertragsrecht** ansetzende Judikaturänderung wurde idF auf **Kaufverträge** erstreckt. Die Konsequenzen dieses Rspr-Wandels sind insgesamt tiefgreifend: Konnten Mängel bisher nur innerhalb der kurzen Gewährleistungsfristen geltend gemacht werden, ist dies nunmehr uU nach Schadenersatzrecht (§ 1489 ABGB) auch noch nach langer Zeit möglich; die absolute Verjährungszeit des § 1489 beträgt nämlich 30 Jahre. Wird – wie im Anlassfall – die wahre Schadensursache erst später festgestellt, beginnt der Lauf der Schadenersatzverjährung erst mit diesem Zeitpunkt und verlängert sich dadurch im Vergleich zur Gewährleistung uU beträchtlich.

Dazu kommt, dass der durch einen Mangel Geschädigte nunmehr nicht mehr bloß auf den Mangel- folgeschaden verwiesen wird, sondern auch den Ersatz des Erfüllungsschadens beanspruchen kann, also so gestellt wird, wie er bei mangelfreier Erfüllung stünde.

Ersatz des Erfüllungsschadens

§ 933 Abs 3 ABGB neu bestimmt nunmehr, dass nach **10 Jahren** ab Übergabe der Sache, der **Beweis des Verschuldens** des Übergebers dem Übernehmer obliegt; dies gilt sowohl für Mangel- schäden wie für Mangel folgeschäden.

Umkehr der Beweislast

§ 933 a Abs 2 ABGB neu schreibt nunmehr die – freilich ebenfalls stark eingeschränkte – **Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen** fest:

Anspruchskonkurrenz

„Wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die **Verbesserung** oder den **Austausch** verlangen. Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch **verweigert** oder **nicht in angemessener Frist vornimmt**, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.“

Die Sorge um das Unternehmerwohl ist nicht zu übersehen.

Neu ist auch die Bestimmung des § 933 b ABGB, der den **Unternehmerrückgriff** nunmehr ausdrücklich regelt. Gedacht ist an Fälle, dass ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet hat und nunmehr selbst von seinem „**Vormann**“ Gewährleistung fordern will. Er kann dies nunmehr gemäß Abs 1 „auch nach Ablauf der Fristen des § 933“ ABGB tun. Derartige Ansprüche sind aber „innerhalb von [2] Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend zu machen. Die Haftung eines Rückgriffspflichtigen verjährt jedenfalls in [5] Jahren nach Erbringung seiner Leistung. Die Frist wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreits gehemmt.“

Unternehmerrückgriff

Satz 2 des Abs 1 unserer Bestimmung ordnet dies auch „für **frühere Übergeber** im Verhältnis zu ihren Vormännern“ an. – Diese Ansprüche sind aber „mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt“.

VI. Produkthaftung – PHG 1988

 *Fitz / Purtscheller / Reindl*, Produkthaftung (2003²); – *Welser*, Produkthaftungsgesetz (1988); – *von Westphalen*, Produkthaftungshandbuch I (1989), II (1991); – *P. Bydlinski*, Produkthaftung und Haftpflichtversicherung (1990); – *Rabl*, Die Haftung des Händlers nach dem PHG, JBl 1999, 490; – *Welser / Rabl*, Produkthaftungsgesetz. Kommentar (2004).

1. Eingangsbeispiel

BEISPIEL: **Fliegendes Messer aus Rasenmäher tötete Frau.** Klagenfurt – Ein Messer, das sich von einem defekten Kreiselmäher gelöst hatte, tötete Montag abend ... die 70jährige Karoline St. ‘Mit so einem ungewöhnlichen Tod bin ich in meiner ganzen Laufbahn nicht konfrontiert worden’, kommentierte Oberstleutnant Hermann Klammer, Leiter der Kriminalabteilung der Kärntner Gendarmerie, das Ergebnis der Obduktion. Karoline St. hatte sich am Montag bei einer Freundin aufgehalten. Als Gewitter über Feldkirchen aufzogen, hatten die insgesamt 3 Frauen auf der gedeckten Terrasse Zuflucht genommen. Kurz nach 19.00 Uhr stürzte die alte Frau, die zwischen ihren beiden Freundinnen saß, plötzlich zu Boden. Sie blutete aus einer klaffenden Wunde am Hals und war auf der Stelle tot. ‘Eine Schussverletzung ist auszuschließen’, sagte Klammer nach den ersten Ermittlungen. Denn es sei nirgends ein Projektil gefunden worden. ‘Wahrscheinlich ist es ein Blitzschlag gewesen’, fügte er hinzu. Als bei der gerichtsmmedizinischen Obduktion am Dienstag die Klinge entdeckt wurde, setzten die Ermittlungen der Kriminalisten sofort ein. Sie stießen auf einen Landwirt, der zur fraglichen Zeit auf einer Wiese oberhalb des Hauses mit einem Kreiselmäher gearbeitet hatte. Wie sich herausstellte, hatte sich ein Messer gelöst, das mit großer Geschwindigkeit seitlich weggeschleudert wurde. Auf dem Weg zur Terrasse legte das Messer 150 Meter bei einem Höhenunterschied von 25 Meter zurück. ‘Ich habe nichts davon bemerkt’, sagte der Landwirt.” – Aus: Der Standard, 4.8.1994, S. 6.

2. Definition und Anwendungsbereich

Produkthaftung ist die schadenersatzrechtliche, also **deliktische Verantwortung des Herstellers** für sein Produkt. – Zur Abgrenzung von der Gewährleistung → B.VI.3.

Bedeutung für
AMG und MPG

Dem PHG kommt über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus auch insofern Bedeutung zu, weil es auch für andere (bereits gesetzlich geregelte) Bereiche gilt. So überlagert das PHG das **ArzneimittelG** (AMG 1983, BGBl 185), weil auch Arzneimittel Produkte iSd PHG sind, und ändert dadurch die Verschuldenshaftung des AMG in eine Nichtverschuldenshaftung, wie sie das PHG statuiert → B.VI.5. Dasselbe gilt nunmehr für die Produkthaftung nach dem **MedizinprodukteG** (MPG) 1996, BGBl 657 → B.VI.10.

3. Abgrenzung zur Gewährleistung

Zum Unterschied von der Gewährleistung, die eine Mängelhaftung für Schlechterfüllung ist (es geht bei der Gewährleistung um die Mangelhaftigkeit der Sache selbst!), regelt die Produkthaftung Fälle, wenn:

- „durch den Fehler eines Produktes ein **Mensch getötet**, am Körper **verletzt** oder an der **Gesundheit geschädigt** oder
- eine von dem Produkt verschiedene **körperliche Sache beschädigt**“ wird; § 1 PHG.

Zur Unterscheidung körperliche und unkörperliche Sachen → Kapitel 8.D.II.2., S. 541.

4. Wer haftet?

In solchen Fällen haftet für den Ersatz des Schadens nach **§ 1 Abs 1 PHG**:

- | | |
|------------|--|
| Hersteller | • nach Z 1: „der Unternehmer, der es hergestellt und in den Verkehr gebracht hat“ (= zB ausländischer Hersteller / Produzent); |
| Importeur | • nach Z 2: „der Unternehmer, der es zum Vertrieb in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt und hier in den Verkehr gebracht hat (Importeur)“; |
| Händler | • nach Z 3: „Kann der Hersteller oder – bei eingeführten Produkten – der Importeur ... nicht festge- |

stellt werden, so haftet jeder Unternehmer [= **Händler / Lieferant / Verkäufer**], der das Produkt in den Verkehr gebracht hat,..., wenn er nicht dem Geschädigten in angemessener Frist den Hersteller bzw – bei eingeführten Produkten – den Importeur oder denjenigen nennt, der ihm das Produkt geliefert hat“; § 1 Abs 2 PHG.

Die Tatsache, dass neben dem Hersteller / Produzenten (, der häufig sein Unternehmen im Ausland betreibt, was zur Anwendung ausländischen Rechts führte,) auch der inländische Importeur oder Händler zur Haftung herangezogen werden können, hat für Konsumenten auch den angenehmen Nebeneffekt, dass dadurch österreichisches Recht zur Anwendung gelangt; zum IPR: → Kapitel 1.B.I., S. 46. Zudem besteht ein Gerichtsstand in Österreich.

§ 3 PHG ergänzt den Herstellerbegriff um den des **Scheinherstellers**. Das ist derjenige, „der das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt erzeugt hat, sowie jeder, der als Hersteller auftritt, indem er seinen Namen, seine Marke oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt.“

Scheinhersteller

 OGH 30. 3. 2001, 7 Ob 49/01h, EvBl 2001/145: **Hobbytaucher** kauft einen Unterziehanzug und ein Auslassventil, die aber nicht harmonieren, weshalb es zu einem Tauchunfall kommt. Er klagt das Unternehmen, dessen Firmenname auf dem Anzug aufgedruckt war wegen Verletzung der Warnpflicht; § 5 PHG. – OGH bejaht die Haftung des Scheinherstellers (§ 3 PHG), da auch für „generell-abstrakt“ fehlerfreie Produkte gehaftet werden muss, wenn ihre „individuell-konkrete“ Verwendung, mit der gerechnet werden musste, zu einer Schädigung führt, und dennoch auf drohende Gefahren nicht hingewiesen wurde.

5. Verschuldensunabhängige Haftung

Das PHG statuiert eine verschuldensunabhängige (§ 8 PHG: Haftungsausschlüsse → B.VI.14.), deliktische und gegenüber Letztverbrauchern im Voraus unabdingbare und nicht beschränkbare Haftung; § 9 PHG. – Das PHG enthält weithin **zwingendes Recht**.

6. Selbstbehalt

Nach § 2 PHG besteht „bei Beschädigung einer Sache“ ein Selbstbehalt des Geschädigten von **500 €** (7.900 S); überdies können Sachschäden nach § 2 Z 1 PHG nur von Verbrauchern – also nicht von Unternehmern – geltend gemacht werden.

7. Was wird ersetzt?

Nach § 1 PHG werden **Personen-** und **Sach** schäden ersetzt, nicht dagegen reine Vermögensschäden.

8. Verjährung

Nach § 13 PHG erlöschen (!) Ersatzansprüche grundsätzlich **10 Jahre** nach Inverkehrbringen (§ 6 PHG) des schädigenden Produkts.

9. Geschützter Personenkreis

Geschützt ist nicht nur der **Vertragspartner**, also etwa der Käufer, sondern zB auch **Familienangehörige** oder **Dritte**, die durch das fehlerhafte Produkt verletzt oder deren körperliche Sachen beschädigt werden; § 1 Abs 1 PHG.

BEISPIEL: Das gekaufte schädliche Olivenöl verursacht auch bei eingeladenen Gästen schwere Verdauungsstörungen. – Vgl auch das „Eingangsbeispiel“ → B.VI.1.

10. Produktbegriff – Medizinproduktegesetz

§ 4 PHG definiert den Begriff des Produkts als „**bewegliche körperliche Sache**, auch wenn sie ein Teil einer anderen beweglichen Sache oder mit einer unbeweglichen Sache verbunden worden ist, einschließlich Energie.“ Vgl auch → Kapitel 8.D.II.2., S. 541.

§ 4 PHG weicht vom weiten Sachbegriff des § 285 ABGB ab. Darin liegt eine Einengung iSd Sachbegriffs des dtBGB; vgl § 90 dtBGB: Sachen sind danach nur körperliche Sachen. – Nicht unter

Nur körperliche Sachen

den Sachbegriff des § 4 PHG fallen daher (bisher) zB Dienstleistungen (vgl dagegen § 303 ABGB) oder Rechte (§ 292 ABGB).

Computer-Software

Manche Zweifel, ob eine körperliche Sache vorliegt oder nicht haben ihre Gründe darin, dass das ABGB (§ 292) offenbar nicht mehr beachtet wird; dort heißt es ausdrücklich, dass körperliche Sachen „in die Sinne fallen“. Das gilt sowohl für Elektrizität, Gas, Wasserdampf und Fernwärme. – Streitig ist aber bspw, ob der Produktbegriff auch Computer-Software erfasst oder nicht;

 Dazu Fitz / Purtscheller / Reindl, Produkthaftung § 14 Rz 13 (1988 und 2003²).

Richtig ist Computer-Software als körperliche Sache anzusehen, sie fällt daher unter den Produktbegriff.

Tiere etc

Dem Produktbegriff unterliegen auch **Tiere** (trotz § 285a ABGB) sowie **menschliche Organe** und **Blut** nach ihrer Trennung vom Spender bis zu ihrer Verwertung (zB Implantation). Sie werden heute als (transitorische) körperliche Sachen betrachtet und unterliegen daher dem PHG.

Durch die Formulierung des § 4 PHG wird der zunächst enge Begriff, „bewegliche körperliche Sache“, wesentlich erweitert! Denn an und für sich verliert eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie zB mit einer unbeweglichen Sache (in bestimmter Weise) verbunden wird, ihre sachenrechtliche Selbständigkeit und wird zum Bestandteil oder Zubehör der Liegenschaft, was oft zur Folge hätte, dass das PHG keine Anwendung fände. – Zu Sachverbindungen → Kapitel 8.D.II.9., S. 551.

Land- und forstwirtschaftliche Naturprodukte

Vom Gesetz ausgenommen sind aber land- und forstwirtschaftliche Naturprodukte und Wild, solange diese „noch keiner ersten Verarbeitung unterzogen worden sind.“

BEISPIEL: Frau A isst liebend gerne zwischen den Mahlzeiten biologische Trockenfrüchte. Eines Tages kauft sie in der Innsbrucker Markthalle einen abgepackten Sack „P.-Zwetschen, ohne Stein getrocknet“. Als sie mit Genuss in die erste Zwetschke beißt, beißt sie auf einen nicht entfernten Kern. Eine Zahnkrone wird dadurch beschädigt. – Kann sie Ersatz verlangen? Worauf stützt sie ihren Anspruch? Versuchen Sie die Antwort aus dem Gesetz „herauszulesen“.

Medizinprodukte

Eine neue und spezielle Produktregelung trifft das MPG 1996 für Medizinprodukte, die im Gesetz umschrieben werden. Die nationale Umsetzung des MPG erfolgte – wie schon beim PHG – aufgrund einer EU-RL. Zur Haftung auch → B.VI.2.

BEISPIEL: Typischer Fall: Ein junger Schirennläufer stürzt bei einem SuperG-Rennen schwer und zieht sich einen Beckenbruch zu, weshalb ihm idF eine künstliche Beckenplatte eingesetzt wird. Diese Beckenplatte bricht 2 Monate nach der Operation ohne äußere Einwirkung, weil das Material nicht in Ordnung war.

 Steurer, Produkthaftung in der Medizin. Die Haftungssysteme für Arzneimittel- und Medizinprodukteschäden. Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz (2001).

ProduktpiraterieG

ProduktpiraterieG 2001, BGBl I 65 (PPG). – Es sollte nicht mit dem PHG oder MPG verwechselt werden. Mit dem PPG werden (auf Grund von EU-Vorschriften) Schutzlücken im Verkehr mit Waren geschlossen werden, die ein Recht am geistigen Eigentum (der Hersteller) verletzen.

BEISPIEL: Nationale Erzeuger produzieren ein internationales Markenprodukt nach – etwa **Parfum** oder **Kleidung** – und verkaufen es zum halben Preis unter der weltbekanntesten Marke. Das spielt bspw in Griechenland und Italien eine Rolle.

11. Fehlerhaftigkeit eines Produkts

Ein Produkt ist **fehlerhaft**, wenn es nicht jene Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände (zB Darbietung, bestimmungsmäßiger Gebrauch, Zeitpunkt des Inverkehrbringens) erwartet werden darf; § 5 PHG. – Die Art des Mangels (Konstruktions-, Herstellungs- oder Instruktionsfehler) ist dabei unerheblich.

 JBl 1996, 188: Auf einem Lastwagen aufgebaute **hydraulische Hubarbeitsbühne**, die aus Finnland

importiert worden war, stürzt beim Beschneiden größerer Bäume um, weil eine der beiden hinteren Schrägstützen wegen eines Mangels nachgegeben hatte. – Der OGH stellt klar, dass auch Produktionsfehler, Produktfehler iSd Gesetzes sind.

- ZVR 1998/19: Eine **Mineralwasserflasche**, bei der die Verschlusskappe beim Öffnen wie ein Sektkorken wegschießt, weist einen Produktionsfehler auf. – Der Hersteller der Flasche muss damit rechnen, dass der Verbraucher beim Öffnen der Flasche sorglos und ohne besondere Vorsicht vorgeht. – Den Verbraucher trifft kein Mitverschulden (§ 1304 ABGB), wenn er die Flasche an einem heißen Tag mehr als 20 Stunden ungekühlt im Auto lässt und dann ohne besondere Vorsichtsmaßnahmen öffnet. – Der Überdruck in der Mineralwasserflasche kann nicht als typisches Entwicklungsrisiko (§ 8 PHG) angesehen werden, das die Produkthaftung des Herstellers ausschließt.
- OGH 11. 5. 2000, 8 Ob 192/99i, SZ 73/78: Kläger kauft sich einen **Häcksler**, der auch feuchtes Material verarbeiten kann. Dabei sammeln sich in der Auswurföffnung Reste, die regelmäßig entfernt werden müssen. Zwar sind am Gerät Warnhinweise angebracht, aber es ist keine Vorrichtung vorhanden, um beim Griff in die Öffnung nicht an die Schlägel zu geraten. Dem Kläger werden 3 Finger abgetrennt. Er klagt auf Schadenersatz nach § 5 PHG: Fehlerhaftigkeit des Produktes. – OGH: Der Hersteller kann sich der Pflicht zu einer möglichst ungefährlichen Konstruktionsweise nicht dadurch entziehen, dass er eine technisch mögliche und zumutbare Maßnahme durch Warnungen ersetzt.
- OGH 9. 7. 2002, 2 Ob 253/01x, JBl 2003, 249: Gatte einer Unternehmerin, die (**Körper**)**Abwehrspray** Marke „**Bodyguard**“ vertreibt, erleidet dadurch einen Schaden, dass ein ihm geschenkter Spray in seinem Auto explodiert und dessen Innenausstattung stark verschmutzt. Der Geschädigte klagt nach § 5 PHG den Produkthersteller. – OGH: Ein dem PHG zu unterstellender Fehler einer Spraydose läge dann vor, wenn dem Kläger der Nachweis gelänge, dass die gegenständliche Dose bei einer Temperatur von unter 50 Grad Celsius geborsten sei, weil nach dem Sicherheitshinweis auf der Dose vor einer Lagerung über dieser Temperatur gewarnt wird. Nach Meinung des OGH reicht es für die Erbringung des Beweises aber nicht aus, dass eine Tatsache nur wahrscheinlich ist; aus § 272 ZPO sei vielmehr abzuleiten, dass das Regelbeweismaß der ZPO die **hohe Wahrscheinlichkeit** ist. (? – Dazu → Kapitel 9.A.II.2., S. 590, Folie: Kausalitätsspektrum) – Vorzuziehen wäre es, scharf zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit zu unterscheiden, es aber bei bloßer Wahrscheinlichkeit bewenden zu lassen, zumal die Abgrenzungen innerhalb des Wahrscheinlichkeitsbereiches weithin unsicher bleiben.
- OHG 30. 9. 2002, 1 Ob 169/02p, JBl 2003, 247: Gemeinde vermietet Festsaal für Konzerte an Kultur- und Tourismusverein. Im Saal befinden sich von einem Gemeindebediensteten hergestellte **Raumteiler**. Der Veranstalter will im Zuge letzter Vorbereitungen einen dieser Raumteiler verschieben, wobei dieser umkippt und ihn schwer am Bein verletzt. Er klagt auf Schadenersatz wegen **Verletzung der Instruktionspflicht** nach § 5 PHG. – OGH prüft vorbildlich: Inverkehrbringen, Produktfehler, Instruktionspflicht, Mitverschulden und bejaht den Schadenersatzanspruch gegen die Gemeinde, da nur vor gefahrbringenden Eigenschaften eines Produktes, die dem Erfahrungswissen auch der am wenigsten informierten Gruppe von Benutzern entsprechen, nicht gewarnt werden müsse. OGH bejaht jedoch Mitverschulden; § 11 PHG iVm § 1304 ABGB. – Beachte: Das PHG gelangt nicht nur auf Veräußerungsverträge, sondern – wie der Fall zeigt – auch auf Gebrauchüberlassungsverträge wie Miete, Pacht etc zur Anwendung.
- OGH 6. 10. 2000, 1 Ob 62/00z („**Betonterrassen-Fall**“), SZ 73/151 = JBl 2001, 177 = EvBl 2001/50: Aus § 5 PHG ergibt sich auch eine Instruktionspflicht des Herstellers; hier: Warnung vor ätzender Wirkung von Beton. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn sich erst bei Lieferung herausstellt, dass der Käufer mit der **Gefährlichkeit der Ware** nicht vertraut ist. (Arbeit im frisch gelieferten Beton ohne Schuhwerk.) – OGH: § 1313a ABGB gelangt auch dann zur Anwendung, wenn der PHG-Gehilfe Schutz-, Sorgfalts- oder Aufklärungspflichten vernachlässigt.

12. „Inverkehrbringen“

§ 6 PHG definiert den Begriff des Inverkehrbringens und versteht darunter die **Übergabe zum Gebrauch** oder das **Einräumen von Verfügungsmacht**; Versendung (§ 429 ABGB) genügt.

13. Beweislastumkehr

§ 7 PHG statuiert eine Beweislastumkehrzulasten von Hersteller oder Importeur, die behaupten, die Sache nicht in Verkehr gebracht oder gehandelt zu haben. – Beachte die beweisrelevante Unterscheidung von: „... so obliegt ihm der Beweis“ (Abs 1) und „... wahrscheinlich darzutun“ (Abs 2).

14. Haftungsausschluss

Ein Haftungsausschluss (§ 8 PHG) kann nicht durch fehlendes Verschulden, sondern nur durch den Nachweis erreicht werden, dass:

- der Fehler zB „auf eine Rechtsvorschrift oder behördliche Anordnung zurückzuführen ist“ (§ 8 Z 1 PHG) oder
- wenn die schädlichen „Eigenschaften des Produkts nach dem Stand der Wissenschaft und Technik ... nicht als Fehler erkannt werden konnten“ (§ 8 Z 2 PHG) usw.

 JBl 1996, 188 → B.VI.11.: OGH wendet auf den aufgetretenen Produktionsfehler der **hydraulischen Hubarbeitsbühne** § 8 Z 2 PHG an.

15. Solidarhaftung

„Trifft die Hauptpflicht mehrere, so haften sie zur ungeteilten Hand“; § 10 PHG.

16. Mitverschulden

Für ein Mitverschuldendes Geschädigten gilt § 1304 ABGB „sinngemäß“; § 11 PHG.

17. Rückgriff: § 12 PHG

Das PHG statuiert ein Rückgriffsrecht dessen, der für den Schaden aufgekommen ist, und zwar beim Hersteller; zB Letztverkäufer. Gesetz lesen!

18. Weitere Entscheidungen zur Produkthaftung

 NJW 1985, 194 – BGH (Deliktische Haftung des Warenherstellers wegen eines Produktfehlers bei einer **Dachabdeckfolie**): Dem Eigentümer eines Hauses können gegen den Hersteller einer Dachabdeckfolie deliktische Schadenersatzansprüche aus Eigentumsverletzung zustehen, wenn diese Folie nach ihrer Anbringung infolge eines Produktfehlers ihre wasserabweisende Wirkung verliert und durch eindringende Feuchtigkeit Schäden an den unteren Schichten des Dachaufbaus entstehen.

- JBl 1993, 524 (**Fischerhüttenfall** – gekürzt): Fehlerhaftigkeit eines Produkts wegen unzureichender Instruktion – Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs”berechtigte Sicherheitserwartung des durchschnittlichen Produktbenützers „in § 5 PHG. Kläger = Ehegatte der der Gattin gehörenden Fischerhütte Beklagter = Erzeuger des gekauften Produkts / ungelöschten Kalks Schaden = Zerstörung der Fischerhütte samt Einrichtungsgegenständen, weil ein 50 kg-Sack ungelöschten Kalkes feucht geworden war und einen Brand ausgelöst hatte. Der Fehler eines Produkts kann [auch] in seiner Darbietung gelegen sein, worunter die Art und Weise der Produktpräsentation in der Öffentlichkeit verstanden wird. Zu den **Instruktionspflichten des Herstellers** gehört es, den Benutzer auf gefährliche Eigenschaften des Produkts hinzuweisen und uU vor widmungswidrigem Gebrauch zu warnen. Was im Bereich allgemeiner Erfahrung der in Betracht kommenden Abnehmer und Benutzer liegt, braucht nicht zum Inhalt einer Warnung gemacht werden. Entscheidend sind die berechtigten **Sicherheitserwartungen eines durchschnittlichen Produktbenützers**. Da deren Inhalt nur durch Zuhilfenahme außerrechtlicher Begriffsinhalte und Wertmaßstäbe ausgefüllt werden kann, liegt ein **unbestimmter Rechtsbegriff** vor. Bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe ist ein **normativer Maßstab** anzulegen, der im Rahmen der rechtlichen Beurteilung vom Revisionsgericht überprüft werden kann. Neben gesetzlichen Wertungen und allgemein anerkannten Maximen und Standards sind vor allem die **Rechtsüberzeugung** und die **Verkehrssitte der beteiligten Kreise** heranzuziehen. – Der Richter darf zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „berechtigte Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Benützers“ zwar seine allgemeine Lebenserfahrung einsetzen, ist aber insofern nicht Repräsentant dieser Verkehrskreise. Auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung jener Tatsachen, die zur Konkretisierung der „berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Benützers“ erforderlich sind, kann nicht verzichtet werden.

- EvBl 1999/126: Zur Produkthaftung des „**Anscheinsherstellers**“.

 ABBILDUNG: PHG (1) bis (6)

VII. Verkürzung über die Hälfte

1. Zweck der Regelung

Die Verkürzung über die Hälfte bekämpft schwere (objektive) **Äquivalenzstörungen**, dh Situationen bei entgeltlichen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in grobem Missverhältnis zueinander stehen. Die gesetzliche Regelung entspringt einer Situation, die der Gesetzgeber nicht zu tolerieren bereit ist, obwohl er weiß, dass Leistung und Gegenleistung längst nicht immer objektiv gleichen Wert haben. Zuviel ist es jedoch, wenn die Äquivalenzstörung mehr als die Hälfte des gemeinen (= objektiven) Wertes ausmacht; § 305 ABGB.

Äquivalenzstörungen

Historisch spielte die **laesio enormis** (= enorme Verletzung) als Wucherbekämpfungsmittel eine Rolle. Die rechtshistorische Entwicklung verlief vom **nachklassisch-römischen** (Diokletian: zunächst nur für die Verkäuferseite, weil die Käuferseite damals durch Preisregulierung ohnehin geschützt war!) zum **kanonischen** Recht und fand von hier Eingang ins **Gemeine Recht** von wo es das **ABGB** übernahm. Zur Geschichte H. Kalb, ArchKirchR 1985, H. 4. Zum **Wucher** (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) → Kapitel 11.E.II.2., S. 747. Was unterscheidet unser Rechtsinstitut vom Wucher? Welche Unterschiede bestehen bei der Geltendmachung hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen? Die **Bedeutung** unseres Rechtsinstituts hält sich in Grenzen. Ein europäisches ZGB wird es wohl nicht mehr aufnehmen.

Rechtsgeschichte

 OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 159/01p, JBl 2002, 243 = EvBl 2002/42: Eine **Option zum Kauf einer Liegenschaft** wird nach über 20 Jahren ausgeübt; das ursprünglich landwirtschaftlich genutzte Grundstück war inzwischen ein Vielfaches Wert (Umwidmung in Bauland). – OGH: Für die Bewertung der beiden Leistungen iSd § 934 ABGB (**laesio enormis**) ist auf den objektiven Wert im Zeitpunkt der Ausübung des Optionsrechts abzustellen (und nicht auf den Abschluss des Optionsvertrags?). Hinzuzufügen ist: Wenn nichts anderes vereinbart wurde.

- OGH 7. 8. 2001, 1 Ob 161/01k, EvBl 2002/1: Ein Fruchtnießer an einem Mietshaus schließt mehrere Mietverträge. Nach seinem Tod will der Erbe einen dieser Mietverträge wegen **laesio enormis** (§ 934 ABGB) anfechten. – OGH: Für den Ausschluss der Anfechtung wegen laesio enormis genügt es nicht, dass dem Vermieter bewusst ist, einen wesentlich geringeren als den tatsächlich erzielbaren Mietzins zu verlangen, vielmehr könnte nur die positive Kenntnis des Verkürzten vom wahren Wert die Anfechtung wegen laesio enormis ausschließen. (§ 1487 ABGB ist zu beachten.)

Unser Rechtsmittel kommt zum Tragen, wenn bei entgeltlichen Geschäften der **gemeine Wert** (§ 305 ABGB) der Leistung nicht einmal die Hälfte des gemeinen Werts der Gegenleistung erreicht.

Voraussetzungen

In diesem Fall kann der (objektiv) verkürzte Vertragspartner:

- **Aufhebung des Vertrags** und Rückstellung der Leistung gerichtlich verlangen (nicht aber Preisminderung!);
- der verkürzende Teil kann aber durch **Aufzahlung auf den gemeinen Wert** das Geschäft aufrechterhalten. Das stellt eine sog facultas alternativa dar. Die Aufzahlung muss den vollen Marktpreis erreichen und nicht nur die Hälfte!

Rechtsfolgen

2. Zeitpunkt der Berechnung – *ius cognis*

Nach § 934 Satz 3 ABGB wird das „Missverhältnis des Wertes ... nach dem **Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes** bestimmt“.

Nach § 935, erster Halbs ABGB handelt es sich bei § 934 ABGB um **zwingendes Recht**. § 935 Satz 2 ABGB statuiert jedoch Ausnahmen; zB wenn jemand die Sache „aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert“ zu übernehmen erklärt oder die Sache in einer gerichtlichen Versteigerung erwirbt. Vgl die weiteren Beispiele im Gesetz.

Handelsgeschäfte können nach Art 8 Nr 6 EVzHGB nicht nach § 934 ABGB angefochten werden. – Ausnahmen gelten auch für Vergleiche (§ 1386 ABGB → A.VI.3.) und Glücksverträge (§ 1268 ABGB) → Kapitel 12.H., S. 831.

 ABBILDUNG: Verkürzung über die Hälfte (1) + (2)

VIII. Nachträgliche Unmöglichkeit

1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

Ist die vereinbarte Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich, liegt anfängliche Unmöglichkeit vor; war die Leistung bei Vertragsschluss aber möglich und wird sie erst später, genauer: zwischen Vertragsschluss und Erfüllung unmöglich, liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor. Das kann auf unterschiedliche Weise eintreten, nämlich durch tatsächliches – zB verkauftes Auto wird bei Unfall zerstört – oder rechtliches Unmöglichwerden; diesen Fall regelt § 880 ABGB: sog Außerverkehrsetzen einer Sache. – Nur die nachfolgende Unmöglichkeit ist Leistungsstörung, die anfängliche dagegen ein Mangel in der Wurzel des Rechtsgeschäfts.

Die nachfolgende Unmöglichkeit konkurriert nicht selten mit den Rechtsinstituten der Gewährleistung und/oder des Verzugs, also anderen Leistungsstörungen.

2. Verschuldete und nicht verschuldete Unmöglichkeit

Diese Leistungsstörung kann – vergrößert gesagt – ihren Grund in einem **Verschulden** des Vertragspartners haben (§ 920 ABGB) oder **ohne Verschulden** des Vertragspartners eingetreten sein (§ 1447 ABGB). Danach unterscheiden sich auch die Rechtsfolgen; Gesetz lesen.

 OGH 25. 9. 2001, 1 Ob 164/01a, EvBl 2002/40: Eine slowenische Bank übernahm für einen slowenischen Unternehmer eine **Bankgarantie** für die Rückerstattung einer Anzahlung. Begünstigter begehrt Zahlung des Garanten, was dieser verweigert, da auf Grund einer Einstweiligen Verfügung eines slowenischen Gerichts Unmöglichkeit vorliege. – OGH: Bei einer bloßen Provisorialmaßnahme liegt keine Unmöglichkeit vor, da das Kriterium des „dauernden Hindernisses“ nicht erfüllt ist.

- Vgl dazu auch das Beispiel → Kapitel 8.C.II., S. 530: **Doppelverkauf**. – Zur Bedeutung dieser Unterscheidung bei beschränkten Gattungsschulden → Kapitel 8.D.II.5., S. 546.

3. Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit der Leistung

Das römische Recht kannte das dem Celsus (D. 50, 17, 185) zugeschriebene Rechtsspruchwort: **ultra posse nemo tenetur** – Mehr zu tun, als man kann, ist niemand verpflichtet. Dieser Rechtssatz stammt aber schon aus dem antiken Griechenland und findet sich nachweislich schon bei Demosthenes. – Diese Formel besitzt sowohl für das **subjektive** Unvermögen wie die **objektive** Unmöglichkeit Bedeutung, tendiert aber bereits in Richtung Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit der Leistung.

Beispiele

Der Unmöglichkeit der Leistung gleichgestellt werden heute die (individuelle) **Unzumutbarkeit** und die sog **Unerschwinglichkeit der Leistung**. – Unzumutbar ist bspw ein Gefühls- oder Gewissenskonflikt des Schuldners; zB Künstler soll am Todestag eines nahen Angehörigen auftreten. – Unerschwinglichkeit (als Unterfall der Unzumutbarkeit) dagegen wäre anzunehmen, wenn der für die Erbringung der Leistung nötige Aufwand in keiner vertretbaren Relation zum Wert der Leistung steht; vgl MietSlg 37.179 oder SZ 26/194.

Keine Unzumutbarkeit / Unerschwinglichkeit der Leistung ist aber anzunehmen, wenn der Leistungspflichtige bewusst ein bestimmtes **Risiko** übernommen hat.

 H. Klang, Unerschwinglichkeit der Leistung (1921).

4. Anspruchskonkurrenz und iura novit curia

Von **Anspruchs- Konkurrenz** spricht man dann, wenn ein Rechtsanspruch nicht nur auf einem (einzigem) Weg geltend gemacht werden kann, sondern der Anspruchsteller über mehrere Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung verfügt. So kann es sein, dass ein Anspruchswerber gleichzeitig in seiner Klage sowohl Gewährleistung, Verzug, nachfolgende Unmöglichkeit, Irrtum und Schadenersatzansprüche erhebt. Das ist grundsätzlich zulässig.

Anspruchskumulierung

Es liegt dann zugleich eine **Anspruchskumulierung** vor. Der Anspruchswerber kann sich aber auch nur auf eine Anspruchsgrundlage stützen. Die Leistung kann aber selbstverständlich nur

einmal (v)erlangt werden. – Aber parallele / kumulierte Anspruchsgeltendmachung erhöht die Sicherheit / Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Anspruchsdurchsetzung! Irgendetwas wird ja wohl „klappen“! Vgl aber gleich: *Iura novit curia*.

Anspruchskonkurrenz kann aber auch **sukzessiv** zur Anwendung gelangen; so schließt bspw das Erlöschen des Gewährleistungsanspruchs durch Zeitablauf die Irrtumsanfechtung nicht aus; Rspr 1932/309.

In diesem Zusammenhang kann ein zivilprozessualer Merksatz kurz erläutert werden: *Iura novit curia*. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz meint, dass es nicht Aufgabe der Parteien, sondern des Gerichts ist, ein dem Gericht unterbreitetes Parteivorbringen (einen Sachverhalt) bezüglich seiner rechtlichen Konsequenzen (im Detail) zu beurteilen. „Das Gericht hat die Kenntnis des anwendbaren Rechts zu besitzen oder sich zu verschaffen“; Fasching, *Zivilprozeßrecht*, 1990². (Das war nicht immer so in der Rechtsgeschichte.) – Die Parteien trifft also nicht die Pflicht, ihr rechtliches Vorbringen (zB in einem Schriftsatz oder einer Klage) unter bestimmte Rechtssätze / Tatbestände (verbindlich) zu subsumieren. Und auf der anderen Seite ist das Gericht auf keinen Fall an allfällige Parteisubsumtionen – die natürlich in der Praxis vorkommen – gebunden. Es genügt, wenn der Anspruch / das Begehren so gestellt wird, dass das Gericht daraus zB einen Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruch abzuleiten vermag. – In diesem Sinne sind auch die eben gemachten Aussagen zur Anspruchskonkurrenz zu verstehen und zu relativieren.

Iura novit curia

IX. Zur sog positiven Vertragsverletzung

Im Zusammenhang mit den vertraglichen Haupt- und Neben(leistungs)plichten und den Leistungsstörungen soll auch die sog positive Vertragsverletzung (**pVV**) kurz behandelt werden, zumal sie im österreichischen Schrifttum eine gewisse, wenngleich wenig glückliche, Rolle spielt. – Vgl auch → Kapitel 9.A.I.3., S. 578: Vertrags- und Deliktshaftung. Der Text wird nunmehr in der Form eines Links angeboten.

> zivilrecht.online

