

## EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung

Der Ersatz von Schäden, die nicht in der Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung selbst liegen, sondern *durch den Mangel verursacht* wurden (Mangelfolgeschäden), richtet sich nach allgemeinem Schadenersatzrecht und setzt daher Verschulden des Übergebers voraus. Diese Ansicht ist in der österreichischen Lehre<sup>1)</sup> und Judikatur<sup>2)</sup> seit Jahrzehnten völlig unstrittig.

Ebenso unbestritten ist – aufgrund der expliziten Verankerung in § 932 Abs 4 ABGB –, dass sich der Übergeber darauf berufen kann, dass sowohl die Verbesserung als auch der Austausch für den Übergeber mit einem *unverhältnismäßig hohen Aufwand* verbunden sind.<sup>3)</sup> In diesem Fall stehen dem Übernehmer nur die sekundären Behelfe zu.

Mit den beiden genannten Themen hatte sich der EuGH in der rezenten Entscheidung *Gebr. Weber* zu befassen.<sup>4)</sup> Mit seinem Urteil rüttelt der Gerichtshof an zwei „Grundwahrheiten“ des österreichischen Gewährleistungsrechts. Der Beitrag stellt die Entscheidung und ihre Auswirkungen für Österreich vor.

### 1. EuGH

#### 1.1. Sachverhalt und Vorlagefragen

Der Rs C-65/09 (*Gebr. Weber*) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Kl und Bekl hatten einen Kaufvertrag über polierte Bodenfliesen geschlossen. Nachdem der Kl bereits zwei Drittel der Fliesen hatte verlegen lassen, stellte er an der Oberfläche eine Schattierung fest. Mit seiner Klage forderte er die Lieferung von mangelfreien Fliesen sowie Zahlung der Kosten für Ein- und Ausbau der mangelhaften Fliesen (die fast das Fünffache des Kaufpreises ausmachten). Die Klage wurde abgewiesen und die Bekl zu einer Zahlung verurteilt, die die Wertminderung der Fliesen ausgleichen sollte. Der Fall landete schließlich beim BGH.

In einem sehr ähnlich gelagerten Sachverhalt (Rs C-87/09, *Putz*) hatte die Käuferin eine Spülmaschine bestellt und diese einbauen lassen. Erst danach stellte sich heraus, dass die Spülmaschine Mängel aufwies. Die Käuferin forderte von der Vertragspartnerin neben der Lieferung einer neuen Spülmaschine auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Spülmaschine. Der Fall landete vor dem Amtsgericht Schorndorf.

Der BGH und das Amtsgericht setzten die Verfahren aus und legten dem EuGH (sinngemäß) folgende Auslegungsfragen zur Verbrauchsgüterkauf-RL 99/44/EG zur Vorabentscheidung (Art 267 AEUV) vor:

Der erste Problemkreis betrifft den *Umfang des Nacherfüllungsanspruchs*. Verlangt Art 3 Abs 2 und 3 der RL auch, dass der Verkäufer im Fall der Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus der vertragswidrigen Ware aus einer Sache tragen muss, in die der Verbraucher die Ware gemäß deren Art und Verwendungszweck eingebaut hat? Muss der Übergeber für die

Kosten des Einbaus des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts aufkommen, selbst wenn der Einbau vertraglich ursprünglich nicht geschuldet war?

Der zweite Bereich betrifft das *Verhältnis der Behelfe* zueinander: Kann der Verkäufer die primären Abhilfen verweigern (mit der Konsequenz, dass der Verbraucher nur Minderung oder Wandlung verlangen kann), wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert des Verbrauchsguts unverhältnismäßig sind?

#### 1.2. Rechtliche Beurteilung des Gerichtshofes

Der EuGH verband die beiden Rs zur gemeinsamen Entscheidung. Zunächst macht er deutlich, dass die *Unentgeltlichkeit* der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts zentrales Kriterium der RL 99/44/EG ist (RN 46).<sup>5)</sup> Müsste der Verbraucher für die Kosten des Ein- und Ausbaus selbst aufkommen, so würde für ihn eine zusätzliche finanzielle Belastung geschaffen. Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands sei dann aber – entgegen Art 3 Abs 2 und 3 der RL – eben nicht mehr unentgeltlich (RN 47–49).

Die Ein- und Ausbauposten sind zwar in der Aufzählung der vom Übergeber bei Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu tragenden Kosten (Art 3 Abs 4 der RL) nicht *expressis verbis* enthalten. Der EuGH hat jedoch bereits in einer früheren Entscheidung ausgesprochen, dass die in der RL getroffene Aufzählung lediglich demonstrativ sei.<sup>6)</sup>

Der Gerichtshof fährt fort, dass sich aus der Systematik der Art 3 Abs 2 und 3 der RL ergebe, dass für alle Arten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dasselbe Verbraucherschutzniveau gelte. Es bestünden auch keine Zweifel darüber, dass die Behebung des Mangels (Verbesserung) stets in der Situation vorgenommen werden müsse, in der sich das Verbrauchsgut befände. Bei der Verbesserung habe somit der Verbraucher jedenfalls nicht die Kosten für den Ausbau und Neueinbau zu tragen (RN 51). Der EuGH führt weiter aus, dass es für den Verbraucher eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen würde, wenn der Verkäufer das vertragswidrige Gut

1) *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 933a Rz 9; *P. Bydliński* in *KBB*<sup>3</sup> (2010) § 933a Rz 10; *Ofner* in *Schwimmann*<sup>3</sup> IV (2006) § 933a Rz 1; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung (2001) § 933a Rz 10; *Kletečka*, Gewährleistung neu (2001) § 933a Rz 1 ff.

2) Siehe nur OGH 7 Ob 235/02p; 10 Ob 94/08h.

3) *P. Bydliński* in *KBB*<sup>3</sup> § 932 ABGB Rz 18; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 932 Rz 46; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) 120 ff.

4) EuGH 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 und C-87/09, *Gebr. Weber*.

5) Der Gerichtshof beruft sich auf die Vorarbeiten zur RL und auf EuGH 17. 4. 2008, C-404/06, *Quelle*, RN 33 f.

6) Der Gerichtshof bezieht sich auf EuGH 17. 4. 2008, C-404/06, *Quelle*, RN 31.

nicht ausbaue und das Ersatzgut nicht wieder einbaue (oder die Kosten dafür trägt; RN 52 f).

Schließlich meint der EuGH auch noch, dass seine Auslegung nicht zu einem ungerechten Ergebnis führe. Treffe beide Vertragsparteien am Mangel des Verbrauchsguts kein Verschulden, so habe der Verbraucher seinen Teil des Vertrags durch das Bezahlen des Kaufpreises bereits erfüllt, während der Verkäufer aufgrund der vertragswidrigen Beschaffenheit der Ware seiner Pflicht nicht nachgekommen sei. Die zweckmäßige, im guten Glauben an die Vertragsgemäßheit erfolgte Verwendung des Verbrauchsgutes könne dem Verbraucher jedenfalls nicht als Verschulden zur Last gelegt werden (RN 56 f). Der EuGH bleibt damit freilich eine Erklärung schuldig, warum es legitim ist, dem Verkäufer verschuldensunabhängig Kosten aufzuerlegen, die über die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes hinausgehen.<sup>7)</sup>

Anschließend wendet sich der Gerichtshof mit der Unverhältnismäßigkeit dem zweiten Problemkreis zu (RN 63 ff). Es bestünden nach Auffassung des EuGH keine Zweifel darüber, dass der Unionsgesetzgeber lediglich eine „relative Unverhältnismäßigkeit“ vor Augen hatte (RN 68 ff). Die Unverhältnismäßigkeit beziehe sich nämlich nur auf das Verhältnis zwischen den Gewährleistungsbehelfen der ersten Stufe. Der einzige mögliche Gewährleistungsbehelf der ersten Stufe könne hingegen niemals unverhältnismäßig sein (RN 70). Der Übergeber kann den Austausch daher nach der Auffassung des EuGH nicht mit dem Argument verweigern, dass ihm beim Einbau der mangelfreien und Ausbau der mangelhaften Sache unverhältnismäßig hohe Kosten entstehen (vgl RN 78).

Der EuGH redet mit seiner Entscheidung also einer verschuldensunabhängigen Haftung des Übergebers für gewisse Mangelfolgeschäden das Wort. Darüber hinaus soll sich der Übergeber niemals auf die Unverhältnismäßigkeit des mit der Nacherfüllung verbundenen Aufwands berufen können.

Dass diese Auslegung zu weit geht, dürfte auch der Gerichtshof erkennen. Daher folgt am Ende der Entscheidung ein methodisches Kunststück. Der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des Ersatzguts könne, „falls erforderlich“, auf einen Betrag beschränkt werden, „der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen“ ist (RN 74). Der Gerichtshof möchte diese Beschränkungsmöglichkeit offenbar als richterliches Ermessen (!) verstanden wissen (vgl RN 76), freilich ohne offenzulegen, woraus sich dieses ergeben könnte. Der Hinweis auf einen „gerechten Ausgleich“ durch die RL (RN 75) kann die Begründung jedenfalls nicht ersetzen. Der Gerichtshof gibt dem Richter schließlich noch einen lapidaren Hinweis mit auf den Weg: Die Herabsetzung dürfe nicht dazu führen, dass das Recht des Verbrauchers in der Praxis ausgehöhlt werde (RN 76).

## 2. Auswirkungen in Österreich

### 2.1. Richtlinienkonforme Interpretation

Aus dem referierten Urteil des EuGH folgt also, dass das bisherige Verständnis des österreichischen Gewährleistungsrechts in

7) Der Gerichtshof geht auch nicht auf die Argumente von GA *Mazák* ein, der in seinen Schlussanträgen noch streng zwischen der Haftung für den Mangel selbst und der Haftung für dessen Folgen unterschied und damit zu einem anderen Ergebnis als der EuGH gelangte, siehe SA *Mazák*, 18. 5. 2010, C-65/09, *Gebr. Weber*, insb RN 47, 55 f.

zwei zentralen Punkten (Umfang des Nacherfüllungsanspruchs, Umstieg auf die sekundären Behelfe) nicht den durch den EuGH konkretisierten Vorgaben der Richtlinie entspricht. Das führt zur Frage, wie das innerstaatliche Recht an die europäischen Vorgaben anzupassen ist.

Auszugehen ist davon, dass die Verbrauchsgüterkauf-RL nicht unmittelbar wirkt, sondern einer Umsetzung in nationales Recht bedarf (Art 288 Abs 3 AEUV).<sup>8)</sup> Neben einer Reaktion des nationalen *Gesetzgebers* kommt auch eine Anpassung durch die Gerichte mittels *richtlinienkonformer Interpretation* in Betracht. Nationale Bestimmungen sind nämlich nach unbestrittener Rsp des EuGH im Lichte von Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszulegen, wenn die nationalen Methoden der Rechtskenntnis es zulassen.<sup>9)</sup>

In der Folge ist daher zu prüfen, inwiefern die Auslegung der gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und des KSchG im Lichte der Entscheidung des Gerichtshofes überdacht werden kann.

### 2.2. Kosten der Nacherfüllung (§ 8 Abs 3 KSchG)

§ 932 ABGB spricht von „Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden)“ und „Austausch“, ohne den Umfang des Nacherfüllungsanspruches näher zu definieren. Der Gesetzgeber hielt dies nicht für notwendig, weil die Antwort für ihn im Zweck der Gewährleistung – Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz – lag: Der Übergeber soll den *vertragsgemäßen Zustand* herstellen, das spiegelbildliche Recht steht dem Unternehmer *unentgeltlich* zu.<sup>10)</sup>

Für das Verbrauchergeschäft ordnet § 8 Abs 3 KSchG jedoch an, dass der Unternehmer die „notwendigen Kosten der Verbesserung oder des Austausches, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten“, zu tragen hat. Damit hat der Gesetzgeber des GewRÄG 2001 genau die Kostentragungsregel vollständig übernommen, die der EuGH in seiner Entscheidung ausgelegt hat, um dem Übergeber die mit Ein- und Ausbau des ausgetauschten Gutes verbundenen Kosten aufzubürden. Der Gesetzgeber hatte zwar natürlich kein klares Bild von der späteren Auslegung der Bestimmung durch den EuGH, ausweislich der Materialien ahnte er allerdings bereits, dass diese Anordnung mit den allgemein-zivilrechtlichen Kostentragungsregeln nicht vollständig in Einklang stand.<sup>11)</sup> Trotzdem hat er sie übernommen. Dem Urteil des EuGH in der Rs *Gebr. Weber* kann daher durch eine *richtlinienkonforme Auslegung* des § 8 Abs 3 KSchG Rechnung getragen werden: Die Kosten für den Ein- und Ausbau der ausgetauschten Sache sind notwendige Kosten im Sinne dieser Bestimmung.<sup>12)</sup>

### 2.3. Umstieg auf die sekundären Behelfe (§ 932 Abs 4 ABGB)

§ 932 Abs 4 ABGB ordnet an, dass der Unternehmer nur mehr die sekundären Behelfe hat, wenn die Verbesserung und der

8) RL können zwar nach der Rsp des EuGH ausnahmsweise unmittelbare Wirkungen entfalten, das gilt aber nicht bei privatrechtlichen RL wie der Verbrauchsgüterkauf-RL, vgl jüngst *Perner*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: OGH folgt *Quelle*-Rsp des BGH, ÖJZ 2011, 621, 622 f.

9) Siehe nur *Ruffert* in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011) Art 288 AEUV Rz 77 mit Nw aus Rsp und Lehre.

10) *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 14; *Faber*, Gewährleistungsrecht 136 f, 140 ff.

11) EBRV 422 BlgNR 21. GP 23; siehe *Faber*, Gewährleistungsrecht 141 f. AA *Welser/Jud*, Gewährleistung § 8 KSchG Rz 12.

12) Alternativ kann der Übergeber den Aus- und Einbau selbst vornehmen.

Austausch für den Übergeber mit einem „unverhältnismäßig hohen Aufwand“ verbunden sind. Aufgrund des eindeutigen, dem vom EuGH erzielten Ergebnis entgegenstehenden Wortlautes scheidet eine richtlinienkonforme *Auslegung* des § 932 Abs 4 ABGB aus.

Die Pflicht der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen „Interpretation“ umfasst jedoch nicht nur die Auslegung. Nach der Rsp des EuGH<sup>13)</sup> sind vielmehr alle innerstaatlichen Methoden der Rechtsfindung auszuschöpfen, wozu auch die *Rechtsfortbildung* gehört.<sup>14)</sup> Es ist daher zu überlegen, ob § 932 Abs 4 ABGB teleologisch um den Satzteil „oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden“ reduziert werden kann.

Bereits auf den ersten Blick ist die Parallele zur *Quelle*-Entscheidung des BGH<sup>15)</sup> und zur *Zugabenverbot*-Entscheidung des OGH<sup>16)</sup> zu erkennen, in denen die beiden Höchstgerichte eine teleologische Reduktion richtlinienwidrigen nationalen Rechts jeweils bejahten: Der Gesetzgeber wollte in allen Fällen eine Richtlinie vollständig umsetzen und ging von der Europarechtskonformität der innerstaatlichen Umsetzung aus (hier: § 932 Abs 4 ABGB).<sup>17)</sup> Später stellte sich aufgrund eines Urteils des EuGH heraus, dass der Gesetzgeber bei der Auslegung der Richtlinie geirrt hatte und die innerstaatliche Bestimmung daher richtlinienwidrig war.

Die Lösung der genannten Fallgruppe ist zwar umstritten, die überwiegende Lehre folgt BGH und OGH aber.<sup>18)</sup> Das kann an dieser Stelle zwar nicht näher vertieft werden.<sup>19)</sup> Zu beachten ist jedoch eines: Das gegen die Rechtsfortbildung gerichtete Argument, die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, dem Übergeber den Einwand der Unverhältnismäßigkeit zu erlauben, müsse respektiert werden, wäre verkürzend. Die Entscheidung des Gesetzgebers beruht nämlich auf einer unzutreffenden Prämisse (der falschen Richtlinienlegung).

Folgt man der hA im konkreten Fall, stellt sich freilich ein weiteres Problem. Der Gesetzgeber hat die Verbrauchsgüterkauf-RL *überschießend umgesetzt*.<sup>20)</sup> Die RL 99/44/EG gilt nämlich nur für Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, während § 932 Abs 4 ABGB auf alle entgeltlichen Verträge – also auch Werkverträge sowie Kaufverträge

zwischen Unternehmern und zwischen Verbrauchern – anwendbar ist. § 932 Abs 4 ABGB ist also eine „Hybridnorm“,<sup>21)</sup> die teils europarechtlich determiniert ist, teils auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers beruht. Kann sich der Übergeber im autonomen Bereich (also zB gegenüber einem unternehmerischen Käufer) in Zukunft aber auf die Unverhältnismäßigkeit berufen, um auf die sekundären Behelfe umzusteigen („gespaltene Auslegung“ des § 932 Abs 4 ABGB), oder sind auch diese Sachverhalte von der Rechtsfortbildung betroffen („einheitliche Auslegung“)?

Eine europarechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation besteht im Überschussbereich selbstverständlich nicht. Es handelt sich vielmehr um eine Frage, die sich ausschließlich nach innerstaatlichem Recht richtet und die mithilfe einer *interpretatorischen Gesamtabwägung* zu beantworten ist.<sup>22)</sup> Wiegt die konkrete Sachentscheidung des Gesetzgebers im Überschussbereich oder die Einheit der Rechtsordnung schwerer? Im konkreten Fall sticht ins Auge, dass dem Gesetzgeber des GewRÄG 2001 besonders viel an einer *einheitlichen Umsetzung* lag.<sup>23)</sup> Das könnte für eine einheitliche Auslegung des § 932 Abs 4 ABGB sprechen.

### 3. Ergebnis

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Gebr. Weber* hat der Übergeber bei Austausch des Verbrauchsguts die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der neuen Sache zu tragen (oder den Ein- und Ausbau vorzunehmen). Der Verkäufer kann sich nicht auf einen unverhältnismäßig hohen Aufwand berufen, um auf die sekundären Behelfe umzusteigen. Seine Haftung kann allerdings vom Richter auf einen „angemessenen“ Betrag beschränkt werden.

Dem EuGH-Urteil kann zwar durch richtlinienkonforme Auslegung des § 8 Abs 3 KSchG (Kostentragung der Nacherfüllung) und durch richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 932 Abs 4 ABGB Rechnung getragen werden. Das sollte jedoch kein Anlass für den Gesetzgeber sein, sich „zurückzulehnen“. Das europarechtliche Transparenzgebot bei der Richtlinienumsetzung kann eine Anpassung der innerstaatlichen Rechtslage auch dort erforderlich machen, wo eine richtlinienkonforme Interpretation möglich ist.<sup>24)</sup> Auf das GewRÄG 2001 sollte daher ein – wieder europarechtlich bedingtes – GewRÄG 2011 folgen.

13) Siehe EuGH 10. 4. 1984, Rs 14/83, von *Colson und Kamann*, LS 2 S 4 und Tenor 3 S 2; 13. 11. 1990, Rs C-106/89, *Marleasing*, RN 8.

14) Siehe nur *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydliniski (2002) 47, 81 ff.

15) BGH VIII ZR 200/05, JZ 2009, 518 (Gsell). Dazu zB *Höpfner*, EuZW 2009, 155, 159; *Gebauer*, GPR 2009, 82.

16) OGH 4 Ob 208/10g, MR 2011, 41 (*Plasser*) = wbl 2011, 221 (*W. Schuhmacher*) = *Perner*, ÖJZ 2011, 621.

17) Siehe nur EBRV 422 BlgNR 21. GP 7 ff.

18) Vgl *Perner*, ÖJZ 2011, 622.

19) Siehe dazu *Perner*, ÖJZ 2011, 622.

20) *Habersack/Mayer*, § 15 Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre<sup>2</sup> (2010); monografisch *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006).

21) Siehe *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000) 445.

22) *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre<sup>2</sup> § 15 Rz 37; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht 142 ff (vgl auch 156 f).

23) EBRV 422 BlgNR 21. GP 8.

24) Siehe *Perner*, ÖJZ 2011, 623.



Foto privat

#### Der Autor:

Ass.-Prof. Dr. Stefan Perner ist am Institut für Zivilrecht der Universität Wien tätig.

**Kontakt:** stefan.perner@univie.ac.at

#### Jüngere Publikationen des Autors:

Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig – Bemerkungen anlässlich EuGH 01.03.2011 Rs C-236/09 (Test-Achats), ÖJZ 2011, 333; Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: OGH folgt Quelle-Rsp des BGH, ÖJZ 2011, 621.



Foto privat

#### Der Autor:

Univ.-Ass. Mag. Moritz Zoppel ist am Institut für Zivilrecht der Universität Wien tätig.

**Kontakt:** moritz.zoppel@univie.ac.at

#### Publikationen des Autors:

Anmerkung zu OGH 4 Ob 89/10g (Haftung des Grundeigentümers für Schäden durch Baumaschinen), ÖJZ 2011, 467.