



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Konkurrenzen zwischen Gewährleistung und den
§§ 918 ff ABGB und zwischen Gewährleistung und
laesio enormis“

Verfasserin

Mag. iur. Anna Baumgartner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009	
Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Gert Iro

Inhaltsverzeichnis

I. Die Konkurrenz von Normen	1
I. 1. Einleitung.....	1
I. 2. Die Gesetzeskonkurrenz.....	4
I. 3. Die alternative Konkurrenz.....	9
I. 4. Die kumulative Konkurrenz.....	9
I. 4. 1. Anspruchskonkurrenz oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz?	10
I. 4. 1. 1. Herleitung der Theorie der Anspruchskonkurrenz.....	13
I. 4. 1. 2. Diskussion.....	16
I. 5. Fazit.....	22
II. Die Konkurrenz zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff ABGB (Verzug und Unmöglichkeit)	24
II.1. Allgemeines und Einleitung in die Problematik.....	25
II. 2. Die Lehre.....	26
II. 2. 1. Die herrschende Lehre.....	26
II. 2. 2. Die Mindermeinungen.....	36
II. 2. 3. Die Lehre von <i>Oskar Pisko</i>	42
II. 2. 3. 1. Der Stückkauf.....	43
II. 2. 3. 2. Der Gattungskauf.....	46
II. 3. Diskussion.....	48
II. 3. 1. Die Norm.....	48
II. 3. 2. Entwicklungsgeschichtlicher Ansatz.....	50
II. 3. 3. Die „Annahme als Erfüllung“.....	51
II. 3. 3. 1. Die Formulierung des § 922 ABGB	51
II. 3. 3. 2. Übergabe ist gleich „Annahme als Erfüllung“?.....	52
II. 3. 3. 2. 1. Die „Annahme als Erfüllung“ als Vertrag – Der „Erfüllungsvertrag“.....	54
II. 3. 3. 2. 2. Die Annahme der Sache in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit.....	56
II. 3. 3. 2. 3. Die Annahme der Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit.....	59
II. 3. 3. 3. Unanwendbarkeit der Nichterfüllungsnormen ab Übergabe der Leistung?.....	64
II. 3. 3. 4. Das Geltendmachen von Erfüllungsansprüchen trotz Erfüllung?.....	66
II. 3. 4. Parallele bzw. kombinatorische Anwendung – Wahlrecht.....	70
II. 3. 5. Die Gewährleistung als <i>lex specialis</i> ?.....	75
II. 3. 6. Die Verjährungsfristen.....	81
II. 3. 7. Die Verkehrssicherheit.....	83
II. 4. Das <i>aliud</i>	86
II. 5. Fazit.....	95
III. Die Konkurrenz von Gewährleistung und <i>laesio enormis</i>	98
III. 1. Allgemeines und Einführung in die Problematik.....	98
III. 1. 1. § 934 ABGB: Die <i>laesio enormis</i>	99
III. 1. 2. Einführung.....	101
III. 2. Die Lehre.....	103
III. 2. 1. Die herrschende Lehre.....	103
III. 2. 2. Die Mindermeinung.....	108

III. 3. Die Rechtsprechung.....	111
III. 4. Der Vertragsinhalt.....	115
III. 4. 1. Der Vertragsinhalt bei der Genussschuld.....	117
III. 4. 2. Der Vertragsinhalt bei der Speziesschuld.....	119
III. 4. 2. 1. Die Spezies mit anfänglichem Mangel.....	121
III. 4. 2. 1. 1. Die Spezies mit unbekanntem anfänglichem Mangel.....	122
III. 4. 2. 1. 2. Die Spezies mit bekanntem anfänglichem Mangel.....	122
III. 4. 3. Die Behebbarkeit des Mangels.....	125
III. 5. Die Grundlage des § 934: Vertraglich Vereinbartes oder faktisch Geleistetes?.....	127
III. 5. 1. Der Norminhalt.....	128
III. 5. 2. Der Kern der Problematik.....	135
III. 5. 2. 1. Die Folgen der Einbeziehung anfänglicher Mängel in das für die laesio enormis relevante Wertmissverhältnis.....	150
III. 6. Die Konkurrenz von laesio enormis und Gewährleistung.....	155
III. 7. Lösung der Anlassfälle.....	157
III. 8. Fazit.....	159
Literaturverzeichnis	162
Abstract	166
Lebenslauf des Verfassers	168

Kapitel I

Die Konkurrenz von Normen

Legende:

- I. 1. Einleitung
- I. 2. Die Gesetzeskonkurrenz
- I. 3. Die alternative Konkurrenz
- I. 4. Die kumulative Konkurrenz
- I. 4. 1. Anspruchskonkurrenz oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz?
- I. 4. 1. 1. Herleitung der Theorie der Anspruchskonkurrenz
- I. 4. 1. 2. Diskussion
- I. 5. Fazit

I. 1. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind das Zusammentreffen von Gewährleistung und Nichterfüllung und jenes von Gewährleistung und Verkürzung über die Hälfte. Decken sich die Tatbestände von aufeinander treffenden Normen ganz oder teilweise, spricht man von Konkurrenz.

Bevor auf die einzelnen Fallgruppen eingegangen wird, ist es sinnvoll zu klären, was eine Konkurrenz ist, welche Arten es gibt und wie die unterschiedlichen Varianten gelöst werden.

Sind auf einen Sachverhalt zwei oder mehrere Normen anwendbar, deren Tatbestände ganz oder bloß teilweise übereinstimmen, liegt eine Konkurrenz von Rechtssätzen vor¹. Exempel dafür sind zahlreich: So kann beispielsweise² neben sachenrechtlichen Ansprüchen auch der Tatbestand für einen Schadenersatzanspruch erfüllt sein, oder Bereicherungsansprüche und Schadenersatz nebeneinander

¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre³, 87.

² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 35.

auftreten. Beim Entzug einer Sache kann der Rückgabeanspruch sowohl auf §§ 1295, 1323 ABGB, § 366 ABGB, als auch auf § 1041 ABGB beruhen. Weiters kann bei Körperverletzung sowohl ein Schadenersatz nach den §§ 1295, 1325 ABGB, also auch ein Anspruch nach dem EKHG bestehen.

Normenkonkurrenz kann selbstverständlich nur dann vorliegen, wenn die betroffenen Normen dem Rechtsbestand angehören, ihnen daher vor allem nicht derogiert wurde³. Die Rechtsfolgen der Bestimmungen können miteinander vereinbar sein, oder einander widersprechen. Widersprechen sie einander, muss, schon aus rein denklologischen Gründen, einer der Vorschriften der Vorrang zukommen⁴.

Neben der Konkurrenz einzelner Normen gibt es auch das Zusammentreffen ganzer Regelungskomplexe⁵. Klassisches Beispiel ist das Aufeinandertreffen von Kontrakts- und Deliktshaftung. Dabei treten keine Besonderheiten auf, besonderes Augenmerk ist auf den telos der Normengefüge zu werfen. Dieser erschließt sich nicht immer aus dem Wortlaut der Vorschriften, daher neigt man dazu, ihn zu übersehen oder auch zu missdeuten. Dabei können aus der ratio einer Normeneinheit wesentliche Anhaltspunkte für das Verhältnis zu einem anderen Regelungskomplex geschlossen werden.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine völlig, oder auch überwiegend, leer laufenden Gesetze schaffen wollte. Deshalb kann auch angenommen werden, dass dann, wenn der Gesetzgeber die Konkurrenz erkannt hat, eine Regelung zum Umgang mit der Kollision geschaffen wurde, oder sich entsprechende Hinweise in den Materialien finden lassen. In jenen Fällen, in denen die Kollision unerkannt bzw. ungelöst geblieben ist, kann aber nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die sonst leer zu laufen drohende Norm Vorrang hat. Der Gedanke, dass der Gesetzgeber keine leer laufenden Normen schaffen

³ P. Bydlinski, AT⁴ Rz 1/31.

⁴ P. Bydlinski, AT⁴ Rz 1/32.

⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre³, 90.

wollte, hat daher bloß Indizwirkung, darf aber nicht zu einem Automatismus führen⁶.

Grundlage der Konkurrenz, so wie der Rechtsanwendung allgemein, ist der Satz, dass dann, wenn der Tatbestand einer Norm erfüllt ist, ihre Rechtsfolgen eintreten. Dieser Grundsatz beschreibt die juristische Kausalität. Allein mit diesem Grundsatz ist für die Lösung von Konkurrenzen aber noch nichts gewonnen, da er zwar aussagt, dass Rechtsfolgen eintreten (können), aber nicht, wie im Fall derer Aufeinandertreffen vorzugehen ist. Festzustellen ist jedoch, dass die konkurrierenden Ansprüche aufgrund des Grundsatzes der Kausalität unabhängig voneinander bestehen. Da die Kausalität nicht wie ein Naturgesetz immer gilt, kann es durchaus auch Ausnahmen von ihr geben. Da dies jedoch einen Schritt in die Richtung eines zufallsgesteuerten Rechts bedeuten würde, sind Ausnahmen von der Kausalität keinesfalls wünschenswert. Sinnvolle Rechtswissenschaft kann daher gerade nicht vom konditionalen Schema von Tatbestandserfüllung und Rechtsfolge abweichen. Die Lösung der Konkurrenzfrage ist deshalb darauf gerichtet, scheinbare Ausnahmen vom Grundsatz der Kausalität auf Regeln zurückzuführen. Es bedeutet aber auch, dass die Gegner der unabhängig voneinander bestehenden Ansprüche die Ausnahme von der Kausalität beweisen müssen⁷.

Aufgrund der mangelnden österreichische Spezialliteratur zur Konkurrenz wird in der Folge auch auf das deutsche Schrifttum eingegangen. Die Spezialliteratur behandelt zum größten Teil die Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt und die Anspruchskonkurrenz bzw. Anspruchsnormenkonkurrenz. Die Begrifflichkeit orientiert sich an der jeweils besprochenen Literatur.

Ganz allgemein werden drei Arten von Konkurrenzen unterschieden⁸: die kumulative, die alternative und die Gesetzeskonkurrenz.

⁶ Klein, Konkurrenz 57 ff.

⁷ Klein, Konkurrenz, 18 ff.

⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 35.

I.2. Die Gesetzeskonkurrenz

Der Begriff „Gesetzeskonkurrenz“ wurde ursprünglich aus dem (deutschen) Strafrecht ins Zivilrecht übernommen. Dies zum Teil mit derselben Bedeutung wie im Strafrecht, teils mit anderem Begriffsinhalt. Sprachlich ist der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz“ trügerisch, da gerade nicht Gesetze miteinander konkurrieren, sondern bloß einzelne Rechtssätze aufeinander treffen. Der Begriff stellt ein „lucus a non lucendo“ dar⁹, denn ein Konkurrieren gibt es bei der Gesetzeskonkurrenz eigentlich nicht. Mehrere konkrete Tatbestände treffen nicht zusammen, da ex definitione nur einer anwendbar ist¹⁰. *Lent* unterscheidet die Gesetzeskonkurrenz von der Anspruchskonkurrenz dermaßen, dass er bei der Anspruchskonkurrenz mehrere anspruchserzeugende Tatbestände nebeneinander angewandt sieht, bei der Gesetzeskonkurrenz nur einen¹¹.

Die Äquivokation des Begriffes „Gesetzeskonkurrenz“ ziehe sich, so *Martin*, wie ein roter Faden durch die Konkurrenzlehre des bürgerlichen Rechts, da nach wie vor keine absolute Einigkeit darüber bestehe, welches ihre Merkmale sein sollen. So verwendet zum Beispiel *Lent* den Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz“ sowohl für eine solche im engeren, als auch eine solche im weiteren Sinn, während *Dietz*¹² darunter das bereits gelöste Rangverhältnis der Normen versteht¹³.

Gesetzeskonkurrenz liegt dann vor, wenn mehrere Normen aufgrund ihrer Tatbestandsvoraussetzungen zwar grundsätzlich anwendbar wären, die Regelungen einander aber ausschließen. In diesem Fall kann nur eine der konkurrierenden Vorschriften zur Anwendung kommen. Wie aber stellt man fest, welches die verdrängte und welches die verdrängende Norm ist?

⁹ *Martin*, Perturbationsfaktoren 21.

¹⁰ *Martin*, Perturbationsfaktoren 29.

¹¹ *Lent*, Gesetzeskonkurrenz 73.

¹² *Dietz*, Anspruchskonkurrenz.

¹³ *Martin*, Perturbationsfaktoren 22, 26, 28.

Zuallererst ist die Lösung im Wortlaut des Gesetzes zu suchen. Hilft der Gesetzeswortlaut nicht, wird der Rechtssatz „lex specialis derogat legi generali“ herangezogen, demgemäß die speziellere Norm der allgemeineren vorgeht.

Der Ausdruck „Spezialität“ ist ein aus der Logik entlehnter rechtswissenschaftlicher Hilfsbegriff. Daher unterliegt er nicht der juristischen Auslegung, sondern ist ein feststehender Ausdruck für das abstrakte Verhältnis von Ober- und Unterbegriff. Spezialität im weiteren oder engeren Sinn gibt es daher nicht¹⁴.

Als spezieller ist jene Norm zu betrachten, die alle Merkmale der mit ihr konkurrierenden Vorschrift aufweist, zusätzlich jedoch noch mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal aufweist¹⁵. Die lex generalis umfasst also alle Fälle der lex specialis, während dies umgekehrt nicht zutrifft¹⁶.

Vorsicht ist geboten, um nicht einen Begriff als spezieller als die vermeintliche lex generalis zu verstehen, ohne zu überprüfen, ob der Ausdruck tatsächlich eine Spezialisierung darstellt, und nicht eine andere Kategorie erfasst. Dies kann, so *Martin*, verhindert werden, indem man zwischen Einzelbegriffen, die aus einzelnen Vorstellungen entstanden sind, und Allgemeinbegriffen, die aus Beziehungen vieler Einzelbegriffe entstanden sind, unterscheidet. Es zeigt sich also, dass lediglich homogene Begriffe einer Aussage über ihre Spezialität als Charakterisierung des Begriffsverhältnisses zugänglich sind. Dasselbe gilt auch für das Verhältnis von Sätzen und Rechtssätzen. Nur wenn tatsächlich Spezialität vorliegt, findet völlige Derogation der lex generalis durch die lex specialis statt^{17 18}.

Die Anwendung der Paroemie „lex specialis derogat legi generali“ stellt methodisch betrachtet eine systematische Interpretation dar. Wie *Kramer*¹⁹ richtig schreibt, wird diese Formel jedoch oft als Ausdruck „juristischer“ Logik hingenommen und ohne weiteres Hinterfragen mechanisch angewandt. Dabei kann schon die Frage, ob überhaupt ein Spezialitätsverhältnis vorliegt, Probleme bereiten.

¹⁴ *Martin*, Perturbationsfaktoren 38 f.

¹⁵ *Martin*, Perturbationsfaktoren 42; *Perner in Welser*, Fachwörterbuch 504.

¹⁶ *Kramer*, Methodenlehre², 96 ff.

¹⁷ *Martin*, Perturbationsfaktoren 52 ff, 63.

¹⁸ Zu kumulativer, alternativer und elektiver lex specialis siehe *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz 78 ff.

¹⁹ *Kramer*, Methodenlehre², 96 ff.

Gegen den Vorrang der Anwendung der *lex specialis* wird ins Treffen geführt, dass der Vorrang der *lex specialis* bereits dann dahingestellt sei, wenn ihre Rechtsfolgen gleich oder weitergehend als die der *lex generalis* sind. In anderen Fällen kann zur Vermeidung eines sonst drohenden Leerlaufs der spezielleren Norm ihre Anwendung nicht zwingend geboten sein, so zum Beispiel, wenn die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen voneinander abweichen (etwa bei Herausgabe und Geldzahlung), oder, wenn die *lex specialis* einerseits weitergehende Rechtsfolgen aufweist als die allgemeinere Norm, andererseits aber ein Teil der Rechtsfolgen hinter jenen der *lex generalis* zurückbleibt. Nur dann, wenn die Rechtsfolgen der spezielleren Norm der Art nach gleich sind wie die der *lex generalis*, aber eine geringere Quantität zubilligen, lässt sich, so die Kritiker des Spezialitätssatzes, ihr Vorrang mit sonst drohendem Leerlauf begründen.

Darauf Bezug nehmend lenken selbst entschiedene Verfechter der Lösung von Konkurrenzen mithilfe des Satzes der Spezialität ein, dass allein durch die Auslegung der spezielleren Norm festgestellt werden könne, ob ihre Rechtsfolgen alleine oder neben jenen der allgemeineren Norm angewandt werden sollen, oder gar verdrängt werden. Doch es scheint unbegründet, dass allein der *lex specialis* entnommen werden können soll, ob sie Vorrang vor der *lex generalis* genießt, oder nicht. Denn die *lex specialis* hat aufgrund ihrer Spezialität nicht notwendigerweise mehr Geltungskraft als die allgemeinere Norm²⁰.

Begründet wird die Lösung der Gesetzeskonkurrenz mithilfe des Spezialitätssatzes unter anderem ganz allgemein mit einer „wertenden Betrachtungsweise“²¹. Diese Begründung kann hinterfragt werden. Da der Spezialitätssatz auf einer logischen Überlegung aufbaut, bedarf es einer „wertenden Betrachtungsweise“ zunächst gar nicht. Außerdem ist ungeklärt, in welchem Ausmaß diese Wertungen die Ergebnisse, die sich alleine aus der Logik der Spezialität ergeben, beeinflussen können sollen. Unklar ist weiterhin, nach welchen Maßstäben gewertet und welche Elemente der Tatbestände gewertet werden sollen.

²⁰ Klein, Konkurrenz 56 f.

²¹ Klein, Konkurrenz 15.

Ganz grundsätzlich kann gesagt werden, dass das logische Herleiten einer Lösung einem wertenden Vorgang vorzuziehen ist. Es ist ungleich schwieriger die „Richtigkeit“ einer Wertung festzustellen, als die korrekte Lösung einer logisch zu lösenden Frage, sofern eine Wertung überhaupt auf ihre Richtigkeit überprüft werden kann. Das ist aber hier nicht weiter von Bedeutung, da die Feststellung, dass eine Norm spezieller ist, eine logische ist, keine wertende.

Lässt sich die Konkurrenz auch mithilfe des Spezialitätssatzes nicht lösen, ist im nächsten Schritt eine Gesetzesauslegung durchzuführen²².

Weitere Gründe, neben der Spezialität, aus denen ein Rechtssatz einen anderen verdrängt, sind Subsidiarität, Konsumtion und Idealkonkurrenz²³. Ihre Anwendung ist unter anderem dann nötig, wenn keine „reine“ Spezialität vorliegt, sondern ein Überschneidungsverhältnis²⁴. Ob in einem solchen Fall überhaupt Spezialität gegeben ist, ist allerdings strittig. *Emmerich*²⁵ beschreibt den Lösungsweg bei der Gesetzesauslegung so: „Über die Rechtsfolgen soll eine Abwägung nach dem Gewicht der einschlägigen Normen und dem Ausmaß der Deckung der gesetzlichen Tatbestände entscheiden.“ Der etwas kryptisch beschriebene Vorgang kann wohl so zusammengefasst werden: Im Fall der Gesetzesauslegung ist von den Rechtsfolgen der Normen auszugehen. Es ist danach zu entscheiden, welche Rechtsfolgenanordnung im Verhältnis zu jener der konkurrierenden mehr wiegt, und inwieweit sich die Tatbestände decken. Wie das Ausmaß der Deckung der Tatbestände über die Konkurrenz entscheiden soll, ist nicht näher ausgeführt.

Die Konsumtion bietet sich vor allem für solche Fälle an, in denen zwar nicht das logische Verhältnis von *lex specialis* und *lex generalis* vorliegt, in denen eine der Normen aber doch dieselbe verdrängende Wirkung aufweist²⁶.

²² *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/2.

²³ *Martin*, Perturbationsfaktoren 66 ff.

²⁴ *Kramer*, Methodenlehre², 97.

²⁵ *Emmerich*, Vindikation 5 mwN.

²⁶ *Martin*, Perturbationsfaktoren 68.

Als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz wird die Idealkonkurrenz angeführt²⁷. Der Grundgedanke dieses Instituts ist jener, dass kein Tatbestand alle Aspekte eines rechtlich bedeutsamen Vorfalles umfasst, und dieser Rest an vom ersten Tatbestand nicht umfassten Tatsachen von einer weiteren Norm erfasst werden muss. Dabei soll es zu einer Kombination der Rechtsfolgen kommen. Nur dann, wenn eine Kombination nicht möglich ist, wird einer der Tatbestände vollständig verdrängt. Ob ein Tatbestand, und wenn ja, welcher, verdrängt werden soll, soll nach sorgfältiger Abwägung der Bestimmungen und im Einzelfall entschieden werden. Die Rechtsfigur der Idealkonkurrenz im Zivilrecht wird zu recht kritisch betrachtet²⁸.

Steht schließlich fest, welche Norm verdrängt wird und welche die verdrängende ist, ist die Grundlage des Anspruchs bei der Gesetzeskonkurrenz unproblematisch, da er ausschließlich auf der nicht verdrängten Norm beruht und auch nur nach dieser beurteilt wird²⁹. Die normverdrängende Konkurrenz wird zugunsten einer einzelnen Regelung gelöst.

Ein Beispiel für die Gesetzeskonkurrenz innerhalb des ABGB ist das Verhältnis der §§ 1295 und 1319a. Da Sonderregelungen die Generalnormen verdrängen, ist § 1295 nicht neben § 1319a anwendbar. Aber auch außerhalb des ABGB und zwischen verschiedenen Gesetzen kann Gesetzeskonkurrenz vorkommen, so zum Beispiel verdrängen die Spezialnormen des DHG die allgemeineren des ABGB³⁰.

²⁷ *Lent*, Gesetzeskonkurrenz 43 ff, 54.

²⁸ *Martin*, Perturbationsfaktoren 72 f.

²⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/2.

³⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/2.

I. 3. Die alternative Konkurrenz

Alternative Konkurrenz³¹ ist das Zusammentreffen mehrerer Normen, die sich zwar inhaltlich unterscheiden, jedoch auf denselben wirtschaftlichen Zweck gerichtet sind. Der Anspruchsberechtigte kann seinen Anspruch wahlweise auf eine der konkurrierenden Anspruchsgrundlagen stützen. Kommt der Schuldner seiner Leistungspflicht nach, erlöschen auch die alternativ konkurrierenden Ansprüche, da mit der Leistung der wirtschaftliche Zweck jedes einzelnen Anspruchs erfüllt worden ist.

Ein Beispiel für die alternative Konkurrenz ist die Möglichkeit des anspruchsberechtigten Käufers entweder den Gewährleistungsanspruch geltend zu machen und Verbesserung oder Austausch zu begehren, oder aber Schadenersatzansprüche geltend zu machen, welche auf Naturalrestitution oder Geldersatz gerichtet sind.

I. 4. Die kumulative Konkurrenz

Bei der kumulativen Konkurrenz³² kann ein Sachverhalt unter mehrere Tatbestände subsumiert werden, deren Rechtsfolgen einander nicht widersprechen. Das ist dann der Fall, wenn die Ansprüche unterschiedliche Zwecke verfolgen und auf verschiedene Leistungen gerichtet sind. Die Normen kommen dann unabhängig voneinander nebeneinander zur Anwendung. Wird bei der Kumulation einer der Ansprüche erfüllt, kann der Gläubiger daher auch den oder die anderen geltend machen. Bei dieser Anspruchsmehrheit wird jeder Anspruch unabhängig von den anderen beurteilt. Da die Ansprüche auch wirtschaftlich auf unterschiedliche Ziele gerichtet sind, steht der Erfüllung aller Ansprüche nichts entgegen. Ausgeschlossen

³¹ *Koziol, Haftpflichtrecht*³ I Rz 17/4.

³² *Koziol, Haftpflichtrecht*³ I Rz 17/3.

ist eine Kumulation aber jedenfalls dann, wenn die Rechtsfolgenanordnungen einander wertungsmäßig ausschließen³³.

Da im Fall der kumulativen Konkurrenz also mehrere Ansprüche nebeneinander bestehen, spricht man auch von Anspruchshäufung.

Zunächst war es strittig, ob bei der Kumulierung zweier Ansprüche überhaupt Konkurrenz vorliegt. *Savigny*³⁴ wollte die Kumulierung der Ansprüche bzw. Rechtsfolgen nicht zur Konkurrenz zählen, da damit das Tor zur Erweiterung des Begriffs zur Koexistenz geöffnet würde. Im Gegensatz zu *Dietz*³⁵, der vertritt, dass bei der Kumulation kein Rangverhältnis besteht, ist festzustellen, dass sehr wohl ein solches besteht, jedoch keine der Normen der anderen über- oder untergeordnet ist³⁶.

Anspruchshäufung liegt beispielsweise dann vor, wenn ein Eigentümer Schadenersatz wegen Immissionen verlangt und gleichzeitig eine Unterlassungsklage betreffend weitere Einwirkungen nach § 364 anstrengt.

I. 4. 1. Anspruchskonkurrenz oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz?

Die Anspruchskonkurrenz bzw. Anspruchsgrundlagenkonkurrenz entsteht, wenn ein einzelner³⁷ Sachverhalt die Anwendbarkeit mehrerer Normen verwirklicht. Diese sind nebeneinander anwendbar, wobei immer derselbe Gläubiger vom selben Schuldner dieselbe Leistung fordern kann. Anspruchskonkurrenz kann also nur dann eintreten, wenn die konkurrierenden Vorschriften auf dieselbe Leistung gerichtet sind³⁸.

³³ *Kramer*, Methodenlehre² 101.

³⁴ *System*² V 212 f.

³⁵ *Dietz*, Anspruchskonkurrenz 17.

³⁶ *Martin*, Perturbationsfaktoren 82 ff.

³⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5 FN 10.

³⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5.

Für das Bestehen einer Anspruchskonkurrenz bzw. Anspruchsnormenkonkurrenz reicht es daher nicht aus, wenn mehrere Normen zusammenhanglos nebeneinander bestehen. Sie müssen eine bestimmte Einwirkung aufeinander und Abhängigkeit voneinander aufweisen. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die aufeinander treffenden Normen denselben rechtspolitischen Zwecken dienen. Schließlich ist für das Bestehen einer derartigen Konkurrenz³⁹ auch entscheidend, dass Personenidentität sowohl auf der Aktiv- als auch auf der Passivseite gegeben ist⁴⁰.

Es ist strittig⁴¹, ob im Fall der multiplen Anspruchsgrundlagen dem Gläubiger mehrere Ansprüche zustehen sollen, die alle auf dieselbe Leistung gerichtet sind, und erlöschen, sobald der Schuldner die Leistung einmal erbracht hat (Anspruchskonkurrenz), oder, ob der Schuldner einen einzigen Anspruch hat, der sich auf die Anspruchsgrundlagen aller konkurrierenden Normen stützt (Anspruchsgrundlagenkonkurrenz). Herrschend ist wohl jene Ansicht, welche sich für die Anspruchskonkurrenz ausspricht. *Koziol* misst der Streitfrage eher theoretische Bedeutung zu, da beide Auffassungen bei den konkreten Sachfragen großteils zu den gleichen Ergebnissen gelangen würden⁴².

Dietz versteht jedes Aufeinandertreffen zweier Normen dann als Anspruchskonkurrenz, wenn es sich „um eine ungelöste Konkurrenz von Gesetzes“ handelt. Damit spricht er alle Fälle an, in denen keine der aufeinander treffenden Normen zur Gänze verdrängt wird. Die Anspruchskonkurrenz sei demnach eine nicht durch Rangverhältnisse endgültig gelöste Gesetzeskonkurrenz. Konkurrieren würden in diesen Fällen nämlich nicht nur die Normen, sondern auch die aus ihnen resultierenden Ansprüche⁴³. Diesen Gedankengang identifiziert *Martin* als

³⁹ Und auch jeder anderen Konkurrenz, Anm. des Verfassers.

⁴⁰ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz 2 ff; diese allgemeinen Ausführungen treffen auch auf Konkurrenzen außerhalb der Anspruchs(grundlagen-)konkurrenz zu.

⁴¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 36; *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 90 FN 31.

⁴² *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5.

⁴³ *Dietz*, Anspruchskonkurrenz 17.

„metabasis eis allo genos“, da *Dietz* von der Norm zum Anspruch abgeleite⁴⁴. Aus *Dietz'* Ausführungen ist, unabhängig von der gewählten Begrifflichkeit, herauszuhören, dass er wohl den Weg der Anspruchskonkurrenz jenem der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vorzieht.

Die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Anspruchskonkurrenz wurde erst durch die Herauslösung des Anspruchsbegriffs aus dem antiken und gemeinrechtlichen Konglomerat der „actio“ durch *Windscheid* möglich⁴⁵.

Martin führt aus, dass der Begriff „Anspruchskonkurrenz“ wegen der kumulierten Äquivokation der Worte „Anspruch“ und „Konkurrenz“ zahlreiche Perturbationsfaktoren in sich vereine. Da die Anspruchskonkurrenz nichts anderes sei, als ein aus dem Gesamtproblem der Konkurrenz subjektiver Rechte gerissenes Teilstück, empfehle sich der Terminus „Konkurrenz subjektiver Rechte“ anstatt dem verwirrenden Ausdruck „Anspruchskonkurrenz“⁴⁶, denn aus der kumulativen Konkurrenz ergebe sich nicht bloß die *Anspruchskonkurrenz* im Sinne von kollidierenden Ansprüchen, sondern auch eine Konkurrenz anderer, also weiterer subjektiver Rechte, die sich aus den konkurrierenden Ansprüchen selbst ergeben würden⁴⁷.

Larenz/Canaris vertreten, dass die Anspruchskonkurrenz bzw. Anspruchsgrundlagenkonkurrenz ein Unterfall der kumulativen Konkurrenz sei⁴⁸. Diese Theorie ist zu hinterfragen, da im Fall der Anspruchskonkurrenz gerade nicht kumuliert wird, sondern (im Endeffekt) nur ein einziger Anspruch geltend gemacht werden kann. Auch die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz kann nicht mit der kumulativen Konkurrenz verglichen werden, da auch bei ihr nur ein einziger

⁴⁴ *Martin*, Perturbationsfaktoren 82; Die Figur der „metabasis eis allo genos“ bezeichnet den logischen Fehler des Wechsels von einem Gebiet auf ein anderes und die dadurch hervorgerufene falsche Verwendung von Begriffen.

⁴⁵ *Martin*, Perturbationsfaktoren 69.

⁴⁶ *Martin*, Perturbationsfaktoren 85 ff.

⁴⁷ *Martin*, Perturbationsfaktoren 29.

⁴⁸ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 90.

Anspruch geltend gemacht werden kann, wenn er auch auf mehreren Grundlagen beruht.

Stattdessen scheint es überzeugender, die Anspruchs(grundlagen)konkurrenz als Unterfall der alternativen Konkurrenz zu sehen. Bei dieser sind die konkurrierenden Forderungen auf denselben wirtschaftlichen Zweck gerichtet sind. Bei der Anspruchskonkurrenz sind die Forderungen sogar auf dieselbe Leistung gerichtet. Es liegt also näher, die Anspruchskonkurrenz als einen speziellen Unterfall der alternativen Konkurrenz zu sehen, anstatt eines solchen der kumulativen Konkurrenz⁴⁹. Konsequenterweise sollen die Fälle der alternativen und der Anspruchskonkurrenz gleich gelöst werden.

I. 4. 1. 1. Herleitung der Theorie der Anspruchskonkurrenz⁵⁰

Zunächst wird als Begründung für das Bestehen der Anspruchskonkurrenz das Fehlen eines Rangverhältnisses aufgezeigt. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn die Normen verschiedenen Rechtsgebieten angehören, die gleichberechtigt nebeneinander stehen. Deshalb ist weder Spezialität noch Subsidiarität gegeben. Wenn aber keine Rangordnung festgestellt werden kann, sollen alle Tatbestände anwendbar sein, unter die ein Lebenssachverhalt subsumiert werden kann. Entsteht aufgrund einer Bestimmung ein Anspruch, kann dieser nicht zunichte gemacht werden, nur weil ein anderer Anspruch (auch) besteht.

Das Fehlen eines Rangverhältnisses besagt nur, dass jene Ansprüche, die auf den verwirklichten Tatbeständen gründen, nebeneinander bestehen. Nicht geklärt wird, ob ein einheitlicher, mehrfach begründeter Anspruch, oder mehrere selbständige Ansprüche bestehen. Erfüllt zum Beispiel ein Sachverhalt sowohl einen deliktsrechtlichen, als auch einen vertraglichen Schadenersatzanspruch, kommen beide Rechtsgebiete zur Anwendung. Die jeweiligen Voraussetzungen und der

⁴⁹ So etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 90.

⁵⁰ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz 104 ff; die Darstellung bezieht sich daher auf die deutsche Literatur.

Umfang der Ersatzleistung sind dem jeweiligen Rechtsgebiet zu entnehmen. Ob hier aber einer oder mehrere Ansprüche bestehen sollen, kann nicht mit formaler Logik beantwortet werden, sondern ist eine Frage der teleologischen Auslegung oder der ergänzenden Rechtsfindung.

Teleologische Auslegung und methodische Rechtfortbildung müssen danach streben, dass ihre Ergebnisse in das „innere System“ der Rechtsordnung passen. Eine Anspruchskonkurrenz folgt aber weder aus dem Inhalt der Regelungen, noch aus dem System des Gesetzes als Ganzes. Der Laie erwartet nur „einen Anspruch“ um seinen „Schaden ersetzt zu bekommen“ und es ist ihm wohl weder klar, noch wichtig, wie dieser Anspruch juristisch zu konstruieren ist.

Als weitere Begründung für die Anspruchskonkurrenz wird die Verschiedenheit der Ordnungsaufgaben der Anspruchsnormen herangezogen. Insbesondere für die Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsansprüchen wird betont, dass verschiedene Rechtspflichten verletzt wurden. Es ist allerdings zu bezweifeln, ob es sich tatsächlich um verschiedene Rechtspflichten handelt.

Die Einheitlichkeit der Pflicht ergibt sich, so *Georgiades*, aus der Einheit der Rechtsordnung, denn es ist immer dieselbe Rechtsordnung, die vom Verpflichteten zu leisten fordert, wenn auch aus mehreren Gründen. Eine Pflicht hört nicht auf dieselbe zu sein, nur weil sie durch verschiedene Sätze bestimmt wird. Werden Rechtssätze kombiniert, kann sich die Rechtspflicht zwar verändern, niemals aber verdoppeln. Ein Verbot kann nur geachtet oder missachtet, und ein Gebot nur einmal erfüllt werden.

Weil sich die Rechtsordnung bei der Begründung und Ausgestaltung der Rechtspflichten von unterschiedlichen Motiven leiten lässt, sind die Grenzen der Ordnungsaufgaben der Ansprüche nicht immer klar zu erkennen. So sind zum Beispiel die vertragsrechtlichen Normen nicht ausschließlich vom Parteiwillen und den individuellen Parteiinteressen geprägt, sondern können auch Gemeinbelangen dienen. Allgemeine und vertragliche Pflichten können daher nicht als fest umrissene Größen angesehen werden. Aus den ihnen zugrunde liegenden unterschiedlichen Geltungsansprüchen ist daher kein Argument für die Anspruchskonkurrenz zu gewinnen.

Neben den bereits genannten Argumenten wird auch mit dem „Wille des Gesetzes“ argumentiert. Die multiplen Ansprüche sind demnach das Mittel des Berechtigten, sein rechtlich anerkanntes Interesse zu schützen. Seine Rechtsstellung darf nicht durch das Beschneiden ebendieser Ansprüche beeinträchtigt werden. Durch das Bereitstellen mehrerer Ansprüche soll, so die Lehre weiter, die Stellung des Rechtsträgers gestärkt werden. Dass dies nicht sein kann, liegt auf der Hand. Denn zwei auf dieselbe Leistung gerichtete Ansprüche verstärken weder den Anspruch bzw. die Ansprüche selbst, noch die Rechtsposition des Berechtigten. Kann ein Gläubiger mehrere auf dieselbe Leistung gerichtete Ansprüche geltend machen, so ist seine Rechtsposition zwar eine andere, als wenn er nur einen Anspruch zur Verfügung hätte, doch ändert das weder die Intensität oder Wirkung des Anspruches, noch die Qualität der Rechtsposition selbst.

Eine andere Theorie, mithilfe derer die Anspruchskonkurrenz begründet wird, ist jene der Verschiedenheit der Entstehungsgründe. Dabei wird vom „materiellen Entstehungsgrund“ des Anspruchs ausgegangen und lässt die Anzahl der vorliegenden Ansprüche über dessen Einheitlichkeit oder deren Mehrheit entscheiden. Sind die Entstehungsgründe unterschiedlich, liegt als Folge eine Mehrheit von Ansprüchen vor. Stimmen beispielsweise bei allen konkurrierenden Ansprüchen Gläubiger, Schuldner und Leistungsgegenstand überein, liegt nur ein Anspruch vor. Ist hingegen nur eines dieser „Individualisierungsmerkmale“ verschieden, sollen mehrere Ansprüche gegeben sein.

Darüber, was der „Entstehungsgrund des Anspruches“ sein soll, besteht in der (deutschen) Lehre keine Übereinstimmung. Die herrschende Lehre versteht darunter grundsätzlich jenes Recht bzw. Rechtsverhältnis, das durch einen konkreten Vorgang verletzt wurde.

Diese Lehre wird, unter anderem von *Georgiades*, abgelehnt. Seiner Ansicht nach gründet diese Theorie darauf, dass die Zivilrechtsdogmatik mit Begriffen arbeitet, die ursprünglich im römischen und gemeinrechtlichen Umfeld entwickelt und gebraucht wurden. Der Gedanke, dass aus einer bestimmten Anspruchsnorm geklagt wird, ist demnach eine historische Überlieferung, ein Rest des römischen

Aktionenprozesses, in dem immer aus einer bestimmten actio geklagt wurde. Ebenso vertritt man heute, dass aufgrund eines jeden verletzten Rechts bzw. Rechtsverhältnisses ein eigener Anspruch entsteht. Doch decken sich der Anspruch und die actio, wie sie im Formularprozess auftrat, nicht. Die actio bezeichnete nur jenes Recht, das mit einer bestimmten formula geltend werden konnte. Der Anspruch hingegen ist das gerichtlich durchsetzbare Leistungsrecht.

I. 4. 1. 2. Diskussion

Das Gesetz äußert sich nicht zur Frage, ob Anspruchskonkurrenz oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz bestehen soll.

Grundsätzlich gesteht das Gesetz dann einen Anspruch zu, wenn der Tatbestand einer Norm erfüllt ist. Erfüllt ein Sachverhalt mehrere Tatbestände, steht dem Gläubiger je erfülltem Tatbestand eine Forderung zu. Völlig unproblematisch ist das dann, wenn die Forderungen auf unterschiedliche Zwecke gerichtet sind, denn der Gläubiger macht dann mehrere Ansprüche geltend, die unabhängig voneinander beurteilt werden. Sind die Forderungen hingegen auf dieselbe Leistung gerichtet, bestehen sie zwar nicht komplett unabhängig voneinander, da die übrigen Ansprüche erlöschen, sobald einer erfüllt wurde, doch rechtfertigt allein der übereinstimmende Inhalt der Ansprüche noch nicht, diesen als einen einzigen zu verstehen. Jeder einzelne Anspruch hat seine eigenen Voraussetzungen, nur innerhalb dieser kann er bestehen. Nimmt man Anspruchsgrundlagenkonkurrenz an, muss man mit besonderen Problemen umgehen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen einer Norm nachträglich wegfallen, so zum Beispiel, wenn einer der Ansprüche verjährt ist. In diesem Fall müsste geklärt werden, welche Auswirkungen der Wegfall einer der Anspruchsgrundlagen auf die bestehende Forderung hätte. Vor allem, ob es sich noch um denselben Anspruch handelt, und ob und wie sich dessen Grundlage und Inhalt ändern, sind dann zu klären.

Da die konkurrierenden Normen unterschiedliche Voraussetzungen und Verjährungsfristen haben können, ist es durchaus bedeutsam^{51 52}, welcher Theorie man anhängt. Gesteht man dem Schuldner mehrere Ansprüche zu, kann er die für sich vorteilhafteste Norm wählen. Soll es allerdings nur einen Anspruch geben, ist zu klären, welche Voraussetzungen für dessen Geltendmachung erfüllt sein sollen.

Treffen Normen aufeinander, deren Rechtsfolgen voneinander abweichen, kann keine Norm die Rechtsfolgen der anderen modifizieren. Dieser Ansatz wäre, so *Klein*, unpräzise und ließe völlig offen, wie die Einwirkung vor sich gehen soll⁵³. Es ist falsch anzunehmen, dass eine Norm als zusätzliche Rechtsfolge die Kraft hat, andere Normen zu verändern.

Wie oben bereits angedeutet⁵⁴, ist der Ausgangspunkt der Überlegungen bezüglich der Anspruchs(grundlagen)konkurrenz die „juristische Kausalität“. Es wird vertreten, die Kausalität, um sie von der logischen und der naturgesetzlichen abzugrenzen, als teleologisch zu bezeichnen. Der Tatbestand zieht die Rechtsfolge nach sich, weil der Gesetzgeber das so angeordnet hat, nicht aber, weil dem ein Naturgesetz oder logische Notwendigkeit zugrunde liegt. Die Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ist weder kausal noch logisch, sondern gründet auf dem Willen des Gesetzgebers⁵⁵. Schon an dieser Stelle wird deutlich, dass die Theorie der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz von der Kausalkette „Tatbestand – Rechtsfolge“ Abstand nimmt, in dem sie mehreren erfüllten Tatbeständen nicht die entsprechende Anzahl an Ansprüchen zur Seite stellt⁵⁶.

*Koziol*⁵⁷ weist darauf hin, die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz würde unter anderem erklären, warum ein Anspruchsberechtigter, der seinen deliktischen Schadenersatzanspruch abgetreten hat, nicht mehr Gläubiger der Forderung aus Vertragsverletzung sein kann. Nach der Lehre der Anspruchsnormenkonkurrenz

⁵¹ *P. Bydlinski*, AT⁴ Rz 133.

⁵² Anders: *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5.

⁵³ *Klein*, Konkurrenz 24.

⁵⁴ Vgl. dazu auch *Klein*, Konkurrenz 18 ff.

⁵⁵ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz 100.

⁵⁶ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz 103.

⁵⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/5.

bestehe eben nur ein Anspruch und nicht eine Mehrheit von Ansprüchen. Daher könne auch stets nur der einheitliche Anspruch abgetreten werden.

Jedenfalls kann verneint werden, dass die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz das Verhalten von Ansprüchen überhaupt ändern kann. Die Theorie der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz dient nur der Klärung auf welche Art und Weise eine Forderung existiert und wie der Gläubiger sie geltend machen kann. Sie hat also rein formalen Charakter und kann folglich nie der Grund für materielle Änderungen der Rechtslage sein.

Koziol weist aber auch auf Schwierigkeiten der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz hin. Sämtliche Voraussetzungen der Tatbestände seien für jede Norm einzeln und nach den ihr eigenen Maßstäben zu prüfen, auch die möglicherweise unterschiedlichen Beweislastregeln seien zu beachten. Schwierigkeiten könnten sich außerdem dann ergeben, wenn eine der konkurrierenden Normen engere Voraussetzungen aufstelle als die andere, und nur der Tatbestand der weiteren Norm verwirklicht sei. Dies sei zum Beispiel bei der Konkurrenz von Vertragsverletzung und Delikt der Fall, wenn für die Vertragsverletzung nur bei grobem Verschulden gehaftet werden soll. Gehe man von der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz aus, gebe es nur zwei denkbare Lösungen: Entweder besteht der Anspruch nach der weiteren Norm, oder die engere Norm verhindert das Entstehen eines Anspruches – auch eines solchen nach der weiteren Norm – überhaupt. Welche Lösung zu wählen sei, müsse durch Auslegung nach Sinn und Zweck der Normen ermittelt werden. Würde die engere Norm die Anwendbarkeit der weiteren ausschließen, liege keine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz mehr vor, sondern Gesetzeskonkurrenz.

Da im Rahmen der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz nur ein – wenn auch mehrfach begründeter – Anspruch vorliege, so *Koziol* weiter, unterliege dieser auch einer einheitlichen Verjährung. Grundsätzlich sei die für den Anspruchsberechtigten günstigere Verjährungsregel anzuwenden, da er nicht deshalb schlechter gestellt werden dürfe, nur weil sein Anspruch nach mehreren Normen begründet werden

kann. Es sei jedoch auch möglich, dass jene Norm, die eine kürzere Verjährung vorsehe, als Sondernorm die anderen Bestimmungen verdränge⁵⁸.

Da festgestellt wurde, dass die Anspruchskonkurrenz auch als Unterfall der alternativen Konkurrenz betrachtet werden kann, muss im nächsten Schritt die Frage folgen, was für, oder auch gegen, ein Wahlrecht, vergleichbar dem bei der alternativen Konkurrenz, spricht. Dafür spricht zunächst, dass ein Teilgebiet einer Gruppe nicht anders behandelt werden soll als die Hauptgruppe selbst. Die Sonderbehandlung einer Teilgruppe kann gerechtfertigt sein, jedoch bedarf sie einer Begründung, die auch beinhaltet, warum die Andersbehandlung nicht für die gesamte Gruppe geeignet ist. Eine derartige Erklärung konnte hier nicht gefunden werden, da allein der Unterschied der verfolgten Zwecke der in Frage stehenden Forderungen meines Erachtens nicht ausreicht, um eine ganze Kategorie von Fällen anders zu behandeln.

Um Klarheit zu erlangen, kann man die Problemgruppen nicht nur untereinander, sondern auch ihr Verhältnis zu anderen Gruppen untersuchen. Während bei der kumulativen Konkurrenz die Ansprüche unterschiedliche Forderungen zum Inhalt haben, ist der Inhalt der Ansprüche der alternativen Konkurrenz derselbe. Auch die Forderungen jener Normen, die im Rahmen der Anspruchskonkurrenz konkurrieren, sind auf dieselbe Leistung gerichtet.

Weiters können bei der Kumulation alle Ansprüche angestrengt werden, während beim alternativen Aufeinandertreffen von Forderungen nur ein Anspruch erfolgreich geltend gemacht werden kann. Auch bei der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz besteht nur ein einziger Anspruch, der geltend gemacht werden kann, nicht aber mehrere. Ebenso im Verhältnis zum Komplex des kumulativen Aufeinandertreffens von Forderungen verhalten sich alternative Konkurrenz und Anspruchskonkurrenz gleich. Auch das spricht für eine Gleichbehandlung der beiden verwandten Gruppen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass in allen Fällen der Konkurrenz der Schuldner die Tatbestände mehrerer Normen verwirklicht hat. Bei der

⁵⁸ *Koziol*, *Haftpflichtrecht*³ I Rz 17/6 f.

Gesetzeskonkurrenz gibt es nur eine Norm, die als Anspruchsgrundlage in Frage kommt, bei der Kumulation können alle Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden und bei Alternativität der Ansprüche nur einer, während die übrigen im selben Zug befriedigt werden. Die Lösung dieser Konkurrenzen orientiert sich jeweils an den Rechtsfolgen der in Frage kommenden Ansprüche. Geht man nach ebendiesem Maßstab bei der Anspruchskonkurrenz vor, ist auch sie wie die alternative Konkurrenz zu lösen. Ein Hinweis auf eine Andersbehandlung oder der Vorteil einer Zusammenfassung zu einem Anspruch konnte nicht gefunden werden.

Ebenfalls ein Element in der Entscheidungsfindung ist der Grundsatz der beidseitigen Begründung⁵⁹. Dieser gebietet es, nicht nur die Position des Gläubigers, sondern auch jene des Schuldners zu betrachten. Erwächst dem Schuldner ein Nachteil, wenn der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen den Ansprüchen hat? Wie ändert sich die Stellung des Schuldners, wenn man gemäß der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vorgeht? Da der Schuldner alle Tatbestände der konkurrierenden Normen verwirklicht hat und auch bei alternativer Konkurrenz zwischen den Ansprüchen gewählt werden kann, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen ein Wahlrecht. Einen Vorteil könnte der Schuldner aus der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz dann ziehen, wenn sich der Anspruch nach den strengsten Voraussetzungen richtete. Die Frage, ob man den Gläubiger jedoch um der Anspruchsnormenkonkurrenz willen um günstigere Anspruchsvoraussetzungen bringen sollte, kann verneint werden. Ein Rechtsinstitut dient der Systematisierung der Materie und soll nicht bestehende Rechtspositionen verändern. Der Gläubiger hat ein Anrecht darauf, seine Ansprüche so auszuüben, wie sie ihm vom Gesetz gegeben wurden, Abstriche in seinen Rechten oder auch den Anspruchsvoraussetzungen muss er nicht hinnehmen.

Die Rechtsposition des Schuldners ist bei Wahlrecht des Gläubigers auch deshalb nicht schlechter, da dieselbe Situation vorläge, hätte der Schuldner nur den für den Gläubiger günstigeren Anspruch verwirklicht. Der Gläubiger erlangt durch die Konkurrenz keine zusätzlichen Rechte oder Begünstigungen in der Geltendmachung. Durch die Ausübung des Wahlrechts, nur den günstigeren

⁵⁹ F. Bydlinski, System 92 ff.

Anspruch geltend zu machen, wird die grundsätzliche Situation der Vertragsparteien nicht geändert, der Gläubiger hat nur einen Teilaspekt ausgewählt. Der umgekehrten Argumentation, der Schuldner sei schlechter gestellt, da er auch nur den ungünstigeren Anspruch verwirklichen hätte können, kann entgegen gehalten werden, dass dann, wenn er nur die für den Gläubiger ungünstigere Norm verwirklicht hätte, kein Konkurrenzproblem vorläge und tatsächlich nur diese eine Regelung anzuwenden wäre. Immerhin begründete der Schuldner durch sein Verhalten einen bestimmten Anspruch, also sind ihm auch dessen Anwendung und Rechtsfolgen zuzumuten.

Auch im Vergleich mit der kumulativen Kausalität überzeugt die Möglichkeit des Wahlrechts. Bei der Kumulation kann der Gläubiger alle Ansprüche geltend machen. Er kann also auch wählen, nur einen bestimmten davon anzustrengen. Wenn nun dort gewählt werden kann, wo die Ansprüche auf verschiedene Leistungen gerichtet sind, so soll die Wahl erst recht dort möglich sein, wo die Ansprüche auf die gleiche Leistung gerichtet sind.

Da das Gesetz keinen Hinweis auf die Anspruchs(grundlagen)konkurrenz enthält, stellt es auch keine Lösungen für die auftretenden Probleme zur Verfügung. Wille des Gesetzes kann es nur sein, dass keiner der Vertragspartner aufgrund der Konkurrenz der Normen schlechter gestellt wird, als er ohne sie stünde. Das wäre nicht nur dann der Fall, wenn man dem Gläubiger günstige Anspruchsvoraussetzungen verwehrt, sondern auch, wenn man ihm eine Forderung zugestehen würde, bei der mehrere günstige Eigenschaften verschiedener Ansprüche kombiniert werden. Jede Kombination von Ansprüchen erscheint problematisch, und die Gewährung eines bloß einfach begründeten Anspruches neben einer Anspruchsgrundlagenkonkurrenz inkonsequent.

Aufgrund der ausgeführten Argumente ist der Theorie der Anspruchskonkurrenz zu folgen, jene der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz hingegen abzulehnen.

Anspruchskonkurrenz bzw. Anspruchsgrundlagenkonkurrenz sind zum Beispiel die Konkurrenz von Schadenersatz- und Bereicherungsansprüchen, oder die Konkurrenz der Haftung aus Delikt und Gefährdungshaftung.

I. 5. Fazit

Die Konkurrenz von Normen entsteht aufgrund der juristischen Kausalität, gemäß welcher jeder erfüllte Tatbestand die ihm eigenen Rechtsfolgen nach sich zieht. Allein mit diesem Wissen kann die Konkurrenz von Normen aber noch nicht gelöst werden. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine Normen schaffen wollte, die leer laufen. Daher sollen solche Lösungen gefunden werden, bei denen dies nicht der Fall ist.

Im Fall der Gesetzeskonkurrenz sind zwar mehrere Tatbestände erfüllt, doch ist nur einer davon anwendbar. Welcher der Anzuwendende ist, ist zunächst dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Kann aus dem Wortlaut nicht geschlossen werden, ist der Rechtssatz „*lex specialis derogat legi generali*“ anzuwenden. Nach diesem ist die speziellere Norm anzuwenden, die allgemeinere Norm wird verdrängt. Es ist darauf zu achten, dass die verdrängende Norm tatsächlich die speziellere ist, und der Tatbestand nicht überhaupt eine andere Kategorie erfasst. Lässt sich die Gesetzeskonkurrenz auch mithilfe des Spezialitätssatzes nicht lösen, ist die Lösung mittels Gesetzesauslegung zu finden.

Bei der alternativen Konkurrenz kann wahlweise einer der zur Verfügung stehenden Ansprüche angestrengt werden. Sobald der Schuldner seiner Leistungspflicht nachgekommen ist, erlöschen alle konkurrierenden Ansprüche.

Im Fall der kumulativen Konkurrenz widersprechen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Tatbestände einander nicht. Daher können alle aufeinander treffenden Ansprüche geltend gemacht und erfüllt werden.

Verwirklicht der Schädiger durch sein Handeln mehrere Tatbestände, deren Rechtsfolgen auf dieselbe Leistung gerichtet sind, ist strittig, ob der Schuldner alle Ansprüche einzeln geltend machen können soll (Anspruchskonkurrenz), oder ob ihm ein Anspruch zusteht, dessen Grundlage alle konkurrierenden Tatbestände sind (Anspruchsgrundlagenkonkurrenz). Herrschend ist wohl jene Lehre, die der Anspruchskonkurrenz den Vorzug gibt.

Dass die Ansprüche auf dieselbe Leistung gerichtet sind, kann noch nicht als Argument ausreichen, dass dem Gläubiger nur ein Anspruch mit mehreren Anspruchsgrundlagen zusteht. Problematisch sind im Rahmen der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz unter anderem auch voneinander abweichende Verjährungsfristen.

Die Anspruchskonkurrenz kann als Unterfall der alternativen Konkurrenz betrachtet werden. Sowohl die Forderungen der Ansprüche, die alternativ konkurrieren, als auch jene der Anspruchskonkurrenz sind auf dieselbe Leistung gerichtet. Ebenso kann sowohl bei der alternativen als auch bei der Anspruchskonkurrenz nur ein Anspruch geltend gemacht werden. Es scheint daher angemessen die Fälle der alternativen und der Anspruchskonkurrenz gleich zu lösen.

Auch der Grundsatz der beidseitigen Begründung spricht für die Anspruchskonkurrenz. Während es dem Schuldner zuzumuten ist, dass alle Ansprüche geltend gemacht werden, dessen Tatbestände er verwirklicht hat, soll der Gläubiger keine Abstriche seine Ansprüche betreffend hinnehmen müssen, nur weil diese zu einem Anspruch zusammengefasst werden sollen.

Aus den genannten Gründen ist die Anspruchskonkurrenz der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vorzuziehen.

Kapitel II

Die Konkurrenz zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff ABGB (Verzug und Unmöglichkeit)

Legende:

- II. 1. Allgemeines und Einleitung in die Problematik
- II. 2. Die Lehre
 - II. 2. 1. Die herrschende Lehre
 - II. 2. 2. Die Mindermeinungen
 - II. 2. 3. Die Lehre von *Oskar Pisko*
 - II. 2. 3. 1. Der Stückkauf
 - II. 2. 3. 2. Der Gattungskauf
- II. 3. Diskussion
 - II. 3. 1. Die Normen
 - II. 3. 2. Entwicklungsgeschichtlicher Ansatz
 - II. 3. 3. Die „Annahme als Erfüllung“
 - II. 3. 3. 1. Die Formulierung des § 922 ABGB
 - II. 3. 3. 2. Übergabe ist gleich „Annahme als Erfüllung“?
 - II. 3. 3. 2. 1. Die „Annahme als Erfüllung“ als Vertrag – Der „Erfüllungsvertrag“
 - II. 3. 3. 2. 2. Die Annahme der Sache in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit
 - II. 3. 3. 2. 3. Die Annahme der Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit
 - II. 3. 3. 3. Unanwendbarkeit der Nichterfüllungsnormen ab Übergabe der Leistung?
 - II. 3. 3. 4. Das Geltendmachen von Erfüllungsansprüchen trotz Erfüllung?
 - II. 3. 4. Parallele bzw. kombinatorische Anwendung – Wahlrecht
 - II. 3. 5. Die Gewährleistung als *lex specialis*?
 - II. 3. 6. Die Verjährungsfristen
 - II. 3. 7. Die Verkehrssicherheit
- II. 4. Das *aliud*
- II. 5. Fazit

II. 1. Allgemeines und Einleitung in die Problematik

Der Terminus Nichterfüllung (vgl. §§ 918 ff) beschreibt jede (auch nur teilweise) Abweichung vom Schuldinhalt, sei es hinsichtlich Qualität, Quantität, Zeit oder Ort der Leistung. Jede Art der Nichterfüllung ist eine Leistungsstörung¹, da Verzug und Unmöglichkeit solche Störungen sind, die bei der Erfüllung des bestehenden Schuldverhältnisses auftreten². Festgestellt wird das Abweichen vom Schuldinhalt im Regelfall zum Zeitpunkt der (versuchten) Erfüllung. Auch die Gewährleistung ist eine Leistungsstörung³. Im vorliegenden Kapitel treffen daher zwei Leistungsstörungen aufeinander.

Der Tatbestand der Gewährleistung ist erfüllt, wenn die Leistung im Zeitpunkt der Erfüllung mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet ist. Ist diese Mangelhaftigkeit behebbar, stellt sie außerdem Verzug dar, da nicht nur beim Quantitäts- sondern auch beim Qualitätsmangel ein vertraglich geschuldeter Teil noch ausständig ist. Die Tatbestände von Gewährleistung und Verzug können daher dann nebeneinander erfüllt sein, wenn die zugrunde liegende Mangelhaftigkeit behebbar ist.

Welche Art von Nichterfüllung vorliegt, hängt von der Behebbarkeit des Mangels ab. Ist der Mangel behebbar, ist der Tatbestand des Verzugs erfüllt. Ist der Mangel hingegen unbehebbar, liegt ein Fall der (nachträglichen) Unmöglichkeit vor⁴. Niemals können Verzug und Unmöglichkeit daher zusammentreffen. Ist der aufgetretene Mangel also unbehebbar, konkurrieren Gewährleistung und Unmöglichkeit (§§ 920 f) (möglicherweise) miteinander.

Damit ist gezeigt, dass alle Sachverhalte, die den Tatbestand der Gewährleistung erfüllen, gleichzeitig auch einen Fall der Nichterfüllung darstellen⁵. Von der Warte der Gewährleistung aus betrachtet ist hingegen festzustellen, dass die

¹ Dullinger, SchR AT³ Rz 3/3 f.

² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 45.

³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 63 ff; Dullinger, SchR AT³ Rz 3/66 ff.

⁴ Reischauer in Rummel I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 8.

⁵ Reischauer in Rummel I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 8; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 66; Wilhelm, JBl 1975, 113 ff; 177 ff.

Gewährleistung nur eine Teilmenge der wesentlich weiter gehenden Nichterfüllung bildet⁶. Potenzielle Konkurrenzpartner der Gewährleistung sind zahlreich und erschöpfen sich nicht in (Teil-)Verzug und nachträglicher (Teil-)Unmöglichkeit, sondern können auch die Lieferung eines absoluten oder relativen aliuds umfassen (sofern nicht die Gewährleistung selbst auf die Lieferung des vermeintlichen aliuds anzuwenden ist). Nicht nur aufgrund der potentiellen Konkurrenz mit der Nichterfüllung ist jeder Gewährleistungsfall für die vorliegende Arbeit von Interesse, sondern auch, da die Rechtsfolgen der anwendbaren Normen zumindest teilweise voneinander abweichen. Zu untersuchen ist daher, wie die betroffenen Normen miteinander konkurrieren, und wie sie in der Folge anzuwenden sind.

In der folgenden Besprechung werden die verschiedenen Positionen der Lehre untersucht und ausführlich besprochen, die Rechtsprechung hingegen nur gestreift, da sie im Wesentlichen mit der herrschenden Lehre konform geht und keine neuen Argumente vorbringt.

Die Konkurrenz zwischen Gewährleistungsansprüchen und anfänglicher Unmöglichkeit wird in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, weil die anfängliche Unmöglichkeit kein Fall der Nichterfüllung der §§ 918 ff ist. Wenn daher im Laufe dieses Kapitels von „Nichterfüllung“ gesprochen wird, so sind ausschließlich jene Fälle gemeint, die von den §§ 918 ff geregelt werden. Ist die anfängliche Unmöglichkeit angesprochen, wird ausdrücklich darauf hingewiesen.

II. 2. Die Lehre

II. 2. 1. Die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre grenzt die Gewährleistung von der Nichterfüllung dermaßen ab, dass vor der Übergabe der vertraglich bedungenen Leistung die §§

⁷ Dullinger, SchR AT³ Rz 3/3.

918 ff, nach ihr hingegen allein die Regeln über die Gewährleistung angewandt werden sollen.

Die nun folgenden Darstellungen sind nur ein Ausschnitt der über die Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung verfassten Literatur. Referiert werden daher nur jene Theorien, welche die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit beeinflusst haben.

*Ehrenzweig*⁷ vertritt, dass die mangelhafte *Erfüllung* auf § 918 gar nicht passe, da § 918 gerade die *Nichterfüllung*⁸ im Auge habe. Dazu führt er zwei Fälle an:

Habe der Gläubiger die mangelhafte Ware zurückgewiesen, wurde noch gar nicht geleistet. Daher könne auch keine Erfüllung vorliegen und es stelle sich bloß die Frage, ob der Schuldner in Verzug sei oder nicht. Nur § 918 sei anwendbar.

Habe der Gläubiger die Sache jedoch bereits angenommen, obwohl sie mangelhaft ist, könne er nicht mehr gemäß § 918 zurücktreten. Ab der Annahme bestehen nach *Ehrenzweigs* Ansicht nur noch Gewährleistungsansprüche⁹. Eine Begründung für diesen Schluss findet sich an dieser Stelle nicht. Deutlich ist jedoch, dass *Ehrenzweig* die Annahme der Sache grundsätzlich als Erfüllung versteht und die Nichterfüllung deshalb als nicht mehr anwendbar qualifiziert.

F. Bydlinski setzte sich im Kommentar von *Klang*¹⁰ ausführlich mit der vorliegenden Problematik auseinander. Zunächst beantwortet er die Frage nach dem Vertragsinhalt beim Stückkauf und folgt schließlich *Zitelmann*¹¹ dahingehend, dass die Sache dem Vertrag gemäß so zu leisten ist, wie sie bedungen wurde. Dass der Verkäufer dabei auch Eigenschaften versprechen kann, die an der Sache nicht verwirklicht sein, sei dem nicht abträglich, da allein die von den Parteien vorgestellten Eigenschaften der Sache zum Bestandteil der Leistungsvereinbarung und damit zum Inhalt der geschuldeten Leistung würden. Diese Sicht, aus der sich

⁷ *Ehrenzweig*, System II/1², 210.

⁸ Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁹ *Ehrenzweig*, System II/1², 215.

¹⁰ *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 152 ff; 161 ff;

¹¹ *Zitelmann*, Irrtum 16 ff.

die Gewährleistung als qualitativ (oder auch quantitativ, Anm. des Verfassers) teilweise Nichterfüllung darstellt, würde auch vom Bestehen der Verbesserungspflicht nach § 932 Abs 1 unterstützt, denn diese könne nicht anders begründet werden, als mit der Leistungspflicht des Schuldners, die dahin geht, die gekaufte Sache mit den im Vertrag vorgesehenen oder im Verkehr allgemein vorausgesetzten Eigenschaften zu liefern¹². Abzugrenzen seien die beiden Normenkomplexe mit der Übergabe der Leistung¹³.

Die herrschende Lehre basiere offenbar auf der Theorie des Erfüllungsvertrages. Dessen bedürfe es aber nicht, um die Erfüllungswirkung zu erzielen, außerdem könne der Schuldner die Sache so zwar bequem real annehmen, durch seine Weigerung den Erfüllungsvertrag abzuschließen die Entlastung des Schuldners aber vereiteln. Aus diesen und anderen Gründen sei längst die Theorie der „realen Leistungsbewirkung“ durchgedrungen. Doch auch wenn man der Theorie des Erfüllungsvertrages folgen würde, wäre damit nichts für die herrschende Lehre gewonnen. Selbst der Erfüllungsvertrag könne eine nicht geschuldete Sache nicht zur geschuldeten machen, da die Voraussetzungen der Novation (§§ 1376 ff) oder der Leistung an Zahlungsstatt (§ 1414) erfüllt sein müssten¹⁴.

Ein dem Gläubiger zustehendes Wahlrecht sei nicht zu befürworten, da damit die Befristung der Gewährleistungsbehelfe illusorisch gemacht werden würde. Die Gewährleistungsbehelfe, wenn konsequent als Erfüllungsansprüche betrachtet, könnten den Gesetzeszweck auch bei Gattungsschulden optimal erfüllen, indem die qualitativ einwandfreie Leistung erbracht und die mangelhafte als rechtsgrundlos zurückgefordert wird. Das reale Ergebnis dieser Methode sei, dass die Erfüllungsansprüche nunmehr unter die Fristen der Gewährleistung fielen, was dem Zweck der raschen Streiterledigung diene. Damit sei einerseits der Erfüllungsanspruch selbst gesichert, andererseits dem Gesetzeszweck der raschen Streitbeilegung gedient. Dieses Ergebnis entspreche auch weitgehend der Lösung des § 480 des deutschen BGB. Der Anspruch auf Wandlung scheidet bei der

¹² Bydlinski in *Klang* IV/2², 152 f.

¹³ Bydlinski in *Klang* IV/2², 155.

¹⁴ Bydlinski in *Klang* IV/2², 159 ff.

Gattungsschuld regelmäßig aus, da Erfüllung auch schon durch Nachbringung der eigentlich geschuldeten Leistung erzielt werden könne.

Kein großer Unterschied bestehe zwischen der Übergabe eines aliuds und der mangelhaften Gattungsschuld. In beiden Fällen liege Nichterfüllung vor, da das Geschuldete (vgl. § 1412) nicht geleistet wurde. Verschieden könne nur das Ausmaß der Abweichung vom Geschuldeten sein. Bei der Aliudlieferung liege allerdings nicht nur Nichterfüllung vor, sondern auch der speziell von den §§ 922 ff geregelte Fall der schlechten „Erfüllung“¹⁵.

Die im Unternehmensrecht bestehende Rügepflicht (vgl. §§ 377 f UGB) könne als Abgrenzungsmerkmal dafür dienen, welches aliud mithilfe der Gewährleistung „repariert“ werden könne, und wann die Nichterfüllungsnormen allein anzuwenden seien. *Bydlinski* folgt der herrschenden Ansicht hier nur eingeschränkt, indem er nur jenen Teil der Falschlieferungen, die der Gläubiger keinesfalls genehmigen würde (vgl. § 378 UGB), ausschließlich der Nichterfüllung unterstellt, den anderen Teil aber der Mängelhaftung¹⁶.

*Wilhelm*¹⁷ erachtet *Ehrenzweigs* Lehre als grundsätzlich richtig. Beim behebbaren Mangel sei der aufrecht gebliebene Erfüllungsanspruch selbstverständlich, da noch nicht geleistet wurde. Aber auch der gewährleistungsrechtliche Verbesserungsanspruch beruhe auf dem Rechtsgrund der Nichterfüllung und stelle daher eine Art Erfüllungsanspruch dar. Jedoch müsse die Berufung auf Nichterfüllung nach der „Annahme als Erfüllung“ ausgeschlossen werden, um nicht die Zwecke der Anspruchsbefristung und Beweislastumverteilung zu frustrieren. Ein Wahlrecht zwischen technischen Erfüllungsansprüchen und Ansprüchen aus der Gewährleistung sei schon deshalb mit Schärfe abzulehnen. Für den Bestand der Einrede nach den §§ 922 ff sei die „Einbindung des Erfüllungsanspruches unerheblich“. Damit möchte *Wilhelm* ausdrücken, dass die Nichterfüllungsansprüche aufgrund der §§ 918 ff trotz Anwendbarkeit der Gewährleistung zwar noch bestehen, sie aber nicht mehr geltend gemacht werden

¹⁵ *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 162 f.

¹⁶ *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 163.

¹⁷ *Wilehlm*, JBl 1976, 431.

können, um die Fristen und die Änderungen in der Beweislastverteilung nicht zu umgehen.

An anderer Stelle¹⁸, bevor sich *Wilhelm* schließlich *Ehrenzweigs* Theorie anschloss, äußerte er sich zur „Annahme als Erfüllung“. Das bloße Übernehmen der Sache könne das Fakt, dass der Tatbestand des Verzuges bereits erfüllt wurde, nicht mehr abändern. Würde sich der Gläubiger mit der Leistung tatsächlich als „Erfüllung“ zufrieden geben, entfielen ja der Tatbestand des § 918¹⁹. Eine die Schlechterfüllung sanierende Erklärung könne in der Annahme nicht erblickt werden, da sie keiner rechtlichen Erklärung gleichkomme. „Annahme als Erfüllung“ in Unkenntnis des Mangels könne den Erfüllungsmangel also keinesfalls beseitigen. Neben den verwirklichten § 918 trete daher nun auch die Gewährleistung. Es sei allerdings befremdlich anzunehmen, dass die Rechtsfolgen des § 918 in vollem Umfang anwendbar wären.

Wilhelm argumentiert weiter, dass sowohl ein dem Gläubiger zustehendes Wahlrecht, da es die Gesetzeszwecke illusorisch machen würde, als auch die vollkommene Verdrängung der §§ 918 ff ab Übergabe der Sache unverständlich wäre. Hielte man daran fest, dass trotz „Annahme als Erfüllung“ nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, könne das Hinzutreten eines Tatbestandsmerkmals einer anderen Norm nicht ändern, dass der Tatbestand der ersten Norm (§§ 918 ff) bereits erfüllt wurde.

Die Rechtsfolgen der §§ 918 ff würden, so *Wilhelm* weiter, nicht in sachlichem Widerspruch zur Gewährleistung stehen, sondern diese auf nahezu ideale Weise ergänzen²⁰. Zwar sei mit Annahme der Leistung als Erfüllung das Gewährleistungsrecht anzuwenden, die Anwendbarkeit der Nichterfüllung könne damit jedoch keineswegs ausgeschlossen werden. Die allgemeinen Regeln der §§ 918 ff könnten durch die §§ 922 ff jedenfalls nicht abgewandelt werden²¹. Da aber

¹⁸ *Wilhelm*, JBl 1975, 113 ff; 177 ff.

¹⁹ Ebenso *Wilhelm*, JBl 1976, 431.

²⁰ *Wilhelm*, JBl 1975, 119 ff.

²¹ *Wilhelm*, JBl 1975, 186 f.

die Rechtsfolgen weitgehend miteinander in Harmonie stünden²², stelle sich das Problem der Gesetzeskonkurrenz nur sehr beschränkt²³.

*Welser*²⁴ schließt sich der herrschenden Meinung an und vertritt daher, dass bis zur Ablieferung Nichterfüllungsansprüche, danach Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können²⁵. Die wahlweise Geltendmachung beider Behelfe könne deshalb nicht stattfinden, da so die Fristen der Gewährleistung unterlaufen würden. In diesem Zusammenhang weist *Welser* darauf hin, dass sich die Ansprüche auch inhaltlich ähneln würden²⁶.

Im Fall der Aliudlieferung stünde allerdings, so *Welser* weiter, die Nichterfüllung näher als die Gewährleistung. Der Schuldner habe nämlich bei Leistung eines aliuds noch überhaupt nicht geleistet und sei daher im Schuldnerverzug. Leiste der Schuldner hingegen nicht eine andere Gattung, sondern bloß andere Art und Güte, sei dies als Schlechterfüllung zu qualifizieren und daher die Gewährleistung anzuwenden. Die dafür notwendige Abgrenzung mithilfe von § 378 UGB zu ziehen, könne nur scheitern, da das Problem damit zwar auf eine andere Ebene verlagert würde, dadurch aber nicht gelöst werden könne²⁷.

In der ersten Auflage seines Lehrbuchs²⁸ vertritt *Gschnitzer* eine andere als die herrschende Ansicht. Dort drückt er seine Zweifel aus, dass die Annahme einer mangelhaften Sache als Erfüllung gelten könne, denn als solche könne man nur eine vertragsgemäße Leistung annehmen, aber gerade das sei hier nicht der Fall. Wisse man aber von den Mängeln und gäbe sich mit dem Geleisteten trotzdem zufrieden, läge kein Fall der Gewährleistung vor. Andernfalls würde die Leistung hingegen bloß in der irrigen Annahme übernommen, dass sie Erfüllung sei. Daher stünden die Behelfe von Gewährleistung und Nichterfüllung wahlweise zu²⁹. Auch an anderer

²² Hier bezieht sich *Wilhelm* hauptsächlich auf die Äquivalenz von Teilbarkeit der Leistung in Zusammenhang mit dem Tatbestand des wesentlichen oder unwesentlichen Mangels (alte Rechtslage).

²³ *Wilhelm*, JBl 1975, 188.

²⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 65 ff.

²⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 86.

²⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66; vgl. dazu auch *Wilhelm*, JBl 1975, 113 ff; 177 ff.

²⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66 f.

²⁸ *Gschnitzer*, AT², 162 f.

²⁹ *Gschnitzer*, AT¹, 90.

Stelle³⁰ vertritt *Gschnitzer*, dass zwischen den in Frage stehenden Behelfen nur ein Wahlrecht bestehen könne. Leicht zu lösen sei eine Kollision dann, wenn eine Norm einwandfrei spezieller ist als die andere. Andernfalls sei der Dogmatiker gezwungen, die einzelnen Normen als gleichrangig zu betrachten, da sie dem selben Gesetzbuch angehören würden und sie daher ungeachtet ihrer verschiedenen Entstehungszeit und inneren Widersprüche miteinander in Einklang zu bringen seien³¹. Dass man dabei die Gewährleistungsfristen unterlaufen könne, sei vertretbar, da dasselbe auch bei der Irrtumsanfechtung der Fall sei.

Wurde bei Bestehen einer allfälligen Rügeobliegenheit trotz Entdeckung des Mangels nicht gerügt, sei die vorbehaltlose Annahme der „Annahme als Erfüllung“ gleichzusetzen. Für diese Ansicht spreche auch, dass das Rücktrittsrecht der §§ 918 ff aus den Vorschriften über die Gewährleistung erwachsen sei und diese daher eigentlich überholt wären³².

In der zweiten Auflage des Lehrbuchs von *Gschnitzer* vertreten dessen Bearbeiter (*Chr. Faistenberger, H. Barta* und *B. Eccher*) jedoch die herrschende Meinung. Die vorliegende Konkurrenz sei eine der schwierigsten und umstrittensten des Zivilrechts. Im Gegensatz zur Ansicht für den Bereich des BGB stellten die Gewährleistungsbehelfe sehr wohl Erfüllungsansprüche dar, eindeutig erkennbar bei Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden und der Rechtsverschaffungspflicht. Gerade *Gschnitzers* Argumentation spreche dafür, dass die Gewährleistungsbestimmungen *leges speciales* gegenüber den Schlechterfüllungsbestimmungen seien. Außerdem sei das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung bei der Gewährleistung auch nur dann sinnvoll, wenn bereits erfüllt worden ist, das aber nur mangelhaft.

Nach der „Annahme als Erfüllung“ solle ein einseitiges Abgehen vom Vertrag nur noch erschwert möglich sein. Auch sonst setze man sich über den § 918 hinweg, namentlich bei der Anwendung auf den Gläubigerverzug. Zudem differenziere das Gewährleistungsrecht viel feiner als das Rücktrittsrecht nach den §§ 918 f. Durch die ständig gleich bleibende Judikatur sei der Meinungsstreit jedoch ohnehin überholt, es gelte bereits Gewohnheitsrecht³³.

³⁰ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 517 f.

³¹ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 441.

³² *Gschnitzer*, AT¹ 90.

³³ *Gschnitzer*, AT² 163.

An anderer Stelle³⁴ bespricht *Gschnitzer* im Zusammenhang mit der Normenkollision die Streitfrage, ob die Vorschriften der Gewährleistung auch auf Gattungskäufe angewandt werden sollen. Dies sei aus unabweislichem praktischem Bedürfnis zu befürworten und würde auch im österreichischen Schrifttum nahezu einmütig so gelehrt. Demnach könne der Käufer auch für gattungsmäßig umschriebene Sachen, die er in mangelhaftem Zustand ohne Kenntnis vom Mangel als Erfüllung übernommen habe, Preisminderung geltend machen oder den Vertrag wandeln. Dieser Ansicht würden sich sowohl die Rechtsprechung als auch der *Herrenhausbericht* anschließen³⁵.

Insbesondere *Pisko*³⁶ befasste sich intensiv mit der Frage, ob auch Gattungssachen von der Gewährleistung umfasst sein sollen. In der vorliegenden Arbeit wird diese Frage nicht aufgegriffen, sondern davon ausgegangen, dass die Gewährleistungsnormen auch Gattungssachen umfassen.

Zur Aliudlieferung vertritt *Gschnitzer*, dass eine Unterscheidung zwischen dem Fehlen von Gattungsmerkmalen bei der aliud-Lieferung und anderen Mängeln nicht folgerichtig sei. Durch die Annahme eines aliuds könne der Erfüllungsanspruch nicht erlöschen, da dies im Widerspruch zu § 1412 stünde und auch nicht aus § 1414 abzuleiten sei³⁷.

*Mayrhofer*³⁸ befasst sich mit der Kollision von Gewährleistung und Verzug und schließt sowohl Konkurrenz zwischen den Normenkomplexen, als auch die konkurrierende Anwendung der Ansprüche aus. Unterschiedliche Rechtsfolgen für Tatbestände mit demselben Grundgedanken, hier die Wahrung der subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, sei ohne Abgrenzung bedenklich. Dadurch unterscheide sich die vorliegende Problematik auch vom Zusammentreffen mit Willensmängeln oder der Verkürzung über die Hälfte. Durch die Ähnlichkeit mancher Behelfe beider Normgruppen werde der Gegensatz jedoch abgemildert.

³⁴ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 517 f.

³⁵ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 518.

³⁶ *Pisko*, *Gewährleistung*².

³⁷ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 451.

³⁸ *Mayrhofer*, *System* II/1³, 410 ff.

Die Abgrenzung sei mit Übergabe der Sache vorzunehmen. Dies ergebe sich aus dem Gesetzeswortlaut, und insbesondere aus dem telos der Normenbereiche. Für die Nichterfüllung genügen relativ einfache und wenige Behelfe, während die vielfältigen Erscheinungsformen der Gewährleistung die abgestuften und mit Wahlmöglichkeit versehenen Sanktionen rechtfertigten. Die kürzeren Fristen seien gerechtfertigt, da die Sache nun im Einflussbereich des Gläubigers sei und die Sache daher überprüft werden könne³⁹. Entdeckt der Gläubiger schon vor Übergabe einen Mangel an der Sache, könne er die Leistung zurückweisen, ohne in Gläubigerverzug zu geraten. Da Mangelhaftigkeit auch schwerer eindeutig feststellbar sei als Nichtleistung, wären auch die nicht einseitig auszuübenden Behelfe der Wandlung und Preisminderung angemessen. Die Sache trotz Mangel zu übernehmen, Entgelt zu leisten und dann zu wandeln, wäre, so *Mayrhofer*, nicht verständlich. Ebenso müsse es dem Gläubiger aber auch freistehen die mangelhafte Sache sofort zu übernehmen, da er ein lebhaftes Interesse daran haben könnte auch den mangelhaften Gegenstand zeitgerecht zu erhalten.

Grundlegend führt *Mayrhofer* über die Überschneidung von Unmöglichkeit und Gewährleistung aus, dass das Zusammentreffen derselben außerhalb des üblichen Rahmens der Gewährleistung liege, da im Fall des § 923 die Sache nicht, wie in § 922 ausgeführt, überlassen werden könne. Kann der Schuldner den Vertragsgegenstand in Folge überhaupt nicht mehr zusammenbringen, sei anfängliche Unmöglichkeit anzunehmen, da wohl schon § 923 davon ausgehe, dass die Sache zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr vorhanden war. Wurde die Sache hingegen erst nachträglich verlustig, sei dies nachträgliche Unmöglichkeit. Könne die Sache dann noch geleistet werden, sei dies ein Abgrenzungsfall zwischen vorübergehender Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung. Es könne aber auch eine Garantiezusage sein, oder eine Vereinbarung, gemäß welcher der Schuldner sich verpflichtet die nicht mehr vorhandene Sache wieder zustande zu bringen.

Einen speziellen Fall stelle dagegen das Zusammentreffen von Unmöglichkeit und Gewährleistung wegen unbehebbarer Mängel dar. § 932 umfasse auch bestimmte Fälle der Teilunmöglichkeit. Eine sachgerechte Lösung sei

³⁹ *Mayrhofer*, System II/1³, 412 f.

durch das Zusammentreffen nicht aufeinander abgestimmter Normen zusätzlich erschwert, und zu berücksichtigen seien außerdem die §§ 1048 f, 1096 f, 1104 ff. Bei Qualitätsmängeln an bereits abgelieferten Sachen seien dann, wegen dem Vorrang der §§ 922 ff bei qualitativer (Teil-)Nichterfüllung, immer die Gewährleistungsregeln anzuwenden, ebenso bei Mängeln an Teilen einer übergebenen Sache. Nur wenn es sich nicht mehr um einen bloßen Nachtrag des Fehlenden im Sinne des § 932 handeln könne, seien die Normen über die Unmöglichkeit anzuwenden. Das deshalb, weil in diesen Fällen der Zweck der Gewährleistung, also die möglichst rasche Aufklärung über die Mangelhaftigkeit, entfalle, weil es eben nicht mehr um einen bloßen „Nachtrag des Fehlenden“ gehe. Ähnliches gelte, wenn dem Schuldner die Unzulänglichkeit seiner Leistung bewusst war⁴⁰.

*Apathy*⁴¹ ist der Ansicht, dass mangelhafte Erfüllung einen Sonderfall der teilweisen Nichterfüllung darstelle. Die Regeln über die Sachmängelhaftung und jene über die Nichterfüllung seien daher so anzuwenden, dass sie harmonisch aufeinander abgestimmt nebeneinander angewandt werden können. Haftet der Leistung ein behebbarer Mangel an, könne der Gläubiger vollständige Erfüllung oder Minderung innerhalb der Fristen des § 933 geltend machen. Komme der Schuldner seiner Pflicht in Folge nicht nach, sei dies als ein Fall des Teilverzugs zu behandeln und die Rechtsfolgen der Nichterfüllung wären anwendbar. Sei der Mangel an der Sache hingegen unbehebbar, würde in Übereinstimmung mit der Klassifizierung als wesentlicher oder unwesentlicher Irrtum festgelegt, ob die Sache für den Gläubiger noch von Interesse sei. Demnach könne er entweder Minderung oder Wandlung begehren. Hat der Gläubiger die Leistung noch nicht angenommen, sei er zum ganzen bzw. teilweisen Rücktritt berechtigt⁴².

⁴⁰ *Mayrhofer*, System II/1³, 415 f.

⁴¹ *Apathy*, JBl 1975, 572 ff.

¹⁶⁵ *Apathy*, JBl 1975, 580.

II. 2. 2. Die Mindermeinungen

Einer der ersten, und auch bekanntesten, Vertreter der Mindermeinung(en) ist *Schlesinger*. In seiner Abhandlung⁴³ untersucht er die Rechte desjenigen, dessen Interessen durch nicht vom Recht gebilligte Handlungsweisen seines Vertragspartner gefährdet sind. Besonders hervorzuheben sei dabei das Verhältnis der Ansprüche auf Grund der Gewährleistung zu jenen der §§ 918 bis 921 BGB⁴⁴, da die Gewährleistung im österreichischen Recht einen enorm weiten Kreis von Tatbeständen umfasse und an verhältnismäßig enge tatsächliche Voraussetzungen geknüpft sei⁴⁵.

Der gewährleistungsrechtliche Nachtragsanspruch könne, so *Schlesinger*, nichts anderes sein, als vollständige und genaue Erfüllung wie nach den §§ 918 ff. Durch die Formulierung „Verbesserung oder Nachtrag“ sei außer Frage gestellt, dass die Gewährleistung auch auf Qualitätsmängel anzuwenden sei. So erscheint *Schlesinger* die Gewährleistungspflicht als Folge der Vertragsverletzung⁴⁶. Er stellt fest, dass Gewährleistung und Nichterfüllung miteinander konkurrieren können.

Die herrschende Lehre, welche die beiden Rechtsinstitute durch die „Erfüllungsweise Annahme“ voneinander abgrenzt, erziele zwar ein einfaches und klares Ergebnis, doch sei dieses weder wissenschaftlich haltbar, noch den praktischen Bedürfnissen entsprechend. Die unwissentlich angenommene vertragswidrige Leistung könne keinesfalls Erfüllung bewirken. Sie bewirke, so *Schlesinger* weiter, auch nicht *datio in solutum* (vgl. § 1414), weil der darauf gerichtete Vertrag fehle. Die unwissentliche Annahme einer nicht obligationsgemäßen Leistung sei daher im Verhältnis zur Leistungsobligation bedeutungslos und ändere nichts an deren Fortbestehung⁴⁷.

Schlesinger argumentiert, dass die Erfüllung „nicht auf die bedungene Weise“ aus dem Anwendungsbereich des § 918 nicht ausgeschlossen werden könne,

⁴³ *Schlesinger*, ZBl 1920, 257 ff.

⁴⁴ Spricht *Schlesinger* von Normen des BGB, meint er solche des ABGB. Möchte er das deutsche BGB bezeichnen, tut er das mit der Abkürzung D.BGB.

⁴⁵ *Schlesinger*, ZBl 1920, 257.

⁴⁶ *Schlesinger*, ZBl 1920, 260 f.

⁴⁷ *Schlesinger*, ZBl 1920, 263.

da ihre Erwähnung dann keinen Sinn mehr machen würde⁴⁸. Die Tatbestandskreise von Verzug und Gewährleistung seien daher nicht einschließende, sondern einander schneidende. Gelöst werden könne diese Situation nur mit einem Wahlrecht des Vertragsgläubigers. Diesen Ausführungen wird von *Pisko* entgegengesetzt⁴⁹, dass das Wahlrecht schon daran scheitere, dass der Gläubiger nicht zwischen gleichen Tatbeständen, die an verschiedenen Gesetzesstellen untergebracht sind, wählen könne, sondern das Wahlrecht vielmehr dazu führen würde, dass der Gläubiger durch seine Wahl mithilfe der gewählten Norm solche Rechte geltend machen kann, die ihm die andere Vorschrift versage.

Wesentlich schwieriger als die Kollision von Verzug bzw. Verzögerung und Mängelhaftung gestalte sich, so *Schlesinger* weiter, die Konkurrenz zwischen den §§ 920 f und der Gewährleistung. Hier sei zunächst zu beachten, dass § 920 selbst eine Spezialvorschrift sei, und zwar eine solche für nachträgliche ganze oder teilweise Leistungsverweigerung. Da die Differenzierung in objektive und subjektive Unmöglichkeit für das österreichische Recht nicht ins Gewicht falle, sei § 920 in größerem Umfang auch für Gattungsschulden anwendbar. Ein ins Auge fallender Unterschied sei ferner jener der Verantwortlichkeit des Schuldners. Während nach dem Gewährleistungsrecht unabhängig von der Ursache für den Mangel ein zu stehen sei, hafte der Schuldner nach den §§ 920 f nur, wenn die Ursache von ihm zu vertreten ist⁵⁰. Einer der Rechtssätze, die § 920 aufstelle, besage, dass hinsichtlich jener Rate, die von der Verweigerung nicht betroffen ist, nur dann zurückgetreten werden kann, wenn sich aus der Natur des Geschäftes oder dem Zweck der Leistung ergebe, dass der Gläubiger an teilweiser Erfüllung kein Interesse hat. Hinsichtlich schon erbrachter Leistungen soll gemäß § 920 zurückgetreten werden können, da dieser nur bereits erbrachte Leistungen umfasse, was von § 918 bloß negativ umschrieben sei, während auf den Rücktritt von noch nicht erbrachten Leistungen *argumentum a maiori ad minus* § 918 zur Anwendung zu kommen habe⁵¹.

Schlesinger zieht schlussendlich die Konsequenz, dass ein klares Ergebnis bei der vorliegenden Problematik nur dann erzielt werden könne, wenn man

⁴⁸ *Schlesinger*, ZBl 1920, 268.

⁴⁹ *Pisko*, ZBl 1920, 598.

⁵⁰ *Schlesinger*, ZBl 1920, 271 f.

⁵¹ *Schlesinger*, ZBl 1920, 274 f.

richtigerweise annehme, dass die Rechte aus den §§ 918 ff auch nach der Annahme weiter bestünden. Die daraus entstehende Konkurrenz mit den Normen der §§ 922 ff sei nicht so schlimm, da es sich um verschiedene Wege zur Erreichung desselben Ziels handle. Dort, wo dies nicht der Fall ist, sei mit der vertretenen Auffassung, dem Gläubiger ein Wahlrecht zuzugestehen, geholfen. Die Erweiterung der Rechte des Übernehmers entspreche einem berechtigten Bedürfnis. Grundsätzlich sei mehr auf das Interesse des vertragstreuen Kontrahenten zu achten, denn auf jenes des mangelhaft leistenden Schuldners⁵².

Auch *Reischauer*⁵³ vertritt eine andere Meinung als die herrschende. Er stellt fest, dass die Leistung „ohne die bedungenen Eigenschaften“ (vgl. §§ 922, 923) eine solche gegen die „bedungene Weise“ (vgl. § 918) ist. Die Sicht der Rechtsprechung, welche die beiden konkurrierenden Gefüge mit der Übergabe des Leistungsgegenstandes voneinander abgrenzt, „glaubte den gordischen Knoten durchschlagen zu können“, indem sie untauglich begründe, dass jede Übernahme einer Erfüllung gleichkomme und daher keine Nichterfüllung mehr vorliegen könne, sehr wohl aber Gewährleistungsansprüche angestrengt werden könnten⁵⁴. Durch die ausdrückliche Erwähnung des Verbesserungsanspruches sei das Gewährleistungsrecht außerdem als Nichterfüllungssanktionenkomplex abgesichert worden. Das ABGB überwinde damit die Gewährleistung als etwas von den Nichterfüllungsfolgen Verschiedenes.

Die herrschende Auffassung sei von der Rechtsprechung jedoch mehr gewaltsam vertreten, als begründet und *Reischauer* möchte dem Gläubiger daher ein unbeschränktes Wahlrecht zwischen den Normenkomplexen zugestehen. Bei vorbehaltloser Übergabe sei bis zum Beweis des Gegenteils von Erfüllung auszugehen⁵⁵. Die Übernahme einer Sache in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit hingegen berechtige den Schuldner keineswegs dazu davon auszugehen, dass sich der Gläubiger auch nur eines Teils seiner vertraglichen Rechte begeben wolle. Außerdem könne Erfüllung nur dann stattfinden, wenn der Schuldner leistet, was er

⁵² *Schlesinger*, ZBl 1920, 275 bei V. und 276.

⁵³ *Reischauer* in *Rummel* I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 8 ff; *derselbe*, ÖJZ 1976, 57 ff.

⁵⁴ *Reischauer*, ÖJZ 1976, 57.

⁵⁵ *Reischauer* in *Rummel* I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 9.

schuldig ist (§§ 1412, 1413). Schuldnerlöschende Wirkung hätte die Leistung einer mangelhaften Sache daher nur dann, wenn sich der Gläubiger mit der mangelhaften Sache an Zahlungsstatt (§ 1414) bereit erklären würde⁵⁶.

Um durch das Wahlrecht des Gläubigers den Zweck der Gewährleistung nicht zu untergraben, sollten, so *Reischauer*, die Fristen des § 933 ab Übergabe bei Sachmängeln auch auf die §§ 918, 920, 921 Satz 2 bezüglich Rücktritt und Preisrückgewähr angewandt werden. Die Beschränkung des Gläubigers auf die Gewährleistungsbehelfe sei bei Übernahme der Sache in Unkenntnis des Mangels reine, jegliche ratio entbehrende Willkür. Schon § 923 verdeutliche, dass die Übernahme der Sache nicht das eigentliche Kriterium für die Gewährleistung sein könne, da eine nicht vorhandene Sache nicht übergeben werden könne, während der Vertrag über sie trotzdem Gewährleistung auslösen würde. Da der Schuldner nach § 1413 nicht zu fehlerhafter Leistung verpflichtet ist, könne er aber nicht vor der Übergabe einer Speziesz mit behebbarem Mangel zur Gewährleistung angehalten werden. Die Gattung sei von dieser Fallgruppe nicht betroffen. Da der Gläubiger eine Sache mit unbehebbar unwesentlichem Mangel nicht zurückweisen dürfe, und der Schuldner den Mangel nicht beheben kann, solle der Gläubiger Gewährleistung auch schon vor Übergabe geltend machen können, doch würde der Gläubiger zumeist Teilrücktritt bevorzugen. Diese Fallgruppe sei vergleichbar mit jener der nicht mehr vorhandenen Sache⁵⁷.

Während die Rechtsprechung die Leistung eines aliuds den §§ 918 ff unterstelle, sei die Schlechtleistung vom aliud logisch gar nicht abgrenzbar⁵⁸. Die Fristen des § 933 seien richtigerweise zu beachten, sofern offenkundig auf einen bestimmten Vertrag hin geleistet wurde. Sie wären daher auch dann anzuwenden, wenn sich der Anspruch auf die §§ 918 ff stützt.

Die Gewährleistungsregeln seien entgegen der Rechtsprechung jedenfalls für das einfache aliud in der Regel anwendbar, wohl aber auch grundsätzlich bei der absoluten aliud-Lieferung. Vieles reduziere sich auf Scheinprobleme, wenn man

⁵⁶ *Reischauer*, ÖJZ 1976, 57.

⁵⁷ *Reischauer* in *Rummel I*³ Vor §§ 918 – 933 Rz 9.

⁵⁸ So auch *Gschnitzer* in *Klang IV/1*², 451; *Bydlinski* in *Klang IV/2*², 162 f, *Kramer*, ÖJZ 1972, 567.

dem Gläubiger innerhalb der Gewährleistungsfristen ein Wahlrecht zwischen den §§ 918 ff und den §§ 922 ff zugesteht.

Nach dem OGH sei ein Vertrag auch dann erfüllt worden, wenn die erbrachte Leistung (bzw. die angebotene Leistung) nicht wesentlich vom Geschuldeten abweiche, und der Verkäufer aus der geschuldeten Gattung nicht mehr leisten kann. Dies könne, so *Reischauer*, nur dann der Fall sein, wenn der Schuldner das Vereinbarte in der Folge eines Gläubigerverzugs nicht mehr leisten kann, da dem Gläubiger grundsätzlich nicht etwas anderes aufgedrängt werden könne, als das aus dem Vertrag Geschuldete⁵⁹.

*Kramer*⁶⁰ äußert sich in mehreren Aufsätzen zum Verhältnis von Gewährleistung und Nichterfüllung. Dabei geht er, wie *Rabel*⁶¹, *Schlesinger*⁶² und *Gschnitzer*⁶³, von der Grundannahme aus, dass zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung grundsätzlich Konkurrenz besteht, welche sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Normen ergebe⁶⁴. Diese bestünde deshalb, weil die zwei Rechtsbehelfe insofern funktionell äquivalent wären, als beide den Tatbestand der nicht vertragsgemäßen Erfüllung regelten. Die Gewährleistung als eigenständiges Rechtsinstitut könne daher verabschiedet werden, im Gegensatz zu *Gschnitzer* und *Schlesinger* sei von einem unbeschränkten Wahlrecht jedoch abzusehen⁶⁵.

Vor der Übergabe der Kaufsache könne der Käufer aufgrund von § 1413 sowohl die Gattungssache, als auch die Spezies zurückweisen, sofern sie nicht vertragsgerecht wären, und zwar unabhängig davon, ob der Mangel wesentlich oder unwesentlich, behebbar oder unbehebbar ist. Handelte es sich um eine Speziessache mit unbehebbar, nicht wesentlichen Mangel, könne der Käufer entweder vom Vertrag zurücktreten und gemäß § 921 bzw. § 932 Schadenersatz verlangen, oder die Kaufsache akzeptieren und nach § 932 Minderung verlangen. Strittig sei demgegenüber, ob der Käufer entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 932 auch

⁵⁹ *Reischauer* in *Rummel* I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 11.

⁶⁰ *Kramer*, JBl 1972, 401 ff.

⁶¹ *Rabel*, Haftung.

⁶² *Schlesinger*, ZBl 1920, 257 ff.

⁶³ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 517 f; *derselbe*, AT¹, 89 f.

⁶⁴ *Kramer*, JBl 1972, 402.

⁶⁵ *Kramer*, JBl 1972, 405 f.

bei unbehebbar wesentlichen Mängeln gegen den Willen des Verkäufers Preisminderung verlangen könne. Dieser Lösung widerspräche allerdings § 1413, wonach der Schuldner nicht gegen seinen Willen gezwungen werden könne etwas anderes zu leisten, als er nach dem Vertrag zu leisten hätte. Diese Regelung sei ein Ausfluss des Gedankens der Privatautonomie. Sei der Mangel allerdings behebbar, habe der Käufer dem Verkäufer gemäß § 918 eine angemessene Nachfrist zur Verbesserung bzw. zum Nachtrag des Fehlenden nach § 932 zu setzen. Würde die Leistung daraufhin nachgeholt, könne der Käufer bei Verschulden immer noch Schadenersatzansprüche wegen Verspätung geltend machen⁶⁶.

Habe der Käufer die Sache in Unkenntnis des Mangels (vgl. § 929) bereits als Erfüllung angenommen und handle es sich um einen behebbaren, aber nicht wesentlichen Mangel, solle er die Möglichkeit haben, unter Einhaltung der Fristen des § 933 nach § 918 vom Vertrag zurückzutreten. Ist der Mangel hingegen unbehebbar und wesentlich, scheine es daher umso mehr vertretbar Rücktrittsrecht und Schadenersatzanspruch nach den §§ 918, 921 alternativ zu Wandlung und Schadenersatz nach § 932 zur Verfügung zu stellen. Dass die Wandelungsklage angesichts des Wahlrechts an Bedeutung verlieren würde, wäre insofern unbedenklich, wie schon *Schlesinger*⁶⁷ hervorgehoben hatte, als die beiden Rechtsbehelfe ohnehin funktionell äquivalente Ziele verfolgen würden. Ist der Mangel also behebbar, unabhängig von der Qualifikation als wesentlicher oder unwesentlicher Fehlerhaftigkeit, müsse der Käufer zuallererst innerhalb der Frist des § 933 gemäß der §§ 918 bzw. 932 Verbesserung bzw. Nachholung verlangen und zusätzlich, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, Schadenersatz geltend machen. Erst wenn die Frist erfolglos verstrichen ist, könne er nach § 918 zurücktreten und Schadenersatz verlangen oder die Sache als solche akzeptieren und Preisminderung anstrengen⁶⁸.

Kramer versteht seinen Lösungsansatz selbst als nicht neu, sondern als eine Kombination bestehender Lösungen, einschließlich jener des Haager Abkommens über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts⁶⁹.

⁶⁶ *Kramer*, JBl 1972, 406.

⁶⁷ *Schlesinger*, ZBl 1920, 257 ff.

⁶⁸ *Kramer*, JBl 1972, 407.

⁶⁹ *Kramer*, JBl 1972, 407 f.

An anderer Stelle⁷⁰ äußert sich *Kramer* zur aliud-Lieferung und führt aus, dass das Problem der Abgrenzung des aliuds von der Schlechtleistung im einseitigen Handelsgeschäft parallel zur Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung zu lösen sei. Das ABGB kenne den Begriff des aliuds nicht und beinhalte daher auch keine Sondervorschriften. Deshalb sei es eindeutig von den §§ 918 ff und 922 ff erfasst. Da beide Normenkomplexe den Tatbestand der aliud-Lieferung erfüllen würden, sei grundsätzliche Alternativität zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung anzunehmen, genauso wie bei der bloßen Schlechtlieferung. Auch solle nicht zwischen Spezies- und Gattungsschulden unterschieden werden⁷¹.

II. 2. 3. Die Lehre von *Oskar Pisko*

Eine der am meisten diskutierten⁷², aber auch mit überwältigender Mehrheit abgelehnten, Lösung des Zusammentreffens von Gewährleistung und Nichterfüllung stammt von *Oskar Pisko*^{73 74}.

Pisko vertritt, dass es keine Konkurrenz zwischen den Behelfen geben könne, da Gewährleistungs- und Erfüllungsmängel nicht zusammenfallen könnten. Die Prämisse, dass mit Annahme der mangelhaften Sache der Erfüllungsanspruch erlösche, sei, so *Pisko*, falsch. Ebenso die Auffassung, nach welcher die Rechte aus der Gewährleistung erst nach der Erfüllung entstehen würden. Außerdem sei strikt zwischen dem Kauf von Gattungssachen und dem Erwerb einer Spezies zu unterscheiden⁷⁵, da die Gewährleistung nur auf Stückschulden angewandt werden könne.

⁷⁰ *Kramer*, ÖJZ 1972, 561 ff.

⁷¹ *Kramer*, ÖJZ 1972, 564 ff.

⁷² Für viele: *Gschntzer* in *Klang* IV/1², 518; *Reischauer* in *Rummel* I³ Vor §§ 918 – 933 Rz 11.

⁷³ *Gewährleistung*²; *derselbe*, ZBl 1920, 593 ff.

⁷⁴ In seiner Monografie zitiert *Pisko* die Normen des ABGB mit der Abkürzung „BGB“. Sollen die Normen des deutschen BGB zitiert werden, verwendet er die Abkürzung „dt. BGB“. Ebenso verhält es sich im gleichnamigen Artikel in den ZBl.

⁷⁵ *Pisko*, *Gewährleistung*², 15 f.

Diese von den bekannten Positionen stark abweichende Theorie bedarf detaillierter Erklärungen, um der Argumentationskette folgen zu können. Der Unterschied zu den anderen Theorien beginnt schon beim Verständnis des Mangels. Der Terminus „Mangel“ bezieht sich bei *Pisko* nur auf Qualitätsmängel⁷⁶. Ein solcher liege bei Gattungsschulden dann vor, wenn ein technischer Fehler vorliegt, oder eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden ist. Die Speziessache leide indessen schon dann an einem Mangel, wenn sich der Zustand nach dem Vertragsschluss verschlechtere, oder wenn sie nicht in jenem Zustand geliefert wird, in dem sie versprochen wurde⁷⁷.

Ein grundsätzlicher Fehler der Lehre sei es, dass die Gebiete der Gewährleistungsfolgen und der Rechtsfolgen gesetz- und vertragswidriger Erfüllung viel zu weit ausgedehnt würden. Bei richtiger Abgrenzung könnten Gewährleistungsmängel und Erfüllungsmängel, abgesehen von einer einzigen Ausnahme, nie zusammenfallen.

II. 2. 3. 1. Der Stückkauf

Beim Stückkauf ist nach *Piskos* Lehre zunächst danach zu unterscheiden, ob die Sache bereits bei Vertragsschluss mangelhaft war, oder erst nach diesem Zeitpunkt mangelhaft wurde. War die Sache schon bei Vertragsschluss mit einem objektiven Mangel behaftet oder entbehrte sie vom Verkäufer behauptete Eigenschaften, soll der Tatbestand der Gewährleistung erfüllt sein⁷⁸. Allein mit dieser Feststellung sei jedoch noch nicht geklärt, ob der Verkäufer⁷⁹, wenn auch nicht mit direktem Erfüllungszwang ausgestattet, verpflichtet sein soll, die Speziessache frei von den ihr bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses anhaftenden Mängeln zu leisten⁸⁰.

⁷⁶ Quantitätsmängel werden von *Pisko* gesondert erörtert, vgl. Gewährleistung², 86 ff.

⁷⁷ *Pisko*, ZBl 1920, 595 f.

⁷⁸ *Pisko*, ZBl 1920, 602 f.

⁷⁹ *Piskos* Ausführungen beziehen sich allein auf den Kauf, und sind aufgrund der Struktur des ABGB auch auf den Tausch anwendbar, vgl. *Pisko*, ZBl 1920, 595 oben.

⁸⁰ *Pisko*, ZBl 1920, 604.

Um diese Frage zu lösen müsse beim Kauf einer Speziessache zwischen behebbarem und unbehebbarrem Mangel differenziert werden. Der Verkäufer sei, das könne aus §§ 1047, 1061 geschlossen werden, dazu verpflichtet, die Sache so zu leisten, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt. Hafte der Sache schon in diesem Zeitpunkt ein unbehebbarer Mangel an, könne das Gesetz zwar das unmöglich zu erfüllende Versprechen als gültig anerkennen, nicht jedoch zu einer unmöglichen Leistung verpflichten⁸¹, ⁸². Die Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung und der Wandlung würden demnach eine Leistungsbefreiung des Verkäufers darstellen, der sich bloß beim Vertragsabschluss rechtswidrig verhalten habe⁸³. Dies sei, so schon *Adler*⁸⁴, zwar ein Rechtsnachteil für den Gläubiger, doch sei dieser eben vom Gesetz verhängt worden, und daraus könne nicht geschlossen werden, dass der Verkäufer eine widerrechtliche Handlung begehe. Problematisch sei dabei jedoch nicht die vermeintlich rechtswidrige Vertragserfüllung, sondern das rechtswidrige Verhalten beim Vertragsabschluss.

Verspricht der Verkäufer jedoch die Herstellung einer bei Vertragsschluss noch nicht bestehenden Eigenschaft, habe er die Pflicht, die Spezie in vereinbartem Zustand zu liefern. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, sei zwar die Erfüllung vertragswidrig, das erfülle jedoch noch nicht den Tatbestand der Gewährleistung⁸⁵. Die Zusicherung einer angeblich bestehenden Eigenschaft sei nämlich keine Willens-, sondern eine Wissenserklärung, also eine assertorische Behauptung, die daher weder erfüllt noch nicht erfüllt werden könne⁸⁶. Das Leisten einer Speziesschuld mit unbehebbarrem Mangel stelle keinen Fehler in der Erfüllung dar, allein der Tatbestand der Gewährleistung sei erfüllt. Diese Feststellung gelte allerdings nur für Sachmängel, nicht auch für Rechtsmängel, da der Verkäufer vom Gesetz sehr wohl dazu verpflichtet werden könne, eine rechtsmangelfreie Sache zu leisten⁸⁷.

⁸¹ *Pisko*, Gewährleistung², 16 f.

⁸² *Pisko* folgt hierin *Zitelmann*, Irrtum 435 f.

⁸³ *Pisko*, Gewährleistung², 18.

⁸⁴ *Adler*, ZHR 75, 453 ff.

⁸⁵ *Pisko*, ZBl 1920, 605 ff.

⁸⁶ *Pisko*, Gewährleistung², 21.

⁸⁷ *Pisko*, Gewährleistung², 27.

Der Käufer könne die Annahme einer mangelhaften Sache nur dann ablehnen, wenn der Mangel den Anspruch auf Aufhebung des Vertrages begründet. Allerdings müsse er die Wandlung dann auch tatsächlich geltend machen, um den Rechtsfolgen des Annahmeverzuges zu entgehen⁸⁸.

Pisko vertritt, zusammengefasst, folgende These: Wird eine *Spezies* mit *unbehebbar*em Sachmangel geleistet, stellt das keinen Erfüllungsmangel dar und nur die Vorschriften der Gewährleistung sollen zum Tragen kommen. Das deshalb, weil ein nicht herstellbarer Zustand nicht rechtsgültig versprochen werden kann. Da Erfüllung in diesem Fall unmöglich ist, kann es sich nicht um einen Erfüllungsmangel handeln.

Handelt es sich jedoch um einen Rechtsmangel, ist die Erfüllung mangelhaft, da der Verkäufer zu rechtsmangelfreier Lieferung vom Gesetz verpflichtet werden kann. Damit liegt nach der dargelegten Theorie ein Erfüllungsmangel vor, der die Anwendung der Gewährleistungsnormen ausschließt.

Bei *behebbar*en Mängeln von *Speziessachen* soll hingegen dahingehend unterschieden werden, zu welchem Zeitpunkt der Mangel vorliegt. Ist die Sache schon *bei* Vertragsabschluss mangelhaft, ist der Verkäufer verpflichtet vertragsgemäß, also mangelfrei, zu leisten. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Gläubiger Gewährleistung geltend machen. Dieser Anspruch auf Verbesserung ist außerdem ein Erfüllungsanspruch, da er auf eine Leistung des Veräußerers gerichtet ist. Aus der Anführung desselben unter den Gewährleistungsansprüchen folgt nur, dass die §§ 922 ff darüber entscheiden, ob ein Mangel überhaupt vorliegt⁸⁹.

Die Frist des § 933 ist deshalb auf den Verbesserungsanspruch anzuwenden, da alle auf § 932 beruhenden Ansprüche unter § 933 fallen⁹⁰. In dieser Konstellation stellt der Gewährleistungsmangel gleichzeitig einen Erfüllungsmangel dar⁹¹, weshalb der Gläubiger Ansprüche gemäß der §§ 918 ff, und nicht Gewährleistungsansprüche, anstrengen kann. Als Konsequenz kann der Gläubiger

⁸⁸ *Pisko*, ZBl 1920, 613.

⁸⁹ *Pisko*, Gewährleistung², 28 f.

⁹⁰ *Pisko*, ZBl 1920, 615 f.

⁹¹ *Pisko*, Gewährleistung², 30; *derselbe*, ZBl 1920, 616.

die mangelhafte Ware zurückweisen und bis zur Leistung der vertragsgerechten Sache den Kaufpreis nach § 1052 ABGB zurückhalten. Er kann aber auch auf die Geltendmachung der Behebbarkeit des Mangels verzichten und zwar die erfüllte Vertragspflicht akzeptieren, jedoch einräumen, dass die Sache nicht seinen berechtigten Vorstellungen entspreche und er deshalb Preisminderung fordere⁹².

Entsteht der Mangel hingegen erst *nach* Vertragsabschluss, ist gemäß *Piskos* Ansatz der Verkäufer aufgrund von § 1047 ABGB zu vertragsgemäßer Leistung verpflichtet. Daher stelle die beschriebene Konstellation einen Gewährleistungsfall dar. Qualitative Teilunmöglichkeit liegt nach *Pisko* dann vor, wenn die Verschlechterung unheilbar ist⁹³.

II. 2. 3. 2. Der Gattungskauf

Anders verhält es sich nach *Piskos* Theorie beim Gattungskauf. Die Lieferung von mangelhafter gattungsmäßig bestimmter Ware sei Nichterfüllung⁹⁴. Diese Konsequenz unterscheide sich von jener der Leistung einer mangelhaften Spezies, da bei dieser immer (qualitativ) unvollständig geleistet würde. Bei mangelhafter Gattungssache erfülle der Gläubiger hingegen gar nicht. Grundsätzlich seien dann die Rechtsfolgen des Verzugs anzuwenden (Mängel einer Gattung seien immer behebbar, solange noch korrekte Stücke der Gattung vorhanden sind), wobei zu beachten sei, dass diese nicht schon infolge der mangelhaften Leistung eintreten würden, sondern trotz ihr, da § 918 nur geltend gemacht werden könne, wenn nicht rechtzeitig mangelfreie Ware geliefert wurde⁹⁵. In Lehre und Rechtsprechung werde angenommen, dass mit Annahme der Genusschuld eine Spezies vorliege, und daher die Gewährleistungsfolgen eintreten würden. Dies könne nicht sein, da mit Annahme des Angebotenen zwar der Vertrag erfüllt, nicht aber der Gattungskauf in

⁹² *Pisko*, ZBl 1920, 616 ff.

⁹³ *Pisko*, Gewährleistung², 33 ff.

⁹⁴ *Pisko*, Gewährleistung², 46.

⁹⁵ *Pisko*, Gewährleistung², 49 f.

einen Spezieskauf verwandelt werden könne⁹⁶. Daher wäre die Anwendbarkeit der Gewährleistungsnormen auf Gattungsschulden niemals bezweifelt worden, und doch sei sie abzulehnen. Sowohl der Wortlaut, als auch das erwartete Verhalten des Veräußerers setze eine individuell umschriebene Sache voraus. Dem Reden und Schweigen des Verkäufers komme bei Spezies- und Gattungssachen unterschiedliche Bedeutung zu. Fehlen der Spezies zugesagte Eigenschaften, so liege Unrichtigkeit der assertorischen Behauptung vor, bei Gattungsschulden sei dies hingegen die Nichterfüllung von promissorisch zugesagten Eigenschaften⁹⁷.

Auf Gattungsschulden sind daher nach *Piskos* Argumentation ausschließlich die Nichterfüllungsnormen anzuwenden, da es sich stets um Nichterfüllung, und nie um Erfüllungsmängel handeln würde.

Zur „Annahme als Erfüllung“ äußert *Pisko* sich ablehnend. Die Lieferung eines mangelhaften Stückes aus der Gattung sei nicht die Leistung des Geschuldeten. Die Annahme könne daher weder als Anerkennung, noch als *datio in solutum* qualifiziert werden. Auch ein liberatorischer oder solutorischer Vertrag könne in der „Annahme als Erfüllung“ nicht gesehen werden, dagegen spreche die allgemeine Regel des § 1412, nach welcher die Erfüllungswirkung mit Leistung des geschuldeten Gegenstandes erreicht wird. Der Schuldner könne in der Annahme alleine die Äußerung der Meinung erkennen, dass die gelieferte Sache zur Schuldtilgung geeignet sein könnte⁹⁸. Die Annahme der Leistung soll daher keinen Ausschlag dahingehend geben, ob der Bereich der Nichterfüllung oder jener der Gewährleistung anzuwenden ist.

Piskos Thesen zur Konkurrenz von Nichterfüllung und Gewährleistung wurden zahlreich kritisiert und widerlegt⁹⁹. Obwohl wohl alle Kritikpunkte bereits in der Literatur ausführlich besprochen wurden, ist anzumerken, dass *Piskos* Argumente durch Feinsinnigkeit und Differenziertheit bestechen. Allein sein Ansatz, dass eine Erklärung den Zustand einer Sache betreffend dann, wenn sie

⁹⁶ *Pisko*, Gewährleistung², 61.

⁹⁷ Und weitere Argumente: *Pisko*, Gewährleistung², 64 ff.

⁹⁸ *Pisko*, Gewährleistung², 55 ff.

⁹⁹ Für viele: *Kramer*, JBl 1972, 403 f; *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 151 ff.

nicht mit dem Zustand der Spezies übereinstimmt, nicht Vertragsinhalt werden könne, ist mit dem Recht der Willenserklärung unvereinbar und daher widerlegbar¹⁰⁰. Da dieser Ansatz jedoch Herzstück der Ausführungen ist, hat er Auswirkungen auf beinahe alle daraus resultierenden Feststellungen, die *Piskos* Thesen ausmachen.

II. 3. Diskussion

II. 3. 1. Die Normen

Der Tatbestand des Verzugs ist gemäß § 918 dann erfüllt, wenn ein entgeltlicher Vertrag nicht „zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise“ erfüllt wird. Diese drei Varianten umfassen jene Fehler, die bei der Erfüllung eines Vertrages auftauchen können. Das Erfüllen eines Vertrages auf „die bedungene Weise“ bezieht sich auf den Zustand der geschuldeten Sache. Wird diese bei der versuchten Erfüllung in mangelhaftem Zustand angeboten, ist der Tatbestand des Verzuges erfüllt.

Neben § 918 steht jedoch noch eine weitere Norm, die sich mit nicht vertragsgerechten Leistungen beschäftigt. So kann der Schuldner neben § 918 ebenfalls nach § 922 haftbar werden, wenn die geleistete Sache die „bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ nicht aufweisen kann. Die Problematik der Kollision ist leicht zu erkennen: Derselbe Sachverhalt kann unter beide Tatbestände subsumiert werden, ohne dass das Gesetz eine ausdrückliche Regel für dieses Zusammentreffen bereithält.

Ebendieses Problem stellt sich beim Verhältnis von Gewährleistung und nachträglicher Unmöglichkeit. Die Rechtsfolgen des § 920 sollen dann eintreten, wenn „die Erfüllung durch (...) Zufall vereitelt“ worden ist. Die nachträgliche Unmöglichkeit umfasst also solche Sachverhalte, in denen noch gar nicht geleistet

¹⁰⁰ Vgl. z.B. *Flume*, Eigenschaftsirrthum 76 ff.

wurde. Auch in den Gewährleistungsfällen tritt dieselbe Situation auf. Während ein Teil der Leistung bereits erbracht wurde, fehlt immer noch jener Teil, aufgrund dessen Fehlen die Leistung als mangelhaft im Sinne der §§ 922 ff qualifiziert worden ist. Auch in diesem Fall gibt das Gesetz keine Stellungnahme darüber ab, wie bei diesem Zusammentreffen vorgegangen werden soll.

Diese Konkurrenzsituation wirft Fragen auf, allen voran solche nach der Abgrenzung. Während die Konkurrenz selbst außer Frage steht¹⁰¹, lässt das Gesetz offen, wann, bzw. bis zu welchem Zeitpunkt im Rahmen der Vertragsbeziehung, der Tatbestand der Nichterfüllung erfüllt sein soll, und wann die §§ 918 ff der Gewährleistung weichen sollen. Im Versuch um eine sinnvolle Grenzziehung wird die von der Lehre entwickelte Figur der „Annahme als Erfüllung“ besprochen und ein Lösungsweg gesucht.

Anzumerken ist, dass trotz der mehrfach möglichen Subsumtion desselben Sachverhaltes, die Institute Verzug, nachträgliche Unmöglichkeit und Gewährleistung ursprünglich auf unterschiedliche Sachverhalte abzielten¹⁰². Beim Verzug erbringt der Schuldner die korrekte Leistung bloß verspätet, bei der Unmöglichkeit kann die Leistung ganz oder teilweise überhaupt nicht mehr erbracht werden, und die Gewährleistung hat die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes zum Thema. Mit dieser oberflächlichen Unterscheidung kann man sich aufgrund der legislatischen Ausführung der Normen jedoch höchstens gefühlsmäßig an die Abgrenzung annähern, bei der Diskrepanz der Tatbestände von Verzug und Gewährleistung jedoch nicht einmal das. Diese Überlegung hat daher nur einen sehr geringen Wert für die zu lösende Problematik.

Obwohl sich die nun folgende Diskussion auf beide Konkurrenzen bezieht, ist zu beachten, dass sich die Lösung in zwei Teile gliedert: Die Abgrenzung der Gewährleistung vom Verzug und die Grenzziehung zwischen Gewährleistung und Unmöglichkeit.

¹⁰¹ Anders z.B. *Schlesinger*, ZBl 1920, 258 ff.

¹⁰² *Reischauer*, ÖJZ 1976, 58.

II. 3. 2. Entwicklungsgeschichtlicher Ansatz

Grundsätzlich kann jedes Zusammentreffen mehrerer Normen auf verschiedene Arten gelöst werden. So können die Regelungskomplexe entweder nebeneinander angewandt werden, man kann den Gläubiger selbst wählen lassen, welchen Behelf er anwenden möchte, oder schließlich ein Merkmal finden, anhand dessen die Normenkomplexe voneinander abgegrenzt werden, um dann eindeutig feststellen zu können, welche Regelung wann alleine angewandt werden soll. Gemäß ihrem Anwendungsgebiet sollen die konkurrierenden Normen untereinander in Relation gebracht werden¹⁰³.

Um der Lösung einen Schritt näher zu kommen, wird auch mit der Entwicklungsgeschichte des ABGB argumentiert¹⁰⁴. Dazu führt *Reischauer*¹⁰⁵ aus, dass die betroffenen Komplexe ursprünglich für unterschiedliche Fallgruppen geschaffen wurden. Während die Nichterfüllung zunächst das Ausbleiben der Sachleistung umfasste, bezog sich die Gewährleistung auf das Erbringen mangelhafter Leistungen. Das ABGB bemühe sich nun aber darum, die beiden früher streng voneinander getrennten Komplexe aneinander anzugleichen, und die vorläufige Kulmination dieser Entwicklungen finde sich im System des EKG¹⁰⁶. Dieses kenne nur noch den einheitlichen Begriff der Nichterfüllung. Seine Position vertiefend führt *Reischauer* aus, dass die Rechtsfolgen der Gewährleistung als Nichterfüllungssanktionen ausgestattet seien¹⁰⁷ und jenen der §§ 918 ff ohnehin sehr ähnlich wären¹⁰⁸.

Bezug nehmend auf die Theorie *Reischauers* kann zumindest aus der Sicht der Rechtslage der Gegenwart angemerkt werden, dass im Zuge der Gewährleistungsreform, welche aufgrund einer Richtlinie der EU in 2001/2002

¹⁰³ *Schlesinger*, ZBl 1920, 257.

¹⁰⁴ *Reischauer*, ÖJZ 1976, 57 ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu genauer *Reischauer*, ÖJZ 1976, 58 f.

¹⁰⁶ EKG und EAG bilden die Kernstücke des Haager Kaufrechts, dem Vorläufer des CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). Das EKG hatte daher den grenzüberschreitenden Warenverkehr zum Inhalt. Die Parteien konnten sich nach Art 4 allerdings auch im Bereich des innerstaatlichen Warenverkehrs dem EKG unterwerfen. Dieses Fakt dürfte die These *Reischauers*, dass das EKG enorme Wirkung auf die zivilrechtlichen Kodifikationen haben werde, gestärkt haben.

¹⁰⁷ *Reischauer*, ÖJZ 1976, 62.

¹⁰⁸ So auch *Wilhelm*, JBl 1975, 113 ff; 177 ff.

stattfind, nicht in erster Linie die Angleichung der Gewährleistung mit den Nichterfüllungsnormen angestrebt wurde. Primär war die Gewährleistungsreform vom Ziel der Richtlinienenerfüllung getragen. Doch sind Tendenzen zur Angleichung der Behelfe von Gewährleistung und Nichterfüllung vorhanden. So wie zum Beispiel beim Teilverzug primär Erfüllung zu begehren ist, ist auch bei der Gewährleistung die Preisminderung nur subsidiär möglich.

Die herrschende Lehre¹⁰⁹ hat sich dafür entschieden, die Regelungskomplexe mithilfe eines Abgrenzungskriteriums voneinander abzutrennen. Dieses Kriterium ist die „Annahme als Erfüllung“. In den folgenden Unterkapiteln diese detailliert besprochen.

II. 3. 3. Die „Annahme als Erfüllung“

II. 3. 3. 1. Die Formulierung des § 922 ABGB

Der erste Halbsatz des § 922 lautet: „Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt...“. Aus dieser Wendung wird abgeleitet, dass die Gewährleistung erst dann anwendbar sein soll, wenn die Sachleistung dem Gläubiger übergeben wurde. Die Gewährleistung ist folglich dann anwendbar, wenn die mangelhafte Sachleistung bereits übergeben bzw. abgeliefert wurde¹¹⁰.

Hiermit wurde festgestellt, dass die Übergabe ein Tatbestandselement der Gewährleistung ist. Damit wurde für die Abgrenzung von der Nichterfüllung noch nichts gewonnen, jedoch besteht zu dieser ein Zusammenhang, der in der Folge aufgeklärt wird.

¹⁰⁹ Für Viele: *Ehrenzweig*, System II/1², 210 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 65 ff; *Gschnitzer*, AT², 162 f; EvBl 1962/509; SZ 43/152; SZ 52/157; SZ 48/120.

¹¹⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 77 f.

II. 3. 3. 2. Übergabe ist gleich „Annahme als Erfüllung“?

Die herrschende Lehre versteht die Übergabe nicht bloß als tatbestandsbegründendes Merkmal der §§ 922 ff, sondern darüber hinaus auch als Abgrenzungskriterium gegenüber der Nichterfüllung. Außerdem soll die „Annahme als Erfüllung“ derselbe äußerliche Akt sein, wie die Übernahme der Vertragsleistung durch den Gläubiger. Übernimmt der Gläubiger die angebotene Leistung, hat er damit, so die herrschende Lehre, automatisch das Zurechnungsmerkmal der „Annahme als Erfüllung“ verwirklicht. Zu klären ist daher, ob das „Überlassen“ einer Sache nur die Übergabe im Sinn des § 922 darstellt und damit die Anwendbarkeit der Gewährleistungsnormen begründet, oder darüber hinaus auch als „Annahme als Erfüllung“ verstanden werden kann. Das ist deshalb von entscheidender Wichtigkeit, da sich mit vollzogener „Annahme als Erfüllung“ die Rechtsposition des Gläubigers stark und unwiderruflich verändern soll.

Die „Annahme als Erfüllung“ wird von den Vertretern der verschiedenen Meinungen unterschiedlich charakterisiert. Die Vertreter der herrschenden Lehre sehen in ihr den bloßen Realakt der Sachübernahme durch den Gläubiger. Die bloße Annahme der Sache hat aus Sicht der herrschenden Lehre auch keine Erfüllungswirkung. Die Verfechter der Mindermeinung hingegen schreiben ihr außerdem rechtsgeschäftliche Qualitäten zu, weshalb immer wieder nach dem Inhalt bzw. der Abgabe von Willenserklärungen gefragt wird. Außerdem wird der Ausdruck „Annahme als Erfüllung“ wörtlich genommen und dahingehend verstanden, dass mit erfolgreicher „Annahme als Erfüllung“ auch der Vertrag erfüllt wird, was aber nur mit entsprechender Willenserklärung möglich sein soll.

Es wird gezeigt werden, dass dieses Verständnis der „Annahme als Erfüllung“ zahlreiche Probleme mit sich bringt und daher abzulehnen ist. Den Realakt der Annahme, unabhängig davon, wie er genannt sein mag, als Rechtsgeschäft zu verstehen, wirkt „künstlich“ und kann deshalb nicht überzeugen. Trotzdem wird in der vorliegenden Arbeit auch intensiv auf die Kritikpunkte der

Mindermeinungen eingegangen, um sie eingehend zu prüfen und ihre Ergebnisse zu werten.

Auszugehen ist wiederum von der Feststellung, dass mit der Übergabe der Sache die Gewährleistung anwendbar ist. Das ist insofern unproblematisch, als dem Gläubiger mit der Übernahme ein neuer Normenbereich eröffnet wird, der ihm Rechte zur Verfügung stellt, welche ihm helfen, seine unerwartet mangelhafte Leistung in eine vertragsgerechte zu „verwandeln“ bzw. die subjektive Äquivalenz zwischen Preis und Leistung¹¹¹ wieder herzustellen. Problematisch könnte aber sein, dass der Gläubiger im selben Zug das Kriterium der „Annahme als Erfüllung“ verwirklicht, da zunächst zu klären ist, ob dies überhaupt möglich ist.

„Erfüllung“ ist das Auflösen der vertraglichen Verbindlichkeit durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist (vgl. § 1412). Nach § 1412 kann weder der Schuldner dazu gezwungen werden etwas anderes zu leisten, als er zu leisten schuldig ist, noch der Gläubiger dazu verpflichtet sein, etwas anderes anzunehmen, als er aus dem Vertrag fordern kann. Wenn zur Erfüllung eines Vertrages die Verschaffung von Eigentum gehört, ist sie ein rechtsgeschäftlicher Akt. Soll hingegen kein Eigentum übertragen werden, ist ein Realakt („reale Leistungsbewirkung“) ausreichend.

Um einen rechtsgeschäftlichen, weil Eigentum übertragenden, Akt der Erfüllung abzuwickeln, bedarf es folglich einer Willenserklärung des Gläubigers, das Eigentum erwerben zu wollen. Unproblematisch ist das selbstverständlich dann, wenn der Gläubiger sich dahingehend äußert. Doch das ist in der vorliegenden Problematik gerade nicht der Fall, da der Gläubiger die Sache zwar übernimmt, allein in der Übernahme der Sache jedoch nicht unbedingt eine (konkludente) Willenserklärung gesehen werden kann, die darauf gerichtet ist, die Leistung als schuldbefreiend anzunehmen. Entscheidend ist, dass der Gläubiger erwartet, die vertragsgerechte Leistung zu erhalten. Es besteht keine Annahmepflicht, sondern eine bloße Obliegenheit dazu¹¹², und doch muss der Gläubiger die Sache

¹¹¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 65.

¹¹² *Perner in Welser*, Fachwörterbuch 26 f.

schlussendlich entgegennehmen, um die Leistung zu erhalten und damit das zu bekommen, was ihm laut Vertrag zusteht.

Auf den ersten Blick kann es unverständlich scheinen, dass durch dieses Tun, die reale Übergabe der Sachleistung, automatisch auch die „Annahme als Erfüllung“ stattgefunden haben soll, mit der gemäß den Vertretern der Mindermeinung zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der Gläubiger die Leistung als schulderfüllend, daher als Erfüllung des Vertrages, anerkennt. Um zu prüfen, was der Gläubiger bei der Übernahme tatsächlich weiß, was er erklären möchte und worauf sich eine etwaige Erklärung beziehen soll, ist danach zu unterscheiden, ob der Gläubiger die Sache in Kenntnis vom Mangel übernimmt, oder ob er bei der Übergabe nicht über die Mangelhaftigkeit unterrichtet war.

II. 3. 3. 2. 1. Die „Annahme als Erfüllung“ als Vertrag – der „Erfüllungsvertrag“

Schlesinger bezeichnet die nun als „Annahme als Erfüllung“ bekannte vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache als Erfüllungsvertrag¹¹³. Dieser sei gemäß der (damals, Anm. des Verfassers) herrschenden österreichischen Lehre die Wurzel der Gewährleistungsansprüche. Da die Gewährleistung auch Qualitätsmängel umfasse, sei es sicher, dass das (österreichische) BGB¹¹⁴ jeden gewährleistungspflichtigen Mangel als unvollkommene Erfüllung verstehe. Die Lehre sei der Ansicht, dass durch die Übernahme der Sache der Erfüllungsvertrag erlösche und die Vertragsobligations dann nicht mehr bestehen bleiben könne.

Eindeutig werde bei dieser Theorie davon ausgegangen, dass die Erfüllung jederzeit ein Vertrag sein soll, was schon deshalb nicht stimmen könne, weil Erfüllung auch ohne Zutun des Gläubigers stattfinden könne. Außerdem liege eine unzulässige Verdoppelung vor, da zu dem dinglichen Vertrag der Tradition auch

¹¹³ *Schlesinger*, ZBl 1920, 259 ganz oben.

¹¹⁴ Gemeint ist das österreichische ABGB, vgl. *Schlesinger*, ZBl 1920, 257 ff.

noch ein liberatorischer trete, der jedoch nichts weiter sei, als ein Hirngespinnst. Es komme schließlich nur darauf an, dass der Schuldner einen dem (zum Beispiel Kauf- oder Tausch-)Vertrag entsprechenden äußeren Zustand herstellt, die selbständige rechtsgeschäftliche Natur des Aktes selbst könne in ernste Zweifel gezogen werden, ein Vertrag liege darin jedenfalls nicht. Für diese Ansicht spreche auch § 1414, der eine selbständige Geschäftsqualität nicht impliziere¹¹⁵.

Es sei außerdem selbst dann, wenn man in der Erfüllung einen Vertrag erblicken möchte, ausgeschlossen, dass mangelhafte Leistung die Obligation zum Erlöschen bringen kann. Denn wenn die Erfüllung tatsächlich ein Vertrag sei, dann einer, dessen Inhalt von vornherein genau fixiert ist, da im Erfüllungsbegriff ein objektives Element liegt, nämlich die Leistung, die man zu leisten schuldig ist. Rechtsgrund für die Ansprüche aus der Gewährleistung sei ihre Wurzel im Veräußerungsvertrag¹¹⁶, die Annahme sei eine bloß reale Handlung ohne eigene Rechtsqualität, die auf erfolgreichen Abschluss des Veräußerungsvertrags abziele.

Durch *Schlesingers* Lektüre wird die Theorie des „Erfüllungsvertrages“ klarer, ihre Ergebnisse sind zu hinterfragen. Zunächst ist die Erfüllung ein Teil des Veräußerungsvertrages, dessen Objekt die (mangelhaft angebotene) Leistung ist. Durch die Erfüllung soll die bestehende Vertragsbeziehung erfolgreich beendet werden. Während also im (Veräußerungs-) Vertrag vereinbart wird, was zu leisten ist, hat der „Erfüllungsvertrag“ keine Leistungsfunktion, sondern beinhaltet die Einigung, dass die angebotene Sache die geschuldete ist. Es scheint allerdings kein Platz zu sein für einen weiteren Vertrag, oder einen „Vertrag innerhalb des Vertrages“, da das Anbieten der Sache eine Rechtspflicht aus dem „ursprünglichen“ (Veräußerungs-)Vertrag ist, der bereits geschlossen wurde, und nicht gleichzeitig als Anbot für einen weiteren Vertrag verstanden werden kann. Vertragsobjekt scheint bei beiden dieselbe Sache zu sein, bei beiden kann der Gläubiger die mangelhafte Leistung annehmen oder zurückweisen. Die Konstruktion der „Annahme als Erfüllung“ scheint daher kein selbständiger „Erfüllungsvertrag“ zu sein, die ihr von den Vertretern der Mindermeinung zugeschriebene rechtsgeschäftliche Qualität ist

¹¹⁵ *Schlesinger*, ZBl 1920, 261 ff.

¹¹⁶ *Schlesinger*, ZBl 1920, 266.

anzuzweifeln. Vielmehr soll die „Annahme als Erfüllung“ den Vorgang der Sachübergabe beschreiben, aufgrund dessen die Gewährleistungsnormen anwendbar sind.

Ein Unterschied, der zwischen dem Veräußerungsvertrag und dem „Erfüllungsvertrag“ auszumachen ist, ist jener des Inhalts. Während der Veräußerungsvertrag die Leistungspflichten der Parteien festlegt, hat der „Erfüllungsvertrag“ die Einigung zum Inhalt, dass die angebotene Sache die geschuldete Leistung ist.

Obwohl in der vorliegenden Arbeit nicht davon ausgegangen wird, dass die „Annahme als Erfüllung“ rechtsgeschäftliche Qualität aufweist, soll in den folgenden Unterkapiteln ausgehend von der Ansicht der Mindermeinung untersucht werden, wie es sich, die rechtsgeschäftlichen Qualität der „Annahme als Erfüllung“ vorausgesetzt, mit den vom Gläubiger abgegebenen Willenserklärungen verhalten würde, sowohl bei der Übernahme der Leistung in Kenntnis, als auch in Unkenntnis der bestehenden Mangelhaftigkeit. Um auch die Argumente der Vertreter der Mindermeinung zu untersuchen (und dann zu widerlegen), wird also vom Standpunkt der Mindermeinung ausgegangen und in ihrem Sinne argumentiert.

II. 3. 3. 2. 2. Die Annahme der Sache in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit

In der Regel übernimmt der Gläubiger bei der Erfüllung die ihm angebotene Sache, ohne vom Mangel Bescheid zu wissen, da er sie, wenn er vom Mangel weiß, im Regelfall zurückweisen würde. Mit der Übernahme soll, so die herrschende Lehre, auch die „Annahme als Erfüllung“ stattgefunden haben.

Eine rechtsgültige Willenserklärung ist eine mit Rechtsfolgewillen abgegebene Erklärung. Zwar ist dafür grundsätzlich Erklärungsbewusstsein erforderlich, doch verhindert dessen Fehlen nicht in jedem Fall die Rechtsgültigkeit

der Aussage. Unbewusst abgegebene Erklärungen können dem Erklärenden zugerechnet werden, wenn er den Erklärungstatbestand adäquat verursacht hat und dabei zumindest fahrlässig gehandelt hat, oder er selbst das Risiko des Entstehens eines Erklärungstatbestandes unnötigerweise erhöht hat¹¹⁷. Keiner dieser Ausnahmetatbestände ist erfüllt, wenn der Gläubiger bloß die ihm angebotene und nicht offensichtlich mangelhafte Ware annimmt. Dabei kommt er seiner Annahmeobliegenheit nach und verursacht keineswegs einen eigenen Erklärungstatbestand. Auch erhöht der Gläubiger bloß durch die Annahme der Sache keinesfalls das Entstehen eines solchen.

Immer wieder wird betont¹¹⁸, dass der Gläubiger nicht, ohne davon zu wissen und es zu wollen, in einen anderen Normbereich überwechseln könne. Dies sei umso weniger möglich, als er gar nichts von der möglichen Konsequenz wisse, und daher auch keinen entsprechenden Willen auszudrücken imstande ist¹¹⁹. Doch diese Position vermengt zwei getrennte Problembereiche:

Der erste Problembereich hat die Nichterfüllung zum Thema. Dort ist zu untersuchen, was mit den Ansprüchen passieren soll, die auf den (bereits erfüllten) Tatbeständen der §§ 918 ff beruhen, wenn der Gläubiger nun die mangelhaft angebotene Leistung angenommen hat. Diese Frage kann jedoch erst dann geklärt werden, wenn zuvor der andere Problemkreis gelöst wurde. In diesem ist die Frage nach der Willenserklärung zu beantworten, und dabei ist nicht nur zu untersuchen ob diese abgegeben wurde und Gültigkeit besitzen kann, sondern auch, welchen Inhalt sie haben kann.

Jede Willenserklärung muss, um rechtsgeschäftlich von Relevanz zu sein, vom Rechtsfolgewillen des Erklärenden getragen sein¹²⁰, der Erklärende muss es also wollen, dass seine Willenserklärung rechtliche Wirkungen auslöst¹²¹. Im Sinne der Mindermeinung ist aber festzustellen, dass eine auf Erfüllung gerichtete

¹¹⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 110 f.

¹¹⁸ Für mehrere: *Reischauer*, ÖJZ 1976, 57.

¹¹⁹ *Wilhelm*, JBl 1975, 113 ff; 177 ff; *Reischauer*, ÖJZ 1976, 57.

¹²⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 97 ff; *Perner* in *Welser*, Fachwörterbuch 428.

¹²¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 97.

Willenserklärung dann nicht abgegeben werden kann, wenn der Sachgläubiger nicht über die Mangelhaftigkeit informiert ist. Eine entsprechende Willenserklärung, die abgegeben werden müsste, um die vertragsähnliche „Annahme als Erfüllung“ zu verwirklichen, kann daher mangels Kenntnis der Mangelhaftigkeit nicht abgegeben werden.

Schlesinger stellt dieser Ansicht Argumente zur Seite. Erkenne man die Erfüllung als einen Vertrag an, könne dieser Vertrag nur einen von vornherein fixierten Inhalt haben, der nicht abgeändert werden könne. Dieses objektive Merkmal bewirke, dass die unwissentlich mangelhaft angenommene Leistung niemals Erfüllung bedeuten könne, da sie dem Obligationseinhalt nicht entspreche. Ebenso wenig könne sie eine *datio in solutum* gemäß § 1414 sein, da es den darauf gerichteten Vertrag nicht gäbe¹²². *Schlesinger* bringt also nicht nur Argumente, die darauf abzielen, die Vertragsqualität der Erfüllung grundsätzlich anzuzweifeln¹²³, sondern führt auch aus, warum selbst dann, wenn ein solcher Vertrag bestehen soll, Erfüllung durch bloße Annahme einer mangelhaften Sache nicht möglich sein kann. *Schlesinger* schließt die „Annahme als Erfüllung“ bei Übergabe einer nicht vertragsgerechten Leistung aus.

Eine auf Erfüllung gerichtete rechtsgültige Erklärung per Übernahme der Sache, ohne von ihrer Mangelhaftigkeit zu wissen, kann daher ausgeschlossen werden.

Ob sich der Rechtsfolgewille des Gläubigers auch auf einen Wechsel der Normenbereiche richten kann, von dem er nicht weiß, ist an anderer Stelle¹²⁴ zu klären.

¹²² *Schlesinger*, ZBl 1920, 263.

¹²³ Vgl. oben unter II. 2. 2.

¹²⁴ Vgl. II. 3. 3. 2. 2. und II. 3. 3. 2. 3.

II. 3. 3. 2. 3. Die Annahme der Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit

Der Sachgläubiger hat die ihm ordnungsgemäß angebotene Vertragsleistung grundsätzlich anzunehmen, da er sich bei unterlassen dieser (bloßen) Obliegenheit in Annahmeverzug versetzen würde¹²⁵. Da er in der nun zu besprechenden Fallgruppe außerdem von der Mangelhaftigkeit unterrichtet ist, ist es einfach festzustellen, wie er mit der Situation umgehen möchte.

Nimmt der Gläubiger die Sache überhaupt nicht an, entscheidet er klar für die Normen der Nichterfüllung. Anstatt die Leistung anzunehmen, weist er sie zurück. Damit wurde noch nicht erfüllt und der Schuldner muss einen neuen Erfüllungsversuch starten.

Nimmt der Gläubiger die Sache hingegen an, kann er im nächsten Schritt entscheiden, ob er Gewährleistung geltend machen möchte (es ist davon auszugehen, dass er das tun wird), oder die Sache auf sich beruhen lassen möchte.

Nimmt der Sachgläubiger die mangelhafte Sache in dem Willen an, dass der Vertrag damit erfüllt sein soll, gibt er sich also trotz Mangelhaftigkeit mit der Sache zufrieden, könnte im Sinne der Mindermeinung tatsächlich eine Willenserklärung stattgefunden haben, da sich die Willenserklärung des Gläubigers auf die Übernahme der Sache als Erfüllung bezieht.

Schwieriger ist es in jenem Fall, in dem der Gläubiger die Sache zwar annimmt, sie aber nicht als schulderfüllend anerkennt und daher Gewährleistung geltend machen will. Die Frage, ob er die Leistung als Vertragserfüllung angenommen hat, ist deshalb eindeutig zu verneinen. Man kann auch nicht behaupten, dass der Gläubiger die Leistung zwar nicht als Erfüllung, dafür aber als „Schlechterfüllung“ akzeptiert habe. Dagegen spricht schon das Stufensystem der Gewährleistungsbehelfe, welches Verbesserung und Austausch als primäre Behelfe festschreibt (§ 932 Abs 1), denn weder die mangelhafte Sache, noch ein vertragsgerechter Teil einer mangelhaften Sache wird als endgültige (Teil-)Erfüllung

¹²⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 59 ff.

angenommen, solange der Gegenstand noch ausgetauscht werden kann. Das Gewährleistungsrecht scheint daher nicht nur die „Annahme als Erfüllung“, sondern auch die Möglichkeit der (theoretischen) „Annahme als Schlechterfüllung“ auszuschließen.

Die Frage nach der Schlechterfüllung ist daher bloß eine Scheinfrage, denn entweder findet Erfüllung statt, oder es wurde eben nicht erfüllt. Schlechterfüllung bezeichnet jene Situation, in der zwar ein nicht gänzlich untauglicher Erfüllungsversuch unternommen wurde, die Sache aber qualitative oder quantitative Mängel aufweist, welche gerade verhindern, dass ordnungsgemäß erfüllt werden kann. Ein Teil der bedungenen Leistung ist daher auch im Fall der Schlechtleistung immer noch ausständig¹²⁶, er wurde nicht geleistet. Daher kann im etwas „groschlächtigen“ System des Gesetzes, welches nur Erfüllung oder Nichterfüllung kennt, Erfüllung auch dann nicht angenommen werden, wenn eine mangelhafte Sache mit dem Willen angenommen wurde, Gewährleistung geltend zu machen.

Rein äußerlich unterscheidet sich diese Situation nicht von der Annahme in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit. In beiden Fällen wird die Leistung angenommen, und später wird dann Gewährleistung geltend gemacht. Der Gläubiger, der um den Mangel weiß, nimmt die Leistung folglich gerade nicht als Erfüllung an.

Die letzte mögliche Variante ist die Annahme der mangelhaften Leistung unter Vorbehalt, welcher den Zweck hat, der Rechte aus den §§ 918 ff nicht verlustig zu werden¹²⁷. Nimmt der Gläubiger die Leistung unter Vorbehalt an, rutscht er nach der herrschenden Lehre nicht in das Gewährleistungsrecht ab, sondern soll im Bereich der Nichterfüllung bleiben. Gründe für die Übernahme einer Sache unter Vorbehalt sind zahlreich, daher kann man dem Gläubiger nicht unterstellen, dass er durch die Annahme die Erfüllung erreichen möchte. Er schließt diese Möglichkeit aber auch nicht endgültig aus, sondern verlagert sie nach hinten, und macht sie von der Erfüllung einer Bedingung, zumeist der Verbesserung, abhängig. Im Fall der Annahme unter Vorbehalt gibt der Gläubiger zu erkennen, dass er die angebotene Leistung gerade nicht als Erfüllung akzeptiert, dies aber bei

¹²⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66.

¹²⁷ *Reischauer in Rummel*³ Vor §§ 918 – 933 Rz 8.

Erfüllung der Bedingung zu einem späteren Zeitpunkt tun wird. Zweifelsohne ist bis zu diesem Zeitpunkt das Recht der Nichterfüllung anzuwenden.

Auch *Wilhelm* äußert sich zur „Annahme als Erfüllung“ bei Erkennen der Mangelhaftigkeit. Dazu führt er zunächst aus, dass es für den Wechsel zwischen Normenbereichen eines Zurechnungselements des Gläubigers bedürfe, dieses aber nicht gesetzt werden könne, wenn der Gläubiger nichts vom Mangel wisse¹²⁸. Wenn der Gläubiger von der Mangelhaftigkeit jedoch unterrichtet ist, sei sogar ein konkludenter Gewährleistungsverzicht vorstellbar, durch die „Annahme als Erfüllung“ würden im selben Zug auch die Erfüllungsmängel beseitigt werden. Folge der Erfüllung wäre außerdem der Ausschluss der Gewährleistungsansprüche¹²⁹.

Dieser Lösungsansatz¹³⁰ ist kritisch zu betrachten. *Wilhelm* richtet den Fokus zunächst nicht auf die Annahme selbst, sondern auf die Willenserklärung des annehmenden Gläubigers. Dass *Wilhelm* nach dieser fragt, zeigt, dass er die „Annahme als Erfüllung“ (hier) als Rechtsgeschäft versteht. Die Willenserklärung des Erwerbers der Sache sei bei Unkenntnis vom Mangel unmöglich als auf die Erfüllung gerichtet anzuerkennen, folglich könne auch eine „Annahme als Erfüllung“ nicht stattfinden. Damit rückt er von der automatisierten „Annahme als Erfüllung“, die gemäß der herrschenden Lehre und Rechtsprechung¹³¹ unabhängig vom Wissensstand des Gläubigers bei jeder Sachübergabe verwirklicht wird, ab.

Wilhelm kann sich bei Kenntnis vom Mangel sogar eine konkludente Willenserklärung und Anerkennung der mangelhaften Leistung vorstellen. Mit dieser werde die mangelhafte Leistung genehmigt und die Gewährleistungsansprüche damit ebenso wie die Nichterfüllungsansprüche abgeschnitten¹³². Hierzu ist anzumerken, dass eine konkludente Willenserklärung gemäß § 863 dann anzunehmen ist, wenn eine Handlung „mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig (lässt)“, dass ein

¹²⁸ *Wilhelm*, JBl 1976, 434.

¹²⁹ *Wilhelm*, JBl 1975, 120.

¹³⁰ *Wilhelm* formuliert diese Möglichkeiten vorsichtig und nicht als Lösungen.

¹³¹ Stellvertretend für viele: 7 Ob 288/74.

¹³² So z. B. *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 159.

bestimmter rechtsgeschäftlicher Wille vorliegt. Grundsätzlich ist bei der Feststellung, ob es sich um eine konkludente Willenserklärung handelt, ein strenger Maßstab anzulegen, da dem Erklärenden keine Erklärung unterstellt werden können soll, die er nicht abgeben wollte. Die Handlung muss daher nach der Übung des redlichen Verkehrs und den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig als Willenserklärung in eine bestimmte Richtung weisen. Besonders streng sollen diese Voraussetzungen dann geprüft werden, wenn die schlüssige Erklärung auf den Verzicht auf ein Recht gerichtet ist. Das auch, um dem Grundsatz der Selbstbestimmung¹³³ gerecht zu werden. Eine konkludente Willenserklärung und Anerkennung der mangelhaften Leistung kann daher bei Kenntnis von der Mangelhaftigkeit wohl nur unter besonderen Umständen stattfinden. In der Regel wird für den schlüssigen Gewährleistungsverzicht bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit die Eindeutigkeit fehlen.

Überraschend ist, dass *Wilhelm* im einen Fall komplett von der Annahmefigur der Lehre abgeht, sie im anderen Fall aber überschießend konsequent (nämlich auch als Genehmigung der Leistung) durchzieht, denn die Konsequenz dessen ist befremdend. Jener Gläubiger, der den Mangel erkennt, muss seine Gewährleistungsansprüche durch einen Vorbehalt sichern, da er andernfalls zu verstehen gibt, die Leistung als Erfüllung anzunehmen. Während also beim unwissenden Gläubiger von der „Annahme als Erfüllung“ überhaupt abgegangen werden soll, sei sie beim informierten Gläubiger in vollem Umfang anwendbar. Wenigstens aus der Sicht der gegenwärtigen Rechtslage, *Wilhelms* Ausführungen erschienen in 1975, scheint es aber unvorstellbar, dass die Gewährleistung nur jenen zustehen soll, die einen derartigen Vorbehalt auszubedingen imstande sind. Das wäre eine Voraussetzung, die wohl nur Wenige erfüllen, da sie über die Konsequenzen und rechtlichen Hintergründe nicht informiert sind.

Die Problematik von *Wilhelms* eben zitiertem Lösungsansatz, welcher der Mindermeinung zuzuordnen ist, hat ihre Wurzel im Verständnis der „Annahme als Erfüllung“ nicht nur als Tatbestandsmerkmal der §§ 922 ff, sondern gleichzeitig auch als Genehmigung der Leistung als Erfüllung. Lässt man diesen Automatismus hingegen weg und qualifiziert die Annahme ausschließlich als Tatbestandsmerkmal

¹³³ *Perner in Welser*, Fachwörterbuch 631.

für die Gewährleistung, entsteht kein derartiges Problem. Es bedarf keiner Ausnahme der Figur für die Übergabe unerkannt mangelhafter Sachen, die Gewährleistungsansprüche müssen nicht extra per Vorbehalt gesichert werden (was insbesondere bei Laien, welche das Gros der Fälle bilden, problematisch wäre) und der Gläubiger genehmigt die Leistung als Erfüllung, indem er, innerhalb einer dem Schuldner laut Gesetz zumutbaren Wartezeit, keine Gewährleistungsansprüche geltend macht. Die Vorteile der „Annahme als Erfüllung“ als bloßer Realakt sind unübersehbar.

Zur Argumentation *Wilhelms* bezüglich des Zurechnungselementes, welches der Gläubiger zu setzen habe, sei außerdem angemerkt, dass ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Anrecht der Vertragspartner auf die ihnen vertraglich zugesicherte Leistung besteht. Dass diese in der Regel erst zeitlich versetzt gefordert werden kann, hat keine besonderen Auswirkungen auf das Anrecht. Der Käufer hat im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Recht erworben und der darauf gerichtete Anspruch ist in sein Vermögen übergegangen. Mit der Annahme der bedungenen Sache setzt der Sachgläubiger daher kein eigenes Element, welches seine Rechtsposition beeinflusst, sondern konsumiert lediglich das bereits seit Vertragsschluss bestehende Recht. Die Übernahme der Sache ist so gesehen bloß logische Folge der bereits im Vorfeld fixierten Rechtsposition des Gläubigers. Diese Anmerkung ist im Zusammenhang mit dem von *Wilhelm* geforderten Zurechnungselement von Bedeutung, da auch wegen dem ab Vertragsabschluss bestehenden Anrecht besonders hohe Anforderungen an die Willenserklärung des Gläubigers zu richten sind. Es kann nicht einfach angenommen werden, dass der Gläubiger einer Schmälerung seine Anspruches (mangelhafte statt mangelfreier Sache) zustimmt.

Zusammenfassend betrachtet sind mehrere Fallvarianten voneinander zu unterscheiden, wenn der Erwerber von der Mangelhaftigkeit der Sache weiß.

Übernimmt der Gläubiger die Sache gar nicht, entscheidet er sich klar für das Geltendmachen der Nichterfüllung gemäß der §§ 918 ff. Auch bei der Annahme der Sache unter Vorbehalt verbleibt der Sachgläubiger im Bereich der Nichterfüllung,

gibt mit dem Vorbehalt aber zu verstehen, dass er im Fall der Erfüllung seiner Bedingungen dazu bereit ist, die Sache als Erfüllung anzunehmen.

Der Gläubiger kann aber auch erklären, die mangelhafte Sache als Erfüllung anzunehmen, und auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen zu verzichten. Eine dahingehende konkludente Willenserklärung ist wohl nur in Ausnahmefällen möglich, und deren Voraussetzungen sind besonders streng zu prüfen. Beim Verzicht auf die Gewährleistung handelt es sich außerdem um eine „Annahme als Erfüllung“ wie sie von den Vertretern der Mindermeinung verstanden wird, also mit rechtsgeschäftlicher Qualität.

Übernimmt der Sachgläubiger die Leistung in Kenntnis der Mangelhaftigkeit, ist, sofern der Erwerber nicht ausdrücklich anderes erklärt, im Sinne der Vertrauenslehre davon auszugehen, dass der Erwerber seine Gewährleistungsrechte geltend machen will. Nur das kann der objektive Erklärungswert der Sachübernahme in Kenntnis der Mangelhaftigkeit ohne gegenteilige Willenserklärung sein.

II. 3. 3. 3. Unanwendbarkeit der Nichterfüllungsnormen ab Übergabe der Leistung?

Da ab Sachübergabe das Gewährleistungsrecht anwendbar ist, stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Nichterfüllungsnormen. Diese sind, so viel ist unumstritten, anwendbar, solange der Gläubiger die Sache noch nicht angenommen hat¹³⁴. Strittig ist aber, ob ab jenem Zeitpunkt, ab dem die §§ 922 ff anwendbar sind, nebenher auch die Nichterfüllungsnormen bestehen bleiben sollen, oder ob sie „wegfallen“, um den Gewährleistungsvorschriften Platz zu machen. Diese Ansicht wird von der herrschenden Lehre verfochten.

Jedenfalls unanwendbar wären die §§ 918 ff dann, wenn eines ihrer Tatbestandsmerkmale durch die Annahme der Leistung wegfiel. Das ist aber nicht der Fall.

¹³⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66.

Unproblematisch, wenn auch nicht ausschließlich begründungstauglich, wäre der Wegfall der Ansprüche aus den §§ 918 ff weiters, wenn den Vertragsparteien in den nun anwendbaren Regelungen dieselben Rechte zur Verfügung stünden. Das ist jedoch gerade nicht der Fall. Die Gewährleistung hält zwar auch Rechtsfolgen für solche Fälle bereit, die auch den Tatbestand der Nichterfüllung erfüllen, doch weichen diese von jenen der ursprünglichen Rechtsfolgen der §§ 918 ff, insbesondere für den Gläubiger in unvorteilhafter Weise, ab.

Die Unanwendbarkeit der §§ 918 ff ab Sachübergabe ist, wie bereits erwähnt¹³⁵, ein Wechsel des Normenbereichs. Geht man davon aus, dass die „Annahme als Erfüllung“ rechtsgeschäftliche Qualitäten besitzt, bedarf es einer Willenserklärung des Gläubigers, in den anderen Normenbereich zu wechseln. Die Willenserklärung müsste besonderen Ansprüchen genügen, da die Konsequenz ein Wechsel des Normenbereiches sein könnte und die Unanwendbarkeit der §§ 918 ff auch das Aberkennen von vormals zustehenden Rechten beinhaltet.

Hier wird die Problematik der Theorie der Mindermeinung besonders deutlich. Durch das Verständnis der „Annahme als Erfüllung“ als Rechtsgeschäft bedarf es einer Willenserklärung, um in den Bereich der Gewährleistung zu wechseln. Das entspricht aber nicht den gesetzlichen Anordnungen. Das Gesetz macht die Anwendbarkeit nämlich gerade nicht vom Willen des Sachgläubigers abhängig, sondern stellt die Gewährleistungsbehelfe ab jenem Zeitpunkt zur Verfügung, in dem die Sache übergeben wurde.

Gegen diesen gesetzlich angeordneten „automatischen“ Wechsel von Nichterfüllung zu Gewährleistung, unabhängig vom Willen des Übernehmers, könnte ins Feld geführt werden, dass jener Gläubiger, der die Sache in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit übernimmt, keine Möglichkeit hätte, jemals nach den §§ 918 ff vorzugehen. Fällt dem Gläubiger die Mangelhaftigkeit bei der Übergabe auf, kann er die Sache entweder zurückweisen, oder unter Vorbehalt annehmen, und sich so die Rechte der Nichterfüllung sichern. Diese Möglichkeit bleibt demjenigen, der die Mangelhaftigkeit nicht erkennt, verwehrt. Automatisch verliert er seine Ansprüche

¹³⁵ Vgl. dazu z.B. *Wilhelm*, JBl 1976, 434.

aus den §§ 918 ff, denn er hat schlicht keine Alternative. Auch hier kann sich die Gegenargumentation auf das Gesetz stützen. Dieses ordnet an, dass der Wechsel unabhängig vom Willen des Sachgläubigers stattfindet. Daher sind auch die Konsequenzen zu akzeptieren. Dies fällt umso leichter, also die Rechtsfolgen der Gewährleistung keine (gravierende) Verschlechterung der Position des Gläubigers bedeuten.

Unabhängig davon, ob bzw. warum der Gläubiger den Mangel übersieht, ist, ob der Schuldner von der Mangelhaftigkeit weiß. Vor allem dann, wenn die Mangelhaftigkeit schwer festzustellen ist, ist oft auch der Schuldner in Unkenntnis der Mangelhaftigkeit. Die Gewährleistungsregeln haben hier den Zweck, den Schuldner in seinem Vertrauen darauf, erfüllt zu haben, zu schützen.

Die Unanwendbarkeit der Nichterfüllungsnormen ab Sachübergabe ergibt sich daher direkt aus dem Gesetz. Gerade bei schwer erkennbaren Mängeln soll auch der Schuldner, der in Unkenntnis über die Mangelhaftigkeit geleistet hat, in seinem Vertrauen darauf, erfüllt zu haben, geschützt werden.

II. 3. 3. 4. Das Geltendmachen von Erfüllungsansprüchen trotz Erfüllung?

Die Vertreter der Mindermeinungen nehmen den Terminus der „Annahme als Erfüllung“ terminologisch genau und vertreten daher, dass dann, wenn eine „Annahme als Erfüllung“ stattgefunden habe, Erfüllung des Vertrages schon eingetreten sei. Da die Gewährleistungsansprüche Erfüllungsansprüche wären¹³⁶, könnten sie ab „Annahme als Erfüllung“ nicht mehr geltend gemacht werden können. In dieser Aussage stecken die Fragen nach der Erfüllungswirkung der „Annahme als Erfüllung“, der rechtlichen Qualifikation der Gewährleistungsansprüche und deren Zusammenspiel.

¹³⁶ Vgl. dazu unter anderem *Schlesinger*, ZBl 1920, 258.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass trotz erfolgter Annahme die Gewährleistungsfolgen eintreten können, da durch die bloße Annahme der Sache nicht erfüllt worden sei.

Die Frage, die in diesem Abschnitt geklärt werden soll, ist jene nach der Natur der Gewährleistungsansprüche. Stellen diese Erfüllungsansprüche dar, oder nicht?

Zahlreich¹³⁷ wird, sowohl von Vertretern der Mindermeinung, als auch solchen der herrschenden Lehre, vertreten, dass die Ansprüche nach den §§ 922 ff Erfüllungsansprüche darstellen würden. *Schlesinger* vertritt in seinen Ausführungen, dass die Gewährleistungspflicht als Konsequenz der Vertragsverletzung auftrete. Die Ansprüche seien daher bloß Surrogate, die *an Stelle* der Erfüllung treten würden, nicht aber von ihr unabhängige oder gar erst durch sie hervorgerufene Rechte¹³⁸. *Welser* führt aus, dass der Leistungsanspruch im Rahmen der Gewährleistung dem Erfüllungsbereich zuzuordnen sei. Noch deutlicher macht er den vertretenen Standpunkt klar, indem er darauf hinweist, dass der erste Behelf, der dem Gewährleistungsberechtigten zustehe, eben das Verlangen auf Erfüllung sei¹³⁹. Derselben Meinung schließt sich auch *Reischauer* an, wenn er ausführt, dass die Gewährleistung durch die ausdrückliche Erwähnung des Verbesserungsanspruches als Nichterfüllungssanktionenkomplex abgesichert worden sei und das ABGB die Gewährleistung als etwas von den Nichterfüllungsfolgen Verschiedenes damit überwinde¹⁴⁰. *Reischauer* versteht die Ansprüche aus den §§ 922 ff nicht nur als Erfüllungsansprüche, sondern sogar als Teil der Nichterfüllung selbst. Seine Argumentation geht daher noch einen Schritt weiter, als die bisher dargestellten Theorien. Und auch jener Teil der älteren Lehre, der die Wurzel der Gewährleistungsansprüche in einem „Erfüllungsvertrag“ erblickt¹⁴¹, versteht diese wohl als Erfüllungsansprüche, wenn auch als solche des Erfüllungsvertrages.

¹³⁷ *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 158; *Gschnitzer*, AT², 163; *Reischauer*, ÖJZ 1976, 62; uvam.

¹³⁸ *Schlesinger*, ZBl 1920, 261.

¹³⁹ *Welser* ZfRV 2007, 5; im Zusammenhang mit dem Verzug der Verbesserungspflicht.

¹⁴⁰ *Reischauer*, ÖJZ 1976, 62.

¹⁴¹ Vgl. dazu *Schlesinger*, ZBl 1920, 258 f mwN.

Die Klassifikation als Erfüllungsanspruch erklärt sich auch durch die zweckorientierte Überlegung, dass die Rechtsfolgen der §§ 922 ff es zum Inhalt haben, dem Gläubiger das zu verschaffen, was vertraglich ausbedungen wurde. Unmissverständlich sind daher die Behelfe Verbesserung und Austausch auf Erfüllung gerichtet. Auf das selbe Ergebnis kommt man, wenn man die Behelfe Verbesserung und Austausch mit den Rechtsfolgen der Nichterfüllung vergleicht. Auch dort wird der Schuldner angehalten einen weiteren Erfüllungsversuch zu starten, was schließlich nur mit einer verbesserten oder einer anderen (also ausgetauschten) Sache bewerkstelligt werden kann. Klassifiziert man die Ansprüche aus Nichterfüllung als Erfüllungsansprüche, so kann man bei jenen der ersten Gewährleistungsstufe nur ebenso entscheiden.

Anders verhält es sich jedoch bei den Behelfen der zweiten Stufe. Preisminderung und Wandlung sind nicht mehr darauf gerichtet dem Gläubiger jene Leistung zu verschaffen, die vertraglich bedungen worden war, da schon klar ist, dass das nicht mehr möglich ist. Die Aufgabe der Preisminderung ist es daher, die subjektive Äquivalenz¹⁴² wieder herzustellen, indem der Gläubiger zwar nicht mehr das erhält, was vertraglich bedungen war, dafür aber entsprechend weniger leisten muss. Bei der Wandlung wird der Gläubiger ganz vom Vertrag befreit. Diese Behelfe sind offensichtlich nicht mehr auf Erfüllung gerichtet, sondern darauf, die Situation ohne Verlust für den Gläubiger zu lösen.

Nicht bloß als „Behelf der zweiten Stufe“ kann die Preisminderung aber im Fall der Leistung einer mit einem unbehebaren Mangel behafteten Sache betrachtet werden, da ihr in diesem Fall ein besonderer Stellenwert zukommt. Dieser ergibt sich, weil der Mangel einer Verbesserung (Behelf der ersten Stufe) nicht mehr zugänglich ist. Schlussendlich beeinträchtigt das aber nicht die Feststellung, dass die erste Stufe der Gewährleistungsbehelfe deutlich auf die Qualifikation derselben als Erfüllungsansprüche hinweist. Auch die Behelfe der zweiten Stufe stehen dem nicht entgegen, da in der Regel zuerst die Behelfe der ersten Linie zum Tragen kommen, und jene der zweiten Stufe erst dann angewandt werden, wenn Verbesserung bzw. Austausch nicht erfolgreich waren.

¹⁴² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 65.

Der vorhergehende Absatz dient alleine dem Zweck zu verdeutlichen, dass nicht einfach pauschal davon ausgegangen werden kann, dass „die Gewährleistungsansprüche“ eben „Erfüllungsansprüche“ seien, da diese Tendenz nur bei den Behelfen der Verbesserung und des Austausches eindeutig in Erscheinung tritt. Für das Ergebnis macht die Differenzierung zwar keinen Unterschied, doch ist sie hier zum differenzierteren Verständnis der Lösung angeführt.

Die Vertreter der Mindermeinung betonen, dass dann, wenn eine Sache als Erfüllung angenommen wurde, es schon die Logik gebiete, den Vertrag auch als erfüllt zu betrachten und weitere Erfüllungsansprüche nicht zuzulassen¹⁴³. Mit der Erklärung eine Sache als Erfüllung zu akzeptieren entfielen daher sämtliche Tatbestände, die Erfüllungsansprüche des Gläubigers beinhalten, darunter selbstverständlich auch die Gewährleistungsansprüche¹⁴⁴. Das ist zwar grundsätzlich richtig, doch wird mit diesen Argumenten im Zusammenhang mit der „Annahme als Erfüllung“ gegen ein Phantom gekämpft. Die so vehement abgelehnte „Annahme als Erfüllung“ soll nämlich nach Ansicht der herrschenden Lehre gar keine Erfüllungswirkung haben. Auch hier zeigt die Mindermeinung vermeintliche Probleme auf, die bei richtigem Verständnis der Konstruktion der „Annahme als Erfüllung“ nicht bestehen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Gewährleistungsansprüche als Erfüllungsansprüche in Erscheinung treten. Da trotz „Annahme als Erfüllung“ einer mangelhaften Sache der Schuldner noch nicht schuldbefreiend geleistet hat, daher keine Erfüllung eingetreten ist, ist das Geltendmachen von Erfüllungsansprüchen auch nicht weiter problematisch.

¹⁴³ Reischauer in Rummel³ Vor §§ 918 – 933 Rz 8.

¹⁴⁴ Wilhelm, JBl 1975, 119 f.

II. 3. 4. Parallele bzw. kombinatorische Anwendung – Wahlrecht

Die vertrackte Situation der Konkurrenz und die nicht alle zufrieden stellende Lösung durch die herrschende Lehre haben dazu geführt, dass alternative Lösungswege vorgeschlagen wurden. Sowohl ein dem Gläubiger zuzugestehendes Wahlrecht zwischen den Behelfen, als auch die aufeinander abgestimmte Anwendung der Normenbereiche nebeneinander werden vertreten. Auf diese Lösungsvorschläge wird in der Folge näher eingegangen.

Schlesinger vertritt, dass es sich bei den kollidierenden Bereichen um koordinierte Normenkomplexe handelt. Der einzige Ausweg sei ein Wahlrecht des Gläubigers, wobei er sich aber selbstverständlich immer nur auf einen Rechtskreis berufen könne. Konkurrenz zwischen dem Rücktrittsrecht wegen Verzug und der gewährleistungsrechtlichen Wandlung sei außerdem ausgeschlossen, da die Wandlung nur dann offen stehe, wenn der Mangel unbehebbar ist, dies sei aber kein Fall des § 918. Ebenso würde es sich beim Teilrücktritt bzw. der Preisminderung verhalten. Auch bei der Konkurrenz mit der Unmöglichkeit gäbe es ähnliche Fälle: Gemäß § 920 hafte der Schuldner bei vollständiger Vereitelung nur dann, wenn er diese selbst verschuldet hat, oder ein von ihm zu vertretender Zufall eingetreten ist. Der Gewährleistungsschuldner könne hingegen unbedingt herangezogen werden. Wenn an dieser Stelle argumentiert wird, dass von gänzlicher Unmöglichkeit nicht gesprochen werden kann, da § 932 eine Lieferung voraussetze und daher nur Teilleistungsunmöglichkeit vorliegen könne, entgegnet *Schlesinger*, dass der Schuldner eine so mangelhafte Leistung erbringen kann, dass der Gläubiger gar nichts mehr damit anfangen kann (z.B. das Liefern eines bereits toten Tieres), und das könne nur vollständige Unmöglichkeit sein. Das Rücktrittsrecht aufgrund von Unmöglichkeit und die Wandlung würden demnach miteinander konkurrieren¹⁴⁵. Ergebnis aller Überlegungen sei, dass die Normenbereiche jedenfalls miteinander konkurrieren. Das Wahlrecht sei eine gerechte Lösung, da es sich im Wesentlichen

¹⁴⁵ *Schlesinger*, ZBl 1920, 269 ff.

um verschiedene Wege handle, dasselbe Ziel zu erreichen. Wo dies nicht der Fall sei, diene die Erweiterung den Bedürfnissen des Gläubigers¹⁴⁶.

Schlesingers Ansatz wirkt zunächst gut durchdacht und sehr überzeugend. Doch weist seine Argumentation mehrere Schwächen auf¹⁴⁷, weshalb sie schlussendlich nicht bestehen kann.

Auch *Reischauer* argumentiert zugunsten eines Wahlrechts, wobei ab Übernahme der Sache die Gewährleistungsfrist auch auf die §§ 918 ff anzuwenden wäre, um die kürzeren Verjährungsfristen nicht zu umgehen. Dass die Sachübernahme nicht das entscheidende Element sein könne, zeige schon § 923, denn eine nicht vorhandene Sache könne gar nicht übergeben werden¹⁴⁸.

Diese (letzte) Feststellung ist relativ leicht zu entkräften, da schon die Textierung des Grundtatbestandes der Gewährleistung eindeutig die Sachübernahme voraussetzt. Tatsächlich unterscheidet auch genau dieses Tatbestandsmerkmal die Gewährleistung von der Nichterfüllung.

Ebenso eine kombinatorische Lösung vertretend wendet sich *Kramer* nicht nur gegen die Gewährleistung als eigenständigen Behelf, sondern auch gegen die Möglichkeit des unbeschränkten Wahlrechts. Da die Rechtsbehelfe insofern äquivalent seien, als beide den Tatbestand der nicht vereinbarungsgemäßen Erfüllung regelten, sei eine Kombination der beiden Normenkomplexe vorzuziehen. Dabei sei auf die Ansprüche der §§ 918 ff die kürzere Frist der Gewährleistung anzuwenden¹⁴⁹. Auch bei *Kramer* zeigt sich, dass das Hauptproblem des kombinatorischen Lösungsansatzes jenes der Fristen ist. Durch die Anwendung der kürzeren Gewährleistungsfristen auf die Ansprüche aufgrund der §§ 918 ff ist zwar der Umgehung der Gewährleistung vorgebaut, doch schließt man damit andererseits auch die Möglichkeit der längeren Geltendmachung solcher Rechte aus, die dem Gläubiger aufgrund der §§ 918 ff zustehen sollen (vorausgesetzt natürlich, dass die

¹⁴⁶ *Schlesinger*, ZBl 1920, 275 f.

¹⁴⁷ Vgl. dazu vor allem II. 5.

¹⁴⁸ *Reischauer* in *Rummel*³ Vor §§ 918 – 933 Rz 9.

¹⁴⁹ *Kramer*, JBl 1972, 405 ff.

Nichterfüllungsansprüche ab Sachannahme überhaupt noch anwendbar sind, so die Vertreter des kombinatorischen Lösungsansatzes).

Bevor *Wilhelm* sich der herrschenden Meinung anschloss, argumentierte er ausführlich für eine kombinierte Anwendung der beiden Normenkomplexe. Zwar würden trotz Annahme der mangelhaften Leistung die §§ 918 ff weiter gelten, aber es sei befremdlich anzunehmen, dass deren Rechtsfolgen in vollem Umfang anwendbar wären. Ein Wahlrecht aber mache die Gesetzeszwecke illusorisch, da der Käufer unter Berufung auf die §§ 918 ff die Rechtsfolgen der Gewährleistung ausschalten könne. Aber auch das Ausschalten sämtlicher Rechtsfolgen der §§ 918 ff sei falsch, da das dann auch solche treffe, die gar nicht mit der Gewährleistung konkurrieren würden. Das Hinzutreten eines Tatbestandsmerkmals einer anderen Norm könne nicht ändern, dass der Tatbestand der ersten Norm im Rahmen der Nichterfüllung bereits erfüllt wurde. Stünden die Rechtsfolgen im Widerspruch zueinander, würden die §§ 922 ff als *leges speciales* alle allgemeinen Normen verdrängen. Dies wäre aber nur bei eklatantem Normwiderspruch im Einzelfall so, die §§ 918 ff und 932 würden sich aber auf nahezu ideale Weise ergänzen, zum Beispiel könne der Vertrag in beiden Fällen nicht sofort wieder gelöst werden. Doch es bestünden eben auch Abweichungen. Beispielsweise könne im Bereich der Nichterfüllung nur ganz vom Vertrag zurückgetreten werden, während dies bei der Gewährleistung nicht immer der Fall sei¹⁵⁰. Dass der Veräußerer der mangelhaften Sache privilegiert sei gegenüber dem säumigen Verkäufer (weil bei der Gewährleistung die Nachfrist erst ab dem Verbesserungsbegehren läuft), sei ein weiteres Zeichen der Übereinstimmung der Rechtsfolgen, denn beide gewähren dem Schuldner mit der zu setzenden Nachfrist die Möglichkeit der alsbaldigen Nachholung der Leistung¹⁵¹. Ferner sei das Gewährleistungsrecht Ausdruck einer an die „Annahme als Erfüllung“ anknüpfenden Sonderwertung, ohne jedoch die allgemeinen Regeln der §§ 918 ff abzuwandeln¹⁵². Da aber die Rechtsfolgen

¹⁵⁰ *Wilhelm*, JBI 1975, 119 ff.

¹⁵¹ *Wilhelm*, JBI 1975, 179.

¹⁵² *Wilhelm*, JBI 1975, 186 f.

ohnehin weitgehend miteinander in Harmonie stünden¹⁵³, stelle sich das Problem der Gesetzeskonkurrenz nur sehr beschränkt¹⁵⁴.

Grundsätzlich orientiert sich die Gestaltung der Rechtsfolgen daran, dass Schäden und Nachteile ausgeglichen werden, und keiner der Vertragspartner bevorzugt bzw. benachteiligt werden soll. Das Zivilrecht sucht wirtschaftliche Benachteiligungen auszugleichen und weist keinerlei Strafcharakter auf. Um die Schlechterfüllung ohne weitere wirtschaftliche Nachteile, bzw. nur zumutbare, zu lösen, stehen nur begrenzt Möglichkeiten offen. Die Rechtsfolgen Verbesserung, Austausch und Auflösung des Vertrages nennen die am nächsten liegenden Varianten, um die Situation aufzulösen. Auch wenn sie daher zufällig zusammenpassen, kann das noch nicht heißen, dass sie aufeinander abgestimmt sind und eine kombinatorische Anwendung der Regelungen suggerieren sollen. Jeder Vorschlag, die Rechtsfolgen zu kombinieren, oder dem Gläubiger ein Wahlrecht zur Verfügung zu stellen, vernachlässigt das Fakt, dass der Gesetzgeber bewusst verschiedene Behelfe mit voneinander unterschiedenen Rechtsfolgen aufgestellt hat. Die Anwendung zweier Normenkomplexe nebeneinander, aufeinander abgestimmt oder je nach Wahl spricht jedem seine unabhängige Daseinsberechtigung ab. Keinesfalls kann dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er ohne einer Differenzierung zu gedenken einen weiteren Behelf für denselben Sachverhalt zur Verfügung stellen wollte. Das Fakt, dass die Annahme der Sache Tatbestandsvoraussetzung der Gewährleistung ist, und diese sich damit von der Nichterfüllung abgrenzt, scheint ein Hinweis darauf zu sein, dass die Gewährleistung jedenfalls anwendbar sein soll, und zwar so, wie sie der Gesetzgeber vorgeschrieben hat, und nicht in abgewandelter Form.

Ein Vorschlag, der zwar kein Wahlrecht, dafür aber die parallele Anwendung der Behelfe zum Inhalt hat, kommt von *Mayrhofer*. Er vertritt, dass dann, wenn der Gläubiger schon vor der Sachübergabe einen Mangel an der Leistung entdeckte,

¹⁵³ Hier bezieht sich *Wilhelm* hauptsächlich auf die Äquivalenz von Teilbarkeit der Leistung in Zusammenhang mit dem Tatbestand des wesentlichen oder unwesentlichen Mangels (alte Rechtslage).

¹⁵⁴ *Wilhelm*, JBl 1975, 188.

diese zurückgewiesen werden könne, doch sollten ihm dann zusätzlich zu den Ansprüchen wegen der Nichterfüllung auch jene der Gewährleistungsansprüche zustehen. Der Grund dafür liege im Gesetz selbst, das für jene Mängel, die der Gläubiger bereits entdeckt habe, Sanktionen aufgestellt habe¹⁵⁵.

Diese Vorgehensweise *Mayrhofers* lässt außer Acht, dass die Sachübergabe eine Tatbestandsvoraussetzung der Gewährleistung ist. Nur weil der Gläubiger schon von der Mangelhaftigkeit weiß, kann die Gewährleistung noch nicht angewandt werden, da das Gesetz die Sachmängelhaftung erst ab Sachübernahme zur Verfügung stellt. Diese Vorgehensweise könnte dazu führen, dass die Gewährleistung auch dann angestrengt werden kann, wenn die Sache noch nicht übergeben, ja vielleicht noch nicht einmal angeboten wurde, da der Gläubiger den Mangel eben schon entdeckt habe. Dass der Schuldner bis zur Übergabe noch Zeit hat, die Sache zu verbessern, wird ebenfalls außer Acht gelassen.

Weiters ist der Gewährleistungsanspruch zu diesem Zeitpunkt unnötig (wenn die Sache bereits angeboten wurde), da der Gläubiger ohnehin den Erfüllungsanspruch aufgrund der Nichterfüllung geltend machen kann, und dieser sich, ebenso wie der Gewährleistungsanspruch der „ersten Stufe“, auf Verbesserung oder Austausch richtet. Wenn der Schuldner diese Behelfe ordnungsgemäß erfüllt, besteht auch kein Bedarf mehr, die Ansprüche aus der Gewährleistung anzustrengen. Verbessert der Schuldner hingegen nicht, kann der Gläubiger immer noch wählen, ob er nun vom Vertrag zurücktreten, oder die Sache annehmen und Gewährleistung geltend machen will.

Obwohl es als positiver Effekt der soeben gezeigten Lösungen gewertet werden kann, dass keiner der Normenkomplexe (grundlos) ausgeschlossen wird, sind sowohl die kombinatorische Anwendung als auch das Wahlrecht abzulehnen. Bei richtiger Abgrenzung der Behelfe mittels Sachübergabe ist die Anwendbarkeit der §§ 918 ff ab „Annahme als Erfüllung“ ausgeschlossen, eine Kombination der Behelfe bzw. das Wahlrecht der Geltendmachung daher nicht mehr möglich bzw. auch nicht nötig.

¹⁵⁵ *Mayrhofer*, System II/1³, 413 f.

II. 3. 5. Die Gewährleistung als *lex specialis*?

Immer wieder wurde angedacht, die Gewährleistung als *lex specialis* gegenüber den §§ 918 ff zu verstehen, da die Sachübernahme ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal zu den Voraussetzungen der Nichterfüllung bilden würde.

Gegen die Stellung der Gewährleistung als *lex specialis* richtet sich *Schlesinger* mit folgenden Argumenten: Der § 918 umfasse die Erfüllung „nicht auf die bedungene Weise“ explizit in seinem Tatbestand. Dafür würde kein Anwendungsbereich übrig bleiben, wenn dieser Passus von der Gewährleistung erfasst sein sollte, da Zeit und Ort schon von § 918 selbst ausgenommen wurden. Die Erwähnung der Erfüllung „nicht auf die bedungene Weise“ hätte dann schlicht keinen Sinn mehr, da die bloße Verletzung von Nebenpflichten unmöglich ausreichen könne. Außerdem könne § 932 schon deshalb nicht *lex specialis* sein, da er Tatbestände umfasse, deren Regelung anderen Gesetzesstellen fern liege¹⁵⁶.

Schlesingers Argumentation kann auf den ersten Blick durchaus überzeugen. Der Gesetzgeber kann es unmöglich gewollt haben, dass für einen der in § 918 aufgezählten Fälle kein Anwendungsbereich übrig bleibt. Da hätte er wohl entweder den Passus „auf die nicht bedungene Weise“ oder die Gewährleistung weggelassen. Was *Schlesinger* (vielleicht aufgrund der damaligen Rechtslage) außer Acht gelassen hat, ist, dass die Fälle der Erfüllung „auf die bedungene Weise“ aus § 918 auf jeden Fall so lange anwendbar sind, als der Erfüllungsversuch des Schuldners abgelehnt wird. Der Anwendungsbereich ist daher nicht allgemeingültig anwendbar, sondern nur zeitlich eingegrenzt.

Wenn man die §§ 922 und 918 gegenüberstellt, zeigt sich, dass auch ihre Zielsetzungen unterschiedlich sind. Während die §§ 922 ff der Mängelbehebung dienen, beschreibt § 918 Gründe, warum der Gläubiger die ihm angebotene Leistung zurückweisen kann. Da der Gläubiger die Sache bereits angenommen hat (sonst gäbe es noch keine Kollision mit den §§ 922 ff), bedarf er keiner Gründe mehr, um die Sache zurückzuweisen. Aufgrund der Mangelhaftigkeit der Sache bedarf er nun

¹⁵⁶ *Schlesinger*, ZBl 1920, 268 unten.

aber solcher Anspruchsgrundlagen, aufgrund derer er Mangelbehebung fordern kann. Unschwer ist zu erkennen, dass die Gewährleistung besser geeignet, oder in anderen Worten, „spezieller“ auf die Situation (der übernommenen mangelhaften Sache) zugeschnitten ist, als die Nichterfüllung.

Das andere Argument *Schlesingers* überzeugt auch nicht. Zwar unterscheiden sich die Fälle von Verzug, Unmöglichkeit und Sachmängelhaftung nach Art und Ursache des auftretenden Problems, doch überlappen sich diese Fälle im Moment der versuchten Erfüllung. In diesem Zeitpunkt liegt, unabhängig von Art und Ursache, dieselbe Mangelhaftigkeit bzw. dasselbe reale Phänomen vor. Auch die inhaltliche Ähnlichkeit der Rechtsfolgen weist darauf hin, dass dem Gesetzgeber dieser Zusammenhang sehr wohl bewusst war.

Wilhelm vertritt, dass der Ausschluss der Rechtsfolgen der Nichterfüllung aufgrund des Rechtssatzes „lex specialis derogat legi generali“ nicht möglich sei, wenn die Rechtsfolgen einander nicht widersprechen, da die Spezialitätsregel einen Normwiderspruch zur Voraussetzung habe. Damit werde die Konkurrenz geleugnet, weil ein Tatbestand zugunsten des anderen eingeschränkt wird. Das sei aber gerade dann unlogisch, wenn man trotz vollbrachter „Annahme als Erfüllung“ daran festhält, dass nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde. Dann sei eben ein Nichterfüllungstatbestand erfüllt und ein hinzutretendes Tatbestandsmerkmal könne daran nichts ändern. Der Fehler der kritisierten Auffassung sei jener, dass sie aus den evidenten Normwidersprüchen schließe, dass alle Rechtsfolgen der §§ 918 ff in sachlichem Widerspruch zu den Gewährleistungsfolgen stünden. Denn wäre dies tatsächlich der Fall, wären die §§ 922 ff insgesamt *leges speciales* und würden die allgemeineren Normen zur Gänze verdrängen. Ein Normwiderspruch ließe sich aber nicht global durch den Vergleich ganzer Normenkomplexe konstatieren, vielmehr seien die einander tatbestandlich entsprechenden Rechtssätze zu ermitteln und in den Rechtsfolgen gegenüberzustellen. Tatsächlich gingen aber die Zwecke des Gewährleistungsrechts vor, die §§ 922 ff hätten folglich Vorrang, die normativen Abweichungen der §§ 922 ff sollten daher von ihrem Zweck getragen sein¹⁵⁷.

¹⁵⁷ *Wilhelm*, JBl 1975, 121.

Wilhelm ist der Ansicht, dass durch die Erklärung der Gewährleistung zur *lex specialis* die Konkurrenz gezeugnet würde. Daher geht er anders vor und stellt zunächst fest, dass es eine Konkurrenz gibt, und prüft im nächsten Schritt, inwieweit die Rechtsfolgen der Normenbereiche einander tatsächlich widersprechen. Erst die Ergebnisse dieser letzten Prüfung sollen für die Lösung der Konkurrenz ausschlaggebend sein.

Ganz allgemein zur Anwendung der *lex-specialis*-Regel hält *Merz* fest, dass der nicht immer zu bejahende exklusive Vorrang der spezielleren Norm immer dann zu befürworten sei, wenn die *lex specialis* einschränkendere Bedingungen zur Geltendmachung von Ansprüchen vorsehe, als die allgemeinere Norm, da nur so sichergestellt werden könne, dass die vom Gesetzgeber intendierten Zielsetzungen nicht illusorisch gemacht werden könnten. Nur wenn der „Günstigkeitsvergleich“ nicht per saldo zugunsten der allgemeineren Norm ausfiele, spräche nichts dagegen, dem Berechtigten die Alternative zwischen beiden Anspruchsgrundlagen zu eröffnen¹⁵⁸.

Tatsächlich sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ungünstiger als jene der §§ 918 ff. Beinahe dieselbe Argumentationskette, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, wurde schon weiter oben besprochen und dort bereits bejaht. Deshalb bekräftigt auch *Merz*' Argumentation den hier vertretenen Standpunkt, dass die Gewährleistung *lex specialis* ist und daher Vorrang vor den Nichterfüllungsnormen genießt.

Als das die Spezialität auslösende Merkmal kann nur die Annahme der Sachleistung in Betracht kommen. Versteht man die „Annahme als Erfüllung“ aber nicht „nur“ als ein objektives Tatbestandsmerkmal, und vertritt, dass sie rechtsgeschäftlichen Charakter aufweist, kann es keine Spezialität mehr geben.

Rabel ist der Ansicht, dass durch die Gewährleistung ein Sonderkreis von Haftungen aus dem Nichterfüllungskomplex ausgeschieden werden soll und die Abgrenzung durch die Übergabe im Wesentlichen abgeschafft werden sollte, ohne

¹⁵⁸ *Merz*, FS Guhl, 94 ff.

sie durch eine andere zu ersetzen¹⁵⁹. Auch zu dieser Lehre kann angemerkt werden, dass dann, wenn die Gewährleistung global als spezieller als die „Erfüllung auf die bedungene Weise“ angesehen wird und die Annahme nicht zur Abgrenzung herangezogen werden soll, kein die Spezialität begründendes Merkmal mehr vorliegt.

Das Merkmal der Übergabe bzw. „Annahme als Erfüllung“ hat einen besonderen Effekt, wenn man die Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung im konkreten Fall betrachtet. Die Vorschriften der §§ 922 ff sind dann nicht immer spezieller als die §§ 918 bis 921, sondern erst in einem zeitlich späteren Stadium der Vertragsabwicklung. Erst wenn der Gläubiger das Tatbestandsmerkmal der Sachübernahme gesetzt hat, ist die Gewährleistung als *lex specialis* anzuwenden. Die Nichterfüllungsnormen wurden daher erst ab einem bestimmten Schritt der Vertragsabwicklung verdrängt.

Diese Beobachtung ist für den unbefangenen Betrachter zunächst überraschend, da mit der Übergabe der Sache und deren Annahme jene Tatbestände, die vorher erfüllt waren „nicht mehr erfüllt“ sein sollen. Hier wird der Unterschied zum „Normalfall“ der Spezialität noch einmal besonders deutlich. Gerade weil das die Spezialität auslösende Merkmal zeitlich später stattfindet, tritt die eigenartige Situation auf, dass eine vormals anwendbare Norm, nun, nach Annahme der Sache, nicht mehr anwendbar ist. Bei „normaler“ Spezialität gibt es dieses Problem nicht, da die Tatbestandsmerkmale nicht (oder nur minimal) zeitlich versetzt verwirklicht werden. Diese spezielle Situation ist aber durchaus nicht bei jeder Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung verwirklicht, so zum Beispiel nicht beim Handkauf.

Diese Betrachtung der Situation im konkreten Fall darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gewährleistung aufgrund des Tatbestandelements der Sachübergabe in der Gegenüberstellung mit den §§ 918 ff generell die speziellere Norm, also die *lex specialis* darstellt. Wie es sich im konkreten Fall verhält wurde deshalb herausgestrichen, weil von Vertretern der Mindermeinung immer wieder argumentiert wurde, dass eine Norm, deren Tatbestand bereits erfüllt worden war, nicht deshalb automatisch unanwendbar sein könne, weil auch der Tatbestand einer

¹⁵⁹ Rabel, Warenkauf II 108 ff.

anderen Norm erfüllt wird. Grundsätzlich ist dieser Beobachtung beizupflichten. Bei der Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung verhält es sich aber anders, gerade weil die Gewährleistung als spezieller zu qualifizieren ist, und gemäß dem Rechtssatz „lex specialis derogat legi generali“ der Nichterfüllung vorgeht.

Zu klären ist nun, ob es ausschlaggebend ist, zu welchem Zeitpunkt das die Spezialität auslösende Tatbestandsmerkmal gesetzt wird. Unproblematisch ist die Situation jedenfalls dann, wenn sich die Rechtsposition der Vertragspartner mit Anwendbarkeit der neuen Norm nicht verändert. Dass das aber nie der Fall sein wird, liegt auf der Hand. Würden sich die Rechtsfolgen ohnehin nicht ändern, bedürfte es keiner spezielleren Norm. Auch bei anderen Spezialitätsfällen ändert sich die Rechtsposition der Beteiligten. Das wird deshalb nicht weiter thematisiert, weil die günstigere Norm zu keinem Zeitpunkt anwendbar war, die Verschlechterung der Rechtsposition daher nicht spürbar ist bzw. überhaupt niemals stattgefunden hat (Es wird hier angenommen, dass die weniger spezielle die günstigere Norm ist, um den Vergleich zur vorliegenden Konkurrenz plakativer darzustellen).

Und doch handelt es sich ab Anwendung der §§ 922 ff nicht um die rückwirkende Aberkennung von Rechten. Die inhaltlichen Rechte auf Erfüllung des Vertrages und eventuell auf Auflösung desselben bleiben auch im Rahmen der Gewährleistung bestehen. Hierzu kann beobachtet werden, dass Verbesserung und Austausch § 918 entsprechen, Preisminderung und Wandlung den §§ 920 f und der anfänglichen Unmöglichkeit. Was sich sehr wohl (zum Nachteil des Gläubigers) ändert, ist die Rechtsposition. Diese Verschlechterung ist allerdings mit dem Gesetz selbst zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber selbst sieht die neue Rechtsposition für diejenigen vor, der die mangelhafte Leistung schon angenommen hat. Öfters wurde postuliert, dass die Verschlechterung der Rechtsposition auf dem Willen des Gläubigers beruhen muss. Dieses Postulat wurde hiermit, und mit der Klarstellung, dass die „Annahme als Erfüllung“ keine rechtsgeschäftlichen Qualitäten hat, widerlegt. Auf die Frage, ob diese Verschlechterung gerechtfertigt ist, kann zunächst geantwortet werden, dass sie das sehr wohl ist, da ja auch das Interesse des Schuldners relevant ist und dieses richtet sich darauf so bald als möglich auf Mängel

aufmerksam gemacht zu werden. Weiters ist es nun mal so, dass der Gesetzgeber durch die kürzeren Verjährungsfristen seine Wertung klargestellt hat. Dieser ist daher zu folgen.

Einen Hinweis auf die Vorrangstellung der Gewährleistung kann auch die Stellung der betroffenen Regelungen im Gesetz geben. Während die Überschrift zu den §§ 917 – 921 „Allgemeine Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte“ lautet, wird § 922 mit „Gewährleistung“ betitelt. Das kann dahingehend interpretiert werden, dass die allgemeinen Bestimmungen nun vorbei sind und die Gewährleistung sich als *lex specialis* gegenüber den Nichterfüllungsregeln präsentiert. Formal kann keine Hierarchie der Überschriften festgestellt werden. Nach der Bezeichnung „Gewährleistung“ folgen „Fälle der Gewährleistung“, „Vermutung der Mangelhaftigkeit“ und weitere, die kleinere Gebiete der Mängelhaftung umschreiben. Das spricht dafür, dass die Gewährleistung nun nicht mehr den allgemeinen Normen zuzuordnen ist, sondern einen eigenen Regelungskomplex bildet, der allerdings *neben* den allgemeinen Nichterfüllungsnormen steht.

Das Ergebnis lautet daher folgendermaßen: Ab dem Zeitpunkt der versuchten Erfüllung bis zur Annahme der Sache sind die Nichterfüllungsregeln anzuwenden. Ab Übergabe der Sachleistung wurde das die Spezialität auslösende Tatbestandsmerkmal der Annahme verwirklicht, und nur noch die Gewährleistung ist anwendbar. Die Gewährleistungsnormen sind daher spezieller, als jene der Nichterfüllung.

II. 3. 6. Die Verjährungsfristen

Die Relevanz der voneinander abweichenden Verjährungsfristen ist groß. Die unterschiedlichen Fristen dienen nicht nur als unterstützendes Argument für die herrschende Lehre, sondern sind generell ein deutlicher Wegweiser daraufhin, wie die Konkurrenz zu handhaben ist.

Oft wird in der Diskussion um die Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung das Argument mit den voneinander abweichenden Verjährungsfristen angesprochen. Die Schadenersatzforderungen im Rahmen der Nichterfüllung verjähren innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, die Ansprüche auf Erfüllung innerhalb von 30 Jahren¹⁶⁰. Die Gewährleistungsansprüche hingegen müssen bei beweglichen Sachen innerhalb von zwei Jahren, bei unbeweglichen innerhalb von drei Jahren geltend gemacht werden, wobei die Frist mit vollständiger Ablieferung der Sache, bzw. bei Rechtsmängeln mit Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit, beginnt. § 9 KSchG verbietet außerdem die Verkürzung der Gewährleistungsfristen für das Verbrauchergeschäft¹⁶¹. Sowohl die Schadenersatzansprüche, als auch die Ansprüche aus der Gewährleistung fallen unter die so genannte kurze Verjährung. Diese gilt für solche Rechte, die rasch geltend gemacht werden sollen und bei denen baldige Aufklärung der Situation aus verschiedenen Gründen, zum Beispiel aufgrund von Beweisschwierigkeiten, geboten ist¹⁶².

Bezug nehmend auf die kürzeren Gewährleistungsfristen wird immer wieder argumentiert, dass die Möglichkeit, Nichterfüllungsansprüche noch nach Annahme der Sache anzustrengen, die Befristung und Zwecke der Gewährleistung illusorisch machen würde. Das reale Ergebnis der Anwendung der Gewährleistung ab Sachübergabe sei jenes, dass die Erfüllungsansprüche nunmehr innerhalb der kürzeren Gewährleistungsfrist geltend gemacht werden müssten, was auch dem

¹⁶⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 226 ff.

¹⁶¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 79 ff.

¹⁶² *Perner in Welser*, Fachwörterbuch, 577 f.

Gesetzeszweck der raschen Streitbeilegung diene¹⁶³. Weder die Zwecke der Anspruchsbefristung, noch jene der Beweislastverteilung sollen unterwandert werden¹⁶⁴.

Dieser Argumentation ist beizupflichten. Der Zweck der Anspruchsbefristung soll nicht einfach umgangen werden können, indem man einen alternativen Behelf wählen kann, dessen Frist länger ausgestaltet ist. Das umso mehr, als sich die betroffenen Ansprüche inhaltlich dermaßen ähneln, dass es als eindeutiges Zeichen des Gesetzgebers verstanden werden kann, dass er den leicht abweichenden Rechtsfolgenkatalog der Gewährleistung mit kürzeren Fristen ausgestattet hat.

Ebenso wenig wie die Anspruchsbefristung soll auch nicht der Rechtsfolgenkatalog der Gewährleistung umgangen werden können. Unter dem Titel des Fristenerfordernisses sollen nicht die Rechtsfolgen der Nichterfüllung nach Annahme der Sache unter den kürzeren Fristen angewandt werden, anstatt der Gewährleistungsfolgen, die genau für die Situation nach der Sachübergabe vorgesehen, und deren Verjährungsfristen unproblematisch sind.

Gschnitzer hält dieser Argumentation entgegen, dass es durchaus vertretbar sei, dass die Gewährleistungsfristen unterlaufen würden, da dasselbe auch bei der Irrtumsanfechtung der Fall sei¹⁶⁵. Es kann hier nicht näher untersucht werden, aufgrund welcher Wertungen diese Entscheidung im Fall der Irrtumsanfechtung gefällt wurde. Für den vorliegenden Fall kann jedoch mit Sicherheit festgehalten werden, dass es dem Gesetzeszweck eindeutig widerspricht, die kürzeren Fristen zu umgehen. Dem stimmen sowohl Vertreter der herrschenden, als auch solche der Mindermeinungen zu. Die Wertungen einer speziellen Konkurrenz können nicht einfach auf eine andere umgelegt werden. Wenn im Sinne *Gschnitzers* argumentiert wird, dass der Unterschied zwischen zwei oder drei Jahren (im Fall der Schadenersatzforderung) nicht allzu groß wäre, kann dem entgegnet werden, dass unabhängig davon, ob dem Individuum dieser Unterschied groß oder klein erscheint,

¹⁶³ Vgl. dazu z.B. *Bydlinski* in *Klang* IV/2², 160 f.

¹⁶⁴ *Wilhelm*, JBl 1976, 431.

¹⁶⁵ AT¹, 90.

vom Gesetzgeber eben genau diese Frist gewählt wurde. Eine andere als die von ihm bestimmte anzuwenden, kann daher nicht vertreten werden.

Wegen der unterschiedlichen Verjährungsfristen von Gewährleistung und Nichterfüllung ist beinahe unumstritten, dass ab Übergabe der Sachleistung jedenfalls die kürzere Frist des § 933 anzuwenden ist, um nicht die Zwecke der Gewährleistung zu frustrieren. Außerdem gibt diese kürzere Frist der Sachmängelhaftung einen Hinweis darauf, dass ab Annahme der mangelhaften Leistung ausschließlich die Gewährleistungsfolgen eintreten sollen, mit den ihnen zugehörigen kürzeren Fristen.

II. 3. 7. Die Verkehrssicherheit

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die unterschiedlichen Verjährungsfristen taucht oft der Terminus der Verkehrssicherheit auf. Das deshalb, weil gerade die Verkehrssicherheit der Zweck der kürzeren Gewährleistungsregeln ist. Der Schuldner soll so rasch wie möglich wissen, ob der Vertrag erfolgreich erfüllt worden ist, oder noch Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden können. Da die Verjährungsfristen der Gewährleistung (abgesehen von jenen für unbewegliche Sachen) kürzer sind als die der Nichterfüllung, gelten sie als dem Schuldner in puncto Verkehrssicherheit entgegenkommender. Tatsächlich ist es so, dass die Nichterfüllungsnormen keine Verkehrssicherungsfunktion ausüben. In jenen Fällen, in denen die §§ 918 ff anwendbar sind, weiß der Schuldner sofort, woran er ist. Kann die Sache nicht übergeben werden, wie im Fall des Verzugs oder der Unmöglichkeit, ist dem Verkäufer immer sofort klar, dass er einen weiteren Erfüllungsversuch unternehmen muss. Auch wenn die Leistung „nicht auf die bedungene Weise“ angeboten wurde und der Gläubiger sie deshalb zurückweist (würde er sie nicht zurückweisen, würde sofort die Gewährleistung greifen), besteht über den Verbesserungs- bzw. Nachlieferungsbedarf des Schuldners kein Zweifel. Die Nichterfüllungsnormen, ebenso die ihnen zugehörigen Verjährungsfristen,

haben daher nicht den Zweck die Verkehrssicherheit zu gewährleisten. Der Schuldner weiß sofort woran er ist, eines weitergehenden Schutzes seiner Position bedarf er nicht.

Umso deutlicher erscheint das Schutzbedürfnis daher im Gewährleistungsfall. Dort wird die Sache zwar übergeben, doch weiß der Schuldner nicht, ob sie mangelhaft ist oder mangelfrei, und ob der Gläubiger plant, Ansprüche gegen ihn geltend zu machen. Der Schuldner hat auch keine Möglichkeit dies herauszufinden, da sich die Sache bereits im Einflussbereich des Gläubigers befindet. Die Gewährleistungsfristen dienen dem Schuldner in seiner unangenehmen Situation, indem sie diese zeitlich begrenzen. Auffällig ist außerdem, dass die Gewährleistungsfristen von der kurzen Verjährungsfrist abweichen. Das kann als ein weiteres Zeichen gewertet werden, dass sie einen weiteren Zweck haben neben jenem, die Geltendmachung der Ansprüche zeitlich zu begrenzen. Der Gesetzgeber erachtete die dreijährige Wartezeit der kurzen Verjährung als für den Schuldner zu lange und verkürzte sie deshalb.

Damit wurde nun eindeutig festgestellt, dass Hauptzweck der Gewährleistungsfristen die Verkehrssicherheit (in Bezug auf die Position des Schuldners) ist.

Der Gläubiger bedarf im vorliegenden Fall keines weiteren Schutzes durch das Gesetz. Die Verkehrssicherheit besteht allein zugunsten des Schuldners. Das deshalb, weil die Position des Gläubigers in keinem Zeitpunkt gefährdet ist, er hat die Sache in der Hand und kann sie daher jederzeit auf ihre Mangelhaftigkeit hin überprüfen. Außerdem liegt es an ihm zu entscheiden, ob und wann er eventuelle Gewährleistungsansprüche geltend machen will. Seine Ansprüche werden durch die Gewährleistungsbehelfe zur Gänze geschützt.

Wilhelm merkt an, dass auch die „Annahme als Erfüllung“ gewisse Schutzwirkungen für den Schuldner habe. Es sei eine Wertentscheidung des Gewährleistungsrechts, dass der Gläubiger nach Annahme der Sache die Erfüllung noch besonders begehren muss. Der Grund dafür liege in der Schutzwirkung der

„Annahme als Erfüllung“, die dem Schuldner zugute kommen solle. Deshalb dürfe vom Schuldner die restliche Erfüllung auch so lange nicht gefordert werden, als der Gläubiger nicht Verbesserung verlangt hat¹⁶⁶. Im Endeffekt wird zu sehen sein, dass es für die Schutzwirkung keinen Unterschied macht, ob man die „Annahme als Erfüllung“ in der Form anerkennt, wie von der herrschenden Lehre vertreten, oder ihr rechtsgeschäftliche Qualitäten zuschreibt, bzw. ob Verkehrssicherheit und „Annahme als Erfüllung“ überhaupt in Verbindung miteinander stehen. Der Schutz des Schuldners besteht in der von der Gewährleistung allgemein geforderten beschleunigten Klärung der Situation, da sich die Sache nunmehr im Einwirkungsbereich des Gläubigers befindet, und der Schuldner keine Möglichkeit hat festzustellen, ob erfolgreich erfüllt wurde, oder nicht. Die Schutzwirkung ist also keine spezielle der „Annahme als Erfüllung“, sondern vielmehr der allgemeine Grundgedanke der Gewährleistung und ihrer Verjährungsfristen.

Wenn *Schlesinger* ausführt, dass grundsätzlich mehr auf das Interesse des vertragstreuen Kontrahenten zu achten sei, denn auf jenes des mangelhaft leistenden Schuldners¹⁶⁷, so ist dazu anzumerken, dass das im Rahmen des alten Gewährleistungsrechts auch tatsächlich der Fall war, weil sofort Minderung verlangt werden konnte. Minderung und Verbesserung standen daher gleichwertig nebeneinander. Im Rahmen der aktuellen Rechtslage ist das nicht mehr so. Wie gezeigt wurde, ist ab Sachübergabe tendenziell der Schuldner schutzwürdiger.

Da die Nichterfüllungsnormen keine Verkehrssicherungsfunktion ausüben, ist es umso deutlicher, dass auch in der Konkurrenzsituation der den Gewährleistungsfristen innewohnende Zweck nicht frustriert werden darf. Dies inspirierte einige Vertreter der Mindermeinung dazu, die Gewährleistungsfristen auf die Nichterfüllungsnormen anzuwenden. Dass diese Vorgangsweise nicht befürwortet werden kann, wurde bereits erörtert. Daher ist auch vom Standpunkt der Verkehrssicherheit die Abgrenzung der Normen anhand der Sachübergabe zu bevorzugen.

¹⁶⁶ *Wilhelm*, JBl 1975, 178.

¹⁶⁷ *Schlesinger*, ZBl 1920, 275 bei V. und 276.

II. 4. Das aliud

Bei der Lieferung eines aliuds leistet der Schuldner nicht nur mangelhaft, sondern überhaupt etwas anderes, als bedungen war. Da es sich dabei nicht um das Geschuldete handelt, sondern schlicht um etwas ganz anderes, wird angenommen, dass der Schuldner noch überhaupt nicht geleistet hat. Die Anderslieferung soll der Nichterfüllung daher näher stehen als der mangelhaften Erfüllung¹⁶⁸. Handelt es sich daher eindeutig um ein aliud, soll weiterhin die Nichterfüllung angewandt werden. Die Gewährleistung ist deshalb nicht anwendbar, da der Gläubiger nicht jene Sache angenommen hat, die geschuldet wird. Das Annehmen irgendeiner anderen Sache als der bedungenen kann die Gewährleistung nicht auslösen.

Zum besseren Verständnis der Problematik und Darlegung der Argumente werden in der Folge auch unterschiedliche Positionen der Lehre wiedergegeben.

Die Schwierigkeit des aliuds liegt aber nicht darin festzustellen, von welchem Normenkomplex es erfasst werden soll, sondern in der Abgrenzung zur mangelhaften Leistung. Einfacher scheint dies bei der Stückschuld zu sein. Jede vom Vereinbarten abweichende Sache könnte ein aliud sein. Bei der Gattungsschuld muss hingegen ein Kriterium gefunden werden, anhand dessen festgestellt werden kann, ob es sich (noch) um eine mangelhafte Gattung, oder schon um ein aliud handelt. Dieses Kriterium kann die Verkehrssitte sein, manche wollen die Abgrenzung aber auch analog zu § 378 UGB lösen¹⁶⁹.

Auf die Falschliefereung im Bereich des Unternehmensrechts wird in der Folge nicht eingegangen.

Bydlinski vertritt die Ansicht, dass es keinen wesentlichen Unterschied gäbe zwischen einer mangelhaft erbrachten Gattungsschuld und einem aliud, denn in beiden Fällen sei der Rahmen der vereinbarten Gattung überschritten worden. Es könne in beiden Fällen nur Nichterfüllung vorliegen, da das Geschuldete ja noch

¹⁶⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66.

¹⁶⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 67.

nicht geleistet wurde (vgl. § 1412)¹⁷⁰. Der Unterschied zwischen mangelhafter Gattungssache und aliud könne nur im Ausmaß der Abweichung vom Geschuldeten liegen. Vom zu befriedigenden Interesse des Gläubigers aus betrachtet sei der Grad der Abweichung bei Lieferung einer gattungsmäßigen Falschlieferung jedoch nicht notwendigerweise größer, als bei schlechter Qualität innerhalb der Gattung. Die analoge Anwendung der unternehmensrechtlichen Genehmigungsnorm (§ 378 UGB) sei zu befürworten. Handelt es sich nur um eine mangelhafte Gattung, soll Gewährleistung angewandt werden. Erst wenn die Sache so weit vom Geschuldeten abweicht, dass der Schuldner nicht mehr mit der Zustimmung des Gläubigers rechnen konnte, sei allein die Nichterfüllung anwendbar. Der Erfüllungsanspruch bleibe daher jedenfalls bestehen, gemäß der Abgrenzung mithilfe des Unternehmensrechts jedoch entweder im Rahmen der Nichterfüllung, oder der Gewährleistung¹⁷¹.

Obwohl also *Bydlinski* zunächst festhält, dass es keinen wesentlichen Unterschied zwischen Schlecht- und Anderslieferung gäbe, unterscheidet er nach dem Ausmaß der Abweichung vom Geschuldeten und wendet dementsprechend entweder Gewährleistung oder Nichterfüllung an. Fraglich ist allerdings, ob die unterschiedliche Behandlung der Fälle aufgrund ebendieser Argumentation nicht willkürlich erscheint, da *Bydlinski* ja explizit davon ausgeht, dass das Interesse des Gläubigers in beiden Fällen auf dieselbe Art (Überschreitung der vereinbarten Gattung) beeinträchtigt wird.

Ähnliche Schlüsse zieht *Gschnitzer*. Eine Unterscheidung zwischen dem Fehlen von Gattungsmerkmalen und anderen Mängeln „sei willkürlich und nicht folgerichtig“. Den vorhandenen Eigenschaften einer Sache käme bei der Schuldtilgung dieselbe Bedeutung zu, wie die Zugehörigkeit zur bedungenen Gattung. Entbehre eine Sache die besonders bedungenen Eigenschaften, erscheine sie gegenüber dem Geschuldeten ebenso als aliud, wie Stücke einer anderen Gattung. Daher könne auch der Erfüllungsanspruch keinesfalls mit der Annahme

¹⁷⁰ *Bydlinski* in *Klang IV/2*², 162.

¹⁷¹ *Bydlinski* in *Klang IV/2*², 163.

eines aliuds erlöschen. *Gschnitzer* macht den anzuwendenden Normenkomplex von der Erklärung des Gläubigers bei der versuchten Erfüllung abhängig¹⁷².

Reischauer stellt ebenfalls fest, dass das aliud vom peius logisch gar nicht abgrenzbar ist. Die Rechtsprechung unterstelle die aliud-Lieferung grundsätzlich der Nichterfüllung, ziehe den Begriff des aliuds aber sehr eng, um die Rechtsfolgen dann doch möglichst auf die Gewährleistung zu beschränken. Beim unbehebaren wesentlichen Mangel seien demnach die Fristen des § 933 anzuwenden. Aufgrund dessen könne es keinesfalls im Sinne des Gesetzes sein, bei der wesentlich geringer beeinträchtigenden einfachen aliud-Lieferung die (längere) allgemeine Verjährungsfrist trotz Übergabe laufen zu lassen. Ebenso verhalte es sich sogar beim absoluten aliud. Auch dort sollen die Gewährleistungsfristen angewandt werden, da erstens die Lieferung einer mit unbehebarem wesentlichen Mangel behafteten Spezies wertungsmäßig dem absoluten aliud gleichkomme, zweitens, weil dem Käufer die Geltendmachung innerhalb der kürzeren Frist nicht weniger zumutbar sei, und drittens der Verkäufer nicht weniger Interesse an der Aufklärung habe, als bei der wesentlich und unbehebbar mangelhaften Spezies, da er vielleicht nicht einmal weiß, dass er ein aliud geliefert hat. Die kürzeren Gewährleistungsfristen seien daher jedenfalls auch auf die §§ 918 ff anzuwenden. Die Gewährleistungsregeln seien, so *Reischauer* weiter, nicht nur beim absoluten aliud, sondern, entgegen der Rechtsprechung, jedenfalls auch beim einfachen aliud anwendbar.

Vieles reduziere sich ohnehin auf Scheinprobleme, wenn man den Gläubiger innerhalb der Gewährleistungsfrist zwischen den Ansprüchen aus Nichterfüllung und Mängelhaftung wählen lasse. Der OGH vertrete außerdem, dass dann, wenn der Schuldner aus der bedungenen Gattung nicht mehr leisten könne, und die Sache nicht wesentlich vom Geschuldeten abweiche, die Lieferung als vertragsgemäß zu betrachten sei¹⁷³. Dem sei jedoch nur zuzustimmen, wenn der Veräußerer das Bedungene aufgrund eines Gläubigerverzuges nicht mehr leisten kann. Andernfalls

¹⁷² *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 451.

¹⁷³ OGH in SZ 65/10.

könne er nicht gezwungen werden etwas anderes als das Geschuldete anzunehmen¹⁷⁴.

Reischauers Ergebnis resultiert aus seiner Theorie, wie die Konkurrenz zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung zu lösen sein soll. Sehr überzeugend ist die Argumentation, dass der Schuldner nicht weniger Interesse an möglichst rascher Aufklärung habe, wie im Fall der mangelhaften Leistung. Ob dies auch ein Grund für das Anwenden der Gewährleistungsnormen und -fristen sein soll, ist noch zu ergründen.

Kramer stellt einige äußerst interessante Fragen die aliud-Problematik betreffend. Zunächst hinterfragt er die Position des OGH, der die aliud-Lieferung den §§ 918 ff unterstellen möchte. Die grundsätzliche Gleichstellung von aliud-Lieferung und genehmigungsfähiger Schlechtleistung im Unternehmensrecht (vgl. § 378 UGB) habe keine Bedeutung mehr, wenn alle Fälle den §§ 918 ff unterstellt würden. Außerdem sei ungeklärt, ob die unternehmensrechtliche Gleichstellung auch im Zivilrecht von Bedeutung sei. Dies wiederum könne nur dann geklärt werden, wenn feststeht, ob sich der § 378 UGB nur auf die Rügeobliegenheit bezieht, oder sich auch auf die Gewährleistungsfolgen selbst auswirkt. Alle diese Fragen unterstünden allerdings wiederum der Vorfrage nach der Abgrenzung von Nichterfüllung und Gewährleistung. Sollte zwischen den Behelfen alternative Konkurrenz bestehen, habe der Abgrenzungsversuch des § 378 UGB ohnehin keine Bedeutung mehr, da der Anspruchsberechtigte zwischen den Behelfen nach Belieben wählen könne¹⁷⁵.

Das ABGB beinhalte keine Sonderregelungen bezüglich der aliud-Lieferung, weshalb sie von den Behelfen der §§ 918 ff und der §§ 922 ff erfasst werde¹⁷⁶. Folglich sei die Abgrenzung des aliuds von der Schlechtleistung ebenso vorzunehmen, wie die Grenzziehung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung¹⁷⁷. Der Rechtsprechung sei nicht beizupflichten, da dann, wenn sogar ein „nihil“ unter die Gewährleistung falle (vgl. § 923), doch umso mehr auch

¹⁷⁴ *Reischauer* in *Rummel*³ Vor §§ 918 – 933 Rz 11.

¹⁷⁵ *Kramer*, ÖJZ 1972, 561.

¹⁷⁶ *Kramer*, ÖJZ 1972, 564.

¹⁷⁷ *Kramer*, ÖJZ 1972, 562.

ein aliud von ihr erfasst werden müsste. Da die Konkurrenz der beiden Normenkomplexe mit Alternativität zu lösen sei, gelte dasselbe für die Leistung eines aliuds. Die Gewährleistungsfristen seien jedoch auch auf die §§ 918 ff anzuwenden, um ihre ratio, die Dispositionssicherheit des Schuldners, nicht zu vereiteln. Die Annahme der Sache könne am Bestehen der §§ 918 ff nichts ändern, da vertragsgemäße Erfüllung mit dem aliud gar nicht möglich sei. Der Anwendung des § 378 UGB im allgemeinen Privatrecht steht *Kramer* zweifelnd gegenüber, wobei er betont, dass die Anwendung der unternehmensrechtlichen Norm insbesondere dann keine Vorteile aufweise, wenn man von der Alternativität der Ansprüche ausginge¹⁷⁸.

Neben den Ausführungen von *Reischauer* wird auch bei jenen *Kramers* deutlich, wie eng der Zusammenhang zur Hauptfrage, der Lösung der zugrunde liegenden Konkurrenz, verstanden wird. Zu dem Argument, dass die Gewährleistung, wenn sie auch das „nihil“ behandle, noch mehr ein aliud umfasse, kann eingewandt werden, dass der Fall der nicht mehr vorhandenen Sache im Rahmen der Gewährleistung als Ausnahmetatbestand zu betrachten ist, gerade weil sie nicht übergeben werden kann. Allerdings darf mit dem Tatbestandsmerkmal der Übergabe auch nicht allzu streng umgegangen werden. Die Annahme ist ein rein äußerlicher Akt, auf die Willenserklärung des Gläubigers kommt es deshalb nicht an. Daher kann es allein für das Erfüllen des Tatbestandsmerkmals der Annahme keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger eine Sache mit wesentlichem Mangel annimmt, oder ein aliud. Da auch die Gewährleistungsfolgen Erfüllungsansprüche darstellen, ist es auch unerheblich, ob die angenommene Sache (geringfügig) mehr oder weniger dem entspricht, was bedungen war. Ob das nun Ausgeführte aber tatsächlich auch zutrifft, hängt davon ab, ob auch die Annahme eines aliuds unter die §§ 922 ff subsumiert werden kann, oder nicht.

Gegen *Kramers* Vorschlag, auch das aliud von der Gewährleistung erfasst zu sehen, spricht die Überlegung, dass es sich bei der nicht (mehr) vorhandenen Sache um eine spezielle Sache handelt, auch wenn sie schlussendlich gar nicht mehr übergeben werden kann. Würde sie (entgegen dem Fall, dass sie nicht mehr existiert) doch unerwartet auftauchen, könnte sie als die geschuldete Sache

¹⁷⁸ *Kramer*, ÖJZ 1972, 565 f.

qualifiziert werden, auch wenn sie mit Mängeln behaftet ist. Beim aliud hingegen handelt es sich nicht nur um eine ganz andere Sache als die bedungene, sondern um einfach irgendeine Sache. Damit wurde versucht zu zeigen, warum behauptet wird, dass die Anwendung der Nichterfüllung beim aliud näher liege, also die Gewährleistung¹⁷⁹.

Zur Heranziehung des § 378 UGB ist zu sagen, dass dessen Erkenntnisgewinn für die Abgrenzung zwischen aliud und mangelhafter Leistung minimal ist. Gemäß § 378 UGB fällt die Lieferung einer Sache dann unter die §§ 918 ff, wenn das Gelieferte vom Bedungenen so erheblich abweicht, dass der Verkäufer es als ausgeschlossen betrachten muss, dass der Käufer die Sache genehmigen wird. Ist hingegen davon auszugehen, dass der Käufer die Sache genehmigen wird, sind die Gewährleistungsfolgen anzuwenden. Unschwer ist zu erkennen, dass mit dieser Abgrenzung nicht gelöst werden kann, ob ein aliud oder eine mangelhafte Sache vorliegt. Die Problematik wird mithilfe des § 378 UGB auf eine andere Ebene verlagert¹⁸⁰. Daher ist auch hier im Einklang mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass § 378 UGB nicht für die Abgrenzung zwischen Schlechtlieferung und aliud-Leistung herangezogen werden soll.

Mayrhofer geht grundsätzlich davon aus, dass bei der Anderslieferung die Regeln über die Nichterfüllung anzuwenden wären, da der Schuldner nicht die vereinbarte Sache geliefert hat (vgl. § 1413). Sie könne aber auch den Tatbestand der §§ 922 ff erfüllen, wenn sie sich zugleich als qualitativ schlechter als die zugesagte Ware erweise, oder wenn ihr sonst zugesicherte oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Sind daher beide Tatbestände erfüllt, habe der Gläubiger die Wahl, welchen Behelf er geltend machen möchte. Für den Bereich der Mängelrüge habe der Gesetzgeber im Unternehmensrecht eine Ausdehnung auch auf die Falschlieferung vorgenommen, um die Abgrenzung zwischen korrekter Leistung und aliud zu erleichtern. Auch vor diesem Hintergrund empfehle es sich daher, einen gemeinsamen, überschneidenden Grenzbereich zwischen Gewährleistung und

¹⁷⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66.

¹⁸⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 67.

Anderslieferung anzuerkennen. So könne dem Gläubiger das Risiko der Unterscheidung, wenn sie nur schwer möglich ist, abgenommen werden.

Keinesfalls könnten die Gewährleistungsregeln allerdings dann angewandt werden, wenn die Anderslieferung keine Ähnlichkeit mit der gesollten Leistung aufweise und daher eine völlig andere Leistung darstelle. Hier sei die Abweichung so groß, dass der Übergeber die Annahme der erbrachten Leistung vernünftigerweise nicht erwarten könne. Eine ähnliche Abgrenzung finde sich in § 378 UGB.

Wenn das gelieferte aliud qualitativ besser ist, als die vereinbarte Leistung, gäbe es in der Regel keinen Grund zur Beanstandung, allerdings habe der Unternehmer stets das Recht genau jene Sache zu erhalten, die ihm versprochen wurde. Einer Annahme an Erfüllungs Statt (§ 1414) stehe auch bei der Anderslieferung nichts im Wege¹⁸¹.

Abweichend von den soeben dargestellten Literaturstimmen kann die herrschende Lehre¹⁸² wie folgt dargestellt werden: Sowohl beim absoluten, als auch beim relativen aliud soll nach den §§ 918 ff vorgegangen werden. Die Abgrenzung mittels § 378 UGB wird überwiegend abgelehnt¹⁸³. Eine solche könne nur scheitern, da sie das Problem zwar auf eine andere Ebene verlagere, aber nicht lösen könne. Es sei daher festzustellen, ob der Schuldner der Gattung bloß schlechtere Qualität liefere als die bedungene, dann seien die §§ 922 ff anzuwenden, andernfalls handle es sich um ein aliud, und die Regeln der Nichterfüllung seien anzuwenden. Zur Abgrenzung zwischen mangelhafter Leistung und anderer Gattung ist die Verkehrssitte heranzuziehen¹⁸⁴.

Diese Lehre wirkt klarer und einfacher praktizierbar. Wirklich gelöst wird allerdings die Kernfrage, wann Mangelhaftigkeit aufhört und eine andere Gattung anfängt, nicht, da das Abgrenzungsmerkmal der Verkehrssitte, ebenso wie die

¹⁸¹ *Mayrhofer*, System II/1³, 410 ff.

¹⁸² Zum Beispiel: *Dullinger*, SchR AT³ Rz 3/69; *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 Rz 13; *Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht¹, 178.

¹⁸³ Für viele: *Binder/Reidinger* in *Schwimann*³ § 918 Rz 13.

¹⁸⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 66 f.

anderen Abgrenzungsversuche, nicht in allen Fällen helfen kann. Trotzdem ist sie der Abgrenzung mittels § 378 UGB vorzuziehen.

Immer wieder wurde beobachtet, dass die Lösung der aliud-Problematik parallel zur vorgeschlagenen Lösung der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung gezogen wurde. Dies ist jedoch nicht unbedingt richtig. Während jene Sachverhalte, die Gegenstand der Konkurrenz sein können, die Tatbestände beider Normenkomplexe erfüllen, ist dies beim aliud gerade nicht der Fall. Die Falschlieferung kann nicht unter den Tatbestand der Gewährleistung subsumiert werden. Zunächst handelt es sich dabei nämlich nicht um Schlechterfüllung, sondern um gar keine Erfüllung¹⁸⁵. Und auch die legistische Ausgestaltung des § 922 scheint das aliud nicht zu umfassen. Bei der Gewährleistung geht es eindeutig um die Sache, die versprochen wurde, und um die ihr anhaftenden Mängel. Das aliud ist aber nicht jene Sache, die versprochen wurde. Daher ist die Falschlieferung nicht vom Tatbestand der Gewährleistung erfasst.

Ebenfalls wiederholt festgestellt wurde, dass Schlechtleistung und Anderslieferung nicht logisch voneinander abgrenzbar wären. Dem ist beizupflichten. Da jedoch das Gesetz klare Schranken zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung zieht, muss ein Abgrenzungsmerkmal gefunden werden, auch wenn von vornherein klar ist, dass damit nicht alle in Frage stehenden Fälle gelöst werden können. Die Grenzziehung mithilfe der Verkehrssitte ist jener mit Hilfe von § 378 UGB vorzuziehen, da aus dieser nicht mehr gewonnen werden kann, wie aus der Abgrenzung mit der Verkehrssitte. Diese Vorgehensweise hat zur Folge, dass dann, wenn die Sache als aliud qualifiziert wird, Nichterfüllung anzuwenden ist. Ist die Sache jedoch bloß mangelhaft bzw. von schlechterer Qualität als vereinbart, ist, sofern schon übergeben wurde, Gewährleistung anzuwenden.

Bezüglich der Fristenproblematik ist *Reischauer* zu folgen. In jenen Fällen, in denen sich die Frage nach der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung stellt, wurde die Sache, die sich als Falschlieferung herausgestellt

¹⁸⁵ *Gorjany* in *Welser*, Fachwörterbuch, 19.

hat, schon übernommen (andernfalls wäre ohnehin Nichterfüllung mit den ihr eigenen Verjährungsfristen anzuwenden, außerdem ist in jenen Fällen, in denen die Sache gar nicht angenommen wurde die Qualifikation als aliud wohl schon vorgenommen worden). Es handelt sich also um solche Leistungen, die nicht auf den ersten Blick als Falschlieferungen eingestuft werden können. Daher scheint der Schuldner in selber Weise schutzwürdig (zum Beispiel im Rahmen der Verkehrssicherheit) wie der Gewährleistungsberechtigte. Er hat Interesse an möglichst rascher Klärung der Situation, insbesondere auch deshalb, weil er manchmal noch überhaupt nicht weiß, ob die geleistete Sache in Ordnung, mangelhaft, oder gar ein aliud ist. Da die Sache außerdem im Besitz des Gläubigers ist, ist diesem die Geltendmachung innerhalb der Gewährleistungsfristen auch zumutbar. Die Anwendung der Gewährleistungsfristen auch auf die Fälle der aliud-Lieferung ist daher zu befürworten.

Mayrhofer beschreibt eine Fallgruppe innerhalb welcher aliud-Lieferungen sowohl ein aliud darstellen, als auch die §§ 922 ff erfüllen sollen¹⁸⁶. Erweist sich das aliud zugleich auch als qualitativ schlechter als die vereinbarte Leistung, oder fehlen ihm zugesicherte oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, seien neben den Nichterfüllungsnormen auch die §§ 922 ff erfüllt.

Ob diese Fallgruppe jedoch tatsächlich existiert, ist fraglich. Einem aliud fehlen jedenfalls auch die zugesicherten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, sonst wäre es in der Regel gar kein aliud. Ob einer Sache aber, die schon eindeutig als Falschlieferung qualifiziert worden ist, weitere zugesagte Eigenschaften fehlen, ist für den Gläubiger nicht mehr von Interesse, da er an der Sache ohnehin kein Interesse hat. Außerdem sind die in § 922 Abs 1 beschriebenen Mängel immer solche an der bedungenen Sache – eine Voraussetzung, welche die Anderslieferung gar nicht aufweisen kann, da sie – per definitionem – nicht die bedungene Sache ist. Da die Sache selbst also überhaupt nicht jene ist, die bedungen war, interessieren ihre Eigenschaften auch nicht weiter. Die Darstellung dieser Fallgruppe ignoriert außerdem, dass trotz Übergabe eines aliuds ja noch gar nicht geleistet wurde, die in § 922 Abs 1 aufgelisteten Eigenschaften aber jene einer

¹⁸⁶ *Mayrhofer*, System II/1³, 411.

bereits geleisteten Sache sind. Die Konkurrenz von Gewährleistung und Nichterfüllung bei Erbringung eines aliuds kann daher ausgeschlossen werden.

Wird daher eine Sache geleistet, die nicht der bedungenen entspricht, ist zunächst mithilfe der Verkehrssitte zu klären, ob es sich um ein aliud oder um bloße Schlechtleistung handelt. Wird die Sache als Falschlieferung qualifiziert, sind, im Einklang mit der herrschenden Lehre, trotz Übergabe die §§ 918 ff anzuwenden, da rechtstechnisch betrachtet noch nicht geleistet wurde. Aus Gründen der Verkehrssicherheit sollen jedoch die Verjährungsfristen der Gewährleistung angewandt werden.

II. 5. Fazit

Der Normenkomplex der Nichterfüllung und jener der Gewährleistung konkurrieren aufgrund der Textierung der Regelungen miteinander.

Die herrschende Lehre grenzt die Behelfe mit der „Annahme als Erfüllung“ voneinander ab, welche sowohl dann erfüllt sein soll, wenn der Gläubiger die Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit übernimmt, als auch, wenn er nicht weiß, dass die Sache nicht dem Bedungenen entspricht. Sobald der Gläubiger die Sache angenommen hat, ist nach Ansicht der herrschenden Lehre erfüllt worden, und Nichterfüllung kann deshalb nicht mehr greifen. Ab Annahme der Sache ist daher allein die Gewährleistung anzuwenden.

Die Vertreter der Mindermeinungen schlagen unterschiedliche Konzepte vor, die Konkurrenz zu lösen. Einerseits wird vertreten, dem Gläubiger das Wahlrecht zwischen den Normenkomplexen zuzugestehen, andererseits gibt es Stimmen, die für eine kombinierte Anwendung der Rechtsfolgen eintreten.

Eine Sonderstellung kommt der Lehre von *Pisko* zu, die drastisch von den anderen abweicht, sich aber schlussendlich nicht durchsetzen konnte, und heute wohl einstimmig abgelehnt wird.

In der vorliegenden Arbeit wurde zunächst festgestellt, dass die „Annahme als Erfüllung“ keinesfalls als Vertrag verstanden werden kann. Die Annahme der Sache ist Teil des Veräußerungsvertrages, und das Anbieten der mangelhaften Leistung zur Übernahme kann daher nicht als neues Anbot qualifiziert werden. Deshalb bedarf es keiner worauf auch immer gerichteten Willenserklärung des Gläubigers, wenn er die angebotene Sache annimmt. Um den Tatbestand der Gewährleistung zu erfüllen muss nur der Realakt der Annahme stattfinden.

Folge der Sachübernahme ist, dass die Nichterfüllungsansprüche nicht weiter anwendbar sind. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Gesetz, dass eindeutig die Anwendung der §§ 918 ff vor Übergabe, und die §§ 922 ff nach ihr vorsieht.

Die Gewährleistungsansprüche stellen, ebenso wie die Nichterfüllungsbehelfe, Erfüllungsansprüche dar. Da das Verwirklichen der „Annahme als Erfüllung“ entgegen ihres Wortlautes keine Erfüllungswirkung hat, können auch noch nach Sachübergabe Erfüllungsansprüche angestrengt werden.

Die Gewährleistung ist gegenüber der Nichterfüllung als *lex specialis* zu betrachten. Dabei kann es sein, dass in manchen Fällen, aber nicht in allen, zuerst der Tatbestand der Nichterfüllung, und erst zu einem späteren Zeitpunkt jener der Gewährleistung erfüllt wird. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gewährleistung generell spezieller ist, als die §§ 918 ff.

Im Sinne der Verkehrssicherheit, welche die Position des Schuldners schützen soll, ist tunlichst zu vermeiden, dass die kürzeren Gewährleistungsfristen umgangen werden.

Gegen ein Wahlrecht des Erwerbers oder das kombinatorische Anwenden der Behelfe sprechen sowohl die Problematik der potentiellen Umgehung der Gewährleistung aufgrund der kürzeren Verjährungsfristen, als auch das Fakt, dass der Tatbestand der Gewährleistung erfüllt wurde und sie daher nicht in abgewandelter Form angewandt werden soll, sondern so, wie sie der Gesetzgeber konstruiert hat. Das kombinierte Anwenden der Ansprüche ist auch deshalb abzulehnen, weil man auf dasselbe Ergebnis käme, wenn einer der

Normenkomplexe zur Gänze aus dem Gesetz gestrichen würde. Dies kann vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein.

Nicht nur die Abgrenzung von Nichterfüllung und Gewährleistung, sondern auch jene zwischen Schlechterfüllung und aliud ist mit der herrschenden Lehre vorzunehmen. Mit dem Merkmal der Verkehrssitte wird daher entschieden, ob ein aliud übergeben wurde. Handelt es sich um ein aliud, sind die Nichterfüllungsnormen anzuwenden. Im Falle von Schlechtleistung ist die Gewährleistung anwendbar.

Der entscheidende Punkt, warum sich die herrschende und die Mindermeinung nicht einigen können, ist jener, dass die herrschende Lehre die „Annahme als Erfüllung“ nur als Realakt betrachtet, die Mindermeinung ihr hingegen rechtsgeschäftliche Qualitäten zuschreibt. Letzteres ist abzulehnen. Die „Annahme als Erfüllung“ dient dem alleinigen Zweck der Abgrenzung von Gewährleistung und Nichterfüllung. Die Mindermeinung zeigt Probleme im Zusammenhang mit der Willensbildung und der vermeintlichen Erfüllung auf. Diese Kritikpunkte an der herrschenden Lehre resultieren alleine aus dem Missverständnis über die „Annahme als Erfüllung“ und können daher widerlegt werden.

Tatsächlich ist der Terminus „Annahme als Erfüllung“ sprachlich ungünstig gewählt, da er suggeriert, dass mit der „Annahme als Erfüllung“ die Erfüllung des Vertrages stattgefunden hat. Versteht man sie jedoch als bloßes Tatbestandselement der §§ 922 ff ohne rechtsgeschäftlichen Hintergrund, kann die Konkurrenz zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff gelöst werden.

Kapitel III

Die Konkurrenz von Gewährleistung und laesio enormis

Legende:

- III. 1. Allgemeines und Einführung in die Problematik
- III. 1. 1. § 934 ABGB: Die laesio enormis
- III. 1. 2. Einführung
- III. 2. Die Lehre
- III. 2. 1. Die herrschende Lehre
- III. 2. 2. Die Mindermeinung
- III. 3. Die Rechtsprechung
- III. 4. Der Vertragsinhalt
- III. 4. 1. Der Vertragsinhalt bei der Genusschuld
- III. 4. 2. Der Vertragsinhalt bei der Speziesschuld
- III. 4. 2. 1. Die Spezies mit anfänglichem Mangel
- III. 4. 2. 1. 1. Die Spezies mit unbekanntem anfänglichem Mangel
- III. 4. 2. 1. 2. Die Spezies mit bekanntem anfänglichem Mangel
- III. 4. 3. Die Behebbarkeit des Mangels
- III. 5. Die Grundlage des § 934: Vertraglich Vereinbartes oder faktisch Geleistetes?
- III. 5. 1. Der Norminhalt
- III. 5. 2. Der Kern der Problematik
- III. 5. 2. 1. Die Folgen der Einbeziehung anfänglicher Mängel in das für die laesio enormis relevante Wertmissverhältnis
- III. 6. Die Konkurrenz von laesio enormis und Gewährleistung
- III. 7. Lösung der Anlassfälle
- III. 8. Fazit

III. 1. Allgemeines und Einführung in die Problematik

Anlassfälle:

1. K kauft eine Sache, deren Wert in mangelfreiem Zustand 45 beträgt, um 100. Nach Vertragsabschluss wird die Sache mangelhaft.
2. K kauft eine Sache, deren Wert in mangelfreiem Zustand 45 beträgt, um 100. Zusätzlich ist die Sache bei Vertragsschluss mangelhaft und daher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur 30 wert.

3. K kauft eine Sache, deren Wert 55 beträgt, um 100. Ein Mangel, der schon bei Vertragsabschluss vorliegt, bewirkt, dass die Sache bei Vertragsschluss nur noch 30 wert ist.
4. K kauft eine Sache, deren Wert 55 beträgt, um 100. Ein Mangel, der nach Vertragsschluss eintritt, bewirkt, dass die Sache bei Übergabe nur noch 30 wert ist.
5. K kauft eine Sache, die 100 wert ist, um 100. Aufgrund eines nachträglich auftretenden Mangels ist die übergebene Sache nur noch 45 wert¹.

III. 1. 1. § 934 ABGB: Die laesio enormis

Die laesio enormis ist ein Rechtsinstrument, mithilfe dessen ein inhaltlich ungerechter Vertrag² aufgehoben werden kann. Grundsätzlich besteht beim Vertragsschluss Privatautonomie zwischen den Parteien³. Das heißt, die Vertragspartner können all das zum Vertragsinhalt machen, was sie möchten. Die Privatautonomie hat aber Grenzen. Eine davon zeichnet das Rechtsmittel der Verkürzung über die Hälfte vor: Wird bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine der Vertragsparteien massiv benachteiligt, ohne, dass dieser Umstand auf dem freien Willen des Benachteiligten gründet, und ist die Leistung, die er erhält, weniger wert als die Hälfte dessen, was er selbst geleistet hat, ist der Vertrag nach § 934 anfechtbar⁴. Die Verkürzung über die Hälfte gründet daher auf dem Gedanken der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eines zweiseitig verbindlichen Vertrages⁵. Ihre Tatbestandsvoraussetzungen sind⁶:

1. Irrtum über den wahren Wert der gekauften Sache^{7 8}

¹ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

² 10 Ob 21/07 x.

³ Perner in Welser, Fachwörterbuch 405 f.

⁴ P. Bydlinski in KBB² § 934 Rz 1.

⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 93.

⁶ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff, derselbe in KBB² § 934 Rz 2.

⁷ Gschnitzer in Klang IV/1², 560; Ehrenzweig, System II/1², 238.

⁸ aA Reischauer in Rummel¹³ § 934 Rz 8.

2. Ein Wertmissverhältnis im Ausmaß von 49 : 100. Der verkürzte Teil muss also, um den Vertrag nach § 934 anfechten zu können, weniger als die Hälfte jenes Wertes bekommen, den er selbst geleistet hat. Erhält er exakt 50 % des von ihm Geleisteten, steht ihm das Rechtsmittel der laesio enormis daher nicht offen.

Die Werte von Leistung und Gegenleistung sind zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses festzustellen⁹. *Koziol/Welser* zählen die Verkürzung über die Hälfte zwar zu den Leistungsstörungen, weil es aber darauf ankommen soll, wie hoch die zu vergleichenden Werte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind, nicht zu den „Leistungsstörungen im eigentlichen Sinn“¹⁰. *P. Bydlinski*¹¹ und *Chr. Huber*¹² zufolge ist die laesio enormis als Wurzelmangel zu qualifizieren. Auch der OGH betrachtet die Verkürzung über die Hälfte als Wurzelmangel¹³.

Macht nun der verkürzte Teil seinen Anspruch auf Vertragsaufhebung geltend, bietet § 934 Satz 2 dem Verkürzenden eine facultas alternativa: Er kann die Aufhebung des Vertrages gegen den Wunsch des Benachteiligten abwehren, in dem er die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert seiner Leistung und deren gemeinen Wert aufzahlt¹⁴.

Gemäß § 935 1. Halbsatz kann die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte vertraglich nicht ausgeschlossen werden. § 1478 bestimmt außerdem, dass die laesio enormis innerhalb von drei Jahren geltend gemacht werden muss, andernfalls ist sie verjährt¹⁵.

⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 94.

¹⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 94.

¹¹ JBl 1983, 410 ff; *derselbe*, AT⁴ Rz 8/44, *derselbe* in *KBB*² § 934 Rz 5 mwN.

¹² *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

¹³ SZ 60/37.

¹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 94.

¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 95.

III. 1. 2. Einführung

Schon die Anlassfälle zeigen, dass es mehrere Konstellationen gibt, in denen aufgrund des Sachverhaltes sowohl der Tatbestand der Gewährleistung, als auch jener der Verkürzung über die Hälfte erfüllt sein könnten. Ob überhaupt, und wenn, in welchen Fällen und auf welche Art die beiden Rechtsinstitute zusammentreffen, ist trotz intensiver Beschäftigung mit dieser Frage sowohl in der Lehre¹⁶ als auch in der Rechtsprechung¹⁷ umstritten¹⁸. Das Aufeinandertreffen von Gewährleistung und laesio enormis, genauer: ob der Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte auch erfüllt wird, wenn die geleistete Sache mangelhaft ist, ist eine der am meisten diskutierten Konkurrenzen des Zivilrechts.

Grundsätzlich sind folgende Fallgruppen voneinander zu unterscheiden: Es gibt zunächst solche Fälle, in denen der Wert der Sache von vornherein – also ohne einen Mangel – das enorme Wertmissverhältnis des § 934 erfüllt. Die Anwendbarkeit der laesio enormis ist in diesem Fall unumstritten, da der Tatbestand zweifelsohne erfüllt ist. Es gibt aber auch solche Fälle, in denen ein für den Käufer ungünstiges Geschäft in Kombination mit einer mangelhaften Sache den Verkehrswert seiner Leistung auf mehr als das Doppelte dessen steigen lässt, was er erhalten hat. Das Hauptaugenmerk der Lehre ist auf letzteren Fall gerichtet, da strittig ist, ob solche Mängel vom Tatbestand des § 934 überhaupt erfasst sein sollen.

Neben jener nach dem Zustand der Sache bedarf es weiters einer Unterscheidung dahingehend, wann der Mangel eintrat. Lag er bereits bei Vertragsabschluss vor, handelt es sich um einen so genannten „ursprünglichen“ oder „anfänglichen“ Mangel¹⁹. Trat er jedoch zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung auf, handelt es sich um einen „nachträglichen“ Mangel, der auch als „Erfüllungsmangel“ bezeichnet wird. Der nachträgliche Mangel ist eine

¹⁶ Reischauer in Rummel³ § 934 Rz 15; Gschnitzer in Klang IV/1², 559; derselbe, AT², 160; Wolff, Grundriss⁴, 134; Ehrenzweig, System II/1², 218; Binder in Schwimann³ § 934 Rz 7 uvm.

¹⁷ OGH in 4 Ob 208/98m; 7 Ob 573/88; 10 Ob 21/07x; 8 Ob 370/97p; 3 Ob 559/95; 1 Ob 13/38; 1 Ob 518/87; 7 Ob 251/02s uvm.

¹⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 86; Reischauer in Rummel³ § 934 Rz 15.

¹⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 46.

Leistungsstörung²⁰. Der anfängliche Mangel kann in einem späteren Stadium der Vertragsabwicklung dann als Leistungsstörung zu qualifizieren sein, wenn er bei der Sachübergabe entgegen vertraglicher Vereinbarung immer noch vorliegt.

Neben den genannten Kriterien ist auch zwischen Gattungs- und Speziesschulden zu differenzieren. Bei Gattungsschulden muss der Verkäufer ein intaktes Stück aus der geschuldeten Gattung leisten. Bezieht sich der Vertrag hingegen auf eine Spezies, ist genau das im Vertrag beschriebene, spezielle Stück Vertragsinhalt, ein anderes kann nicht schulderfüllend geleistet werden.

Relevant für die Lösung der Problematik sind insbesondere diese zwei Elemente: Der Zeitpunkt, in welchem die Werte der Leistungen verglichen werden, und jener, in welchem der Mangel eintritt. Darauf ist deshalb besonderes Augenmerk gelegt worden.

In der Folge (III. 1. bis III. 5.) geht es immer um jenen Fall, in dem ein Vertrag geschlossen wird, der von vornherein ungünstig für den Käufer ist, aber nicht die enorme Wertdifferenz von 49 : 100 erfüllt. Da die Sache aber zusätzlich auch noch mangelhaft ist, sinkt ihr Wert und im mangelhaften Zustand ist sie weniger wert als die Hälfte des Wertes der Gegenleistung. Geht es im Folgenden um eine andere Fallkonstellation, wird gesondert darauf hingewiesen. Erst in III. 6. wird die tatsächliche Konkurrenz von Gewährleistung und *laesio enormis* besprochen.

²⁰ *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht*¹³ II 45 ff.

III. 2. Die Lehre

III. 2. 1. Die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre berücksichtigt auch die durch einen Mangel hervorgerufene Minderwertigkeit einer Sache im Rahmen der Wertdifferenz des § 934.

*Gschnitzer*²¹ spricht sich dann, wenn die Sache nur wegen eines Mangels unter dem halben Wert der Gegenleistung zurückbleibt, für eine Konkurrenz von laesio enormis und Gewährleistung aus. Der Käufer habe in diesem Fall die Wahl, welchen Behelf er anstrengen möchte, da § 934 lediglich die Verletzung über die Hälfte fordere, wie diese aber zustande komme, sei gleichgültig. Es komme nicht darauf an, ob richtig oder mangelhaft erfüllt wurde. Zu beachten sei jedoch, dass die Gewährleistung auf den Zeitpunkt der Sachübergabe, die Verkürzung über die Hälfte hingegen auf den Moment des Vertragsabschlusses abstelle²². Durch die Konkurrenz könne es zwar zu einer Umgehung der Gewährleistungsfristen kommen, dies sei aber insofern unproblematisch, als eine derartige Möglichkeit schon in den Erläuternden Bemerkungen²³ erwähnt, jedoch nicht verboten wurde. Das Argument, wonach der Gesetzgeber nach Ablauf der Fristen jeden Rechtszug und somit auch länger befristete Rechtsmittel ausschließen möchte, schlage sich gegenüber andersartigen Rechtsbehelfen eher nicht durch²⁴.

Da § 935 die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte ausschließe, wenn dem Käufer der wahre Wert der Sache bekannt war, sei der Irrtum des Erwerbers eine Voraussetzung, um das Rechtsmittel anstrengen zu können²⁵. Im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung müsse der Irrtum jedoch nicht vom Verkürzten selbst bewiesen werden, und an Stelle der weiteren Voraussetzungen des § 871 trete das äußere Tatbestandsmerkmal der Verletzung über die Hälfte. Die laesio enormis

²¹ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559; *derselbe*, AT², 160.

²² *Gschnitzer*, AT², 166.

²³ HHB. 264, 265.

²⁴ *Gschnitzer* AT², 160.

²⁵ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 560.

sei daher bei grobem, nicht sofort erkennbarem Fehler in der Preisberechnung anwendbar. Ob der Irrtum den Wert der Sache nur unter die Hälfte sinken lasse oder ganz vernichte, sei gleichgültig, eine Grenze könne nicht gezogen werden.

*Koziol/Welser*²⁶ und *Dullinger*²⁷ befürworten eine Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe, da sie an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft seien. *Dullinger* spricht sich außerdem für ein Wahlrecht zwischen den konkurrierenden Vorschriften aus. Auch *Mayrhofer*²⁸ stellt fest, dass die laesio enormis mit Gewährleistung konkurrieren könne, da die Behelfe auf unterschiedlichen Grundgedanken und Hauptanliegen beruhen würden: Die Verkürzung über die Hälfte solle krassen Abweichungen des objektiven Wertes von Leistung und Gegenleistung abhelfen, die Gewährleistung hingegen Abweichungen vom subjektiven Wertgleichgewicht korrigieren.

Ähnlich kurz behandelt *Wolff*²⁹ das Zusammentreffen der hier interessierenden Normen: Neben Gewährleistung könne auch Verkürzung über die Hälfte geltend gemacht werden, wenn die mangelhafte Sache weniger als die Hälfte der Gegenleistung wert sei. Argumente führt *Wolff* nicht an. Er stellt lediglich fest, dass die Mangelhaftigkeit einer Sache und ihr daraus resultierender niederer Wert den Tatbestand der laesio enormis verwirklichen würden. Aus der Formulierung kann man schließen, dass *Wolff* auf den Wert der mangelhaften Sache abstellt.

*Zemen*³⁰ referiert in seinem Aufsatz die bestehende Lehre zur Konkurrenz der Ansprüche aus Gewährleistung und laesio enormis und schließt sich dann *Mayerhofer*³¹ an, der die Konkurrenz bejaht, da die Behelfe unterschiedliche Grundgedanken und Hauptanliegen aufweisen würden. Während die Verkürzung über die Hälfte krasse Abweichungen des objektiven Wertverhältnisses von Leistung

²⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 86, mwN.

²⁷ SchR AT³ Rz 3/147.

²⁸ *Mayrhofer*, System II/1², 458.

²⁹ *Wolff*, Grundriss⁴, 134.

³⁰ *Zemen*, ÖJZ 1997, 213.

³¹ *Mayrhofer*, System II/1², 458.

und Gegenleistung beheben solle, könne über die Gewährleistung das subjektive Wertgleichgewicht, von dem die Parteien ausgingen, wieder hergestellt werden.

*Riedler*³² befürwortet in seiner Entscheidungsbesprechung im Einklang mit herrschender Lehre und Rechtsprechung die Konkurrenz von Gewährleistung und laesio enormis. Dafür spreche unter teleologischen Aspekten die Schutzwürdigkeit des verkürzten Teils. Der Gläubiger solle nicht durch „restriktive“ Interpretation des Anwendungsbereiches der aufeinander treffenden Vorschriften der Möglichkeit beraubt werden, die Äquivalenz wieder herzustellen, die vertraglich vereinbarte Leistung zu erhalten oder den Vertrag zu wandeln.

Nicht unter den Anwendungsbereich der Verkürzung über die Hälfte fielen nachträgliche Mängel, aufgrund derer das enorme Missverhältnis von 49 : 100 zustande käme. Das bestimme § 934 Satz 3, da es nach diesem auf das Wertmissverhältnis im Vertragsabschlusszeitpunkt ankäme, nicht aber auf den Leistungszeitpunkt³³.

Die Konkurrenz der beiden Ansprüche sei eine elektive. *Riedler* bejaht die Anwendbarkeit beider Ansprüche auch dann, wenn der Mangel schon bei Vertragsabschluss bestand und gemeinsam mit dem ungünstigen Vertrag die Verkürzung über die Hälfte verursache.

Die Aufzahlungsbefugnis des Schuldners könne weiters niemals das Wandlungsrecht nach der Gewährleistung unterlaufen. Das sei insbesondere dann zu beachten, wenn der Mangel gemäß § 932 Abs 4 nicht geringfügig ist. Das Inanspruchnehmen der facultas alternativa um der Wandlung zu entgehen, sei in § 932 nicht vorgesehen und unter teleologischen Aspekten auch nicht wünschenswert, da der Verkürzende dem Verkürzten auf diese Weise eine Sache mit einem nicht geringfügigen Mangel aufzwingen könnte und damit die Interessen des nicht vertragstreuen Teils stärker geschützt würden, als jene des vertragstreuen Teils. Für diese Betrachtung spreche auch die Wertungseinheit mit § 1048 (die so genannte „nachträgliche laesio enormis“), da auch zufällige Wertverminderungen nach

³² *Riedler*, JBl 2004, 215.

³³ *Riedler*, JBl 2004, 216.

Vertragsschluss und vor Sachübergabe zur Vertragsauflösung ohne Aufzahlungsbefugnis führen würden.

Ebenso wie das Wandlungsrecht soll auch der Austauschanspruch nicht durch Aufzahlung gemäß § 934 Satz 2 undurchsetzbar gemacht werden, das Primat der Verbesserung bzw. des Austausches sei zu beachten. Dafür sprächen teleologische Erwägungen zum Schutz des vertragstreuen Teils und dessen Interesse am Erhalt einer Leistung in natura. Genau so wenig habe der Verkürzende das Recht, im Rahmen seiner Aufzahlungsbefugnis Ware bis zum Abgang des allgemeinen Wertes nachzuliefern. Eine derartige Einschränkung der Gewährleistungsbehelfe sei nicht vorgesehen. *Riedler* spricht sich an dieser Stelle ausdrücklich für kumulative Konkurrenz aus³⁴.

Weiters vertritt *Riedler*, dass der Gläubiger selbst durch faktische Aufzahlung nicht klaglos gestellt werden könne, da der Erfüllungsanspruch höherwertiger sei. Wurde jedoch aufgezahlt, erübrige sich in der Regel die Preisminderung. Wäre also etwa der Mangel technisch nicht behebbar oder bloß geringfügig, konkurrieren das Aufzahlungsrecht des Verkürzenden und der Preisminderungsanspruch des Verkürzten miteinander. Wäre allerdings der Aufzahlungsbetrag nach § 934 Satz 2³⁵ höher als jener Betrag, der sich aus der Preisminderung ergibt, müsse der Verkürzende die Aufzahlung auf den gemeinen Wert leisten, um beide Ansprüche zu befriedigen. Wäre hingegen der sich aus der Preisminderung ergebende Betrag höher als der Aufzahlungsbetrag, könne durch die Aufzahlung zwar die Aufhebung des Vertrages abgewandt, nicht jedoch ein weitergehendes Preisminderungsrecht nach § 932 Abs 4 ausgeschaltet werden³⁶.

Ebenso bejaht *Binder*³⁷ die „volle Konkurrenz“ zwischen *laesio enormis* und Gewährleistung in der strittigen Fallgruppe. Als Grund für die „volle Konkurrenz“ gibt er die unterschiedliche Ausgestaltung von Anspruchstatbestand und Rechtsfolge an. *Binder* führt weiter aus, dass die *laesio enormis* nur solche Wertminderungsfaktoren erfasse, die aus Wurzelängeln resultieren, weshalb

³⁴ *Riedler*, JBl 2004, 219 f.

³⁵ *Riedler*, JBl 2004, 221: irrtümlich „§ 934 S 4“.

³⁶ *Riedler*, JBl 2004, 221.

³⁷ *Binder* in *Schwimann*³ § 934 Rz 7.

nachträgliche Erfüllungsmängel nicht nach § 934 geltend gemacht werden könnten. Ob der verkürzte Teil einem reinen Wertirrtum oder einem Irrtum über einen Eigenschaftsmangel erliege, sei gleichgültig. Werteinbußen, die auf Eigenschaftsmängeln basieren, sollten aus dem Tatbestand der *laesio enormis* nicht ausgeklammert werden, da der Veräußerer bei unbehebaren Mängeln von vornherein keine Verbesserungschance habe.

Bezüglich der Rechtsfolgen betont *Binder*, dass der als *facultas alternativa* konstruierte Aufzahlungsanspruch des Verkürzenden nicht durch den Wandlungsanspruch nach § 932 Abs 4 unterlaufen werden könne.

Auch *Reischauer*³⁸ befürwortet die Konkurrenz der Gewährleistung mit dem Anspruch wegen Verkürzung über die Hälfte, wenn infolge eines Mangels die Sache weniger als die Hälfte wert ist. Bedenken äußert er jedoch für den Fall, dass die Gewährleistungsfristen bereits abgelaufen sind, da diese bei Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften immer umgangen werden könnten. Als „schwaches Argument“ für die Konkurrenz bleibe, so *Reischauer*, das „Differenzierungskriterium der *facultas alternativa*“. Mit Hilfe der Aufzählung auf den gemeinen Wert könne der Verkürzende den Verkürzten in einen Vertrag zwingen, den er – aufgrund des bestehenden Mangels – nicht, oder zumindest so nicht, gewollt hatte. Bei Nullwert gelinge nicht einmal dies.

In den Fragen die nachträglichen Erfüllungsmängel betreffend schließt sich *Reischauer* der Entscheidung des OGH³⁹ an, gemäß welcher nachträgliche Mängel in der Erfüllung nicht mit § 934 geltend gemacht werden könnten. Grund dafür sei der für das Missverhältnis ausschlaggebende Wertvergleich, welcher sich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beziehe und nachträgliche Erfüllungsmängel daher nicht einbeziehe.

Ist aber jene Sache, welche aufgrund des Mangels weniger als die Hälfte des Wertes der Gegenleistung wert ist, eine Gattungssache, sei das Rechtsmittel der *laesio enormis* nur dann denkbar, wenn die gesamte Gattung oder alle Stücke einer beschränkten Gattung mangelhaft sind.

³⁸ *Reischauer* in *Rummel* I³ § 934 Rz 15.

³⁹ *ecolex* 1999/5 = *RdW* 1999, 18.

Bei mangelfreien Sachen bestehe kein Konkurrenzproblem zur Gewährleistung.

III. 2. 2. Die Mindermeinung

*Ehrenzweig*⁴⁰ ist der Erste, der eine von der herrschenden Lehre abweichende Theorie vertritt. Nach dieser steht neben Gewährleistung der Anspruch wegen Verkürzung über die Hälfte dann nicht zur Wahl, wenn die mangelhafte Sache allein infolge des Mangels unter der Hälfte des Wertes der Gegenleistung zurückbleibt. Die Ansprüche würden nur dann aufeinander treffen, wenn die Sache auch abgesehen vom Mangel den halben Wert der Gegenleistung nicht erreicht. Damit vertritt *Ehrenzweig* eine *Gschnitzer*⁴¹ und *Mayrhofer*⁴² widersprechende Ansicht.

Auch *P. Bydlinski*⁴³ schloss sich nicht der herrschenden Lehre an. Ihm zufolge ist das Ausmaß der Verkürzung gerade nicht am faktisch Geleisteten, sondern am vertraglich Vereinbarten zu messen⁴⁴. Das deshalb, weil nicht vorhersehbar sei, was später tatsächlich geleistet werden würde. Diese Position ist bereits von *Ehrenzweig*⁴⁵ bekannt.

Trotz der Tatbestandsformulierung könne, so *P. Bydlinski* weiter, *laesio enormis* auch schon vor Leistungsaustausch eingreifen⁴⁶. Dafür spreche nicht zuletzt § 934 Satz 3, der für die Wertberechnung auf den Vertragsabschluss abstelle. Dies sei wiederum ein Grund dafür, nach Vertragsabschluss eintretende Wertminderungen durch Mängel nicht unter § 934 zu subsumieren. Entstand das enorme Wertmissverhältnis also erst nach Vertragsabschluss durch einen nachträglichen

⁴⁰ *Ehrenzweig*, System II/1², 218.

⁴¹ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559; *derselbe*, AT², 160.

⁴² *Mayrhofer*, System II/1², 458.

⁴³ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934; *derselbe*, AT⁴ Rz 8/43 ff; *derselbe*, JBl 1983, 410 ff; *derselbe*, RdW 2003/351, 429; *derselbe*, JBl 2007, 652 ff.

⁴⁴ *P. Bydlinski*, AT⁴ Rz 8/46.

⁴⁵ *Ehrenzweig*, System II/1², 218.

⁴⁶ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934 Rz 3.

Mangel, soll kein Anfechtungsrecht wegen *laesio enormis* zustehen, sondern nur der Anspruch auf Gewährleistung⁴⁷.

Streitig sei in Bezug auf den Wertvergleich zwischen den Leistungen immer noch, ob man auf das vertraglich Vereinbarte oder faktisch Vorhandene abstelle, ursprüngliche Mängel also zugunsten des Gläubigers mitberücksichtige. Bei der heikelsten aller Konstellationen⁴⁸, bei ursprünglichen und unbehebaren Mängeln an Speziesschulden, reichen nach *P. Bydlinski* die Gewährleistungs- und Irrtumsrechte aus⁴⁹. Bei dieser Ansicht kommt es beim Wertvergleich immer auf die vereinbarten Leistungen an⁵⁰.

Die Vorschrift über die Verkürzung über die Hälfte sei außerdem als Wurzelmangel einzustufen. Konsequenterweise wirke die Aufhebung des Vertrages auch sachenrechtlich⁵¹ *ex tunc*⁵².

Nach der von *P. Bydlinski* vertretenen Ansicht scheidet echte Konkurrenz zwischen den Vorschriften über die Gewährleistung und dem Rechtsmittel der *laesio enormis* also aus, wenn das Wertmissverhältnis wegen eines Mangels das erforderte enorme Ausmaß annimmt. Abweichungen vom vertraglich Geschuldeten sollen lediglich leistungsstörungenrechtliche Konsequenzen auslösen können⁵³.

*Chr. Huber*⁵⁴ fragt danach, was denn die Folgen wären, wenn man wie der OGH⁵⁵ die Wertverminderung der Kaufsache infolge eines Mangels berücksichtigt. Bei gravierenden Mängeln, die schon bei Vertragsabschluss bestanden haben und den Wert der Sache selbst bei objektiv äquivalenten Rechtsgeschäft über die Hälfte verkürzen, stünde dem Verkürzten die Möglichkeit offen, den Vertrag aufzulösen, ohne vorher Nachfristsetzung oder Verbesserungsmöglichkeit zu gewähren. Sei die subjektive Äquivalenz hingegen von vornherein eine für den Verkäufer günstige, würden schon erheblich geringere Mangelbeseitigungskosten als 50 % ausreichen.

⁴⁷ *P. Bydlinski*, AT⁴ Rz 8/47.

⁴⁸ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934 Rz 3.

⁴⁹ *P. Bydlinski*, AT⁴ Rz 8/47.

⁵⁰ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934 Rz 3.

⁵¹ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934 Rz 5; *derselbe*, AT⁴ Rz 8/44.

⁵² Anders OGH in 7 Ob 251/02s.

⁵³ *P. Bydlinski* in *KBB*² § 934 Rz 6.

⁵⁴ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

⁵⁵ SZ 61/162; RdW 1999/18; 10 Ob 21/07x.

Dies wäre mit dem Geist des Gewährleistungsrechts nicht gut vereinbar, denn das liefe im Ergebnis auf ein unbedingtes Rücktrittsrecht bei besonders schweren Mängeln hinaus. Näher zu prüfen wäre weiters, ob eine solche Rechtsfolge mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ohne weiteres vereinbar wäre.

Für eine davon abweichende Handhabung von Gattungskäufen sprächen nach *Chr. Huber* gute Gründe. Da die Verkürzung über die Hälfte einen Wurzelmangel darstelle, sei maßgeblich, was die Parteien zum Vertragsinhalt gemacht haben. Beim Gattungskauf könne dies nur ein ordnungsgemäßes Exemplar aus der Gattung sein, welches so lange geleistet werden könne, als es die Gattung gibt und ein derartiges Exemplar vorhanden ist. Fragwürdig wäre es folglich, warum dies beim Spezieskauf anders sein solle. Nach *Chr. Huber* sei dort nämlich eine Sache mit bestimmten vereinbarten Eigenschaften Vertragsinhalt geworden, nicht die Sache wie sie liegt und steht⁵⁶.

Chr. Huber folgt dem OGH dahingehend, dass es nicht darauf ankomme, wann ein versteckter Mangel entdeckt werden würde. Wenn er bei Vertragsschluss vorläge, sei es ein Wurzelmangel, und an dieser dogmatischen Einordnung könne auch die nachträgliche Mangelbeseitigung nichts ändern. Wie problematisch jedoch die vom OGH vertretene These bezüglich der Konkurrenz von Gewährleistung und *laesio enormis* sei, zeige sich in der Möglichkeit des Verkürzten den Vertrag auch dann noch aufzuheben, wenn der Verkäufer inzwischen alle Mängel beseitigt habe. Diese Möglichkeit bestünde selbst dann noch, wenn der Verkäufer die Sache vor Übergabe verbessert habe, der Käufer also genau das erhalte, was vertragsgemäß ist. Deshalb lasse sich die penible Trennung von Wurzelmangel und Leistungsstörung nicht ganz stringent durchhalten. Erwägenswert wäre es daher, das auf *laesio enormis* gestützte Rücktrittsrecht zu versagen, wenn der Käufer erfolgreich Mangelbeseitigung geltend gemacht hat. Begründen könne man das damit, dass der Käufer einen von mehreren Rechtsbehelfen gewählt habe und mit dessen Erfüllung sein Wahlrecht konsumiert habe⁵⁷.

⁵⁶ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 414.

⁵⁷ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

Chr. Huber schließt sich damit eindeutig der von *P. Bydlinski*⁵⁸ vertretenen Ansicht an, nach welcher ein Vertrag, dessen subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht jenseits der Grenze 2 : 1 liegt, auch nicht durch einen im Vertragsabschlusszeitpunkt vorliegenden Mangel unter diese Grenze gedrückt werden soll⁵⁹.

III. 3. Die Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung hat sich bereits in mehreren Entscheidungen mit der Frage der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und laesio enormis auseinandergesetzt⁶⁰. Dabei verfolgt sie eine sehr konstante Linie.

In 8 Ob 370/97p beruft sich der OGH auf Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und zwei Vorentscheidungen⁶¹ und spricht aus, dass die laesio enormis „in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen wie der Gewährleistung“ stehe. Diese Ansicht wurde auch schon zuvor vertreten. So stellte der OGH⁶² bereits in 1926 fest, dass die Ansprüche wegen Gewährleistung und Verkürzung über die Hälfte nebeneinander bestehen könnten. Begründet wurde dies mit der unterschiedlichen Zielsetzung der Normen: Die laesio enormis richte sich gegen den Inhalt des Vertrages. Daher komme es nicht darauf an, warum der Wert der Sache unter der Hälfte des Wertes der Gegenleistung liege. Anders hingegen die Gewährleistung: um diese geltend zu machen, müsse vertragswidrig geliefert worden sein. Der Mangel müsse die Sache auch nicht geringwertiger machen, sie könne durch ihn auch mehr wert sein, denn für die Gewährleistung komme es alleine darauf an, dass die Beschaffenheit dem vertraglich Vereinbarten entspreche.

⁵⁸ *Bydlinski* in *KBB*² § 934; *derselbe*, AT⁴ Rz 8/43 ff; *derselbe*, JBl 1983, 410 ff; *derselbe*, RdW 2003/351, 429; *derselbe*, JBl 2007, 652 ff.

⁵⁹ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

⁶⁰ 10 Ob 21/07x; RdW 2003/351; 4 Ob 208/98m; 7 Ob 573/88; 7 Ob 251/02s; SZ 8/74; SZ 20/3; 8 Ob 370/97p; SZ 60/37; *ecolex* 2003/65; SZ 66/25; SZ 39/206; *EvBl* 1964/317; SZ 68/125 und andere.

⁶¹ SZ 8/47; SZ 20/3.

⁶² In SZ 8/74.

In 4 Ob 208/98m äußerte sich der OGH erstmals zu der Frage, ob nach Vertragsabschluss eintretende Erfüllungsmängel bei der Prüfung der Voraussetzungen der *laesio enormis* zu beachten sind oder nicht. Der 4. Senat verneint diese Frage. Der Geschäftsgewinn des Verkäufers solle auch dann bestehen bleiben, wenn „erst infolge mangelhafter Erfüllung der Wert der erbrachten Leistung hinter der Hälfte des Wertes der Gegenleistung“ zurückbleibe. Weiters berief sich der OGH auf *P. Bydlinski*⁶³, der darauf hinweist, dass andernfalls der Erwerber die Möglichkeit habe, sich von einem auch ohne Mangel ungünstigen Geschäft frei zu machen, sofern die Erfüllungsmängel gewichtig genug wären, und dies widerspräche den Wertungen des § 934. Diese Lösung, so der 4. Senat weiter, füge sich problemlos in den bisher vertretenen Standpunkt, wonach das Missverhältnis der Werte zwischen Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen sei.

Ob dasselbe auch für Wurzelängel gelten solle, sprach der OGH in dieser Entscheidung nicht aus.

Der 7. Senat⁶⁴ prüfte, nachdem ein Gewährleistungsverzicht festgestellt wurde, ob der Anspruch nach *laesio enormis* zu recht geltend gemacht wurde. Er bejahte dies. Diese Vorgangsweise impliziert, dass Gewährleistung und *laesio enormis* nebeneinander bestehen könnten, andernfalls hätte der OGH nicht mehr zu prüfen gehabt, ob der Anspruch nach *laesio enormis* zu Recht bestand.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2002⁶⁵ äußerte sich der OGH erneut zur Frage, ob Mängel, die auch einen Gewährleistungsanspruch begründen, bei der Prüfung der Voraussetzungen der Verkürzung über die Hälfte einbezogen werden sollen. Der 7. Senat stellte fest, dass die Aufhebung nach § 934 auch dann geltend gemacht werden könne, wenn „die gekaufte Sache (erst) infolge eines Mangels, der für sich auch einen Gewährleistungsanspruch begründen könnte, weniger als die

⁶³ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 414.

⁶⁴ In 7 Ob 573/88.

⁶⁵ OGH in 7 Ob 251/02s.

Hälfte des Kaufpreises wert ist“. Dies gelte aber nur für anfängliche Mängel, nachträgliche Erfüllungsmängel seien nicht zu berücksichtigen.

Diesen Standpunkt vertrat das Gericht auch schon zuvor⁶⁶: In 1938 stellte es im Zusammenhang mit Viehmängeln fest, dass der Aufhebungsanspruch nach § 934 auch dann angestrengt werden könne, wenn die gekaufte Sache infolge eines Mangels, dem auch mit Gewährleistung beigegeben werden kann, weniger als die Hälfte des Kaufpreises wert ist. Der maßgebliche Zeitpunkt für das Feststellen des Wertes der Sache sei der Vertragsabschluss. Steige also der „Wiederbeschaffungswert“ der Sache nachträglich, müsse das „für die Beurteilung des Rechtsinstitutes der Verkürzung über die Hälfte außer Betracht bleiben“⁶⁷.

Die Aufhebung des Vertrages über die *laesio enormis* wirke außerdem schuldrechtlich *ex tunc* und sachenrechtlich *ex nunc*⁶⁸.

Die jüngste Entscheidung⁶⁹, die sich dem Thema der Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung widmet, fällt der 10. Senat in 2007. Dort stellte der OGH erneut fest, dass das Missverhältnis der Werte schon aufgrund von § 934 Satz 3 nach dem Zeitpunkt des geschlossenen Geschäfts bestimmt würde. Nachträgliche Erfüllungsmängel hätten daher jedenfalls außer Betracht zu bleiben, ebenso sei auch schon in Vorentscheidungen⁷⁰ judiziert worden.

Durch das Rechtsmittel der *laesio enormis* solle ein inhaltlich ungerechter Vertrag aufgehoben werden. Ob inhaltliche Ungerechtigkeit vorliegt, messe sich an der Differenz zwischen den objektiven Werten von Leistung und Gegenleistung. Nicht von Bedeutung sei, worauf sie beruhe⁷¹. Grund der Inäquivalenz könne entweder die Fehleinschätzung des Verkehrswertes oder die Fehleinschätzung der Beschaffenheit der Sache selbst sein. Für eine Verschiedenbehandlung dieser Fälle bestehe kein Grund⁷².

⁶⁶ OGH in SZ 20/3.

⁶⁷ OGH in 7 Ob 251/02s.

⁶⁸ OGH in 7 Ob 251/02s.

⁶⁹ OGH in 10 Ob 21/07x.

⁷⁰ RIS-Justiz RS0018871; RS0110457.

⁷¹ So schon *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559.

⁷² OGH in 10 Ob 21/07x.

Nach herrschender Lehre und überwiegender Rechtsprechung stünden die Gestaltungsrechte der Verkürzung über die Hälfte und der Gewährleistung miteinander in (voller) Konkurrenz. Der Anspruch nach § 934 bestünde als Folge dessen auch dann, wenn die gekaufte Sache „infolge eines schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegenden Mangels, der einen Gewährleistungsanspruch begründen könnte, weniger als die Hälfte des Kaufpreises wert“ sei. Der OGH bejaht die Konkurrenz daher, wenn ein Wurzelmangel das enorme Wertmissverhältnis von 49 : 100 verursacht. Für diese Ansicht spreche, entgegen *P. Bydlinski*⁷³, auch die Umkehrung der Werte des alten § 351a HGB im neuen § 351 UGB⁷⁴.

Um die objektiven Werte der beiden Leistungen vergleichen zu können, muss geklärt werden, ob das vertraglich Vereinbarte oder das faktisch Geleistete gegeneinander abgewogen werden soll. In der vorliegenden Entscheidung entschied sich der 10. Senat für den Vergleich des faktisch Geleisteten. Das widerspricht allerdings dem Gedanken, dass die Anfechtung gemäß § 934 auch dann stattfinden kann, wenn die Leistungen noch nicht getauscht wurden⁷⁵. Eine andere Ansicht dazu vertrat der Gerichtshof noch in 1987⁷⁶. In dieser Entscheidung verglich er, mit einem Hinweis auf *P. Bydlinski*⁷⁷, die Werte der im Vertrag vereinbarten Leistungen⁷⁸.

Auch eine nachträgliche Verbesserung der mangelhaften Sache könne das Anfechtungsrecht des Verkürzten nicht beseitigen, dies ergebe sich schon aus Satz 3 des § 934. Der von *P. Bydlinski*⁷⁹ vorgebrachte Vorrang der Verbesserung als tragender Gedanke des neuen Gewährleistungsrechts trage nicht, da der Gesetzgeber in § 934 gerade nicht vorgesehen habe, dass das Missverhältnis nachträglich durch Teilreparatur außer Kraft gesetzt werden könne. Da es auf die nachträgliche Verbesserung daher keinesfalls ankommen könne, sei diese Entscheidung mit den Urteilen 8 Ob 370/97p und 7 Ob 251/02s vergleichbar⁸⁰.

⁷³ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 415; *derselbe*, JBl 1993, 563; *derselbe*, RdW 2003/351, 431; *derselbe* in *KBB*² § 934 Rz 3.

⁷⁴ OGH in 10 Ob 21/07x.

⁷⁵ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559.

⁷⁶ OGH in SZ 60/37.

⁷⁷ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410, 417.

⁷⁸ OGH in 10 Ob 21/07x.

⁷⁹ *P. Bydlinski*, RdW 2003, 431.

⁸⁰ OGH in 10 Ob 21/07x.

Überblicksartig zusammengefasst lässt sich der Standpunkt der Rechtsprechung folgendermaßen darstellen: Die Ansprüche aus Gewährleistung und laesio enormis sollen miteinander in Konkurrenz stehen können. Ist das der Fall, handelt es sich stets um „volle“ Konkurrenz. Gemeint ist damit wohl die kumulative Anwendung der Ansprüche⁸¹. Die beiden Ansprüche konkurrieren auch dann miteinander, wenn das Wertmissverhältnis durch einen Mangel verursacht wird, der für sich auch die Gewährleistung begründen könnte und im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt. Für das Feststellen der Differenz zwischen den objektiven Werten der Leistungen ist auf das tatsächlich Geleistete abzustellen. Nachträgliche Erfüllungsmängel hingegen werden aufgrund von § 934 Satz 3 niemals bei der Prüfung der Verkürzung über die Hälfte herangezogen. Ob das Wertmissverhältnis aus der Fehleinschätzung des Verkehrswertes oder der Fehleinschätzung der Beschaffenheit der Sache selbst resultiert, macht keinen Unterschied. Nachträgliche Verbesserungen der Sache können das Anfechtungsrecht der laesio enormis nicht beeinträchtigen.

Zur Konkurrenz von Gewährleistung und laesio enormis besteht in Lehre und Rechtsprechung eine Vielzahl an Meinungen, die mit zahlreichen Argumenten begründet werden. Daneben gibt es einen reichen Bestand an Kriterien, den es zu durchschauen gilt. Um sich einen Weg zu einer logisch nachvollziehbaren und sowohl dogmatisch als auch systematisch vertretbaren Lösung zu bahnen, bedarf es der detaillierten Untersuchung aller Kriterien und bestehenden Lösungsansätze, sowie der sich aus ihnen ergebenden Konsequenzen.

III. 4. Der Vertragsinhalt

Eine der allerersten Fragen, die sich bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der laesio enormis stellt, ist jene, nach dem Vertragsinhalt. Dieser ist deshalb von entscheidender Wichtigkeit, weil Zweck der

⁸¹ Perner in Welser, Fachwörterbuch 310 f.

laesio enormis das Wiederherstellen der objektiven Äquivalenz eines inhaltlich ungerechten Vertrages⁸² ist. Zunächst ist zwischen Gattungsschulden und Speziesschulden zu unterscheiden. Ob die geschuldete Sache Gattung oder Spezies darstellt, hängt vom Parteiwillen ab⁸³.

Spezies- bzw. Gattungsschuld einerseits und vertretbare bzw. unvertretbare Sachen andererseits, sind strikt voneinander zu trennen⁸⁴. Für die hier besprochene Problematik ist die Unterscheidung in vertretbar oder unvertretbar nicht von Bedeutung. Während sich die Vertretbarkeit nach der Verkehrsauffassung richtet, ist die Qualifikation als Gattung bzw. Spezies hingegen vom Parteiwillen abhängig.

In der Folge soll für jede Konstellation untersucht werden, was Inhalt des Vertrages geworden ist: die Sache so, wie sie „liegt und steht“, oder in jenem Zustand, der im Vertrag ausbedungen wurde⁸⁵.

Im Laufe der Arbeit wird immer wieder danach differenziert, ob der Käufer von der Minderbeschaffenheit der Sache weiß oder nicht. Dabei stellt sich die Frage, ob es darauf ankommt, dass der Käufer den Mangel kennt, oder darauf, dass der Verkäufer davon ausgehen darf, dass der Käufer ihn kennt. Diese Frage ist im Einzelfall gemäß der Vertrauenstheorie zu beantworten: Die Bedeutung der Willenserklärung des Käufers richtet sich demnach weder nach seinem wahren Willen, noch allein danach, wie der Verkäufer die Willenserklärung verstanden hat. Entscheidend ist der objektive Erklärungswert, wie also die Erklärung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste. Das ist, wie ein „redlicher Erklärungsempfänger“ sie verstehen durfte. Selbstverständlich verliert der objektive Erklärungswert dann seine Bedeutung, wenn der Käufer den wahren Willen des Käufers kennt, da er diesbezüglich nicht mehr schutzwürdig ist. Meinen beide Parteien dasselbe, bezeichnen es aber falsch (*falsa demonstratio non nocet*), ist der objektive Erklärungswert ebenso ohne Bedeutung⁸⁶.

⁸² OGH in 10 Ob 21/07 x; SZ 8/74.

⁸³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 28.

⁸⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 28; *Dullinger*, SchR AT³ Rz 2/13.

⁸⁵ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 413; *P. Bydliński*, JBl 2007, 655.

⁸⁶ *Perner* in *Welser*, Fachwörterbuch 599 f.

Der objektive Erklärungswert einer Willenserklärung kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Den folgenden Ausführungen liegen jedoch keine konkreten Sachverhalte zugrunde. Wenn daher davon gesprochen wird, dass der Käufer von der Minderbeschaffenheit „weiß“ oder „nicht weiß“, sind solche Fälle angesprochen, bei denen die Prüfung eines Einzelfalls im Lichte der Vertrauenslehre dieses Ergebnis haben würde.

Es ist darauf hinzuweisen, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch kein „Mangel“ im technischen Sinn vorliegt, sondern maximal eine Minderbeschaffenheit. Die Minderbeschaffenheit wird erst dann zum Mangel, wenn entgegen der vertraglichen Vereinbarung eine fehlerhafte Sache geleistet wird. Auch wenn daher von anfänglichen Mängeln und anderen „Mängeln“ gesprochen wird, ist zu beachten, dass ein „Mangel“ im technischen Sinn erst dann vorliegt, wenn entgegen der Vereinbarung eine minderbeschaffene Sache geleistet wird.

III. 4. 1. Der Vertragsinhalt bei der Genusschuld

Ist Vertragsinhalt das Leisten einer Gattungsschuld, schuldet der Verpflichtete die durch generelle Merkmale umschriebene Sache⁸⁷. Der Schuldner kann innerhalb der festgelegten Gattung frei ein Stück auswählen⁸⁸. Gehen manche Stücke der Gattung unter, bleibt der Erfüllungsanspruch bestehen, die Sache, gemäß § 905 b mangels gesonderter Vereinbarung von Qualität mittlerer Art und Güte, ist immer noch zu leisten⁸⁹. Wird also ein Vertrag über eine Genusschuld abgeschlossen und wird die Sache mangelhaft übergeben, erhält der Gläubiger nicht das, was Vertragsinhalt war⁹⁰. Preis und Gegenleistung, deren objektive Wertdifferenz für die *laesio enormis* tatbestandsbegründend sein kann, wurden aber in der Erwartung einer vertragsgerechten Sache geschlossen. Nur diese Differenz wurde zum Vertragsinhalt.

⁸⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 28 f.

⁸⁸ *Dullinger*, SchR AT³ Rz 2/15.

⁸⁹ *Dullinger*, SchR AT³ Rz 2/15 f.

⁹⁰ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

Eine Gattungssache kann keinen anfänglichen Mangel haben, da bei Vertragsabschluss noch nicht konzentriert wurde. Hätte Konzentration bereits stattgefunden, wäre die Sache eine Spezies. Wurde eine mangelhafte Sache geleistet, ist nicht ordnungsgemäß erfüllt worden, und solange noch intakte Stücke der Gattung vorhanden sind, hat der Schuldner einen erneuten Erfüllungsversuch vorzunehmen, obwohl eine „Konzentration“ durch Erfüllung bereits versucht wurde. Diese schadet deshalb nicht, weil die Sache nicht die geschuldeten Merkmale aufweist, sie als Erfüllung daher gar nicht in Betracht kommen kann. Das gilt allerdings nur für den Fall, in dem der Übernehmer im Rahmen seiner rechtlichen Befugnisse gegen die Mangelhaftigkeit vorgeht. Unternimmt der Übernehmer der Sache hingegen nichts, findet die Konkretisierung mit der nicht vertragsgerechten Sache statt.

So versteht das wohl auch *Reischauer*⁹¹, wenn er schreibt, dass eine auf Mangelhaftigkeit aufbauende Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte nur denkbar wäre, wenn die gesamte Gattung oder alle Stücke aus einer beschränkten Gattung mangelhaft sind. Mit dieser Aussage impliziert er, dass so lange vertragsgerecht geleistet werden kann, als noch intakte Stücke der Gattung vorhanden sind. Vertragsinhalt kann demnach nur die mangelfreie Sache sein. Weiters lässt diese Feststellung *Reischauers* darauf schließen, dass seiner Ansicht nach anfängliche Wurzelängel sehr wohl die Anwendung des § 934 begründen können, die Anwendung der *laesio enormis* sei nur in diesem Fall überhaupt „denkbar“.

Auch *Chr. Huber*⁹² äußert sich zur Genusschuld. Da die *laesio enormis* ein Wurzelmangel sei, sei nur das maßgeblich, was die Parteien zum Inhalt des Vertrages bestimmt hatten, und das sei ein ordnungsgemäßes Exemplar aus der Gattung. Dieses könne so lange geleistet werden, als es die Gattung gibt und ein derartiges Exemplar vorhanden ist. Inhalt des Vertrages ist daher auch nach *Chr. Huber* die mangelfreie Sache.

⁹¹ *Reischauer* in *Rummel* I³ § 934 Rz 15.

⁹² *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

Vertragsinhalt der Vereinbarung über eine Genusschuld ist daher ein intaktes Stück aus der vereinbarten Gattung. Welches die vereinbarte Gattung ist, richtet sich nach dem vertraglich Bedungenen. Auch die Differenz zwischen den objektiven Werten der Leistungen ist Inhalt des Vertrages.

III. 4. 2. Der Vertragsinhalt bei der Speziesschuld

Bei Speziesschulden verhält es sich differenzierter. Eine Stückschuld wird im Vertrag mit individuellen Merkmalen festgelegt⁹³. Vertragserfüllend geleistet werden kann nur eine solche Sache, die diese individuellen Eigenschaften aufweist. Konzentration (im technischen Sinn) muss und kann nicht vorgenommen werden, da schon der Vertrag die einzige Sache festlegt, die den Erfüllungsanspruch befriedigend geleistet werden kann. Auch bei einem Vertrag, dessen Inhalt eine Speziesschuld ist, setzen die Parteien die Gegenleistung zur Stückschuld passend fest. Man kann hier nur annehmen, dass dabei an die vertragsgerechte, also mangelfreie, Sache gedacht wird.

Würde man hingegen davon ausgehen, dass nicht die mangelfreie Sache Vertragsinhalt wurde, die Parteien die Minderbeschaffenheit daher schon in die Berechnung miteinbezogen haben, könnte eine Konkurrenz mit Gewährleistung überhaupt nicht vorliegen. Das deshalb, weil der Mangel ein anfänglicher sein muss, um ihn bei Vertragsabschluss zu kennen. Dann könnte er aber nicht unter die Gewährleistung, die ja eine Leistungsstörung korrigieren soll, subsumiert werden. Wusste der Käufer von der Fehlerhaftigkeit der Sache, kann ein Mangel in der Erfüllung folglich nur noch dann auftreten, wenn anders erfüllt wurde, als vertraglich vereinbart. Das ist aber, entgegen der soeben dargestellten Konstellation, nur in dem speziellen Fall möglich, in welchem der Verkäufer die Verbesserung bis zur Erfüllung versprochen und nicht eingehalten hat. Diese Ausnahme kann hier ohne

⁹³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 28; *Dullinger*, SchR AT³ Rz 2/13.

Bedenken außer Acht gelassen werden, da sie mit den normalen Regeln über die Leistungsstörungen gelöst werden kann.

Liegt daher bei Vertragsschluss eine Minderbeschaffenheit der Sache vor, die beide Parteien kennen, gibt es zwei Varianten: Wird nichts weiter vereinbart, als die Sache gegen ein bestimmtes Entgelt zu überlassen, ist sie in jenem Zustand zu leisten, in dem sie bei Vertragsschluss vorliegt und der Gläubiger sie kennt. Wird hingegen bedungen, dass die Sache bis zur Übergabe verbessert werden soll, wurde die mangelfreie Sache zum Vertragsinhalt.

Gegen die potentielle Anwendung des § 934 bei Kenntnis von der Minderbeschaffenheit kann unter Umständen auch sprechen, dass der Wert der Gegenleistung wohl entsprechend geringer festgelegt worden wäre⁹⁴, wenn jenem Käufer, der von der Minderbeschaffenheit weiß, auch der verminderte Wert bekannt ist. Wurde dann aber ein höherer als der aktuelle Wert festgesetzt, handelt es sich aller Wahrscheinlichkeit nach um die Übernahme der „Sache aus besonderer Vorliebe zu einem außerordentlichen Wert“⁹⁵, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 935 die Berufung auf laesio enormis versagt. Es ist allerdings zu beachten, dass sich auch jener Gläubiger, der die Fehler bzw. Mängel einer Sache kennt, über ihren wahren Wert irren kann. Der (zu) niedrig festgesetzte Wert der Gegenleistung kann daher maximal ein Indiz dafür sein, dass die Sache aus besonderer Vorliebe zu einem außerordentlichen Wert übernommen worden sein könnte.

Chr. Huber stellt aufgrund der Qualifikation der laesio enormis als Wurzelmangel schon bei der Gattungsschuld allein darauf ab, was die Parteien vertraglich vereinbart haben⁹⁶, und sieht keinen Grund, nicht auch bei der Speziesschuld so vorzugehen. Dieser Ansicht ist beizupflichten: Die Spezies wird, so das vorläufige Ergebnis, so zum Vertragsinhalt, wie sie bedungen wurde. Anderes gilt nur dann, wenn im Vertrag Verbesserungen an der Sache vereinbart wurden.

⁹⁴ P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

⁹⁵ § 935 ABGB.

⁹⁶ Vgl. *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412 und weiter oben.

III. 4. 2. 1. Die Spezies mit anfänglichem Mangel

Weist die zum Vertragsgegenstand erhobene Spezies einen anfänglichen Mangel auf, ist dies eine sehr heikle Konstellation⁹⁷. Die Frage, was genau Vertragsinhalt wurde, ist schwer zu beantworten. Möchte man, dass die Sache so wie sie liegt und steht Vertragsinhalt ist, so wurde sie inklusive dem bereits vorhandenen Mangel zur Stückschuld. Leistet der Schuldner die anfänglich mangelhafte Spezies, wirkt dies schuldbefreiend⁹⁸.

Ist man aber der Ansicht, dass die Sache so beschaffen sein soll, wie sie im Vertrag beschrieben wurde, also mangelfrei und mit den individuell vereinbarten Eigenschaften, kann durch das Leisten der anfänglich mangelhaften Sache der Vertrag gerade nicht ordnungsgemäß erfüllt werden. Der anfängliche Mangel stellt einen Wurzelmangel dar⁹⁹.

Systematisch betrachtet liegt in jenem Fall, in dem der Schuldner die Sache schadhaft abgeliefert, neben dem Gewährleistungsfall auch Verzug wegen Erfüllung, die „nicht auf die bedungene Weise“ (vgl. § 918 Abs 1) vorgenommen wurde, vor, sofern die Mangelhaftigkeit noch behoben werden kann. Stellt man also darauf ab, dass die Sache so beschaffen sein soll, wie sie im Vertrag beschrieben wurde und weist sie einen anfänglichen Mangel auf, konkurrieren zunächst *laesio enormis* und Nichterfüllung miteinander. Nur dann, wenn die Sache übernommen wurde, handelt es sich um eine Konkurrenz zwischen Gewährleistung und *laesio enormis*.

Betrachtet man die Speziesschuld, die eine bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegende Minderbeschaffenheit aufweist und ist fraglich, was in diesem Fall zum Inhalt des Vertrages wurde, erscheint es unerlässlich danach zu unterscheiden, ob der Gläubiger von dieser wusste, oder nicht.

⁹⁷ P. Bydlinski in *KBB*² § 934 Rz 3.

⁹⁸ P. Bydlinski, *JBl* 2007, 655.

⁹⁹ OGH in *JBl* 2007, 652.

III. 4. 2. 1. 1. Die Spezies mit unbekanntem anfänglichem Mangel

Die Ausgangssituation dieser Fallgruppe ist folgende: Zwischen zwei Parteien wird ein Kaufvertrag über eine bestimmte Sache abgeschlossen. Die Speziessache weist einen anfänglichen Mangel auf, von dem der Käufer nichts weiß. Was wurde zum Inhalt des Vertrages?

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass der Käufer dann, wenn die (noch immer) mangelhafte Sache übergeben wird, das erhält, was er erwartet. Er erhält die Sache aber nicht in jenem Zustand, in dem er sie erwartet, da man nichts erwarten kann, von dem man nicht weiß, dass es existiert. Die Erwartung des Gläubigers kann sich daher allein auf das beziehen, was er weiß. Dieses Wissen, oder anders: das, was er erwarten kann, wurde zum Inhalt des Vertrages. Etwas anderes als den Vertragsinhalt kann und muss der Käufer auch nicht erwarten, wenn die Leistung einer mangelfreien Sache vereinbart war. Außerdem bedarf es eines Konsenses über die Eigenschaften einer Sache, nur so können sie zum Vertragsinhalt werden.

Schon aus der Vertrauenslehre ergibt sich, dass nicht grundsätzlich angenommen werden kann, dass der Käufer mit der mangelhaften Sache einverstanden gewesen wäre. Ebenso wenig ist die konkludente Zustimmung nicht anzunehmen.

Zusammengefasst kann gesagt werden: Wusste der Gläubiger nichts von dem anfänglichen Mangel, wurde die mangelfreie Sache zum Vertragsinhalt.

III. 4. 2. 1. 2. Die Spezies mit bekanntem anfänglichem Mangel

Bei dieser Variante ist dem Käufer beim Abschluss eines Kaufvertrages bekannt, dass die gekaufte Sache mangelhaft ist. Ein „Mangel“¹⁰⁰ liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Zustand der übergebenen Sache ein anderer ist, als der

¹⁰⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 67 ff; *Dullinger*, SchR AT³ Rz 3/72 ff.

vertraglich vereinbarte. Nur eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ist ein „Mangel“ im rechtlich-technischen Sinn. Ob der Wert der Sache dadurch höher oder niedriger¹⁰¹ wurde, ist für die Feststellung der Mangelhaftigkeit nicht ausschlaggebend. Weiß nun der Käufer von Anfang an, dass die Spezies einen Mangel hat, gibt es mehrere Möglichkeiten:

Zunächst kann die Preisgestaltung durch die Parteien so vorgenommen werden, dass die Gegenleistung der mangelhaften Sache entspricht, also die Differenz zwischen objektivem Wert der mangelhaften Sache und objektivem Wert der Gegenleistung ausschlaggebend ist. Die Sache wurde dann so wie sie ist, in mangelhaftem Zustand, zum Vertragsinhalt. Wird die Sache in Folge dann auch in jenem Zustand geleistet, in dem sie sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befand, liegt kein Mangel vor, da dem Vertragsinhalt entsprechend geleistet wurde. Der Vertrag wurde ordnungsgemäß erfüllt. Dass sich die Preisgestaltung nach der mangelhaften Beschaffenheit richtet, kann (unter Umständen und) aufgrund der Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Fall sein.

Stellt man trotz Kenntnis des Käufers vom Mangel ein grobes Wertmissverhältnis zwischen den beiden Leistungen fest, wurde die Sache entweder zum vereinbarten Entgelt aus besonderer Vorliebe übernommen¹⁰², oder aus Unkenntnis über ihren wahren Wert. Das Übernehmen der Sache aus besonderer Vorliebe ist einer jener Tatbestände des § 935, der die Anfechtung wegen *laesio enormis* ausschließt¹⁰³. Vertragsinhalt wurde dann die mangelhafte Sache, außer es besteht eine davon abweichende Abmachung. Diese Spielart bei Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit der Sache ist unproblematisch und für die hier zu lösende Frage nicht weiter von Bedeutung.

Wird die Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit erworben, kann der Käufer trotzdem auch noch über den wahren Wert der Sache irren. Entscheidend für die Klärung, was zum Vertragsinhalt wurde, ist, dass der Gläubiger über die Mangelhaftigkeit Bescheid weiß. Gibt es also keine Vereinbarung, welche die

¹⁰¹ OGH in SZ 8/74.

¹⁰² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 94.

¹⁰³ Siehe auch oben, III. 3. 2.

Verbesserung der Sache zum Inhalt hat, wird auch bei der Übernahme in Unkenntnis des wahren Wertes die Sache im mangelhaften Zustand zum Inhalt des Vertrages.

Eine weitere Fallgruppe innerhalb der Konstellation der Spezies mit bekanntem anfänglichen Mangel, und damit die einzig denkbare, in der ein bekannter anfänglicher Mangel auch noch (oder noch teilweise) bei der Erfüllung vorliegt, ist diese: Die Vertragsparteien handeln aus, dass der Verkäufer die Sache bis zur Übergabe von ihrer Minderbeschaffenheit zu befreien hat¹⁰⁴. Wird die Sache dann mit jenem Mangel behaftet geleistet, der auszubessern gewesen wäre, ist derselbe äußere Zustand, der vormals als anfänglicher Mangel klassifiziert wurde, nunmehr als nachträglicher Mangel zu qualifizieren. Diese Konstellation ist interessant: Derselbe Fehler in der Beschaffenheit der Sache liegt in beiden Stadien der Vertragsabwicklung vor, in beiden Stadien weiß der Käufer von der Mangelhaftigkeit, doch stellt sie bei Vertragsabschluss einen anfänglichen und bei Übergabe einen nachträglichen Mangel dar. Dieser „Wandel“ vollzieht sich, da ein Zurechnungsmoment auf der Seite des Schuldner gesetzt wurde: Er sollte die Sache verbessern, hat dies jedoch unterlassen. Die Beschaffenheit des Gegenstandes bleibt also die selbe, die systematische Identifikation des Mangels ändert sich aber. Formal betrachtet handelt es sich um zwei unterschiedliche Mängel, die unabhängig voneinander bestehen.

Diese Situation ist eine andere, als *Chr. Huber*¹⁰⁵ beschreibt, wenn er feststellt, dass ein anfänglicher – versteckter – Mangel auch dann ein Wurzelmangel bleibt, wenn er nachträglich beseitigt wird. Hier wird jene Situation beschrieben, in der die Verbesserung nicht vertraglich bedungen war, weshalb sich die formale Einordnung selbstverständlich nicht ändern kann. Das unterscheidet die beschriebenen Szenarien voneinander. Auch die von *Chr. Huber* als nicht immer sinnvoll betrachtete penible Trennung von Wurzelmangel und Leistungsstörung ist hier insofern unproblematisch, als zwischen den beiden Stadien eine Aktion – die Verbesserung – liegen soll, also nicht exakt derselbe Zustand ohne jegliches Zurechnungselement vonseiten des Schuldners von Wurzelmangel zu

¹⁰⁴ P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

¹⁰⁵ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

Leistungsstörung wird. Um aus demselben faktischen Zustand, der zunächst einen anfänglichen Mangel darstellt, eine Leistungsstörung werden zu lassen, bedarf es also einer Vereinbarung, die den Schuldner verpflichtet, etwas an diesem Zustand zu verändern. Zwischen Vertragsabschluss und Übergabe liegt kein Mangel vor, da die Sache erst bei Übergabe verbessert sein muss. Als mangelhaft kann die Sache erst dann qualifiziert werden, wenn sie bei der Übergabe noch immer nicht verbessert worden ist. Dann ist mit der mangelhaften Sache natürlich auch nicht schulderfüllend geleistet worden. Auch die Vereinbarung über die Gegenleistung bezieht sich auf die verbesserte Sache. Aus dem Vertrag geschuldet wird also die verbesserte Sache, folglich ist auch die Wertdifferenz zwischen den objektiven Werten von Leistung und Gegenleistung auf diese bezogen festzustellen.

III. 4. 3. Die Behebbarkeit des Mangels

Ein Mangel kann behebbar und unbehebbar sein¹⁰⁶. Die Behebbarkeit sagt aus, ob der fehlerhafte Zustand verbessert werden kann, oder nicht. Zeigt sich der Mangel einer Verbesserung nicht mehr zugänglich, ist er also unbehebbar, ist auch die Wahl der Gewährleistungsbefehle beschränkt¹⁰⁷. Ist der Mangel hingegen behebbar, kann die Mangelfreiheit der Sache wieder hergestellt werden.

Ein behebbarer Mangel muss daher grundsätzlich keine allzu schwerwiegenden Konsequenzen für den Vertrag haben. Die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages ist zwar erschwert, aber nach wie vor möglich. Beim unbehebbareren Mangel hingegen ist die Situation schwerwiegender, da der Vertrag endgültig nicht mehr ordnungsgemäß erfüllt werden kann.

Die Behebbarkeit der Minderbeschaffenheit hat keine Auswirkungen darauf, was zum Vertragsinhalt wurde. Dieser richtet sich allein nach der Vereinbarung der Parteien.

¹⁰⁶ Dullinger, SchR AT³ Rz 3/86, 155.

¹⁰⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 71.

Zusammengefasst sind die Inhalte der Verträge die folgenden:

Beim Vertrag über eine Gattungssache ist ein intaktes Stück aus der festgelegten Gattung zu leisten.

Wurde ein Vertrag über eine Speziessache geschlossen, die einen nachträglichen Mangel aufweist, kann der Vertragsinhalt nur die mangelfreie Sache sein. Weist eine Speziesschuld einen anfänglichen Mangel auf, handelt es sich um einen Wurzelmangel, der durch die Vereinbarung, eine mangelfreie Sache zu leisten, zum Gewährleistungsfall wird. Wusste der Käufer nichts von der bereits bei Vertragsabschluss vorliegenden Minderbeschaffenheit, ist die Sache im vereinbarten, also mangelfreien, Zustand geschuldet, weil Vertragsinhalt.

Wenn der Käufer hingegen über den anfänglich vorliegenden Fehler Bescheid weiß, sind die folgenden Fallgruppen denkbar:

1. Der Preis wurde entsprechend dem Wert der mangelhaften Sache festgesetzt werden. Vertragsinhalt wurde dann die mangelhafte Sache, also so, wie sie liegt und steht.
2. Wird die Sache „aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert“ übernommen (vgl. § 935), ist davon auszugehen, dass die Sache im mangelhaften Zustand zum Vertragsinhalt wurde, sofern nichts anderes vereinbart worden ist.
3. Entscheidend für die Feststellung des Vertragsinhaltes im Falle der Übernahme der Sache zwar in Kenntnis der Mangelhaftigkeit, aber in Unkenntnis über den wahren Wert der Sache, ist allein das Wissen um die vorliegenden Mängel. Liegt daher keine davon abweichende Vereinbarung vor, wurde die Sache im mangelhaften Zustand (genauer: mit jener Minderbeschaffenheit, von welcher der Gläubiger wusste) zum Inhalt des Vertrages.
4. Liegt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine mangelhafte Sache vor und wird vereinbart, dass die Mängel bis zur Übergabe verbessert werden, so wird die mangelfreie Sache zum Vertragsinhalt.

Vertragsinhalt wurde jedoch nicht nur die jeweilige Beschaffenheit der geschuldeten Sache geworden, sondern auch die Wertdifferenz zwischen den beiden Leistungen. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Wertdifferenz ein tatbestandsbegründendes Merkmal ist. Bedeutung hat ihre Festschreibung im Vertrag nicht nur, wenn man bei der Prüfung der Anwendbarkeit des § 934 auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag abstellt, sondern auch, wenn man erfahren möchte, wie die Parteien die Leistung des jeweils anderen bewerteten, welche Abweichungen von der objektiven Äquivalenz in Kauf genommen wurden, und wie sie die vertragsgerechte Leistung, im Gegensatz zur mangelhaften, bewerten. Die vertraglich vereinbarte Wertdifferenz gibt Aufschluss darüber, wie die Parteien ihre eigene und die Leistung ihres Vertragspartners bewerten und welche Wertdifferenz in Kauf zu nehmen sie bereit sind.

Ob neben den angeführten Rechtsmitteln auch die Tatbestände der Irrtumsanfechtung und/oder der Arglist verwirklicht sein könnten, ist in diesem Zusammenhang nicht von Interesse.

III. 5. Grundlage des § 934: Vertraglich Vereinbartes oder faktisch Geleistetes?

Leistet der Schuldner entgegen der vertraglichen Vereinbarung eine mangelhafte Sache, so stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Sache für die Beurteilung der laesio enormis herangezogen werden soll. Zur Auswahl stehen die im Vertrag vereinbarte, oder die schlussendlich (mangelhaft) geleistete Sache. Dies ist eine der Kernfragen¹⁰⁸, um in der Problematik der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und laesio enormis zu einer Lösung zu gelangen. Nicht zuletzt deshalb ist sie strittig¹⁰⁹. Die Beantwortung der Frage, ob eine mangelbedingte

¹⁰⁸ Chr. Huber, ZVR 2007/256, 412; P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

¹⁰⁹ 4 Ob 208/98m; SZ 8/74; SZ 60/37; 10 Ob 21/07x, mit Anm von P. Bydlinski, JBl 2007, 652 ff; Chr. Huber, ZVR 2007/256, 412.

Wertminderung für die Berechnung des enormen Wertmissverhältnisses von Relevanz ist¹¹⁰, ist deshalb so bedeutend, weil von ihr abhängt, ob der Tatbestand der laesio enormis überhaupt erfüllt ist.

III. 5. 1. Der Norminhalt

§ 934 ABGB: *„Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Wert erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Teil das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Teil steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, das er den Abgang bis zum gemeinen Wert zu ersetzen bereit ist. Das Missverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.“*

Der Tatbestand des ersten Satzes der zitierten Norm ist dann erfüllt, wenn der eine Vertragspartner weniger als die Hälfte dessen *erhalten hat*, als er dem anderen *gegeben hat*. Die Formulierung der Vorschrift in der Vergangenheitsform lässt zunächst darauf schließen, dass der Austausch der Güter bereits stattgefunden haben muss, um den Tatbestand zu erfüllen. Auch die Phrasen *„die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat“* und *„an gemeinen Wert erhalten hat“* beziehen sich auf den ersten Blick darauf, was bereits ausgetauscht wurde. Fürs Erste lässt Satz 1 leg. cit. also darauf schließen, dass auf das tatsächlich Geleistete abgestellt werden soll und der Tatbestand nur dann erfüllt ist, wenn bereits geleistet wurde.

Satz 1 ist in Zusammenschau mit Satz 3 zu lesen, da der Tatbestand der laesio enormis auch das enorme Wertmissverhältnis fordert, er also den Inhalt beider Sätze umfasst. Ihre Aussage muss daher notwendigerweise aufeinander abgestimmt verstanden werden. Eine isolierte Betrachtung würde zu weiteren Problemen führen und war wohl auch vom Gesetzgeber nicht gewollt.

¹¹⁰ P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

Satz 3 normiert, dass das Missverhältnis der Werte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich ist. Eine Aussage darüber, ob der Wert der vertragsgemäßen oder der (später) tatsächlich geleisteten Sache heranzuziehen ist, findet sich nicht. Stellt man auf die vertraglich geschuldete Sache ab, so hat dies den Vorteil, dass man im Vertrag auch die darauf bezogene Gegenleistung findet. Besteht bereits hier das enorme Wertmissverhältnis, ist der Tatbestand der laesio enormis erfüllt, unabhängig davon, ob nachher zusätzlich ein Mangel auftaucht, oder nicht.

Bezieht man Satz 3 hingegen auf die tatsächlich geleistete Sache, ist ein anfänglich bestehender Mangel in die Berechnung einzubeziehen. Das ist deshalb problematisch, weil man einer zu diesem Zeitpunkt rein zufällig bestehende Minderbeschaffenheit Bedeutung für die Erfüllung des Tatbestandes der laesio enormis beimisst. Würde die Sache hingegen eine Stunde nach Vertragsabschluss mangelhaft, wäre das nicht mehr in die Berechnung der Werte einzubeziehen, so die Argumentation, die in § 934 Satz 3 das tatsächlich Geleistete angesprochen sieht. Folglich verschiebt sich auch das vertraglich fixierte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, da die Mangelhaftigkeit den Wert der Sache drückt, dies im Vertrag aber nicht berücksichtigt worden ist. Diese Komplikationen beim Abstellen auf die mangelhafte Sache sprechen dafür, dass Satz 3 von der vertraglich vereinbarten Sache ausgeht.

Als nächstes ist zu klären, ob der erste Satz des § 934 festschreibt, dass die Verkürzung über die Hälfte tatsächlich nur bei bereits stattgefundenem Leistungsaustausch angewandt werden kann. Fest steht zweifelsohne, dass der Gläubiger verkürzt ist, wenn er eine geringerwertige Sache in Händen hält, als seine Gegenleistung wert war. Zu hinterfragen ist aber, ob er tatsächlich erst ab diesem Zeitpunkt verkürzt ist, oder vielleicht doch schon früher. Der Vertrag setzt fest, welche Leistungen zu erbringen sind. Zu diesem Zeitpunkt sind die Leistungen faktisch noch nicht getauscht, doch besteht bereits die Verpflichtung zur Leistung. Auch ein Anspruch auf eine Leistung stellt einen Vermögenswert dar. Gewissermaßen besteht die Verkürzung also ab Gültigkeit des Vertrages. Angesichts dessen kann nicht begründet werden, warum der Anspruch wegen laesio enormis erst ab dem tatsächlichen Leisten der vertraglichen Schuld geltend gemacht werden

können soll, dieser Zeitpunkt erscheint wegen der bereits bestehenden Verkürzung nahezu willkürlich. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Es ist daher *P. Bydlinski*¹¹¹ beizupflichten, der die *laesio enormis* als Wurzelmangel versteht und davon ausgehend die Anfechtung auch schon vor Leistung erlaubt, sofern es sich um einen Mangel in der Wurzel des Vertrages handelt.

Eines der Argumente, die *P. Bydlinski* anführt, operiert mit § 1060 ABGB. Dieser normiert unter einem Verweis auf die §§ 934 f, dass ein Kauf wegen Verkürzung über die Hälfte „bestritten“ werden kann. Aus Textierung und Stellung des § 1060 ginge hervor, dass schon der Kaufvertrag als solcher anfechtbar sei, auf den tatsächlichen Austausch von Leistungen komme es nicht an. *Gschnitzer*¹¹² kommt, einige Jahre zuvor, zu ebendiesem Ergebnis, in dem er die Worte „gegeben“ und „erhalten“ ausdehnend auslegt. Er führt das Argument an, dass dem Gesetz nicht unterstellt werden könne, dass der Gläubiger zuerst auf Vertragserfüllung warten müsse, diese eventuell sogar erzwingen solle, um danach die Wiederherstellung in den vorigen Stand zu fordern. Außerdem würde auch der letzte Satz des § 934 auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellen. Diese Argumentation erkennt auch *P. Bydlinski* als plausibel an¹¹³.

Da der Gläubiger also schon ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verkürzt ist, und die Geltendmachung erst ab Sachübergabe willkürlich erscheint, ist sowohl der Feststellung, dass die *laesio enormis* ein Wurzelmangel ist, als auch deren Konsequenz, dass die Anfechtung auch schon vor tatsächlicher Übergabe angestrengt werden kann, zu folgen.

Im Anschluss an das eben Festgestellte drängt sich ein weiterer Gedanke auf. Wenn die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte schon vor dem Austausch der bedungenen Leistungen angestrengt werden kann, so könnte das ein Hinweis darauf sein, worauf beim Berechnen der Wertdifferenz abzustellen ist. Denn wird bereits vor Übergabe angefochten, kann nicht darauf abgestellt werden, was faktisch geleistet werden würde, sondern darauf, was gemäß der vertraglichen Vereinbarung

¹¹¹ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

¹¹² *Gschnitzer* in *Klang IV/1*², 559.

¹¹³ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

auszutauschen ist. Es würde auch eigenartig anmuten, wenn zwar vor Übergabe der Leistungen angefochten werden könnte, dafür aber die in Aussicht genommene Sache inspiziert werden müsste, um festzustellen, wie viel sie in ihrem aktuellen Zustand wert ist. Der Gedanke, dass der Anspruch wegen *laesio enormis* auch schon vor Übergabe der Leistungen geltend gemacht werden kann, resultiert aus der Feststellung, dass die Verkürzung über die Hälfte ein Wurzelmangel ist. Daher ist die folgerichtige Überlegung jene, dass der Leistungsaustausch nichts mehr an der Vertragssituation ändern kann, weshalb die Anfechtung auch vor Übergabe stattfinden kann. Alle diese Feststellungen weisen eindeutig darauf hin, dass nicht auf das faktisch zu Leistende, sondern auf den Vertragsinhalt abzustellen ist, und zeigen sich als Konsequenz der vorhergehenden Überlegungen.

Nachdem nun also herausgearbeitet wurde, dass die Anfechtung wegen *laesio enormis* auch schon vor dem Erfüllungsversuch geltend gemacht werden kann, ist zu überlegen, wie Satz 3 des § 934 in dieses System passt. Dabei ist kein Problem ersichtlich, denn das Wertmissverhältnis kann auch dann, wenn die Anfechtung vor Übergabe möglich ist, im Zeitpunkt des Vertragschlusses gemessen werden. Außerdem ist zu beachten, dass der Regelungsgehalt eines nachfolgenden Satzes den eines voran stehenden Satzes nur in Ausnahmefällen ändern soll, vor allem dann, wenn der nachfolgende Satz sich auf einen Teil des vorherigen Satzes bezieht.

Nach wie vor ungeklärt bleibt allerdings die Frage nach der Grundlage für die Wertberechnung. Folgende Anhaltspunkte, nicht alle davon wurden schon besprochen, deuten darauf hin, dass der Vertragsinhalt die entscheidende Instanz sein soll: Die *laesio enormis* ist ein Wurzelmangel¹¹⁴; mit ihrer Hilfe soll ein inhaltlich ungerechter Vertrag aufhebbar sein¹¹⁵; das Wertmissverhältnis ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen. Der Vertrag selbst wird durch einen Mangel nicht ungerecht¹¹⁶, nur eben mangelhaft erfüllt. Die Rechtsordnung möchte mit der *laesio enormis* einem Willensmangel¹¹⁷ entgegenwirken. Dieser ist bereits in der vertraglich

¹¹⁴ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

¹¹⁵ OGH in 10 Ob 21/07x; P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

¹¹⁶ P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

¹¹⁷ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

festgeschriebenen Wertdifferenz ersichtlich, der Leistungsaustausch muss dafür nicht abgewartet werden. Und schlussendlich ist der Anspruch gemäß § 934 gewiss kein geeignetes Instrument, um mit der Mangelhaftigkeit umzugehen. All diese bisher festgestellten Ergebnisse sprechen für die alleinige Relevanz des Vertragsinhaltes.

Auch in der Lehre wurde diese Frage rege aufgegriffen. Doch zuerst empfiehlt es sich, die *ratio* des letzten Satzes von § 934 festzustellen. Zwar gibt er keine Antwort auf die zu beantwortende Frage, doch könnten aus dem Zweck der Norm Rückschlüsse gezogen werden, die Hinweise zur Lösung geben.

Der Gesetzgeber bedachte jedenfalls die Möglichkeit, dass sich der Wert der Sachleistung nachträglich ändern und der Gläubiger „etwas anderes“ (den Wert der Sache betreffend) bekommen könnte, als vertraglich vereinbart. Nachträgliche Wertverschiebungen, ob durch einen Mangel oder andere äußere Umstände, berühren die vertraglich festgelegte Differenz der Werte nicht mehr. In erster Linie soll die Bestimmung des letzten Satzes von § 934 jedoch nicht Mängel, sondern nachträgliche Wertverschiebungen durch Preisänderungen aus der Berechnung ausklammern¹¹⁸. Darunter versteht man Änderungen des Marktwertes, Änderungen in der wirtschaftlichen Lage und andere äußere Einflüsse, nicht hingegen Veränderungen in der Qualität der Sache selbst. Die Qualifikation einer Sache als mangelhaft ist rechtlich bedeutsam und deutet grundsätzlich zunächst in die Richtung des Leistungsstörungsrechts und der anfänglichen Mängel. Diese Argumentation stützt auch die Formulierung des letzten Satzes von § 934. Die Bestimmung verwendet das Wort „Wert“, welches den objektiven Marktwert, und nicht den Zustand der Sache beschreibt.

Auch *Gschnitzer*¹¹⁹ versteht § 934 Satz 1 dahingehend, dass der Kaufwert der Leistungen, darunter sei meist der Marktpreis zu verstehen, gemeint sei. Besondere Verhältnisse der Parteien seien nicht zu berücksichtigen. Davon ausgehend schreibt er § 934 Satz 3 betreffend: „Nachträgliche Wertverschiebungen durch Steigen oder Fallen dürfen nicht in Betracht gezogen werden (...)“¹²⁰. Dazu gibt es einen Verweis

¹¹⁸ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

¹¹⁹ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 558 f.

¹²⁰ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559.

auf Geldentwertung. *Gschnitzer* versteht das Zusammenspiel von Satz 1 und Satz 3 dermaßen: Satz 1 beziehe sich auf den Marktpreis. Folglich könne sich auch Satz 3 nur auf denselben beziehen. Wertverschiebungen durch Mängel erwähnt *Gschnitzer* nicht.

Dieses Verständnis der Anordnungen besticht durch Klarheit, Einfachheit und Logik. Es leuchtet ein, dass, um die beiden Leistungen zu vergleichen, deren gemeiner Wert¹²¹ bestimmt werden muss. Da § 934 Satz 1 den Tatbestand darstellt, ist es natürlich, dass sich die Formulierung „das Missverhältnis des Wertes“ in Satz 3 nur auf dieselbe Art von Wert beziehen kann, die schon Satz 1 bezeichnet. Diese Argumentationskette führt vorläufig zu dem Ergebnis, dass anfängliche Mängel an der Sache nicht von § 934 Satz 3 umfasst sein sollen. *P. Bydlinski* hält dazu auch fest, dass § 934 Satz 3 nicht die zentrale Regelung der Verkürzung über die Hälfte darstelle. Er habe primär nachträgliche Preisveränderungen im Auge. Würde der Marktpreis der Sache durch äußere Umstände weniger wert, wäre dies daher allein Risiko des Erwerbers¹²². Im Endeffekt kommt *Gschnitzer* jedoch zu einer anderen Lösung, genaueres dazu weiter unten¹²³.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die ratio von § 934 Satz 3 von außen kommende, den Marktwert der Sache beeinflussende Umstände zum Inhalt hat, nicht hingegen Mängel in bzw. an der Sache selbst. Im Ergebnis bedeutet das eine extensive Interpretation des ersten¹²⁴, und eine intensive¹²⁵ des letzten Satzes von § 934.

Kann man nun vom Norminhalt des § 934 Rückschlüsse darauf ziehen, ob anfängliche Mängel den Wert im Sinne von § 934 Satz 3 beeinflussen sollen? Den soeben ausgeführten Argumenten wird oftmals gerade mit dem Einbeziehen des Mangels in die Berechnung des 3. Satzes leg. cit. entgegnet: Der Erwerber irre über den Wert der Sache, da sie nicht den Zustand aufweisen könne, den er erwartet. Weil

¹²¹ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 558.

¹²² *P. Bydlinski*, JBl 2007, 657.

¹²³ Vgl. III. 4. 2.

¹²⁴ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559.

¹²⁵ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

auf das Missverhältnis der Werte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen sei, müsse ein anfänglicher Mangel in die Bewertung der Sache mit einbezogen werden.

*Riedler*¹²⁶ führt in diesem Zusammenhang sowohl historische, als auch systematische Argumente an: Er führt aus, dass sich die *laesio enormis* historisch gesehen aus Wuchertatbestand und Wertirrtum (von Erwerber oder Veräußerer) entwickelte. Die Wurzeln der *laesio enormis* lägen in der römischrechtlichen Vorstellung, dass zwar einerseits jedes Gut seinen gerechten Preis (*iustum pretium*) habe, andererseits aber grundsätzlich jede Vertragspartei den tatsächlichen Wert auf eigenes Risiko beurteile. Die Redaktoren des ABGB hätten in den Beratungen dazu betont, dass gemäß dem Rechtssatz „*volenti non fit iniura*“ die Parteien den Wert der auszutauschenden Leistungen selbst festzusetzen hätten, und damit auch das Risiko dafür tragen würden. Die unerschöpfliche Gewinnsucht bemächtige sich der Gemüter aber so sehr, und Menschen in Zwangslagen seien gezwungen Habseligkeiten zu verkaufen, deren Wert sie nicht zu schätzen wüssten. Dagegen stelle die *laesio enormis* ein Mittel dar, das wenigstens das Gute bewirken könne, dass sie den nicht ganz verdorbenen Bürger auf das nahe an Ungerechtigkeit grenzende unbillige Ebenmaß aufmerksam macht und am Mindesten von der schamlosesten Gewinnsucht zurückhalte. Auch *Zeiller*¹²⁷ und *Stubenrauch*¹²⁸ würden die *laesio enormis* auf Irrtum über den Wert zurückführen. Ebenso weist *Riedler* auf einen Ausschnitt aus der 3. Teilnovelle¹²⁹ hin, in dem die Rede davon ist, dass die Verkürzung über die Hälfte oftmals ein Mittel darstelle, um Gewährsmängel, deren rechtzeitige Rüge versäumt wurde, geltend zu machen. Diese Bemerkung lässt tatsächlich darauf schließen, dass die Redaktoren der 3. Teilnovelle Geltendmachung mangelbedingter Minderwertigkeit mit Hilfe der *laesio enormis* befürworteten. Aus diesem Ausschnitt kann man außerdem schließen, dass die Redaktoren auf den Wert der faktisch geleisteten Sache abstellten. Das ist zweifelsohne ein historisches Argument dafür, auch Mängel in die Berechnung des laesischen Wertmissverhältnisses einzubeziehen.

¹²⁶ *Riedler*, JBl 2004, 217 ff.

¹²⁷ *Zeiller*, Commentar III 144.

¹²⁸ *Stubenrauch*, Commentar 121 FN 3.

¹²⁹ 78 BlgHH XXI. Sess 1912, 142 ff.

Dieses Ergebnis passe, so *Riedler*¹³⁰, auch durchaus „ins System“: Sowohl beim Geschäftsirrtum, als auch bei der laesio enormis, die als institutionalisierter Wertirrtum zu verstehen sei, irre man über den Wert der faktisch hingegebenen bzw. zu leistenden Sache. Auch beim Wucher ginge es um die faktisch in Aussicht genommene Leistung. Da die laesio enormis den Tatbeständen von Irrtum und Wucher so nahe stehe, sei auch bei ihr auf das faktisch Vorhandene abzustellen. Bei allen genannten Kategorien gehe es „um einen Mangel beim Vertragsabschlussvorgang“, genauer um die „fehlerhafte Einschätzung des objektiven Wertes der Leistungen durch den Verkürzten im Vertragsschlusszeitpunkt“¹³¹.

Auch diese Argumentation hat vom systematischen Standpunkt einiges für sich, wenn man die laesio enormis als Irrtumsfalls betrachtet. Doch kommt man wohl nicht darum herum, auch die Auswirkungen einer systematischen Einordnung zu betrachten. Hier hätte das Verständnis der laesio enormis im von *Riedler* propagierten Sinne zur Folge, dass die Verkürzung über die Hälfte in den in erster Linie der Gewährleistung gehörigen Bereich der Sach- und Rechtsmängel eingreifen würde. Bei einer systematischen Einordnung ist nämlich auch darauf zu achten, welche Folgen diese für andere Rechtsinstitute (hier der Gewährleistung) hätte, denn idealer Weise beeinträchtigen die konkurrierenden Ansprüche einander nicht.

Ob der Bereich der Gewährleistung durch das von *Riedler* vorgeschlagene Verständnis der laesio enormis beeinträchtigt wird, ist weiter unten zu klären¹³².

III. 5. 2. Der Kern der Problematik

Die allermeisten Fragen, Argumente und Überlegungen können auf den Dreh- und Wendepunkt¹³³ (ob die mangelbedingte Minderwertigkeit im Rahmen des § 934 zu berücksichtigen ist) der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Verkürzung

¹³⁰ *Riedler*, JBl 2004, 218 f.

¹³¹ *Riedler*, JBl 2004, 218.

¹³² Siehe unter III. 5. 2.

¹³³ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412; *P. Bydlinski*, JBl 2007, 655.

über die Hälfte zurückgeführt werden. In der Folge sollen daher alle bekannten Positionen aus Lehre und Rechtsprechung daraufhin untersucht werden, welchen Beitrag sie zur Lösung des Problems leisten, und ob sie mit ihrer Position überzeugen können. Manche Ausführungen wurden bereits mehr oder weniger ausführlich dargestellt. Das ließ sich wegen der engen argumentativen Zusammenhänge nicht vermeiden. Die betroffenen Argumente werden nur dann noch einmal behandelt, wenn es zur Lösung notwendig erscheint.

Gschnitzer ist der Ansicht, dass dann, wenn die Sache wegen eines Mangels unter dem halben Wert zurückbleibt, der Berechtigte zwischen beiden Behelfen wählen könne. Das sei deshalb möglich, weil § 934 nur die Verletzung über die Hälfte verlange, warum einer der Vertragspartner weniger erhielt, ob wegen mangelhafter, oder trotz korrekter Erfüllung, sei gleichgültig¹³⁴.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass *Gschnitzer*, entgegen der nun herrschenden Ansicht, nicht für kumulative, sondern für alternative Konkurrenz eintritt. Da er den Mangel in die Berechnungsgrundlage einbezieht, wurde neben dem Anspruch auf Gewährleistung auch jener auf *laesio enormis* erfüllt. Die Folgefrage, wie die beiden Institute nebeneinander anwendbar wären, kann unterschiedlich beantwortet werden: Grundsätzlich können die Ansprüche unabhängig voneinander nebeneinander angestrengt, oder einer der beiden kann wahlweise geltend gemacht werden. Würde man beide Institute nebeneinander bestehen lassen, hätte dies eine durchaus eigenartig anmutende Konsequenz: Der Vertrag könnte zuerst verbessert, und dann auch noch aufgehoben werden. Im Endeffekt hätte der Gläubiger also gar nichts von der zuerst angestregten Verbesserung. Die andere Variante – Mangelbehebung nach Vertragsanfechtung – kann natürlich nicht stattfinden¹³⁵.

Spricht man sich für alternative Konkurrenz aus, wird zwar nicht der Erfolg des einen Behelfs durch das Anstrengen des nächsten wieder aufgehoben, es bleibt aber fraglich, ob sie tatsächlich in beiden, nach *Gschnitzer* von § 934 umfassten, Fällen der mangelhaften Erfüllung gerechtfertigt ist. Zu jenem Fall, in dem neben

¹³⁴ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 559.

¹³⁵ *Chr. Huber*, ZVR/256, 412; *P. Bydlinski*, JBl 2007, 655.

einem ursprünglich den Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte erfüllenden Vertrag ein nachträglicher Mangel auftaucht, siehe unten¹³⁶. Der andere Fall ist jener, in dem die Gegenleistung erst wegen der mangelhaften Erfüllung unter dem halben Wert zurückbleibt, also der hier besprochene „Kernproblemfall“. Gestattet man dem Berechtigten einen Behelf auszuwählen, kann es zu einer eigenartigen Situation kommen: Wählt er die Gewährleistung und wird der Mangel erfolgreich verbessert, hat er schlussendlich genau das erhalten, was laut Vertrag geschuldet war. Auch der Vertrag ist nicht (mehr) ungerecht, die subjektive Äquivalenz war von der Rechtsordnung ja akzeptiert worden. Die Situation scheint zur Zufriedenheit aller gelöst. Wird hingegen die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte gewählt, wird nicht nur der inhaltlich ungerechte Vertrag aufgelöst. Im selben Zug kann sich der Gläubiger so von einem für ihn (möglicherweise) ungünstigen Vertrag lösen¹³⁷, der Schuldner hat keine Möglichkeit einen erneuten Erfüllungsversuch vorzunehmen¹³⁸, keiner der Vorteile aus dem Vertrag – gleich, für welche Seite – bleibt bestehen. Diese unangenehme Situation könnte verhindert werden, in dem man den Tatbestand der *laesio enormis* wegen der bloß mangelbedingten Wertminderung als nicht erfüllt ansieht und der Gläubiger allein Gewährleistung geltend machen kann. So erwächst auch keinem der Beteiligten ein Nachteil der allein dadurch entsteht, dass der Mangel in die Berechnung einbezogen wird.

Eine weitere merkwürdige Konsequenz der Konkurrenz wäre diese: Wenn die Wertdiskrepanz eines Vertrages das erforderte Ausmaß nicht erfüllt, hat dies keine Konsequenzen für den Vertrag. Wird allerdings durch einen Mangel an der Sache die enorme Wertdifferenz des § 934 erfüllt, würde es für die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht genügen, dass nur der Mangel behoben wird, sondern es müsste auch die (erst vom Mangel in den problematischen Bereich gedrängte) Wertdiskrepanz zur Gänze ausgeglichen werden. Dieses Ergebnis ist erstaunlich. Nur weil die Sache mangelhaft ist, reicht es nicht mehr aus, jene Situation herbeizuführen, die bei intakter Sachleistung überhaupt keine Maßnahmen erfordert, sondern es muss

¹³⁶ Siehe unten III. 6.

¹³⁷ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

¹³⁸ *Chr. Huber*, ZVR/256, 412; *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

zusätzlich auch noch die Wertdiskrepanz ausgeglichen werden. So zum Beispiel, wenn der Gläubiger zunächst Verkürzung über die Hälfte geltend macht, der Schuldner die Vertragsaufhebung aber durch Aufzahlung auf den vollen Wert abwendet. Hiermit werden sowohl die das enorme Wertmissverhältnis alleine gar nicht erreichende Wertdifferenz, also auch die mangelbedingt Minderwertigkeit zur Gänze ausgeglichen. Anschließend könnte der Gläubiger auch noch Verbesserung bzw. unter Umständen Preisminderung verlangen, um die Mangelhaftigkeit der Sachleistung zusätzlich im Rahmen der Gewährleistung auszugleichen. Im Endeffekt müsste daher nur aufgrund des Bestehens eines Mangels mehr unternommen werden, als wäre die Sache nicht mangelhaft. Dieses Ergebnis wäre ein befremdliches und spricht daher gegen die von der herrschenden Meinung propagierte Konkurrenz.

Gschnitzer führt weiter aus, dass es gleichgültig sei, wie die Verletzung über die Hälfte zustande gekommen ist, es sei deshalb auch unerheblich, ob die Erfüllung richtig oder mangelhaft stattgefunden hat¹³⁹. Zu beachten sei aber, dass die Gewährleistung auf die Übergabe der Sache, die Verkürzung über die Hälfte hingegen auf den Vertragsabschluss abstelle¹⁴⁰. Die Anmerkung *Gschnitzers* über die Gleichgültigkeit darüber, wie die Verkürzung entstanden ist, beinhaltet zwei Aussagen: Zunächst bezieht *Gschnitzer* sich auf den Norminhalt von § 934 Satz 3, gemäß welchem zur Feststellung des Wertverhältnisses auf den Vertragsabschluss abzustellen sei. Zwar kann der Aussage darüber, dass es gleichgültig sei, wie die enorme Wertverschiebung zustande kommt, nicht zugestimmt werden, doch ist sie insofern zu bejahen, als es für die Anwendbarkeit der Verkürzung über die Hälfte tatsächlich nicht ausschlaggebend ist, ob der Vertrag richtig oder mangelhaft erfüllt wurde, da die Erfüllung erst zu einem späteren Zeitpunkt als jenem des Wertvergleichs stattfindet und auch den Inhalt des Vertrages nicht berührt.

Zusätzlich impliziert diese Aussage jedoch auch den von *Gschnitzer* vertretenen Standpunkt, dass es gleichgültig sei, in welchem Zustand sich die Sache bei Vertragsabschluss befinde, solange der Wert unter der Hälfte der Gegenleistung zurückbleibe. Tatsächlich ist dem Wortlaut des § 934 nichts Gegenteiliges zu

¹³⁹ *Gschnitzer* in *Klang IV/1*², 559; *derselbe*, AT², 160.

¹⁴⁰ *Gschnitzer*, AT², 166.

entnehmen. Trotzdem sprechen einige Argumente gegen dieses Verständnis des Tatbestandes. Die *laesio enormis* ist nicht der am besten geeignete Behelf um Sachmängeln zu begegnen, Genaueres dazu weiter unten. Dass dem der Sache anhaftenden Mangel mit der Gewährleistung in vollem Umfang beigegeben werden kann, spricht ebenfalls dagegen, eine Konkurrenz anzunehmen. Mit einer Konkurrenz wäre schlicht nichts gewonnen: Kann der Mangel mithilfe der Gewährleistungsansprüche behoben werden, wird die subjektive Äquivalenz wieder hergestellt. Die objektive Äquivalenz ist ebenfalls in Ordnung, da im hier zugrunde liegenden Fall nach der Mangelbehebung jedenfalls keine Verkürzung über die Hälfte mehr vorliegt. Die Annahme einer Konkurrenz hat aus dieser Sicht also keinen solchen Vorteil, der begründen kann, warum ein allfällig bestehender Mangel in die Berechnung der Wertdifferenz nach § 934 miteinbezogen werden soll.

Der von *Gschnitzer* erwähnte Unterschied, dass es bei den Behelfen auf verschiedene Zeitpunkte ankomme, verdeutlicht, dass hier Wurzelmangel und Leistungsstörung zusammentreffen. Da es bei Wurzelmängeln um Fehler in der Wurzel des Vertrages geht¹⁴¹, scheint es nur logisch, auch auf den Inhalt des Vertrages abzustellen und nicht darauf, was faktisch ausgetauscht wird¹⁴².

Manche Autoren argumentieren zugunsten einer Konkurrenz, dass die aufeinander treffenden Behelfe unterschiedliche Voraussetzungen hätten. So zum Beispiel auch *Koziol/Welser*¹⁴³ und *Dullinger*¹⁴⁴, wobei sich letztere für ein Wahlrecht ausspricht. Auch *Mayrhofer* sieht Konkurrenz zwischen den beiden Behelfen gegeben, da sie auf unterschiedlichen Grundgedanken und Hauptanliegen beruhen würden: Die *laesio enormis* thematisiere krasse Abweichungen des objektiven Wertes von Leistung und Gegenleistung, die Gewährleistung hingegen Abweichungen vom subjektiven Wertgleichgewicht¹⁴⁵.

Das Argument der unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen¹⁴⁶ basiert auf der Beobachtung der Tatbestandsvoraussetzungen und

¹⁴¹ *Dullinger*, SchR AT³ Rz 3/1; *Gschnitzer*, AT², 79.

¹⁴² *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

¹⁴³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 86 mwN.

¹⁴⁴ *Dullinger*, SchR AT³ Rz 3/147.

¹⁴⁵ *Mayrhofer*, System II/1², 458.

¹⁴⁶ Siehe z.B. auch *Binder* in *Schwimann*³ § 934 Rz 7.

der Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen. Diese Betrachtung ist zwar korrekt, doch erscheint sie für die Lösung einer so komplexen Problematik etwas oberflächlich, da zahlreiche Fragen auftauchen, die nicht bloß durch korrekte Subsumtion gelöst werden können. Das schon deshalb, da das Gros der Schwierigkeiten nicht darin besteht, die Normen voneinander abzugrenzen, sondern sie nebeneinander anzuwenden. Probleme beim Nebeneinander mehrerer Normen ergeben sich außerdem nicht aus der Mehrzahl der Tatbestände, da ohnehin bei jeder Konkurrenz mehrere davon erfüllt sind, sondern erst, wenn die Anwendung der einen Norm die andere stört. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Rechtsfolgen einander widersprechen, aber auch, wenn, wie hier, die erfolgreiche Geltendmachung des einen Anspruches den anderen seines Anwendungsgebietes beraubt oder dessen Geltendmachung in anderer Weise sinnlos macht.

Zur unterschiedlichen Ausgestaltung der Vorschriften kann außerdem angemerkt werden, dass allein diese noch nicht für eine Konkurrenz sprechen kann, da wohl die allerwenigsten Normen gleich ausgestaltet und auf dieselben Rechtsfolgen gerichtet sind. Der Gesetzgeber denkt wohl auch nicht primär an den Konkurrenzfall und gestaltet die Behelfe unterschiedlich, um verschiedenen Situationen gerechte Rechtsfolgen zur Verfügung zu stellen, aber auch, um sie eventuell nebeneinander, für verschiedene Grundtatbestände, anwenden zu können. Unterschiedliche Anspruchsgrundlagen können daher höchstens ein Hinweis darauf sein, dass kumulative Konkurrenz grundsätzlich möglich ist. Der Grund für das Konkurrieren von Ansprüchen können sie jedoch nicht sein.

Chr. Huber hinterfragt die unterschiedliche Behandlung von Gattungs- und Speziessachen durch die herrschende Lehre. Nach dieser komme es bei der Speziesschuld auf das konkret in Aussicht gestellte Stück an, bei der Gattungssache hingegen sei eine auf Mangelhaftigkeit aufbauende *laesio enormis* nur dann denkbar, wenn alle Stücke der Gattung mangelhaft seien¹⁴⁷. Eine Gattungssache könne daher so lange mangelfrei geleistet werden, als es die Gattung gebe und ein mangelfreies Exemplar vorhanden sei. Auch bei der Speziessache sei das Stück in mangelfreier Qualität vereinbart und damit auch Vertragsinhalt geworden. Folge dessen solle

¹⁴⁷ Vgl. dazu auch *Riedler*, JBl 2004, 219.

dann, wenn der Vertrag eine subjektive¹⁴⁸ Äquivalenz aufweise, die das enorme Wertmissverhältnis 49 : 100 nicht erfüllt, die Äquivalenz auch nicht durch einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon vorhandenen Mangel über diese Grenze gedrückt werden. Freilich solle der Gläubiger die Rechte aus der Gewährleistung geltend machen können, nicht jedoch einen Anspruch wegen Verkürzung über die Hälfte zur Verfügung haben¹⁴⁹.

Chr. Huber schließt sich mit dieser Argumentation der Meinung *P. Bydlinskis* an, gemäß welcher anfängliche Mängel für die Wertdifferenz der *laesio enormis* nicht von Relevanz seien. Der grundsätzlichen Forderung Genus- und Stückschulden gleich zu behandeln, kann nichts entgegengehalten werden. Entscheidend ist dabei die Feststellung, was zum Vertragsinhalt geworden ist¹⁵⁰, denn die Gleichstellung kann nur dann stattfinden, wenn in beiden Fällen auf dasselbe abgestellt wird – also entweder in beiden Fällen auf das vertraglich Vereinbarte, oder in beiden Fällen auf das tatsächlich Geleistete. Beim Kauf einer Gattungsschuld kann nur auf die mangelfreie Sache abgestellt werden¹⁵¹. Das Postulat der Gleichbehandlung rechtfertigt es daher, dass auch bei der Speziesschuld auf die mangelfreie Sache abgestellt wird.

Dieselbe Frage, warum Speziess- und Genusschulden nicht gleich behandelt werden können, kann man auf einer Ebene „tiefer“ noch einmal genau so stellen: Warum sollte bei Stückschulden etwas anderes zum Vertragsinhalt werden, als bei Gattungssachen? Wie bereits erläutert¹⁵², scheint es auch bei Speziesschulden gerechtfertigt das zum Vertragsinhalt werden zu lassen, was die Parteien vereinbart haben. Wird also sowohl bei Gattungs- als auch bei Stückschulden die Sache so geschuldet, wie sie vertraglich vereinbart wurde, scheint es nur noch eine logische Konsequenz, auch beide Verträge gleich zu behandeln und den Schuldner so lange einen Erfüllungsversuch vornehmen zu lassen, als noch vertragsgemäß erfüllt werden kann. *Chr. Huber* ist daher zuzustimmen, wenn er feststellt, dass bei „besonders schweren Mängeln“¹⁵³ einer Stückschuld ein – im Ergebnis – unbedingtes

¹⁴⁸ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 414 spricht von „subjektiver Äquivalenz“, gemeint ist wohl die objektive.

¹⁴⁹ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

¹⁵⁰ Siehe hierzu oben III. 4.

¹⁵¹ Vgl. oben III. 4. 1.

¹⁵² Vgl. oben III. 3. 2.

¹⁵³ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

Rücktrittsrecht, nämlich durch das Anstrengen von § 934, nicht angemessen erscheint, wenn die subjektive Äquivalenz „völlig zulässig“ ist. Vielmehr soll, im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften, der Schuldner die Möglichkeit haben, den Vertrag zu erfüllen und der Gläubiger den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt zu bekommen. Ein Wertmissverhältnis im Ausmaß 49 : 100 besteht dann, wenn ein Mangel dieses (mit-) verursacht hat, nicht mehr.

Nach *Riedler* sprechen für eine Konkurrenz zwischen *laesio enormis* und Gewährleistungsansprüchen auch teleologische Aspekte. Der Verkürzte sei schutzwürdig und solle daher nicht durch „restriktive Interpretation“ des Anwendungsbereichs der §§ 871, 932 und 934 in seinen Ansprüchen auf Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz, Erhalt der vertraglich bedungenen Leistung oder Vertragsaufhebung beschränkt werden¹⁵⁴. Die *laesio enormis* erfasse das Missverhältnis der objektiven Werte der vorhandenen bzw. faktisch für den Leistungsaustausch in Aussicht genommenen Sachen, unabhängig davon, ob diese vertragsgemäß oder mangelhaft seien. Man knüpfe an den objektiven Wert jener Leistung an, die „die Parteien beim Vertragsschluss faktisch vor Augen hatten und die sie wechselseitig austauschen wollten“. Nur nachträgliche Mängel seien, so der Schluss aus § 934 Satz 3, nicht beachtlich. Im Gegensatz zu jenem Fall, in dem ein anfänglicher Mangel vorliegt, könne dann, wenn der Mangel erst nachträglich einträte, zwar Gewährleistung, nicht aber *laesio enormis* geltend gemacht werden¹⁵⁵.

Es ist jedoch zu hinterfragen, ob ein Satz, der A verneint, deshalb gleich B bejahen muss. Nur weil nachträglich auftretende Mängel – sofern man Mängel an der Sache überhaupt als von Satz 3 erfasst sehen möchte¹⁵⁶ – nicht in die Berechnungsgrundlage hineinspielen sollen, heißt das noch nicht, dass die anfänglich bestehende Minderbeschaffenheit der Sache von Relevanz für die Bewertung sein müssen. Diese Schlussfolgerung müsste durch weitere Argumente gefestigt werden können, der bloße Umkehrschluss allein ist nicht ausreichend.

¹⁵⁴ *Riedler*, JBl 2004, 216.

¹⁵⁵ *Riedler*, JBl 2004, 219.

¹⁵⁶ Siehe oben III. 4. 1.

Auch das Argument, dass der Gläubiger nicht durch restriktive Auslegung der Normen seiner Rechte beraubt würde, kann hinterfragt werden. Man kann nur eines Rechtes beraubt werden, das einem bereits zusteht. Ob der Anspruch auf *laesio enormis* allerdings wirklich besteht, soll ja gerade untersucht werden, es liegt also ein Zirkelschluss vor. Durch die Interpretation des Anwendungsbereiches auf eine bestimmte Art und Weise kann nicht ein Anspruch „weggenommen“ werden, der bei anderer Interpretation bestünde, da erst nach der Festlegung des Anwendungsbereiches selbst und durch dessen Interpretation festgestellt werden kann, ob der Anspruch tatsächlich entstanden ist.

Weiters ist fraglich, ob kumulative Konkurrenz¹⁵⁷ wirklich in jedem Fall und für beide Vertragspartner das Vorteilhafteste ist. Denn nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner ist schutzwürdig¹⁵⁸. Die Tragweite der Schutzwürdigkeit wiederum steckt das Gesetz selbst ab. Steht jemandem ein bestimmter Anspruch zu, ist sein Recht darauf zu schützen. Wurden jemandes Rechte verletzt, ist er schutzwürdig. Wie beim vermeintlichen Verlust von Rechten kann auch hier angemerkt werden, dass noch gar nicht feststeht, ob der Gläubiger über die Mangelbehebungsrechte hinaus schutzwürdig ist, da noch nicht geklärt wurde, ob er, im Sinne des § 934, über die Hälfte verkürzt wurde. Ebenso bedürfte es einer Begründung, wenn man den Schuldner in seinen Mangelbehebungsrechten beschneidet. Eine solche wurde weder von *Riedler* gegeben, noch konnte sie anderweitig gefunden werden. Sowohl der vom Gesetzgeber gewünschte Grad der Schutzwürdigkeit des Verletzten, als auch die Auslegung des Anwendungsbereiches der betreffenden Normen ergeben erst die notwendigen Indikatoren, um die Situation des Gläubigers als nicht ausreichend geschützt oder seines Anspruches beraubt qualifizieren zu können.

Wenn *Riedler* ausführt, dass es unverständlich sei, warum der Erwerber nicht *laesio enormis* geltend machen können soll, da doch der Tatbestand des § 934 erfüllt sei¹⁵⁹, kann dem entgegnet werden, dass auch diese Überlegung einen Zirkelschluss darstellt. Denn die zu klärende Frage ist gerade jene, ob der Tatbestand der

¹⁵⁷ *Riedler*, JBl 2004, 220.

¹⁵⁸ *F. Bydlinski*, AcP 204 (2004) 341 ff, *derselbe*, System 92 ff.

¹⁵⁹ *Riedler*, JBl 2004, 220 FN 26.

Verkürzung über die Hälfte erfüllt wurde, oder nicht. Allein mit diesen Ausführungen ist daher noch nichts für seinen Standpunkt gewonnen.

Gesteht man dem Gläubiger nun zusätzlich zur Gewährleistung den Anspruch wegen Verkürzung über die Hälfte zu, erkennt man schnell, dass er einen vermögenswerten Vorteil daraus zieht. Jede Änderung des Vermögens im rechtsgeschäftlichen Bereich, ebenso die der Rechtsposition, bedarf eines Grundes. Allein das Vorliegen einer unvorhergesehenen Mangelhaftigkeit ist dafür nicht ausreichend. Nimmt man nun aufgrund der Mangelhaftigkeit kumulative Konkurrenz an, ist der Gläubiger besser gestellt, als er ohne sie stünde, da ihm im Rahmen der kumulativen Konkurrenz ein zusätzlicher Anspruch zustehen würde (jener auf Vertragsaufhebung), den er nicht geltend machen könnte, wenn man ihm nur das Anstrengen der Gewährleistungsbehelfe zugesteht. Es ist unverständlich, warum dem Gläubiger ein vermögenswerter Vorteil zukommen soll, nur um mangelbedingter Minderwertigkeit im von § 934 geforderten Ausmaß statt nur mit Gewährleistung zusätzlich auch mit den Rechtsfolgen der Verkürzung über die Hälfte begegnen zu können. Dass die *laesio enormis* kein adäquates Mittel ist um einen Mangel auszugleichen, zeigt sich auch in der in § 934 vorgesehenen Rechtsfolge. Mit Vertragsaufhebung kann einem inhaltlich ungerechten Vertrag beigegeben werden. Der einer Sache anhaftende Mangel kann durch die Aufhebung allerdings nicht verbessert werden.

Umgekehrt betrachtet hat man mit den Gewährleistungsbehelfen keine Aussicht auf Verbesserung der Situation, wenn ein inhaltlich gravierend ungerechter Vertrag vorliegt. Ausgehend von dieser Überlegung ist es auch einleuchtend, warum bei der Gewährleistung die subjektive Äquivalenz wieder hergestellt werden soll, während es bei der *laesio enormis* auf den Vergleich der objektiven Werte ankommt. Gegen das Anwenden des § 934 auf die Mangelbehebung spricht auch der Vergleich der Rechtsfolgen. Während bei der Preisminderung die subjektive Äquivalenz wieder hergestellt wird, ist das weder bei Vertragsaufhebung, noch bei Aufzahlung auf den vollen Wert nach § 934 der Fall. Der Inhalt des Vertrages wird also nicht deshalb ungerecht, weil ein Mangel vorliegt. Vergleicht man die Werte miteinander, hat man immer im Auge, was der Vertragspartner erhalten soll, alles andere kann keinen Sinn

machen. Entweder geht man bei beiden Leistungen davon aus, wie sie versprochen wurden, oder eben anders. Zieht man den objektiven Wert des Kaufpreises heran, so muss man konsequenterweise auch den objektiven Wert der Sache veranschlagen. Alles andere verfälscht das Verhältnis der Werte zueinander. Das darf nicht passieren, da gerade dieses Tatbestandsmerkmal des § 934 ist.

Der Gesetzgeber stellt verschiedene spezielle Behelfe zur Verfügung, mit denen Mängel behoben bzw. ausgeglichen werden können. Normen, die auf Mangelbehebung gerichtet sind, haben aber naturgemäß eine ganz andere Funktion als solche Vorschriften, die den Inhalt von Verträgen reglementieren. Diesen Unterschied teilen auch Gewährleistung und Verkürzung über die Hälfte. Auch die Rechtsfolgenanordnung der *laesio enormis* spricht dafür, dass es Behelfe gibt, die geeigneter sind, um Mängeln an der Sache beizukommen, als die Vertragsaufhebung. Diese Überlegung kann die Argumentation, dass mangelbedingte Wertminderungen nicht in die Berechnung der für die Verkürzung über die Hälfte relevanten Wertdifferenz einzubeziehen sind, stützen.

Das oftmals angeführte Argument, dass es keinen Grund gebe, die Fehlbewertung einer mangelfreien Leistung anders zu behandeln als die Fehleinschätzung aufgrund der mangelhaften Sachbeschaffenheit¹⁶⁰, kann widerlegt werden. Der Käufer kann bestimmen, wie viel ihm die Leistung wert ist und dementsprechend die Gegenleistung bestimmen. Er kann nur mit vertragsgetreuer Erfüllung rechnen, denn darauf hat er Anspruch. Er kann aber niemals die Gegenleistung im genauen Verhältnis zur Hauptleistung festsetzen, wenn er damit rechnen muss, dass die Sache schadhaft ist. Nach unten hin gibt es keine Grenze und im schlechtesten Fall ist die Leistung nichts wert, die Gegenleistung kann aber nicht prophylaktisch mit null angesetzt werden.

Da also die Gegenleistung niemals im Verhältnis zur Sachleistung festgesetzt werden kann, wenn immer auch ein potenzieller Mangel mitkalkuliert werden muss, kristallisiert sich Folgendes heraus: Die Vertragsauflösung wegen *laesio enormis* als einseitige Sanktion ist nur dann gerechtfertigt, wenn es typischerweise keine

¹⁶⁰ OGH in 10 Ob 21/07x; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 94; *Riedler*, JBl 2004, 219.

Möglichkeit mehr gibt, den Wert der Sache durch Verbesserung zu erhöhen. Das ist allerdings nur hinsichtlich des gemeinen Wertes der vereinbarten Sache der Fall. Auch unter Berücksichtigung des „Gebotes des mildesten Mittels“ scheint die Werterhöhung der mangelhaften Sache sinnvoller, als die Vertragsauflösung. Alle diese Argumente untermauern die in der vorliegenden Arbeit vertretene Ansicht, dass Mängel bevorzugt mit der Gewährleistung ausgeglichen werden sollen, nicht hingegen im Rahmen der *laesio enormis*.

Aufgrund der vorhergehenden Feststellung kann nun behauptet werden, dass es sehr wohl einen Unterschied macht, ob der Käufer den Wert der vertragsgemäßen Sache falsch einschätzt, oder der Sachverhalt nur wegen eines Mangels die Tatbestandsvoraussetzungen des § 934 erfüllt. Genau genommen gibt es nämlich keine „Fehleinschätzung aufgrund der mangelhaften Sachbeschaffenheit“¹⁶¹, da der Käufer nicht den Zustand der Sache im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einschätzen können muss, sondern lediglich den Wert der Sache in vertragsgemäßem Zustand. Anderes zu verlangen wäre auch utopisch. Gegen diese Aussage des OGH führt *P. Bydlinski* vollkommen richtig ins Treffen, dass es für den Gläubiger selbstverständlich einen Unterschied macht, ob die Nachteile mit Hilfe des Leistungsstörungsrechts beseitigt oder zumindest abgemildert werden können oder nicht¹⁶².

An dieser Stelle sei außerdem erwähnt, dass die Kenntnis vom Mangel unabhängig von einer eventuell vorliegenden Fehlbewertung ist. Auch wenn dem Käufer der Mangel bekannt ist, kann er den Wert der Sache falsch einschätzen. Kenntnis vom Mangel schließt die Anfechtung wegen *laesio enormis* daher nicht von vornherein aus. Zwischen diesen beiden Geschehnissen im Sachverhalt besteht keine Verbindung, die sich in der rechtlichen Qualifikation niederschlägt.

In diesem Zusammenhang scheint die Lösung von Anlassfall 5 auf der Hand zu liegen: Eine Sache, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 100 Wert war, wurde um 100 erstanden. Bei der Übergabe ist die Sache wegen eines zwischen Vertragsabschluss und bedungenem Erfüllungszeitpunkt aufgetretenen Mangels nur

¹⁶¹ OGH in 10 Ob 21/07x.

¹⁶² *P. Bydlinski*, JBl 2007, 655 f.

noch 45 wert. Abgesehen davon, dass der Mangel nachträglich eintrat, steht hier außer Frage, dass die Sache vom Käufer richtig bewertet wurde. Da der Mangel eine Leistungsstörung darstellt, hat der Gläubiger jedenfalls Anspruch auf Gewährleistung. Deren Behelfe stellen die subjektive Äquivalenz vollkommen her. Dadurch wird in diesem Fall auch die objektive Äquivalenz wieder hergestellt. Es erscheint schlicht unnötig dem Gläubiger zusätzlich einen Vertragsaufhebungsanspruch nach § 934 zu gewähren und ihn somit in eine rechtlich günstigere Position zu bringen¹⁶³, da der Nachteil des Mangels durch die Gewährleistungsbehelfe zur Gänze ausgeglichen werden kann.

Eines der überzeugendsten Argumente bringt *P. Bydlinski* vor. Er argumentiert, dass auch in Mangelfällen der Vertrag selbst nicht ungerecht sei¹⁶⁴, da es nur auf die Differenz der objektiven Werte von Leistung und Gegenleistung ankomme. Das Bedürfnis nach Vertragsauflösung könne nur dann bestehen, wenn trotz korrekter Erfüllung die Leistung weniger als 50 Prozent der eigenen Leistung wert ist¹⁶⁵. Einen Unterschied zwischen sofortiger mangelfreier oder erst nach einem Verbesserungsversuch korrekter Erfüllung könne es nicht geben.

Dieses Argument erscheint logisch. Der Vertragsinhalt selbst ist nicht ungerecht, da die objektiven Werte der Leistungen das enorme Wertmissverhältnis nicht erfüllen, der Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte ist schlicht nicht erfüllt. Es wird weder über den Wert der Gegenleistung geirrt, noch bleibt die Leistung unter der Hälfte des Wertes der Gegenleistung zurück. Daran kann auch ein Mangel nicht rütteln, da er weder den Vertragsinhalt, noch den objektiven Wert einer Leistung beeinflussen kann. § 934 kann aus diesen Gründen nicht anwendbar sein, wenn erst der Mangel das enorme Wertmissverhältnis verursacht.

In seiner jüngsten Entscheidung¹⁶⁶ zur Konkurrenz zwischen *laesio enormis* und Gewährleistung führt der OGH aus, dass durch die Verbesserung nicht das für § 934 entscheidende Wertmissverhältnis außer Kraft gesetzt werden dürfe. Dazu ist

¹⁶³ *P. Bydlinski*, JBl 1983, 410 ff.

¹⁶⁴ *P. Bydlinski*, JBl 2007, 655.

¹⁶⁵ *P. Bydlinski*, JBl 2007, 656.

¹⁶⁶ OGH in 10 Ob 21/07x.

zweierlei zu sagen. Zunächst ist *P. Bydlinski* vollkommen zuzustimmen, wenn er in dieser Aussage eine *petitio principii* erkennt. Das Argument kann nämlich nur dann zum Tragen kommen, wenn der Mangel den objektiven Wert der Sache im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich verändert. Ob das allerdings der Fall ist, soll ja gerade geklärt werden. Schließlich ist noch einmal festzuhalten, dass durch die Interpretation des Anwendungsbereiches einer Norm nicht der Anwendungsbereich einer anderen Norm beeinträchtigt werden darf. Das war wohl auch der Gedanke des OGH, den er in dieser Aussage darlegen wollte. Dieses Ergebnis ist folglich insbesondere im Fall der Konkurrenz zu vermeiden. Aus demselben Gedanken resultiert die Überlegung *P. Bydlinskis* zum Verbesserungsvorrang¹⁶⁷, der zum Tragen kommen soll. Es ist nämlich genau das Gegenteil der Fall: Nicht der Verbesserungsvorrang greift in § 934 ein, sondern der Anspruch auf Vertragsaufhebung wegen Verkürzung über die Hälfte beeinträchtigt das Geltendmachen von Gewährleistungsbehelfen. Nicht nur die Behelfe, die dem Schuldner eine erneute Verbesserungsmöglichkeit gewährleisten sollen, sondern auch die Voraussetzungen der gewährleistungsrechtlichen Wandlung (kein Erfolg mit Verbesserung oder Austausch, und kein geringfügiger Mangel) können umgangen werden, da § 934 keine weiteren Voraussetzung für die Vertragsauflösung vorschreibt, als das enorme Wertmissverhältnis. Die Verbesserung kann daher weder § 934 umgehen, noch das vertraglich festgelegte Wertmissverhältnis außer Kraft setzen, sondern versucht lediglich den Vertrag aufrecht zu erhalten und korrekte Erfüllung zu gewährleisten. Im Sinne systematischer Interpretation ist für das Verständnis des § 934 auch auf möglicherweise mit betroffene bzw. relevante Wertungen enthaltende Regelungsbereiche zu achten. Könnte der Gläubiger nun bei mangelbedingter Wertminderung einer Speziesschuld sofort die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte erklären, würde die zweite Verbesserungschance des Schuldners, die ihm das Gewährleistungsrecht zugesteht, stark ausgehöhlt werden¹⁶⁸. Deshalb würde es für die Gewährleistung eine deutliche Einschränkung bedeuten, wenn sie in kumulativer Konkurrenz mit *laesio enormis* stünde.

¹⁶⁷ *P. Bydlinski*, JBl 2007, 656.

¹⁶⁸ *P. Bydlinski*, JBl 2007, 656.

Riedler legt in seinen Ausführungen dar, dass der Erfüllungsanspruch des Gläubigers „höherwertiger“ sei als jene Befriedigung, die er bei Aufzahlung des Schuldners erreichen würde¹⁶⁹. Diese Aussage ist interessant. Mit dem Begriff „höherwertig“ möchte *Riedler* wohl ausdrücken, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Verbesserung bzw. Austausch hat und dieses Recht nicht durch die Aufzahlungsbefugnis umgangen werden soll. Die Situation, in der sich der Gläubiger nach dem Austausch befindet, ist offensichtlich eine andere als jene, in der er zwar die Aufzahlung erhält, aber immer noch die mangelhafte Sache in Händen hat. Fest steht, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Erfüllung hat, der durch die Aufzahlungsbefugnis nicht befriedigt werden kann. An dieser Stelle wird der Unterschied zwischen den Behelfen der Gewährleistung und jenen der *laesio enormis* besonders deutlich. Rein wirtschaftlich ist der Gläubiger tatsächlich besser gestellt, wenn er die Aufzahlungssumme erhält, denn diese gleicht sowohl die mangelbedingte Minderwertigkeit, als auch die Verkürzung aus. Bei der Verbesserung der Sache bzw. deren Austausch ist zwar das Problem der Mangelhaftigkeit behoben worden, die Verkürzung, wenn auch nicht über die Hälfte, bleibt allerdings bestehen. Der Gläubiger hat einen unantastbaren Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, der durch Aufzahlung auf den gemeinen Wert durch den Schuldner nicht befriedigt werden kann. Und doch ist der Erfüllungsanspruch nicht „höherwertiger“, denn er besteht schlicht neben dem Recht auf einen inhaltlich gerechten Vertrag. Durch die Aufzahlung auf den gemeinen Wert kann die Gerechtigkeit des Vertrages wieder hergestellt werden, der Erfüllungsanspruch wird dadurch aber nicht befriedigt, da er sich nicht (primär) auf eine geldwerte Leistung richtet. So hat sich herauskristallisiert, dass den zwei unterschiedlichen Begehren des Gläubigers – dem auf Erfüllung und dem auf einen gerechten Vertrag – zwei entsprechende Behelfe gegenüberstehen. Ein Behelf kann aber nicht beide Begehren befriedigen. Insofern ist der Anspruch auf Erfüllung nicht „höherwertiger“, sondern durch die Aufzahlung einfach nicht erfüllt worden. Ein rein wirtschaftliches Ausgleichen der Nachteile führt also nicht immer zur vollen Befriedigung des Anspruchsberechtigten.

¹⁶⁹ *Riedler*, JBl 2004, 221.

An dieser Stelle schließt der folgende Gedanke an: Gewährleistung und laesio enormis bieten unterschiedliche Lösungswege für unterschiedliche Probleme an. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die beiden Behelfe miteinander vermischt werden sollten.

III. 5. 2. 1. Die Folgen der Einbeziehung anfänglicher Mängel in das für die laesio enormis relevante Wertmissverhältnis

Besonders deutlich zeigen sich die Auswirkungen der von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung angenommenen kumulativen Konkurrenz von Gewährleistung und laesio enormis an den Folgen der nebeneinander angewandten Behelfe.

*P. Bydlinski*s Kritik an der herrschenden Meinung setzt schon an einem grundlegenden Gedanken an: Der OGH leite sein Ergebnis aus dem Grundsatz der vollen „Konkurrenz“ von Gewährleistung und Anfechtung wegen laesio enormis ab, verkenne dabei jedoch bereits den Begriff der Konkurrenz. Dieser bedeute üblicherweise, dass der Berechtigte zwischen den Ansprüchen wählen könne, nicht aber, dass eine der Anspruchsgrundlagen verdrängt würde¹⁷⁰. Die Kumulation von Behelfen – hier zuerst Gewährleistung, dann Anfechtung nach § 934 – sei „etwas anderes“ als Konkurrenz¹⁷¹. Tatsächlich kann man mit dieser Überlegung zu dem Ergebnis kommen, dass die Auswirkungen weniger gravierend sind, wenn man für elektive Konkurrenz eintritt, da die Folgen nicht ganz so gravierend sind, aber immer noch ist es zum Nachteil des Schuldners, wenn der Vertrag über § 934 sofort aufgelöst werden kann, anstatt weitere Erfüllungsversuche vornehmen zu lassen.

Eine weitere Folge der Beachtung der Mangelhaftigkeit im Rahmen der laesio enormis ist diese: Der Gläubiger bekommt damit die Möglichkeit, sich von einem für ihn selbst bei Mangelfreiheit ungünstigen Vertrag zu lösen. Dies mag für ihn zwar

¹⁷⁰ *P. Bydlinski*, AT⁴ Rz 1/33; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 35 f.

¹⁷¹ *P. Bydlinski*, JBI 2007, 655.

günstig sein, kann aber nicht begründet werden. Nach der Paroemie *pacta sunt servanda* ist ein bereits geschlossener Vertrag zu erfüllen. Dies gilt auch für ungünstige Verträge. Denn Folge einer Auflösung nach § 934 wäre der komplette Verlust des (von der Rechtsordnung akzeptierten) Geschäftsgewinnes auf der Seite des Schuldners.

Der Geschäftsgewinn des Verkäufers aus dem Vertrag mit dem Gläubiger ergibt sich daraus, dass der Verkaufspreis höher ist als der Einkaufspreis. Hier wird davon ausgegangen, dass das auch im nun zu besprechenden Beispiel der Fall ist. Anzumerken ist auch, dass der Geschäftsgewinn dann nicht verloren gehen würde, wenn der Verkäufer die Sache in Folge weiterverkaufen kann, und der Vertrag mit dem neuen Käufer zumindest dieselbe Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis aufweist, wie der vorhergehende. Das Verkaufen einer Sache beansprucht aber sowohl Zeit-, als auch Arbeitsaufwand. Diesen Aufwand müsste der Schuldner nicht erneut auf sich nehmen, wenn der Vertrag mit dem (ersten) Käufer erfüllt bzw. verbessert hätte werden können. Es kann daher nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer keinen Nachteil erleidet, wenn er die Sache einem anderen Käufer zum selben oder einem höheren Preis verkaufen kann. Außerdem beziehen sich die vorliegenden Argumente alleine auf den Inhalt und die Folgen des Vertragsverhältnisses zwischen dem (ersten) Sachgläubiger und dem Schuldner. Ob der Schuldner in der Folge eine weitere lukrative Geschäftsmöglichkeit findet oder nicht, ändert nichts daran, dass er wirtschaftliche Nachteile erleidet, wenn der Vertrag aufgelöst wird. Wird der Vertrag nun über § 934 aufgelöst, kann der Geschäftsgewinn des Schuldner nicht einmal dann gerettet werden, wenn er die *facultas alternativa* nach § 934 Satz 2 geltend macht, da diese die Aufzahlung auf den vollen gemeinen Wert der Sache erfordert¹⁷². Im Rahmen der Gewährleistung hingegen ist es das Ziel, die subjektive Äquivalenz wieder herzustellen, der Geschäftsgewinn bleibt dann in voller Höhe erhalten.

Das rein zufällige¹⁷³ Vorliegen eines Mangels soll den Erwerber der Sache, der ein ungünstiges Geschäft geschlossen hat, also nicht dazu ermächtigen, sich von diesem loszumachen, da der Verkäufer einen Anspruch auf die Realisierung jenes

¹⁷² P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

¹⁷³ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

Gewinnes hat, der ihm laut Vertrag zukommt und auch von der Rechtsordnung gebilligt wurde.

Fraglich ist weiters, warum man gerade auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen sollte¹⁷⁴, wenn es ohnehin nicht darauf ankäme, was nach diesem ausgetauscht wird, sondern die faktische Leistung zählen soll¹⁷⁵. Ist es nämlich unbedeutend, was zum Inhalt des Vertrages wurde, scheint der für den Wertvergleich festgelegte Zeitpunkt im Abschluss des Vertrages geradezu willkürlich. Wäre tatsächlich der Wert der faktisch vorhandenen Sache mit der Gegenleistung zu vergleichen, könnte genauso gut ein anderer Zeitpunkt ausschlaggebend sein. Ebenso unstimmig erscheint in diesem Zusammenhang die Weiterführung des Arguments, dass nachträgliche Verbesserungen der Sache den Anspruch wegen Verkürzung über die Hälfte nicht mehr beeinflussen könnten¹⁷⁶. Nachträgliche Verbesserungen sind nämlich gerade faktische Veränderungen an der Sache. Wenn es auf den faktisch vorhandenen Zustand ankommen soll, wäre es doch eigenartig, wenn man eine so bedeutende Veränderung des Zustandes deshalb nicht beachtet, nur weil ein scheinbar willkürlich gewählter Zeitpunkt, der des Vertragsabschlusses, schon vorüber ist. Es scheint weiters nicht erklärbar, warum gerade auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen sein soll um die Werte zu vergleichen, wenn doch der Vertragsinhalt weniger Gewicht hat als der Zustand der faktisch vorliegenden Sache. Auch das spricht für das Abstellen allein auf die Werte der vertraglich ausbedungenen Leistungen. Es erscheint daher richtig, nicht nach dem zufälligen Zeitpunkt der Mangelentstehung zu differenzieren, sondern mangelbedingte Minderwertigkeit niemals im Rahmen des § 934 als das Wertmissverhältnis beeinträchtigend zu erachten¹⁷⁷.

Noch nicht erwähnt wurde jene Konsequenz einer Konkurrenz zwischen den betreffenden Behelfen, die es dem Gläubiger ermöglicht, nach erfolgreicher Anstrengung des Verbesserungsbegehrens, wodurch er schließlich genau das erhielt,

¹⁷⁴ OGH in 10 Ob 21/07x uvam.

¹⁷⁵ Anders SZ 60/73.

¹⁷⁶ Siehe z.B. *Riedler*, JBl 2004, 219.

¹⁷⁷ *P. Bydlinski*, JBl 2007, 656.

was ihm laut Vertrag zusteht, den Vertrag nach § 934 anzufechten. Dafür fehlen sowohl methodische als auch sachliche Argumente¹⁷⁸. Denn nach der Verbesserung hat der Schuldner geleistet, wozu er verpflichtet war, der Gläubiger hat erhalten, was ihm zusteht, und der Vertrag ist inhaltlich nicht ungerecht, da das enorme Wertmissverhältnis von 49 : 100 nicht vorliegt. Auch wirtschaftlich scheint diese Konsequenz unverständlich. Der Aufwand, der gemacht wurde um die Sache zu verbessern, wird zunichte gemacht, wenn der Vertrag doch wieder aufgelöst wird. Der Schuldner hat keinen Vorteil, wenn er am Ende die verbesserte Sache in Händen hält, anstatt der noch mangelhaften. Im Gegenteil musste er zusätzliche Aufwendungen hinnehmen, um sie zu verbessern. Dieses Ergebnis ist deshalb unerwünscht, weil man auf die Interessen beider Parteien Rücksicht nehmen soll, und das nicht zuletzt wegen dem methodischen Grundsatz der beidseitigen Begründung¹⁷⁹.

Oft wird in diesem Zusammenhang in Lehre und Rechtsprechung auch das Problem der voneinander abweichenden Fristen diskutiert. Während die Gewährleistung in der Regel zwei Jahre lang geltend gemacht werden kann, steht dem Gläubiger die Anfechtung nach § 934 drei Jahre lang offen. Das Umgehen der Frist einer Norm mit einer anderen Norm ist immer problematisch¹⁸⁰. Eine Anmerkung dazu findet sich schon von den Redaktoren der dritten Teilnovelle¹⁸¹. Dort wurde ausgeführt, dass das Rechtsmittel der *laesio enormis* häufig herangezogen werde, wenn die rechtzeitige Rüge der Gewährsmängel versäumt wurde. Diese Aussage gab dazu Anlass das Fristenproblem als nicht weiter bedenklich anzusehen. Es wurde argumentiert, dass schon die Redaktoren der dritten Teilnovelle von der zugrunde liegenden Problematik wussten, es aber nicht ausdrücklich ablehnten die Gewährleistungsfrist dermaßen zu umgehen, daher sei dies auch jetzt kein Problem¹⁸².

¹⁷⁸ P. Bydlinski, JBl 2007, 655.

¹⁷⁹ F. Bydlinski, AcP 204 (2004), 341 ff; P. Bydlinski, JBl 2007, 656.

¹⁸⁰ Reischauer in Rummel³ § 934 Rz 15.

¹⁸¹ 78 BlgHH XXI. Sess 1912, 142 ff.

¹⁸² Riedler, JBl 2004, 218.

Diese Auffassung wurde jedoch von *P. Bydlinski* stark relativiert. Er führt aus, dass es sich bei den zitierten Materialien nicht um jene zu § 934 handeln würde, sondern um solche zu einer über 100 Jahre später erfolgten Novellierung des ABGB. Inhaltlich ginge es dabei außerdem bloß um einen Aspekt der Begründung, warum der Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte neben dem des – nach dem Vorbild des BGB – neu einzuführenden Wuchertatbestandes aufrecht bleiben solle. Gerade weil dieser Gesichtspunkt in der Sache zweifelhaft sei, könne man nicht die Auslegung einer unverändert gebliebenen Norm im Kontext der Rechtslage des 21. Jahrhunderts darauf stützen. Viel tragfähiger sei überdies die zweite in den Motiven vorzufindende Erwägung, die auf die unterschiedlichen Voraussetzungen von Verkürzungsanfechtung und Berufung auf Wucher Bezug nehme, nämlich auf die beim Wucher nötigen subjektiven Voraussetzungen.

Daneben sei bereits der Hinweis auf Fälle versäumter rechtzeitiger Rüge von Gewährsmängeln für sich problematisch. Zur damaligen Zeit, in 1912, hätte es nämlich nur für einen sehr engen Bereich echte Rügeobliegenheiten gegeben, und zwar für Distanzkäufe im Handelsverkehr (vgl. Art 347 ADHGB). Es sei fraglich, ob der Gesetzgeber hier wirklich nur an diese Konstellation dachte, oder nicht vielleicht doch schlechthin an Gewährleistungsfälle¹⁸³.

Schlussendlich entscheidend für die Frage der Fristenproblematik sei jedoch, dass die Konkurrenz von Gewährleistung und Verkürzung über die Hälfte zentrale Wertungen der Mängelrüge bzw. der Gewährleistungsbefristung durchkreuzen würde. Nach Ablauf der entsprechenden Fristen solle die Mangelrüge eben nicht mehr Streitthema sein. Aus diesem Grund werde auch heutzutage unter Hinweis auf die klare ratio des § 933 zu Recht Bedenken gegen faktische Fristverlängerungen durch Wahl eines anderen verschuldensabhängigen Rechtsbehelfs erhoben¹⁸⁴.

Auch *Chr. Huber* empfindet die Folgen der vom OGH judizierten Lösung als problematisch, da der Käufer den Vertrag auch noch nach erfolgreicher Mängelbeseitigung rückabwickeln könne obwohl der Käufer doch schlussendlich das erhalten habe, was ihm laut Vertrag geschuldet würde. Diese penible Trennung von

¹⁸³ *P. Bydlinski*, JBI 2007, 656.

¹⁸⁴ *P. Bydlinski*, JBI 2007, 657.

Leistungsstörung und Wurzelmangel sei daher nicht stringent durchzuhalten. Erwägenswert wäre es daher, das auf § 934 gestützte Rücktrittsrecht zu versagen, sofern Verbesserung bereits stattgefunden hat, da der Käufer sein Wahlrecht bereits konsumiert hat¹⁸⁵. *Chr. Huber* hält alternative Konkurrenz zwischen Gewährleistung und laesio enormis in diesem Fall für eine erwägenswerte Option. Diese Option ist aber dann nicht notwendig, wenn man, wie *Chr. Huber* selbst auch schreibt, ein nicht 49 : 100 ausmachendes Missverhältnis nicht durch einen Mangel unter diese Grenze drückt, weil der Tatbestand der laesio enormis nicht erfüllt ist und der Gläubiger folglich nur die Rechte aus der Gewährleistung geltend machen kann. Bedeutung hat diese Aussage jedoch dann, wenn das enorme Wertmissverhältnis auch ohne den vorliegenden Mangel 49 : 100 beträgt, da dann zweifelsohne beide Tatbestände erfüllt sind. Diese Problematik wird nun besprochen.

III. 6. Die Konkurrenz von laesio enormis und Gewährleistung

Es gibt eine Fallkonstellation, in der zweifelsohne die Tatbestände von Gewährleistung und laesio enormis erfüllt sind. Das ist dann der Fall, wenn der Vertrag inhaltlich ungerecht ist, da der Wert der mangelfreien Sache unter der Hälfte des Wertes der Gegenleistung zurückbleibt und zusätzlich die Sache zwischen Vertragsabschluss und Übergabe mangelhaft wird. Wie ist in diesem Fall vorzugehen?

Die Möglichkeiten sind relativ begrenzt, denn die Konkurrenz kann entweder alternativer oder kumulativer Natur sein.

Bei alternativer Konkurrenz sind, so *Koziol*¹⁸⁶, die beiden Ansprüche inhaltlich verschieden, verfolgen jedoch dasselbe wirtschaftliche Ziel. Inhaltlich unterscheiden sich Gewährleistung und laesio enormis voneinander, jedoch

¹⁸⁵ *Chr. Huber*, ZVR 2007/256, 412.

¹⁸⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 17/4.

verfolgen sie nicht dasselbe Ziel, denn die Herstellung der subjektiven Äquivalenz ist etwas anderes als jene der objektiven Äquivalenz.

Bei kumulativer Anwendung der Normen müssen diese auf unterschiedliche Zwecke und verschiedene Leistungen gerichtet sein¹⁸⁷. Außerdem ist es bedeutend, dass ein Anspruch durch das Bestehen neben einem anderen nicht beeinträchtigt wird. Die Zwecke der in Frage stehenden Vorschriften unterscheiden sich voneinander. Während die Gewährleistung die subjektive Äquivalenz¹⁸⁸ durch erneute Erfüllungsversuche wieder herzustellen sucht, soll durch die *laesio enormis* ein inhaltlich ungerechter Vertrag¹⁸⁹ sofort aufhebbar sein.

Der Einfachheit halber wird hier davon ausgegangen, dass eine mangelfreie Sache vereinbart war.

Da sowohl der Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte, als auch jener der Gewährleistung erfüllt wurden, können aufgrund der Kausalität grundsätzlich auch beide zur Anwendung gelangen. Und tatsächlich steht dem im Fall der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung nichts entgegen. Dieser Lösungsvorschlag soll nun erörtert werden.

Es ist von der bereits erarbeiteten Feststellung auszugehen, dass im Rahmen des Wertvergleiches von § 934 der Wert jener Leistung heranzuziehen ist, die vertraglich bedungen wurde. Der Gläubiger kann daher Verkürzung über die Hälfte geltend machen, der Vertrag wird aufgehoben, und er hat keinen Nachteil mehr.

Es kann nun aber sein, dass der Schuldner entscheidet, die *facultas alternativa* in Anspruch zu nehmen und auf den vollen Wert aufzuzahlen. Danach kann der Gläubiger außerdem noch Gewährleistung geltend machen, da die Sache ja nach wie vor mangelhaft ist.

In diesem Szenario erhält der Gläubiger auch nicht mehr, als ihm laut Vertrag zusteht. Da im Rahmen der *laesio enormis* von der mangelfreien Sache auszugehen ist, wird die Differenz zwischen dem Wert der mangelfreien Sache und dem Wert der

¹⁸⁷ *Koziol*, *Haftpflichtrecht*³ I Rz 17/3.

¹⁸⁸ *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht*¹³ II 65.

¹⁸⁹ OGH in 10 Ob 21/07x uvm.

Gegenleistung ersetzt. Tatsächlich ist aber die Sache noch mangelhaft, und ihr eigentlicher Wert daher niedriger. Diese Differenz (mangelhafte – mangelfreie Sache) wird durch Anstrengung der Gewährleistungsbehelfe ausgeglichen.

Macht der Gläubiger hingegen zuerst Gewährleistung geltend, kann er anschließend nicht mehr laesio enormis geltend machen, da dadurch ja der Vertrag aufgelöst werden würde und damit der Aufwand, den der Schuldner im Rahmen der Gewährleistung tätigt, frustriert würde. Eine derartige Vorgangsweise könnte unter Umständen sogar rechtsmissbräuchlich sein, da der Schuldner Aufwendungen zu tätigen hatte, die durch die Vertragsauflösung frustriert werden. Dass der Verkürzende eine mangelhafte Sache zurückbekommt, ändert daran auch nichts.

Unproblematisch ist das Geltendmachen von § 934 nach dem Anstrengen von Gewährleistungsansprüchen allerdings dann, wenn der Gläubiger erst nach der Geltendmachung der Gewährleistung bemerkt, dass die Sache nicht nur mangelhaft war, sondern er außerdem über die Hälfte verkürzt wurde. In diesem Fall handelt er auch nicht rechtsmissbräuchlich.

Konkurrieren Gewährleistung und laesio enormis miteinander, kann der Gläubiger grundsätzlich beide Ansprüche geltend machen. Wird der Vertrag über § 934 aufgehoben, kann Gewährleistung nicht mehr geltend gemacht werden. Nimmt der Verkürzende allerdings die Aufzahlungsbefugnis in Anspruch, kann problemlos auch noch Gewährleistung angestrengt werden.

III. 7. Lösung der Anlassfälle

Die Anlassfälle sind demnach wie folgt zu lösen:

Fall 1: K kauft eine Sache, deren Wert in mangelfreiem Zustand 45 beträgt, um 100. Nach Vertragsabschluss wird die Sache mangelhaft.

Lösung: Sowohl der Tatbestand der laesio enormis, als auch jener der Gewährleistung sind unabhängig voneinander erfüllt. Der Verkürzte kann daher laesio enormis geltend machen, und, wenn der Verkürzende die Aufzahlungsbefugnis in Anspruch nimmt, auch dem Mangel mithilfe der Gewährleistungsbehelfe beikommen.

Macht der Gläubiger im Wissen von der Verkürzung aber Gewährleistung geltend, kann nicht anschließend auch noch der Anspruch aufgrund von § 934 angestrengt werden.

Fall 2: K kauft eine Sache, deren Wert in mangelfreiem Zustand 45 beträgt, um 100. Zusätzlich ist die Sache bei Vertragsschluss mangelhaft und daher nur 30 wert.

Lösung: Der Tatbestand der laesio enormis ist erfüllt, da die vertragsgerechte Sache im Zeitpunkt des Geschäftsschlusses unter dem halben Wert der Gegenleistung zurückbleibt. Würde die Sache mangelfrei vereinbart, ist auch der Tatbestand der Gewährleistung erfüllt. Die Lösung ist dann dieselbe wie in Fall 1.

Fall 3: K kauft eine Sache, deren Wert 55 beträgt, um 100. Ein Mangel, der schon bei Vertragsabschluss vorliegt, bewirkt, dass die Sache nur noch 30 wert ist.

Lösung: Diese Konstellation ist die umstrittenste von allen. Da der Wert der Leistung erst aufgrund des zusätzlich zum ungünstigen Geschäftsabschluss vorliegenden Mangels unter die Hälfte des Wertes der Gegenleistung gedrückt wird, ist der Tatbestand der laesio enormis nicht erfüllt. Nach der Mangelbehebung im Rahmen der Gewährleistung hat der Gläubiger genau das erhalten, was ihm nach dem Vertrag zusteht. Es besteht kein Grund den Vertrag nach erfolgreicher Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche auch noch den Vertrag über § 934 aufzulösen.

Fall 4: K kauft eine Sache, deren Wert 55 beträgt, um 100. Ein Mangel, der nach Vertragsschluss eintritt, bewirkt, dass die Sache nur noch 30 wert ist.

Lösung: Der Tatbestand der laesio enormis ist auch hier nicht erfüllt, die Wertdifferenz weist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht das erforderliche

Ausmaß von 49 : 100 auf. Dem Mangel kann mit den Gewährleistungsbehelfen beigegeben werden, um die subjektive Äquivalenz wieder herzustellen. Die objektive Äquivalenz ist in jedem Stadium der Vertragsabwicklung eine von der Rechtsordnung akzeptierte.

Fall 5: K kauft eine Sache, die 100 wert ist, um 100. Aufgrund eines Mangels ist die übergebene Sache nur noch 45 wert¹⁹⁰.

Lösung: Auch hier ist die objektive Äquivalenz zweifelsohne innerhalb des von der Rechtsordnung akzeptierten Rahmens. Der Tatbestand der laesio enormis ist daher nicht erfüllt. Hier irrt der Käufer weder über den Wert der Sache, noch über ihren Zustand im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Der Mangel, der eine Leistungsstörung ist, kann mit Hilfe der Gewährleistung ausgeglichen werden, um auch die subjektive Äquivalenz, die in diesem Beispiel der objektiven entspricht, wieder herzustellen¹⁹¹.

III. 8. Fazit

Es gibt mehrere Sachverhalte, in denen sowohl der Tatbestand der Gewährleistung (§§ 922 ff), als auch jener der Verkürzung über die Hälfte (§ 934) erfüllt sein könnten. Strittig ist konkret jener Fall, in dem die enorme Wertdifferenz zwischen (mangelfreier) Sache und Leistung zunächst nicht erfüllt ist, ein Mangel aber, welcher der Sache anhaftet, den Wert der Sache dermaßen verringert, dass das von § 934 geforderte Missverhältnis doch vorliegt. Herrschende Lehre und Rechtsprechung berechnen die Wertminderung des Mangels in das Wertverhältnis nach § 934 ein.

Das Rechtsinstrument der laesio enormis dient dazu einen inhaltlich ungerechten Vertrag aufheben zu können. Daher wurde zunächst festgestellt, was

¹⁹⁰ P. Bydlinski, JBl 1983, 410 ff.

¹⁹¹ Vgl. zu Fall 5 schon oben III. 5. 2.

zum Inhalt des Vertrages geworden ist. Bei der Gattungsschuld kann das nur ein intaktes Stück aus der vertraglich vereinbarten Gattung sein. Ist eine Spezies Vertragsgegenstand und weiß der Gläubiger nichts von einer bereits vorliegenden Mangelhaftigkeit, wurde die vertraglich bedungene (mangelfreie) Sache zum Vertragsinhalt. Weiß der Käufer hingegen von der Mangelhaftigkeit, kommt es auf die Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien an, ob die mangelhafte, oder die verbesserte Sache geleistet werden muss. Immer ist auch die Differenz zwischen den objektiven Werten der Leistungen Inhalt des Vertrages.

Es wurde festgestellt, dass die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte auch schon vor dem Erfüllungsversuch geltend gemacht werden kann. Unter anderem daraus wurde die Konsequenz gezogen, dass bei der Berechnung der Wertdifferenz auf die Werte der vertraglich bedungenen Leistungen abzustellen ist.

Es wurde geklärt, dass die ratio von § 934 Satz 3 von außen kommende, den Marktwert der Sache beeinflussende Umstände zum Inhalt hat, nicht aber den Zustand der Sache selbst. Satz 1 von § 934 wird extensiv, Satz 3 hingegen intensiv interpretiert.

Die vorliegende Arbeit schließt sich der Mindermeinung an und vertritt daher, dass Mängel die Berechnung der Wertdifferenz nicht beeinflussen sollen. Dafür sprechen zahlreiche Argumente, so zum Beispiel die Problematik der Festsetzung der Gegenleistung. Wenn der Käufer immer damit rechnen muss, dass die Sache Mängel aufweist, kann er keine gerechte Gegenleistung festsetzen. Gegen eine Konkurrenz der Behelfe sprechen auch deren Konsequenzen. So ist es beispielsweise merkwürdig, dass einerseits kein Behelfe zusteht, wenn die Wertdifferenz zwar ungünstig ist, nicht aber die Grenze 49 : 100 erreicht, drückt dagegen ein Mangel den Wert der Leistung unter die Hälfte des Wertes der Gegenleistung, genügt es nicht bloß den Mangel zu beheben, zusätzlich muss auch die Wertdifferenz ausgeglichen werden.

Ist ein Vertrag nicht nur, an der mangelfreien Sache gemessen, ein den Gläubiger verkürzender, sondern weist die Sache bei der Erfüllung zusätzlich einen

Mangel auf, sind die Tatbestände von Gewährleistung und laesio enormis erfüllt. Der Verkürzte kann grundsätzlich beide Behelfe geltend machen. Macht er Verkürzung über die Hälfte geltend, wird entweder der Vertrag aufgelöst, dann kann selbstverständlich auch keine Gewährleistung mehr geltend gemacht werden, oder der Verkürzende zahlt die Differenz auf den vollen Wert auf. Im letzten Fall kann der Gläubiger dann auch noch Gewährleistung geltend machen, um den Sachmangel auszugleichen.

Macht der Gläubiger hingegen zuerst Gewährleistung geltend, kann er nach deren erfolgreichem Verlauf aber nicht auch laesio enormis anstrengen, da diese den Vertrag ja in erster Linie aufhebt. Möglich ist das Geltendmachen der Verkürzung nach dem Anstrengen der Gewährleistung nur, wenn der Gläubiger erst nach erfolgreicher Gewährleistung von der Verkürzung erfährt.

Literaturverzeichnis

Adler, Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, ZHR 75 (1914) 453; wird zitiert: *Adler*, ZHR 75

Apathy, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften und den verabredeten Gebrauch, JBl 1975, 572; wird zitiert: *Apathy*, JBl 1975

Bydlinski, F., Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 309; wird zitiert: *F. Bydlinski*, AcP 204 (2004)

Bydlinski, F., System und Prinzipien des Privatrechts (1996); wird zitiert: *F. Bydlinski*, System

Bydlinski, P., Anmerkung zu 10 Ob 21/07x, JBl 2007, 652; wird zitiert: *P. Bydlinski*, JBl 2007

Bydlinski, P., Beschränkung und Ausschluß der Gewährleistung (Teil I), JBl 1993, 559; wird zitiert: *P. Bydlinski*, JBl 1993

Bydlinski, P., Beschränkung und Ausschluß der Gewährleistung (Teil II), JBl 1993, 631; wird zitiert: *P. Bydlinski*, JBl 1993

Bydlinski, P., Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁴ (2007); wird zitiert: *P. Bydlinski*, AT⁴

Bydlinski, P., Die Stellung der *laesio enormis* im Vertragsrecht, JBl 1983, 410; wird zitiert: *P. Bydlinski*, JBl 1983

Bydlinski, P., *Laesio enormis* und Gewährleistung, RdW 2003/351, 429; wird zitiert: *P. Bydlinski*, RdW 2003/351

Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (1934); wird zitiert: *Dietz*, Anspruchskonkurrenz

Dullinger, Bürgerliches Recht II Schuldrecht Allgemeiner Teil³ (2008); wird zitiert: *Dullinger*, SchR AT³

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/1 (1928); wird zitiert: *Ehrenzweig*, System II/1²

Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen (1966); wird zitiert: *Emmerich*, Vindikation

Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (1948); wird zitiert: *Flume*, Eigenschaftsirrtum

Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht (1967); wird zitiert: *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz

Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1985); wird zitiert: *Gschnitzer*, AT²

Huber, Chr., Anmerkung zu 10 Ob 21/07x, ZVR 2007/256, 412; wird zitiert: *Chr. Huber*, ZVR 2007/256

Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² IV/1 (1968); wird zitiert: {*Bearbeiter*} in *Klang* IV/1²

Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² IV/2 (1978); wird zitiert: {*Bearbeiter*} in *Klang* IV/2²

Klein, Konkurrenz und Auslegung. Der deliktsrechtliche Gehalt vertragsrechtlicher Normen (1997); wird zitiert: *Klein*, Konkurrenz

Kossarz, Laesio enormis und/oder Gewährleistung?, JAP 2007/2008, Heft 26, 239; wird zitiert: *Kossarz*, JAP 2007/2008

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (1997); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB² (2007); wird zitiert: {*Bearbeiter*} in *KBB*² {§} {Rz}

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2007); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II

Kramer, Die Abgrenzung von Nichterfüllungs- und Gewährleistungsfolgen im ABGB, JBl 1972, 401; wird zitiert: *Kramer*, JBl 1972

Kramer, Die „aliud“-Lieferung im ABGB und HGB, ÖJZ 1972, 561; wird zitiert: *Kramer*, ÖJZ 1972

Kramer, E., Juristische Methodenlehre² (2005); wird zitiert: *Kramer*, Methodenlehre²

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995); wird zitiert:
Larenz/Canaris, Methodenlehre³

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß (1912/1916);
wird zitiert: *Lent*, Gesetzeskonkurrenz

Martin, Alogische Perturbationsfaktoren der juristischen Begriffsbildung dargestellt
anhand der Konkurrenzlehre des Zivilrechts (1961); wird zitiert: *Martin*,
Perturbationsfaktoren

Mayrhofer, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ II/1 (1986); wird
zitiert: *Mayrhofer*, System II/1³

Merz, Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von
Theo Guhl (1950); wird zitiert: *Merz*, FS Guhl

Perner/Spitzer, Bürgerliches Recht. Lernen üben wissen (2007); wird zitiert:
Perner/Spitzer, Bürgerliches Recht

Pisko, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung
mangelhafter Ware, ZBl 1920, 593; wird zitiert: *Pisko*, ZBl 1920

Pisko, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung
mangelhafter Ware² (1926); wird zitiert: *Pisko*, Gewährleistung²

Rabel, Das Recht des Warenkaufs II (1936/1957); wird zitiert: *Rabel*, Warenkaufs II

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (1902); wird zitiert:
Rabel, Haftung

Reischauer, Das Wesen der Gewährleistung im römischen und im geltenden Recht,
ÖJZ 1976, 57; wird zitiert: *Reischauer*, ÖJZ 1976

Riedler, Von laesio enormis, dinglich und obligatorisch wirkenden
Vertragsaufhebungstatbeständen und Schadenersatzpflichten des Beklagten wegen
eigener Prozessfehler des Klägers, JBl 2004, 215; wird zitiert: *Riedler*, JBl 2004

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000); wird
zitiert: {Bearbeiter} in *Rummel* I³ (§) {Rz}

Savigny, System des heutigen römischen Rechts² (1856); wird zitiert: *Savigny*,
System

Schlesinger, Vertragsverletzung und Gewährleistung in der dritten Teilnovelle zum
BGB, ZBl 1920, 257; wird zitiert: *Schlesinger*, ZBl 1920

Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht (1915); wird zitiert: *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz

Schwimann, ABGB. Praxiskommentar⁴ III (2006); wird zitiert: *(Bearbeiter)* in *Schwimann III*⁴ (§) (RZ)

Stubenrauch, Commentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (1864); wird zitiert: *Stubenrauch*, Commentar

Welser, Die mangelhafte Erfüllung der Verbesserungspflicht, ZfRV 2007, 4; wird zitiert: *Welser*, ZfRV 2007

Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005); wird zitiert: *(Bearbeiter)* in *Welser*, Fachwörterbuch (Seite)

Wilhelm, Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBl 1975, 113; 177; wird zitiert: *Wilhelm*, JBl 1975

Wilhelm, Anmerkung zu 1 Ob 293/75, JBl 1976, 434; wird zitiert: *Wilhelm*, JBl 1976

Wolff, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts⁴ (1948); wird zitiert: *Wolff*, Grundriss⁴

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie III (1812); wird zitiert: *Zeiller*, Commentar

Zemen, Kunstauktion und laesio enormis, ÖJZ 1997, 213; wird zitiert: *Zemen*, ÖJZ 1997

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879); wird zitiert: *Zitelmann*, Irrtum

Abstract

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Verzug bzw. Unmöglichkeit, und mit jener zwischen Gewährleistung und *laesio enormis*.

Die Konkurrenz zwischen Gewährleistung und den §§ 918 ff ergibt sich aus dem Wortlaut der aufeinander treffenden Normen. Die herrschende Lehre hat mit der „Annahme als Erfüllung“ ein Abgrenzungsmerkmal geschaffen, gemäß welchem vor der Übernahme der Sache Nichterfüllung, danach nur noch die Gewährleistung anwendbar sein soll. Die Vertreter der Mindermeinung schreiben der „Annahme als Erfüllung“ rechtsgeschäftliche Qualitäten zu. Aufgrund dessen ergeben sich allerdings Probleme, insbesondere bei der Willenserklärung, die schlussendlich dazu führen, dass die „Annahme als Erfüllung“ von der Mindermeinung abgelehnt wird. Die sprachlich ungünstige Formulierung „Annahme als Erfüllung“ ließ die Vertreter der Mindermeinung darauf schließen, dass dann, wenn die „Annahme als Erfüllung“ stattgefunden hat, auch Erfüllung eingetreten sei. Diese Ansicht ist abzulehnen.

Das Hineinlegen eines Rechtsgeschäftes in die „Annahme als Erfüllung“ wird in der vorliegenden Arbeit als künstlich qualifiziert und daher abgelehnt.

Da die Annahme der Sache ein Tatbestandsmerkmal der Gewährleistung ist, nicht aber auch der §§ 918 ff, sind die §§ 922 ff als *leges speciales* zur Nichterfüllung zu betrachten.

Bezüglich der *aliud*-Problematik wurde festgestellt, dass die Abgrenzung zwischen Schlechterfüllung und *aliud* mit der Verkehrssitte vorzunehmen ist.

Im Rahmen der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und *laesio enormis* ist jener Fall strittig, in dem ein für den Käufer ungünstiger Vertrag vorliegt, der aber noch nicht das von § 934 geforderte enorme Wertmissverhältnis erfüllt, und der Sache außerdem zusätzlich ein Mangel anhaftet, der ihren Wert nach unten drückt. Durch diese Kombination kann der Wert der Sache weniger als die Hälfte des

Wertes der Gegenleistung rutschen. Strittig ist, ob in dieser Fallkonstellation der Tatbestand der *laesio enormis* erfüllt worden ist, oder nicht.

Die Verkürzung über die Hälfte wurde als Wurzelmangel qualifiziert. Da es außerdem ihre Aufgabe ist, einen inhaltlich ungerechten Vertrag aufheben zu können, wurde der Vertragsinhalt festgestellt. Der Schuldner ist dazu verpflichtet, die Sache in jenem Zustand zu leisten, in dem sie vereinbart wurde, in den allermeisten Fällen daher mangelfrei. Berechnungsgrundlage für die Wertdifferenz ist deshalb (von allfälligen Ausnahmen abgesehen) die mangelfreie Sache.

§ 934 Satz 3 hat substanzneutrale, von außen kommende Zustände zum Inhalt, die den Marktwert der Sache beeinflussen.

Drückt ein der Sache anhaftender Mangel ihren Wert unter die Hälfte des Wertes der Gegenleistung, ist der Tatbestand der *laesio enormis* nicht erfüllt. Der Mangel kann allein im Rahmen der Gewährleistung geltend gemacht werden.

Ist eine Sache zwar mangelhaft, wäre sie aber auch in mangelfreiem Zustand weniger als die Hälfte wert als die Gegenleistung, sind sowohl der Tatbestand der Gewährleistung, als auch jener der *laesio enormis* erfüllt. Der Verkürzte kann folglich beide Behelfe geltend machen.

Macht der Gläubiger hingegen Gewährleistung geltend, kann danach nicht auch noch der auf § 934 basierende Anspruch angestrengt werden, da dies den aufgrund der Gewährleistung getätigten Aufwand frustrieren würde. Möglich ist das Geltendmachen der Verkürzung nach erfolgreicher Gewährleistung daher nur, wenn der Gläubiger erst nach dem erfolgreichen Abschluss der Gewährleistung von der Verkürzung erfährt.

Anna Baumgartner

- 1986 Geboren in Oberwart, Burgenland
- 1997 Beginn des Violinstudiums an der Universität für Kunst Graz,
Expositur Oberschützen (Hochbegabtenförderungsklasse)
- 1995-2001 Besuch des Zweisprachigen Bundesgymnasium Oberwart,
Unterrichtssprachen: Deutsch und Ungarisch
- 2001-2004 Violinstudium an der Bruckner Universität Linz
(Vorbereitungsklasse und Konzertfach)
- 2001-2004 Besuch des Musikgymnasium Wien VII
Abschlusszeugnis: Notendurchschnitt 1,0
Maturazeugnis: Notendurchschnitt 1,0
- 2000-2004 Zahlreiche Tourneen und Konzerte in Europa, Asien und den USA,
sowie Aufnahmen für Rundfunk- und Fernsehen
- 2004-2007 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
- 2005-2007 Studienassistent bei Prof. Georg Wilhelm, in dieser Zeit entstanden
zahlreiche Leitsätze und eine Glosse, erschienen in der Zeitschrift
ecolex.
- Seit 2007 Doktoratsstudium an den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten von
Salzburg und Wien
- 2009-2010 LL.M.- Studium an der Harvard Law School, Massachusetts, USA

Sprachkenntnisse: Deutsch (Muttersprache), Englisch, Italienisch, Französisch,
Ungarisch (alle fließend, mündlich und schriftlich), Latein (schriftlich)