



universität  
wien

# MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master Thesis

## Die Besichtigungsklausel beim Immobilienkaufvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Konsumentenschutzgesetzes

verfasst von / submitted by

Mag. Maximilian Pfoser

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
Postgraduate programme code as it  
appears on the student record sheet:

A 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /  
Postgraduate programme as it appears on  
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht  
MASTER OF LAWS

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Ass. Dr. Stephanie Nitsch

# 1 Inhaltsverzeichnis

2	<b>Einleitung .....</b>	5
2.1	<i>Thema und Ziel der Arbeit.....</i>	5
2.2	<i>Forschungsfragen .....</i>	7
3	<b>Erstes Kapitel.....</b>	9
3.1	<i>Allgemeines zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen .....</i>	9
3.1.1	Ausdrücklich vereinbart und stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften .....	9
3.1.2	Die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Immobilie .....	11
3.1.3	Behebbarer und unbehebbarer Mangel .....	14
3.1.4	Abgrenzung Sach- und Rechtsmangel .....	15
3.1.5	Geheime Mängel.....	16
3.1.6	Arglist .....	17
3.1.7	Offenkundige Mängel.....	17
3.1.8	Gewährleistungsfrist .....	18
3.1.9	Gewährleistungsbehelfe .....	19
3.2	<i>Typische Mängel beim Liegenschaftskauf – die mangelhafte Immobilie .....</i>	20
3.2.1	Baugrundstück .....	21
3.2.2	Technische Baumängel.....	21
3.2.3	Baukonsens .....	22
3.2.4	Immissionen (Lichtentzug, Lärm, etc).....	23
3.2.5	Öffentlich-rechtliche Lasten – Privatrechtliche Lasten .....	23
3.2.6	Mangelhafter Ertrag bei der Anlegerwohnung .....	25
3.3	<i>Rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Gewährleistungsrechte .....</i>	25
3.4	<i>Abgrenzung von Wissens- und Willenserklärung - zur Auslegung von Besichtigungsklauseln im Zusammenhang mit vertraglichen Zusagen.....</i>	28
3.5	<i>Irrtumsanfechtung der Willenserklärung .....</i>	30
3.6	<i>Gewährleistungsausschluss im Spannungsverhältnis mit einer Leistungsbeschreibung....</i>	31
4	<b>Die rechtliche Beurteilung einer Besichtigungsklausel.....</b>	32
4.1	<i>Aufklärungspflicht des Verkäufers.....</i>	41
4.2	<i>Exkurs: Die Besichtigungsklausel im Mietrecht.....</i>	42
4.3	<i>Die gerichtliche Geltendmachung .....</i>	45
4.3.1	Beweislast bei einer Besichtigungsklausel .....	45
4.3.2	Prozessuelles .....	46
5	<b>Zweites Kapitel .....</b>	49
5.1	<i>Die Besichtigungsklausel im Verbrauchergeschäft .....</i>	49
5.2	<i>Die Schutznorm des § 9 KSchG .....</i>	50
5.3	<i>Das Transparenzgebot des § 6 KSchG.....</i>	53
5.4	<i>Das Benachteiligungsverbot des § 879 Abs 3 ABGB .....</i>	53
5.5	<i>Die Inhaltskontrolle gemäß § 846 a ABGB.....</i>	54

5.6	<i>Negative Leistungsbeschreibung bei Konsumenten.....</i>	54
5.7	<i>Die Reichweite einer Besichtigungsklausel bei Konsumenten .....</i>	60
5.8	<i>Die Schutzbestimmung des § 38 WEG .....</i>	61
6	<b>Resümee.....</b>	63
7	<b>Literatur- und Quellenverzeichnis .....</b>	66
8	<b>Judikaturverzeichnis .....</b>	68

Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit wird in dieser Masterarbeit darauf verzichtet alle grammatischen Geschlechterformen anzuführen. Die verkürzte Sprachform beinhaltet keine Wertung und soll ausdrücklich weibliche, diverse und männliche Personen einschließen.

## 2 Einleitung

### 2.1 Thema und Ziel der Arbeit

Bei der Vorbereitung im Zuge eines Liegenschaftskaufvertrages ist es unerlässlich die Liegenschaft bzw. Immobilie zu besichtigen. Dabei kann alles Denkbare untersucht, geprüft und dokumentiert werden. Das ist allerdings mit erheblichen Kosten verbunden. Üblicherweise wird daher, solange es nicht einen Hinweis auf einen Mangel gibt, keine umfassende Überprüfung - wie beispielsweise der technischen Gebäudeausstattung, der Bausubstanz oder der Liegenschaftsbeschaffenheit - durchgeführt. Die Probleme ergeben sich naturgemäß erst nach Vertragsabschluss. Umso wichtiger ist es daher, die potentiellen Rechtsfolgen einer Liegenschaftsbesichtigung zu kennen.

Thema meiner Masterarbeit ist die Besichtigungsklausel in Immobilienkaufverträgen. Eine derartige Klausel soll zur Folge haben, dass für Mängel, die im Zuge einer (ordnungsgemäßen) Besichtigung erkennbar sind, keine Gewähr zu leisten ist.<sup>1</sup> Die Eigenschaften einer Immobilie sollen somit durch die Besichtigung des Kaufobjektes konkretisiert werden. Besichtigungsklauseln finden sich in nahezu jedem Immobilienkaufvertrag, wobei sie unterschiedlich formuliert werden. Im Wesentlichen finden sich formelhaft wiederkehrende Klauseln wie beispielsweise:

*„Die kaufende Partei erklärt hiermit „den Vertragsgegenstand besichtigt zu haben und über den Zustand voll informiert zu sein und auch die umliegenden Liegenschaften, Gebäude, allfällige Gewerbebetriebe sowie Verkehrslage wahrgenommen hat.“;*

oder

*„Der kaufenden Partei ist die Lage, Beschaffenheit und Ausstattung des Kaufobjektes bekannt. Sie hat ihn für geeignet befunden und übernimmt ihn wie besichtigt.“*

---

<sup>1</sup> RIS-Justiz RS0108027.

oder

*„Der Kaufgegenstand ist der kaufenden Partei bekannt. Die Liegenschaft wird, wie sie steht und liegt, erworben“,*

oder

*„Die Vertragsparteien haben das Kaufobjekt besichtigt. Die kaufende Partei hat vor Untertreibung die Möglichkeit gehabt, sich durch Prüfung sämtlicher Verwaltungsunterlagen, insbesondere der Zinslisten und der bezughabenden Mietverträge, ein Bild zu machen“,*

oder

*„Die kaufende Partei hat das Kaufobjekt ausführlich besichtigt und bestätigt, dass das Kaufobjekt die ausdrücklich bedungenen bzw. gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Für eine bestimmte Beschaffenheit, oder für einen bestimmten Zustand der Kaufgegenständlichen Grundstücke wird keine Gewähr übernommen.“*

Wie bereits aus der Formulierung unschwer erkennbar, wird dabei stets dasselbe Ziel verfolgt. Durch den ausdrücklichen Verweis einer Besichtigung, sollen die gesetzlich angeordneten Gewährleistungsrechte des Übernehmers beschränkt beziehungsweise gänzlich ausgeschlossen werden. Die Klausel liegt somit überwiegend im Interesse des Veräußerers. Nachdem das Gewährleistungsrecht an eine vertragswidrige Leistung, sprich an eine Abweichung der vertraglich vereinbarten beziehungsweise gewöhnlich vorausgesetzten Leistung anknüpft, will der Veräußerer durch eine entsprechende Spezifizierung des Geschuldeten von vornherein vermeiden, dass seine Leistung als mangelhaft zu qualifizieren ist. Der Veräußerer zielt somit auf einen Gewährleistungsverzicht ab, welcher jedoch gesetzlich vorgeschriebener Grenzen unterliegt und gerade bei Immobilien häufig für Diskussionsbedarf zwischen den Vertragsparteien sorgt. Ausgehend davon, werde ich einen Schwerpunkt auf den

Anwendungsbereich des Konsumentenschutzgesetzes<sup>2</sup> setzen, welches weitgehende Beschränkungen bei Gewährleistungsansprüchen im Zuge eines Verbrauchergeschäfts normiert. Demnach können Gewährleistungsrechte zum Nachteil des Konsumenten vor Kenntnis des Mangels überhaupt nicht eingeschränkt, geschweige denn ausgeschlossen werden.<sup>3</sup> Nachträgliche Abreden und Verzichte - sprich nach Offenlegung bzw. Unterrichtung eines Mangels - sind jedoch grundsätzlich zulässig<sup>4</sup>, worin ja auch die Intention einer gemeinsamen Besichtigung liegt. Es wird daher die Frage der Reichweite einer rechtswirksamen Beschränkung zu klären sein und welche Mängel im Zuge einer Besichtigung durch den Verbraucher erkannt werden können und ob das Erkennen eines Mangels überhaupt ausreicht die Gewährleistung zu beschränken. Dabei ist insbesondere zu hinterfragen auf welchen Wissens- und Erfahrungsstand bei Verbrauchern abzustellen ist und inwieweit eine ordnungsgemäße Untersuchung verlangt wird. Die Reichweite dieser Klausel werde ich anhand der üblich standardisierten Besichtigungsklausel, der gesetzlich normierten Beschränkungen und der ständigen Judikatur, insbesondere zu der im Gebrauchtwagenhandel üblichen Klausel „wie besichtigt und probegefahren“ detailliert erörtern.<sup>5</sup> Ziel der Arbeit ist dem Vertragsverfasser beziehungsweise den Vertragsparteien einen praxisorientierten Einblick zu ermöglichen. Die Arbeit soll dabei einen Überblick über die möglichen Anspruchsgrundlagen des Käufers gegenüber dem Verkäufer, über die Reichweite von Gewährleistungsverzichten und die Abgrenzung zwischen zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und unzulässiger Gewährleistungsbeschränkung im Liegenschaftsverkehr verschaffen.

## 2.2 Forschungsfragen

Im Zuge der Arbeit sollen insbesondere folgende Forschungsfragen erörtert werden:

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit den Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG) BGBI 1979/140 idF BGBI I 2022/109.

<sup>3</sup> Vgl § 9 KSchG.

<sup>4</sup> Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) zu § 9 KSchG Rz 2.

<sup>5</sup> RIS-Justiz RS0108027, Vgl 4Ob180/97t, der OGH hat bereits ausgeführt, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der im Gebrauchtwagenhandel übliche Besichtigungsklausel auch für unbewegliche Sachen vergleichbar ist.

- 1.) Welche Kriterien sind für eine rechtswirksame Besichtigungsklausel maßgeblich? Welche Reichweite hat der Gewährleistungsausschluss und wie sollte er formuliert werden?
- 2.) Gibt es für Konsumenten eine Obliegenheit, eine Liegenschaft ordnungsgemäß zu besichtigen? Wann ist ein Mangel bei ordnungsgemäßer Besichtigung insbesondere unter Berücksichtigung des Verbraucherschutzes erkennbar? Reicht die Erkennbarkeit eines Mangels für einen Gewährleistungsausschluss aus? Maßstab für eine ordnungsgemäße Untersuchung des Verbrauchers?
- 3.) Reichweite zwischen zulässiger Beschaffenheitsvereinbarungen und unzulässiger Gewährleistungsbeschränkung?

### **3 Erstes Kapitel**

#### **3.1 Allgemeines zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen**

Ungeachtet der Art des Kaufvertrages, - ob Eigentumswohnung, Zinshaus oder Baugrund - die Gewährleistung des Verkäufers ist kaufpreisbildend und damit in vielfacher Hinsicht entscheidend. Vorab ist daher zu klären, wann dem Erwerber Gewährleistungsrechte zustehen. Die Gewährleistung ist das gesetzlich angeordnete Einstehenmüssen des Veräußerers für eine mangelhafte Leistung. Grundvoraussetzung für die Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruchs ist somit das Vorliegen eines Mangels. Gemäß dem ABGB ist der Mangelbegriff dabei stets konkret und im Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe zu beurteilen.<sup>6</sup> In § 922 ABGB normiert der Gesetzgeber, dass ein Mangel insofern vorliegt, als die Sache nicht die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist bzw. nicht der Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und somit nicht der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann. Die Judikatur führt zusammenfassend aus, dass eine Sache mangelhaft ist, wenn der Leistungsgegenstand qualitativ oder quantitativ hinter dem vertraglich Geschuldeten beziehungsweise dem gewöhnlich vorausgesetzten Vertragsinhalt zurückgeblieben ist.<sup>7</sup> Der Mangelbegriff wird dabei in unterschiedliche Gruppen unterteilt, welche an unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpfen. In der folgenden Arbeit beschränken sich die Ausführungen jedoch allein auf Sach- und Rechtsmängel von Liegenschaften, also unbeweglichen Sachen.

##### **3.1.1 Ausdrücklich vereinbart und stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften**

Der Gesetzgeber normiert die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung. Der geschuldete Vertragsgegenstand wird durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die

---

<sup>6</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBI I 2022/145; Vgl 924 ABGB.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0018547, 8Ob57/14m.

ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften bestimmt.<sup>8</sup> Der Begriff der Vertragsmäßigkeit eines Leistungsgegenstands ist somit nicht abstrakt, sondern immer aufgrund des konkreten Kaufvertrages zu beurteilen. Die Vertragspartner können daher eine Sache, die objektiv gesehen mangelhaft ist, durchaus als vertragsgemäß ansehen. In diesem Zusammenhang ist besonders hinzuweisen, dass eine Abweichung vom Vertragsinhalt auch über stillschweigend zugesicherte Eigenschaften bestimmt sein kann, insbesondere durch solche, die der Erwerber einer Liegenschaft beim konkreten Veräußerungsgeschäft als normalerweise vorausgesetzt ansehen darf. Dabei maßgeblich ist, was der Erklärungsempfänger, in den nachstehenden Fallbeispielen in der Regel der Käufer, nach Treu und Glauben aus der Erklärung schließen durfte. Entscheidend sind die Verkehrsauffassung sowie die Natur des Geschäfts. Es ist stets zu klären, was der Vertragspartner (Erwerber) erwarteten durfte, und nicht was der Erklärende (Veräußerer) wollte.<sup>9</sup> Der Prüfung eines Gewährleistungsanspruchs geht daher stets die Ermittlung des Vertragsgegenstands voraus. Ein wesentlicher Streitpunkt kann sich dabei auch aus Werbeaussagen ergeben. Selbst wenn „Dritte“ - zum Beispiel ein Vertragspartner eines Bauträgers - derartige Aussagen tätigen, ist es denkbar, dass eine erweiterte Haftung bejaht wird und sich der Vertragspartner das Verhalten zurechnen lassen muss. Gerade bei Immobilieninseraten - beispielsweise die viel angepriesenen „Luxus“, „Deluxe“ oder „Premium“ Wohnungen (Stichwort „Wohnjuwel“) - kann somit aus den Angaben in der Werbung eine gewisse Vorstellung einer höheren Qualität und Quantität des Vertragsgegenstands<sup>10</sup> ableitbar sein.<sup>11</sup> Allerdings gilt die Vermutung aufgrund des ausdrücklichen Gesetzestextes lediglich für Werbemaßnahmen, die auf öffentlichen Äußerungen beruhen. Werbetätigkeit durch persönliche Gespräche oder im Zuge einer

---

<sup>8</sup> RIS-Justiz RS0018547 [T 5], 1 Ob 166/20y.

<sup>9</sup> RIS Justiz RS0114333.

<sup>10</sup> Vgl Ofner in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 922 ABGB Rz 20.

<sup>11</sup> Vgl Art 2 Abs 2 lit d Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Allerdings gilt die Richtlinie nur für beweglichen Sachen und ist gemäß 2 Abs 4 der RL erkennbar, dass geäußerte Eigenschaften Vertragsinhalt werden müssen um bei der Gewährleistung berücksichtigt werden zu können.

Besichtigung der Immobilie fällt daher nicht in den Anwendungsbereich des § 922 Abs 2 ABGB.<sup>12</sup>

### **3.1.2 Die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Immobilie**

Von besonderer Relevanz für diese Arbeit sind weiters die sogenannten stillschweigend bedungenen Eigenschaften, da der Käufer bei Vorliegen einer ausdrücklichen Zusage so oder so – ohne die Ware besichtigen zu müssen - auf die Eigenschaft vertrauen darf. Da regelmäßig keine detaillierte Darstellung der Liegenschaft im Kaufvertrag aufgenommen wird - was bei größeren Bauwerken und Grundstücken auch schwer möglich ist - liegt der Streitpunkt insbesondere in den vorausgesetzten Eigenschaften. Sie sind deshalb von Relevanz, da im Zuge eines Vertragsgesprächs typischerweise nicht alle Merkmale einer Liegenschaft oder eines Bauwerks besprochen werden. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften müssen auch nicht gesondert vereinbart werden und sind bereits aufgrund ihrer Natur Vertragsinhalt.<sup>13</sup> Sie gelten als stillschweigend vereinbart und müssen nicht im Kaufvertrag miteinbezogen werden, um haftungsbegründend zu sein. Die Parteien müssen davon ausgehen, dass die bestimmte Eigenschaft geradezu als Bedingung des Kaufvertrages zugesichert worden ist. Welche Eigenschaften das sind, ist immer auf Grundlage des jeweiligen Vertragsgegenstands zu bestimmen. Entscheidend ist, was der Erwerber im Zusammenhang mit dem konkreten Kaufobjekt erwarten darf. Dabei ist insbesondere auf die verkehrstypische Verwendung von Immobilien abzustellen. Doch was darf ein Käufer beim Liegenschaftskauf vernünftigerweise erwarten, ohne dass es einer gesonderten Vereinbarung bedarf? Ohne gegenteilige Ausführungen, darf beispielsweise beim Kauf einer Kfz-Abstellfläche erwartet werden, dass der Parkplatz so beschaffen ist, dass Autos auf der erworbenen Fläche parken können. Dabei sind nicht nur die Bodenverhältnisse, sondern im Zweifel auch öffentlich-rechtliche

---

<sup>12</sup> OGH 22.06.2011, 2Ob176/10m = immolex 2011,280/93 (*Prader*) - immolex 2011/93 (*Prader*) = Zak 2011/705 S 376 - Zak 2011,376 = RdW 2011/736 S 734 - RdW 2011,734 = wobl 2012,204/76 (*Limberg*) - wobl 2012/76 (*Limberg*) = ecolex 2012/119 S 299 - ecolex 2012,299 = Zak 2012/499 S 260 (*Limberg*) - Zak 2012,260 (*Limberg*) = RZ 2012,67 EÜ41 - RZ 2012 EÜ41 = MietSlg 63.119 = MietSlg 63.120 = MietSlg 63.201 = MietSlg 63.548 (10) = Zak 2012/757 S 403 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) - Zak 2012,403 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht).

<sup>13</sup> Vgl § 923 ABGB.

Genehmigungen mitumfasst.<sup>14</sup> Als weiteres (bildhaftes) Musterbeispiel kann die Dachkonstruktion eines Gebäudes genannt werden. Ohne gegenteilige Abreden muss erwartet werden, dass ein Dach dichthält und es nicht ins Innere hineinregnet. Zur Verdeutlichung kann auch auf die Entscheidung 1 Ob 71/15 w hinsichtlich eines Gebrauchtwagenkauf verwiesen werden. Bei einem Autokauf kann erwartet werden, dass ein Motor mehr als 23 Monate funktionsfähig ist. Erleidet ein Motor nach 23 Monaten einen Totalschaden aufgrund mangelhafter Motorteile, fehlt es dem Auto an einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft. Die Beurteilung, was der Erwerber an Eigenschaften voraussetzen darf, ist daher konkret vom Kaufgegenstand abhängig und immer als Erstes bei einer Auslegung des Kaufvertrages zu prüfen. Maßgeblich ist somit die rein objektive Verkehrsauffassung.<sup>15</sup> Demnach darf ein Käufer bei einer neu erbauten oder generalsanierten Eigentumswohnung andere Eigenschaften voraussetzen als der Käufer einer gebrauchten<sup>16</sup> Wohnung. Keine Probleme stellt somit ein Neubau dar, da gänzliche Neuwertigkeit – sprich Mangelfreiheit - vorausgesetzt wird. Hinsichtlich der Mangelfreiheit wäre selbst eine etwaige Verzichtserklärung nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts sittenwidrig.<sup>17</sup> Bedeutend schwieriger erweist sich die Rechtslage bei gebrauchten Immobilien. Gemeint sind Bauwerke, die aufgrund ihres Alters bereits Alterserscheinungen mit sich bringen. Der Veräußerer schuldet eben keinen Neubau, sondern lediglich eine - von der Art der Nutzung abhängige - brauchbare Sache. Wie auch aus der Judikatur zu „Gebraucht-Fahrzeugen“ hervorgeht, muss der Käufer dabei Verschleiß- und Abnutzungsmängel hinnehmen.<sup>18</sup> Insofern ist auch denkbar, dass Risiko für weitreichende Reparaturen auf den Käufer zu übertragen. Naturgemäß macht es dabei einen Unterschied, ob ein zehn Jahre altes Bauwerk gekauft wird oder eine vierzig Jahre altes Bauwerk, welches sich möglicherweise am Ende seiner Lebenszeit befindet. Es muss also nochmals innerhalb der „Gebraucht“ Kategorie unterschieden werden. Für

---

<sup>14</sup> OGH 23.2.2022, 3 Ob 18/22a.

<sup>15</sup> RIS-Justiz RS0114333.

<sup>16</sup> Vgl Welser/Jud, Gewährleistung, § 9 KSchG, Rz 10, gebrauchte Sachen sind solche, die tatsächlich schon im Gebrauch gestanden sind.

<sup>17</sup> Eine Verzichtserklärung im Zuge eines Kaufvertrages einer fabrikneuen Sache ist sittenwidrig. Vgl dazu 5 Ob 685/80 = JB1 1982, 647; 1 Ob 277/98 m = RdW 1999, 196.

<sup>18</sup> RIS-Justiz RS0018466, OGH 6 Ob240/19s.

Gebäude kann beispielsweise als Richtwert<sup>19</sup> die durchschnittliche Lebenszeit eines Gebäudes herangezogen werden. Schließlich ist es auch möglich eine desolate Liegenschaft bei entsprechender vertraglicher Regelung zu verkaufen. Allerdings ist stets zu beachten, dass auch bei gebrauchten Immobilien konkludent je nach Zweck der Immobilie Eigenschaften zugesichert werden können. Eine konkludente Zusage des Veräußerers ist wiederum gegeben, wenn aus Sicht des Erklärungsempfängers ohne Zweifel geschlossen werden kann, dass er eine bestimmte Eigenschaft zusagen will.<sup>20</sup> Ein allgemein rechtsgeschäftlicher Verzicht wird durch die (schlüssige) Zusage einer bestimmten Eigenschaft beschränkt<sup>21</sup>. Wie bereits angemerkt, haben die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften Vorrang. Es ist daher immer zu hinterfragen, ob ein erkennbarer Zweck des Kaufgegenstands vorliegt. Insofern ist eine gewisse Aufklärungspflicht des Veräußerers ableitbar. Kennt - aus der Sicht des Erwerbers - der Verkäufer die gewünschte Eigenschaft bzw hätte er sie erkennen müssen, so kann bei Nichtaufklärung über die Utauglichkeit die Eignung als stillschweigend zugesagt angesehen werden.<sup>22</sup> Bei Unterlassung einer nach Treu und Glauben berechtigt erwarteten Aufklärung darf allerdings nicht ohne weiteres eine schlüssige Zusage angenommen werden, wenn der Erwerber keine Auskünfte oder Belehrungen verlangt.<sup>23</sup> Wenn jedoch der Verkäufer die Wichtigkeit der tatsächlich fehlenden Eigenschaft für den Käufer kennt, haftet er bei Nichtaufklärung über das Fehlen der berechtigt erwarteten Eigenschaft grundsätzlich dafür.<sup>24</sup>

Derartige Alterserscheinungen spielen in der Praxis eine wichtige Rolle und sorgen - nicht zuletzt aufgrund der enormen Sanierungskosten - für unliebsame Überraschungen. So kann etwa ein auffallend niedriger Kaufpreis ein Indiz dafür sein, dass bestimmte

---

<sup>19</sup> Vgl die Restnutzungsdauer eines Gebäudes bei der Bewertung einer Liegenschaft. Gemeint ist eine wirtschaftliche Restnutzungsdauer, die angibt wie viele Jahre das Bauwerk bei ordnungsgemäßer Instandhaltung und Bewirtschaftung noch genutzt werden kann (übliche Gesamtnutzungsdauer - Alter des Gebäudes = Restnutzungsdauer), Vgl dazu *Kranewitter, Liegenschaftsbewertung*<sup>7</sup> (2017), Seite 75.

<sup>20</sup> *Oflner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar Band*<sup>5</sup> § 922 ABGB, Rz 17.

<sup>21</sup> RIS-Justiz RS0018523.

<sup>22</sup> RIS-Justiz RS0018468.

<sup>23</sup> Vgl OGH 21.5.2007, 8 Ob 36/07p = Zak 2007/611 S 354 - Zak 2007,354 = RdW 2008/37 S 80 - RdW 2008,80 = MietSlg 59.106 = HS 38.295 = ZLB 2012/64 S 97 - ZLB 2012,97.

<sup>24</sup> RIS-Justiz RS0018468.

negative Eigenschaften des Kaufgegenstands nach der Vorstellung der Parteien keinen Mangel darstellen sollen.<sup>25</sup> Doch auch wenn eine Jahrzehnte alte Wohnung zu einem niedrigen Preis verkauft wird, kann aufgrund des Wohnzwecks eine Betriebs- und Verkehrssicherheit<sup>26</sup> erwartet werden, für die der Veräußerer auch Gewähr leisten muss. Dies sollte beispielsweise bei einem desolaten - einsturzgefährdeten - Bauwerk beachtet werden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften auch von der Informationspflicht des Maklers, welche bei Immobilientransaktionen regelmäßig hinzugezogen werden, umfasst sein können.<sup>27</sup> Demnach soll der Makler den Erwerber etwa über die Beschaffenheit des Kaufobjekts und dessen Eignung für die vorgesehene Nutzung informieren, soweit diese Umstände dem Erwerber als Laien nicht erkennbar sind.<sup>28</sup> Der Makler ist Sachverständiger im Sinne der erweiterten Haftung des § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen.<sup>29</sup> Diesbezüglich besteht eine erweiterte Haftung des Maklers.

Um die bisherigen Ausführungen und die noch zu erörterten Rechtsfolgen abschätzen zu können, ist es essentiell die Mängel an unbeweglichen Sachen wie folgt konkret einzugrenzen.

### 3.1.3 Behebbarer und unbehebbarer Mangel

Für diese Arbeit bemerkenswert ist jedenfalls die Unterscheidung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln. Sofern ein Mangel mit tragbaren wirtschaftlichen Mitteln

---

<sup>25</sup> OGH 22.06.2011, 2Ob176/10m = immolex 2011,280/93 (*Prader*) - immolex 2011/93 (*Prader*) = Zak 2011/705 S 376 - Zak 2011,376 = RdW 2011/736 S 734 - RdW 2011,734 = wobl 2012,204/76 (*Limberg*) - wobl 2012/76 (*Limberg*) = ecolex 2012/119 S 299 - ecolex 2012,299 = Zak 2012/499 S 260 (*Limberg*) - Zak 2012,260 (*Limberg*) = RZ 2012,67 EÜ41 - RZ 2012 EÜ41 = MietSlg 63.119 = MietSlg 63.120 = MietSlg 63.201 = MietSlg 63.548 (10) = Zak 2012/757 S 403 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) - Zak 2012,403 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht).

<sup>26</sup> Vgl dazu Punkt 5.6. dieser Arbeit „negative Leistungsbeschreibung bei Konsumenten“.

<sup>27</sup> Vgl *Kriegner* aaO 87 ff mwN.

<sup>28</sup> OGH 28.5.2002, 4 Ob 8/02h = wbl 2002,420 = EvBl 2002/168 S 644 - EvBl 2002,644 = bbl 2002,218 = RdW 2003,16 = immolex 2003,57 = MietSlg 54.545 (16) = Assem, ImmZ 2006,393.

<sup>29</sup> RIS-Justiz RS0109996, 1 Ob 209/02w, 4 Ob 186/10x.

beseitigt werden kann, liegt ein behebbarer Mangel vor, alle übrigen Mängel sind unbehebbar.<sup>30</sup> Im allgemeinen Gewährleistungsrecht wird die wirtschaftliche Unbehebbarkeit der tatsächlichen Unbehebbarkeit des Mangels gleichgesetzt. Ob eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt, wird danach beurteilt, ob sich der Mangel mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln beseitigen lässt.<sup>31</sup> Weist die Leistung einen behebbaren Mangel auf, ist die Vertragserfüllung weiterhin möglich. Somit liegt auch ein Verzugsfall gemäß § 918 ABGB vor, weshalb unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurückgetreten werden kann.

### **3.1.4 Abgrenzung Sach- und Rechtsmangel**

Sachmängel sind Substanzbeeinträchtigungen, wie beispielsweise Beschädigungen oder Beeinträchtigungen der Funktionalität. Hingegen liegt ein Rechtsmangel vor, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht die vertraglich vereinbarte Rechtsposition verschafft. Darunter fallen privatrechtliche Nachteile, wie etwa bucherliche oder außerbücherliche Lasten (sonstige Rechte Dritter), wodurch dem Käufer nicht das nach dem Vertrag vorgesehene Recht (uneingeschränkt) verschafft wird. Auch als Rechtsmängel deklariert werden allfällige öffentlich-rechtliche Nachteile, wie etwa das Fehlen einer bau- oder gewerbebehördlichen Bewilligung<sup>32</sup>. Eine konkrete Abgrenzung kann dabei durchaus schwierig sein, ist aber wichtig für den Übergabezeitpunkt. Bei Rechtsmängeln beginnt die Gewährleistungsfrist nämlich nicht am Tag der Übergabe<sup>33</sup>, sondern erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Abgesehen davon, werden Sach- und Rechtsmängel grundsätzlich gleich behandelt<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> RIS-Justiz RS0041462.

<sup>31</sup> Vgl *Ofner* in *Schwinmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 932, Rz 21.

<sup>32</sup> OGH 5.8.2003, 7 Ob 184/03i = ecolex 2003,908 = RdW 2004,96 = ZIK 2004,23 = immolex 2004,52 = MietSlg 55.144 = MietSlg 55.211 = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht).

<sup>33</sup> OGH 27.11.2019, 5 Ob 119/19i.

<sup>34</sup> RIS-Justiz RS0018480.

### **3.1.5 Geheime Mängel**

Ein weiterer fundamentaler Begriff ist der in der Baupraxis in diesem Zusammenhang oft anzutreffende „verdeckte Mangel“, wobei dieser Begriff irreführend ist, da „unverdeckte“ Abweichungen der vertragsgemäßen Leistung per se nicht als Mangel zu sehen sind, sofern sie nicht gerügt werden<sup>35</sup>. Richtigerweise wird von einem geheimen Mangel gesprochen. Geheim ist ein Mangel dann, wenn er bereits bei Übergabe vorlag, allerdings nicht erkennbar war. Gerade bei Immobilien treten bautechnische Mängel verzögert auf und können sehr kostspielig sein. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof werden geheime Mängel jedenfalls nicht von einer Besichtigungsklausel umfasst.<sup>36</sup> Wird die Renovierungsbedürftigkeit einer Liegenschaft bezeichnet und bereits im Kaufpreis berücksichtigt, soll der Käufer zwar in diesem Umfang auf die Gewährleistung verzichten, nicht aber generell auf alle Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus Mängeln, deren Ausmaß noch nicht eingeschätzt werden konnte. Die Klausel kann auch nicht als Verzicht für nachträgliche Einwendungen gewertet werden, da diese Auslegung wiederum den allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen verstößen würde. In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist die in der Praxis häufig auftretende Problematik im Hinblick auf sogenannte Errichtungs- und Verwertungsgesellschaften, auch „SPV Gesellschaften“<sup>37</sup> genannt. Diese juristischen Personen - in der Regel eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung - werden gegründet um nach Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist und Auszahlung des Haftrücklasses gemäß dem BVTG<sup>38</sup> aufgelöst zu werden. Dem Erwerber steht in der Folge kein Vertragspartner zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber, da die Gesellschaft nicht mehr existiert.

---

<sup>35</sup> Wenusch, Praktisches Bau(rechts)lexikon - Gewährleistung, ZRB 2012, XXXV Heft 4. 1.12.2012.

<sup>36</sup> Vgl OGH 25.03.1952, 2 Ob 218/52.

<sup>37</sup> Unter der gebräuchlichen internationalen Bezeichnung SPV (englisch, Special Purpose Vehicle) versteht man eine Einzelzweckgesellschaft.

<sup>38</sup> Bundesgesetz, mit dem Regelungen über den Erwerb von Rechten an Gebäuden und Wohnungen von Bauträgern getroffen werden (Bauträgervertragsgesetz – BTVG) idF BGBl. I Nr. 159/2013. Der Haftrücklass ist in § 4 Abs 4 BVTG geregelt. Im Anwendungsbereich des Bauträgervertragsgesetzes sieht der Gesetzgeber zum Schutz der Käuferinteressen einen (mindestens) 2%igen Haftrücklass vor, welcher zumindest für drei Jahre einzubehalten ist.

### **3.1.6 Arglist**

Selbstverständlich kann sich der Übergeber nicht auf eine Besichtigungsklausel berufen, wenn er den Mangel bewusst verschwiegen hat. Das ergibt sich nicht nur aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern insbesondere aus § 928 ABGB. Im Falle einer bewussten Irreführung kann sich der Veräußerer auch nicht auf die Offenkundigkeit<sup>39</sup> eines Mangels und somit nicht auf eine gemeinsame Besichtigung berufen. Abgegebene Willenserklärungen sind bei Arglist zudem nach den Bestimmungen des §§ 870 ff ABGB anfechtbar.

In diesem Zusammenhang – insbesondere beim Immobilienkauf erwähnenswert – ist bei abgehängten Decken Vorsicht geboten. Eine verringerte Deckenhöhe ist sehr beliebt, da sie eine energiesparende und schalldämpfende Wirkung erzeugt. Sichtbar ist nicht die ursprüngliche Zimmerdecke, sondern die Abhangdecke, welche auch regelmäßig Kabel und Leitungen unsichtbar machen. Problem dabei ist, dass das Alter und die Beschaffenheit einer Massivdecke – somit die wahre Beschaffenheit der Bausubstanz – nicht erkennbar ist.

### **3.1.7 Offenkundige Mängel**

Wie bereits erwähnt gibt es auch den Begriff der offenkundigen Mängel. Der Erwerber kann sich nicht auf die Mangelhaftigkeit berufen, wenn er die Untauglichkeit erkennen konnte (beziehungsweise ihm die Untauglichkeit hätte auffallen müssen). Das gilt natürlich nicht, wenn die Mangelfreiheit ausdrücklich vereinbart worden ist. Ein auffallend niedriger Kaufpreis kann in diesem Zusammenhang berechtigterweise Anhaltspunkte geben, dass bestimmte negative Eigenschaften des Kaufobjektes nach der Vorstellung der Vertragsparteien nicht mangelhaft sind. Neben der allgemeinen Regelung des § 928 ABGB normiert der Gesetzgeber im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachen eine eigene Vorschrift für privatrechtliche Lasten<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Vgl Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 928 (Stand 1.1.2016), rdb.at, Rz 17.

<sup>40</sup> Vgl § 442 ABGB.

### **3.1.8 Gewährleistungsfrist**

Die Frist zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei unbeweglichen Sachen beträgt gemäß § 933 ABGB drei Jahre ab Übergabe<sup>41</sup>. Außerhalb des Verbraucherschutzes kann diese Frist frei festgelegt werden. Die Vertragsparteien haben daher die Möglichkeit den Beginn und die Dauer der Gewährleistungsfrist abweichend zu regeln<sup>42</sup>. Im Verbrauchergeschäft besteht keine Möglichkeit die Frist zu verkürzen oder an vertragliche Voraussetzungen zu knüpfen. Im Gegensatz zu beweglichen Sachen gelten diese Ausführungen auch für gebrauchte (nicht neuwertige) Immobilien.<sup>43</sup> Die absolute Verjährungsfrist beträgt jedenfalls 30 Jahre. Für geheime Mängel (siehe Punkt 3.1.5) ist die Frist abhängig von einer Erkundungsobliegenheit, wobei in der Literatur und Lehre aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Bestimmung über den Beginn der Gewährleistungsfrist Meinungsverschiedenheiten herrschen. Strittig ist, wann die Gewährleistungsfrist bei nicht erkennbaren Mängeln beginnt. Entgegen anderer Lehrmeinungen<sup>44</sup> teile ich die Meinung, dass sich die Unerkennbarkeit eines Sachmangels nicht auf den gesetzlich vorgesehenen Fristenlauf bei der Gewährleistung auswirken sollte. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob die Vertragsparteien einen Konsens über eine Regelung bezüglich des Beginns und der Dauer der Gewährleistungsfrist erzielt haben, welcher die Dispositivregel des § 933 ABGB verdrängt. Die Meinung von Lessiak, dass das verschuldensunabhängige Einstehenmüssen des Übergebers

---

<sup>41</sup> Gemäß § 933 Abs 1 ABGB beginnt die Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln mit der Ablieferung der Sache (Übergabe), bei Rechtsmängeln hingegen erst mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen. Während die hL den Beginn der Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln - dem Wortlaut des § 933 Abs 1 ABGB idF vor GRUG folgend - mit der tatsächlichen Kenntnis des Mangels ansetzte, ließ die bisherige Judikatur (zB 1 Ob 43/92) die Erkennbarkeit des Mangels genügen, siehe näher *Kolmasch, Kraus/Spendel, Zum Beginn der Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln gemäß § 933 Abs 1 ABGB*, ecolex 2022/172, 266., Zak 2022/258.

<sup>42</sup> Vgl § 933 ABGB letzter Satz.

<sup>43</sup> Vgl § 10 Abs 4 VGG. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen der Regelung des früheren § 9 KSchG Satz 2. Aufgrund dieser Norm kann hinsichtlich gebrachter beweglicher Sachen eine kürzere Gewährleistungspflicht bis zu einer zeitlichen Untergrenze von einem Jahr vereinbart werden.

<sup>44</sup> Für die neue Rechtslage hat *P. Bydlinski* das Beispiel der Dachziegel gebildet, welche dreißig Jahre halten sollen, jedoch bereits nach fünf Jahren, aufgrund eines Produktionsfehlers, undicht werden, siehe näher *P. Bydlinski, Verbesserung und Verjährung*, JBL 2018, 2. Im Zusammenhang mit diesem Beispiel spricht *P. Bydlinski* sich dafür aus, dass eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist unabdingbar ist, da der Übernehmer sonst bereits im Vorhinein rechtlos gestellt würde.

rechtssicher und objektiv nachvollziehbar begrenzt sein soll, ist für mich nachvollziehbar.<sup>45</sup> Die Gewährleistungsfrist sollte nicht unverhältnismäßig lange aufrecht gehalten werden, da ansonsten gerade bei Immobilien mit einer Überflutung von Ansprüchen gerechnet werden muss. Außerdem würde der Beginn einer allgemeinen Frist an individuelle Umstände geknüpft werden. Auch Wenusch teilt diese Rechtsansicht und sieht bei einer gegenteiligen Beurteilung eine massive Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.<sup>46</sup> Zu betonen ist allerdings, dass die Frage des Beginns der Gewährleistungsfrist nicht mit der Frage vermischt werden darf, ob überhaupt ein Mangel vorliegt.<sup>47</sup> Dieser Grundsatz ist insbesondere für die Auslegung von Besichtigungsklauseln heranzuziehen.

Folgt man dieser – wie ich finde, plausiblen – Darstellung, beginnt die Gewährleistungsfrist im Ergebnis mit der tatsächlichen Übergabe. Eigens vereinbarte Abreden sind davon ausgenommen. Gegenteilige Abreden hat somit der Übernehmer bei den Vertragsverhandlungen einzukalkulieren. Das Risiko sollte jedenfalls in der Kaufpreissumme berücksichtigt werden. Zu Recht sollen diese Ausführungen allerdings nicht bei Härtefällen gelten. Wenn die Kenntnis des Kausalzusammenhangs und bei verschuldensabhängiger Haftung die Kenntnis der Umstände, Fachwissen voraussetzen, beginnt der Fristenlauf der Verjährung regelmäßig erst dann zu laufen, wenn der Geschädigte durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat.<sup>48</sup>

### 3.1.9 Gewährleistungsbehelfe

Der Übernehmer des Kaufgegenstands kann wegen eines Mangels entweder die Verbesserung des Mangels oder den Austausch der Sache verlangen. Gemäß § 932 ABGB stehen dem Erwerber erst nach diesen sogenannten primären Gewährleistungsbehelfen auch die Kaufpreisminderung oder Vertragsauflösung zu. Beim

---

<sup>45</sup> Lessiak, der verdeckte Mangel, in FS Georg Karasek, Lessiak Karasek Festschrift (2018) 568.

<sup>46</sup> Wenusch, „Und immer, immer wieder: Der verdeckte/ versteckte/ geheime Mangel“, ZRB 2017, 87 f.

<sup>47</sup> Lessiak, der verdeckte Mangel, in FS Georg Karasek, Lessiak Karasek Festschrift (2018) 541.

<sup>48</sup> RIS-Justiz RS0034603 [T23].

Immobilienkauf schuldet der Veräußerer in erster Linie die Verbesserung, da es sich bei Liegenschaften um eine Speziesschuld - sprich keine austauschbare Sache - handelt. Es wird eine ganz bestimmte Sache geschuldet.<sup>49</sup> Da der Leistungsgegenstand nicht nach generellen, sondern nach individuellen Merkmalen festlegt wird scheidet ein Austausch bei den Gewährleistungsbehelfen aus. Nach Reischauer sind hiervon Fertigteilhäuser<sup>50</sup> ausgenommen. Scheitert ein Verbesserungsversuch, kann der Käufer sofort auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe umsteigen. Sofort bedeutet, dass es unerheblich ist ob ein weiterer Verbesserungsversuch angeboten wird. Der Käufer muss dem Veräußerer also keine „dritte“ Chance<sup>51</sup> einräumen.

### **3.2 Typische Mängel beim Liegenschaftskauf – die mangelhafte Immobilie**

Die Bestimmungen des Gewährleistungsrechts kommen nur zu Anwendung, wenn eine vertragswidrige Leistung erbracht wurde. Um zu prüfen welche Eigenschaften bei einer Immobilie gewöhnlich vorausgesetzt werden beziehungsweise welche Mängel im Zuge einer Besichtigung erkennbar sind, ist es essenziell zu wissen, welche nicht ganz untypischen Mängel bei einem Liegenschaftskauf in der Praxis auftreten. Dabei ist stets auf eine objektive Betrachtung eines Durchschnittsmenschen abzustellen. Unter diesem Punkt soll daher erörtert werden, welche Mängel an Immobilien und Liegenschaften typischerweise auftreten, um die vertragliche Leistung besser einzugrenzen zu können. Die Abgrenzung eines Mangels ist nicht nur für die Gewährleistungsbehelfe wesentlich, vielmehr ist sie für die ordnungsgemäße Untersuchung einer Immobilie und somit für die Besichtigungsklausel ausschlaggebend.

---

<sup>49</sup> OGH 13.12.2011, 5 Ob 127/11d = Zak 2012/61 S 35 - Zak 2012,35 = RdW 2012/272 S 274 - RdW 2012,274 = bau aktuell 2012/7 S 151 - bau aktuell 2012,151.

<sup>50</sup> Vgl Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 932 Rz 10.

<sup>51</sup> Vgl Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar<sup>6</sup>, § 932 Rz 6.

### **3.2.1 Baugrundstück**

Hinsichtlich mangelhafter Baugrundstücke gibt es eine Vielzahl an Judikatur.<sup>52</sup> Häufigster Anwendungsfall in der Praxis sind neben dem Fehlen von öffentlich-rechtlichen Bewilligungen, mangelhafte beziehungsweise kontaminierte Bodenverhältnisse. Es ist daher Vorsicht geboten, die gänzliche Freiheit von einer möglichen Beeinträchtigung durch negative Umwelteinflüsse zu vereinbaren. Diesbezüglich empfohlen wird ein Blick in den vom Umweltbundesamt online abrufbaren Altlastenatlas, welcher detaillierte Informationen über jedes Bundesland bietet.<sup>53</sup> Selbst wenn der Altlastenatlas laut herrschender Meinung nicht unter die öffentlichen Bücher gemäß § 928 ABGB fällt<sup>54</sup>, sollte die Liegenschaft jedenfalls auf Altlasten überprüft werden. Wer beispielsweise zu einem niedrigen Preis ein aufgelassenes Fabriksgelände erwirbt, darf sich grundsätzlich nicht darüber beschweren, dass der Boden mit Altlasten wie beispielsweise Chemikalien, Altöl oder anderen Sonderabfällen, die beim Betrieb der Fabrik angefallen sind, kontaminiert ist.<sup>55</sup> Im Ergebnis ist dabei immer auch die Widmung als ausschlaggebend für den bedungenen Zweck anzusehen. Auf einem Baugrundstück darf beispielsweise erwartet werden, dass keine Muren-, Lawinen- oder Hochwassergefahren vorliegen.

### **3.2.2 Technische Baumängel**

Baumängel sind unzureichende Zustände technischer Natur und nicht „bewilligungswidrige“ Bauführungen.<sup>56</sup> Als fundamentaler Begriff ist dabei jeweils der „Stand der Technik“ hervorzuheben. Der Stand der Technik ergibt sich wiederum aus den bautechnischen Normen, wie insbesondere die jeweiligen Bauordnungen in den

---

<sup>52</sup> RIS-Justiz RS0114333; 7 Ob 156/16s, siehe näher bau aktuell 2016, 216. Siehe auch jüngste Rechtsprechung (5 Ob 119/19i-Zak 2020/163) betreffend eines Schmutzwasserkanals auf einen unbebautem Grundstück; oder 1 Ob 183/00v = EvBl 2001/48 (Fehlen der nach der Verkehrsübung erwartbaren Eigenschaften einer Eigentumswohnung); 9 Ob 50/10h = JBl 2011, 40 (P. Bydlinski - natürliche Bodenverhältnisse bei Einfamilienhaus); Vgl auch OGH 15.11.2007, 2 Ob 209/07k, OGH 23.11.2010, 8 Ob 7/10b , OGH 13.02.2007, 4 Ob 3/07f.

<sup>53</sup> Abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.at/altlasten/altlastenatlas> (abgefragt am 1.11.2022).

<sup>54</sup> Vgl *Reischauer in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 928 ABGB Rz 38.

<sup>55</sup> OGH 13.09.1955, 7 Ob 562/94; 10 Ob 2066/96p mwN.

<sup>56</sup> Vgl VwGH 05 0181/2004 = bbl 2007/37 (53).

Landesgesetzen, die einzelnen Bautechnikverordnungen, die OIB Richtlinien und schließlich die nationalen und international vorgegebenen Ö-Normen<sup>57</sup>. Ö-Normen haben insbesondere eine große Bedeutung bei der Verkehrsauffassung, weil sie den Stand der für betroffene Kreise geltenden Regeln der Technik widerspiegeln und daher auch regelmäßig als gewöhnlich vorausgesetzt werden können<sup>58</sup>. Das trifft meiner Meinung jedoch überwiegend auf werkvertraglicher Ebene zu und weniger bei Kaufverträgen über Liegenschaften. Anhand der Normenflut und der Beteiligung mehrerer (Sub)Unternehmen herrscht dabei erhöhtes Konfliktpotential. Die häufigsten Baumängeln in der Baubranche sind, Feuchtigkeitsschäden aller Art, Baumängel bei den Installationen, Wasserleitungen oder auch der Elektrik, Risse in den Wänden oder im Boden, Baumängel bei der Wärmedämmung und Schallisolierung und schließlich der unsachgemäße Einsatz von (falschen) Baumaterialien. Hervorzuheben ist, dass gerade die bautechnischen Normen nach der Rechtsprechung einen wesentlichen Hinweis für die bereits angesprochene Verkehrsüblichkeit darstellen.<sup>59</sup> Auch erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist das Bundesgesetz über die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises beim Verkauf von Gebäuden.<sup>60</sup> Demnach haben Verkäufer bei Vertragsabschluss einen Energieausweis über das Gebäude oder die Wohnung vorzulegen. Die im vorzulegenden Energieausweis<sup>61</sup> angegebenen Energiekennzahlen für das Gebäude gelten als zugesicherte Eigenschaft iSd § 922 Abs 1 ABGB.

### 3.2.3 Baukonsens

Oftmals werden Immobilien im Laufe der Nutzungsdauer verändert. Handelt es sich dabei um nicht un wesentliche Veränderungen (zum Beispiel die Zusammenlegung zweier Wohnungen oder der Durchbruch einer tragenden Wand) kann es durchaus sein, dass die

---

<sup>57</sup> Unter Ö-Normen sind nationale ebenso wie übernommene Europäische und/oder Internationale Normen (z.B EN, ISO) beschrieben.

<sup>58</sup> OGH 20.09.1994, 5 Ob 540/94.

<sup>59</sup> OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95.

<sup>60</sup> Bundesgesetz über die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises beim Verkauf und bei der In-Bestand-Gabe von Gebäuden und Nutzungsobjekten (Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012 – EAVG 2012) idF BGBl. I Nr. 27/2012.

<sup>61</sup> Vgl § 6 EAVG 2012.

Immobilie im Falle eines Weiterverkaufs, nicht mehr dem Baukonsens entspricht beziehungsweise von den Plänen abweicht.

### 3.2.4 Immissionen (Lichtentzug, Lärm, etc)

Neben der Frage nach nachbarrechtlichen Unterlassungsansprüchen und der Ortsüblichkeit,<sup>62</sup> kann es sich insbesondere um einen Rechtsmangel handeln, wenn die Liegenschaft nicht der vertraglich festgelegten Vereinbarung entspricht. Als Beispiel kann hier die aktuelle Entscheidung 5 Ob 40/21 z angeführt werden, wo es um einen mittels Werbeaussagen angepriesener unverbauter Panoramablick ging. Der Oberste Gerichtshof erachtete den unverbauten Panoramablick als rechtfertigendes Kriterium für einen Gewährleistungsanspruch. Dass am allgemeinen Immobilienmarkt für Immobilien mit einem freien (Panorama-)Blick eine höhere Nachfrage und folglich höhere Preise erzielt werden, liegt auf der Hand. Aus Sicht des Obersten Gerichtshofs handelte es sich dabei nicht „*um einen rein subjektiven Wert einer besonderen Vorliebe ohne objektiv nachvollziehbare Grundlage, der bei der Wertermittlung allenfalls auszuscheiden wäre*“<sup>63</sup> beziehungsweise um „einen bloßen Liebhaberwert, der nur für eine bestimmte Person oder einen begrenzten Personenkreis aus rein subjektiven Erwägungen oder ungewöhnlichen persönlichen Umständen von geldwertem Interesse ist“.<sup>64</sup> Derartige Umstände sind daher erheblich und lösen Gewährleistungsansprüche aus. Schließlich wurde die Frage ob es sich bei einem unverbaubaren Panoramablick auch um eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft handelt, nicht beantwortet, da die Mängelhaftigkeit aufgrund des konkreten Veräußerungsvertrages bereits gegeben war.

### 3.2.5 Öffentlich-rechtliche Lasten – Privatrechtliche Lasten

Das Fehlen behördlicher Genehmigungen indiziert genauso einen Rechtsmangel, wie die Beschränkung des vertraglich vereinbarten Nutzungsrechts.<sup>65</sup> Nachdem derartige Rechte

---

<sup>62</sup> Vgl 864a ABGB.

<sup>63</sup> RIS-Justiz RS0053719.

<sup>64</sup> RIS-Justiz RS0086317; siehe näher Zoppel in Schwimann/Kodek ABGB<sup>5</sup> § 305 Rz 12.

<sup>65</sup> OGH 23.2.2022, 3 Ob 18/22a.

bzw. Lasten in der Regel an eine Eintragung im Grundbuch anknüpfen, ist in diesem Zusammenhang nochmals auf offenkundigen Mängel gemäß § 928 ABGB zu verweisen. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu anzumerken, dass alleine aus dem Grundbuchstand nicht auf die uneingeschränkte (privatrechtliche) Lastenfreiheit geschlossen werden kann. Mängel an der Kaufliegenschaft können sich auch aus ersessenen Rechten<sup>66</sup> und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen ergeben. In der höchstgerichtlichen Entscheidung 6 Ob 390/97 i beispielsweise ging es um eine Legal servitut, konkret ein Leitungsrecht aufgrund des damals geltenden Telekommunikationswegegesetzes<sup>67</sup>. Aufgrund der gesetzlichen Regelung musste der Weg zu dem auf der Liegenschaft befindlichen Kabelschacht jederzeit geduldet werden. Für die Ausübung des Leitungsrechts bedurfte es keiner grundbürgerlicher Eintragung. Leitungsrechte gemäß dem damals in Geltend stehenden § 8 Telekommunikationswegegesetz haben nicht bloß obligatorischen, sondern auf einem Gesetz beruhenden, gegenüber jedem Eigentümer wirksamen absoluten Charakter, weshalb den Berechtigten auch der Schutz des § 364 ABGB zusteht.<sup>68</sup> Die Zusage der Lastenfreiheit umfasst, wie das Berufungsgericht richtig erkannte, auch die Zusage von Servituten<sup>69</sup>, jedoch schließt selbst die Zusage, die Liegenschaft sei „servitutsfrei“, nicht ein, dass die Liegenschaft frei von öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen ist. Dasselbe gilt mangels ausdrücklicher - hier indessen fehlender - Zusage auch für die Legal servitut nach § 8 TWG. Im Ergebnis lag allerdings kein Gewährleistungsanspruch aufgrund eines Rechtsmangels vor, da der Kabelschacht auf der Liegenschaft gut sichtbar war. Es handelte sich somit um eine offenkundige außerbürgerliche Servitut für die keine Gewähr zu leisten war (siehe dazu auch Punkt 3.1.7).

---

<sup>66</sup> RIS-Justiz RS0009762.

<sup>67</sup> Bundesgesetz über Telekommunikationswege (Telekommunikationswegegesetz - TWG) idF BGBl. I Nr. 70/2003.

<sup>68</sup> RIS-Justiz RS0037856, 6 Ob 699/78.

<sup>69</sup> NZ 1995, 129; *Reischauer aaO Rz 7, Binder aaO Rz 12.*

### **3.2.6 Mangelhafter Ertrag bei der Anlegerwohnung**

Beim Kauf einer Anlegerwohnung - insbesondere beim sogenannten Bauherrenmodell - wird regelmäßig mit einem gewissen Ausmaß an Mieterträgen geworben. Sind die vertraglich festgelegten Erträge nicht realisierbar, liegt ein Rechtsmangel vor.

## **3.3 Rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Gewährleistungsrechte**

Aufgrund der ausdrücklichen Norm des § 929 ABGB ist es zulässig einen gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu vereinbaren. Zu § 937 ABGB, welcher auch die vertragliche Verzichtserklärung regelt, wird insofern kein Widerspruch gesehen, da der Käufer den Kaufgegenstand zuvor besichtigen und über die rechtliche Beschaffenheit Nachforschungen anstellen kann.<sup>70</sup> Die Möglichkeit der Beschränkung besteht aber nicht ausnahmslos. Der Gesetzgeber schreibt für die Verzichtserklärung die Ausdrücklichkeit vor. Der Begriff ist allerdings nicht so zu verstehen, dass eine konkludente Willenserklärung ausgeschlossen wird. Vielmehr ist unter der Definition des § 929 ABGB, die Eindeutigkeit der Verzichtserklärung zu verstehen.<sup>71</sup> Eine Zusage gilt als ausdrücklich, wenn die Erklärung so klar ist, dass sie den Erwerber berechtigt, auf sie zu vertrauen, ohne das Objekt besichtigen zu müssen. Je deutlicher die Zusage, desto größer ist die Schutzwürdigkeit des Empfängers und umso weitreichender kann der Verzicht ausgelegt werden.<sup>72</sup> Wie wir bereits wissen, kann der Erwerber gemäß § 863 ABGB seinen Erklärungswillen nicht nur ausdrücklich durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend (schlüssig) durch solche Handlungen erklären. Wichtig ist, dass es keinen vernünftigen Grund gibt, an der Verzichtserklärung zu zweifeln.<sup>73</sup> Für die Maßgeblichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung ist der Eindruck entscheidend, den der Erklärungsempfänger von der

---

<sup>70</sup> Ofnner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> § 929 ABGB Rz 4.

<sup>71</sup> Kurschel, Gewährleistungsrecht 121; P. Bydlinski, JBl 1993, 560 FN 6; idS auch die Rsp, vgl zB SZ 24/120.

<sup>72</sup> Ofnner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 923 Rz 17.

<sup>73</sup> RIS-Justiz, RS 0014190 (T1).

Erklärung haben musste. Wenn nach den Umständen des Falles dem Verhaltenen des anderen Teiles ein bestimmter Sinn entnommen werden kann, muss dies der andere gegen sich gelten lassen.<sup>74</sup> Insofern ist eine konkludente Willenserklärung gemäß § 863 ABGB möglich, die als ausdrückliche Verzichtserklärung gemäß § 929 ABGB gilt. Allerdings ist bei der Feststellung der Schlüssigkeit des Verhaltens ein sehr strenger Maßstab heranzuziehen, da im Gegensatz zu einer ausdrücklichen Erklärung die Gefahr einer Fehlinterpretation im Sinne einer Abweichung vom tatsächlich gewollten stärker ist. Diesbezüglich kommt es in der Praxis oft vor, dass der Erwerber den Kaufgegenstand vorbehaltlos als Erfüllung übernimmt. Demgegenüber kann die Weiterbenützung der Sache nur „ausdrücklich“, sprich eindeutig, verstanden werden, wenn das Verhalten als Verzicht verstanden werden darf.<sup>75</sup> Die gemeinsame Besichtigung einer Immobilie kann daher wie umfangreich geführte Vertragsverhandlungen für einen vertraglich festgelegten Gewährleistungsausschluss ausschlaggebend sein. Gerade eine gemeinsame Besichtigung und Prüfung des Kaufgegenstands können Anhaltspunkte für die Schlüssigkeitsprüfung geben. Inwieweit ein rechtsgeschäftlicher Gewährleistungsausschluss wirksam ist, muss jedoch durch Auslegung im Einzelfall nach der Absicht der Parteien und der Übung des redlichen Verkehrs ermittelt werden.<sup>76</sup> Wiederum von Bedeutung dabei ist, ob es sich um eine gewöhnlich vorausgesetzte oder individuell zugesicherte Eigenschaft der Liegenschaft handelt. Ein Gewährleistungsausschluss ist lediglich bei den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften möglich, da sich der Käufer bei Zusage bestimmter Eigenschaften darauf verlassen darf.<sup>77</sup> Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes gilt das auch bei einer schlüssigen Zusage.<sup>78</sup> Außerdem ist aus § 1444 ABGB ableitbar, dass auch ein nachträglicher Verzicht, beispielsweise durch Unterfertigung einer Genehmigungsklausel wirksam ist. Relevant ist in diesem Zusammenhang somit auch die Auslegung von Willenserklärungen, da sich Verkäufer regelmäßig bestätigen lassen, dass

---

<sup>74</sup> RIS-Justiz RS 0014158.

<sup>75</sup> Ofnér in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> § 929 ABGB, Rz 4.

<sup>76</sup> RIS-Justiz RS0016561.

<sup>77</sup> RIS-Justiz RS0018523.

<sup>78</sup> RIS-Justiz RS0018561 [T2]), OGH 24.03.2021, 3 Ob 181/20v.

das Kaufobjekt mangelfrei übernommen wird (siehe nachstehenden Punkt 3.4. - Abgrenzung Wissens oder Willenserklärungen). Eine derartige Genehmigungsklausel wie etwa „nach Besichtigung in Ordnung übernommen“ bedeutet allerdings keinen Verzicht auf die Geltendmachung von nur dem Fachmann erkennbaren Mängeln.<sup>79</sup> Nach der älteren Rechtsprechung ist ein Gewährleistungsverzicht generell restriktiv auszulegen<sup>80</sup>. Diese Ansicht wird unter anderem von Bydlinski kritisiert<sup>81</sup>, da Gewährleistungsverzichte als Bestandteil eines entgeltlichen Geschäfts nicht nach § 915 Halbsatz 1 auszulegen sind. Mittlerweile gibt es bereits Tendenzen, auf die allgemeine Zweifelsreglung zugunsten einer einzelfallbezogenen Entscheidung zu verzichten. Auch meiner Meinung nach ist ein Verzicht stets nach der Absicht der Parteien und somit einzelfallbezogen zu ermitteln. Als Beispiel angeführt werden kann die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 9 Ob 3/09 w. Wieder ging es um einen Gebrauchtwagenkauf. Hier wurde zwar ein absoluter Ausschluss der Gewährleistung vereinbart, aufgrund des Verhaltens der Käuferin, insbesondere ihrem Vorverhalten und der Parteienabsicht, wurde jedoch die Fahrtüchtigkeit jedenfalls schlüssig vereinbart. Der Gewährleistungsverzicht war daher restriktiv auszulegen.

Zwischen Privaten und Geschäftsläuten unterliegt die rechtsgeschäftliche Einschränkung lediglich den Grenzen des § 879 ABGB. Liegt ein rechtsgeschäftlicher Verzicht vor, ist daher jedenfalls eine Sittenwidrigkeitskontrolle vorzunehmen. Als Grundsatzregel kann hervorgehoben werden, dass je nach Bauart und Alter einer Immobilie aufgrund der Verkehrsauffassung mit gewissen Mängeln zu rechnen ist. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre halten den Ausschluss der Gewährleistung für krasse Abweichungen des

---

<sup>79</sup> Ofner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 55 (2021) § 929 ABGB Rz 5.

<sup>80</sup> RIS-Justiz RS0018561.

<sup>81</sup> Vgl Zak 2007/7, Heft 1/2007, Seite 6.

Geleisteten vom Geschuldeten („massive Sachmängel“) grundsätzlich für sittenwidrig und wollen als grobe Richtschnur die Laesio-Enormis<sup>82</sup> Grenze heranziehen.<sup>83</sup>

### **3.4 Abgrenzung von Wissens- und Willenserklärung - zur Auslegung von Besichtigungsklauseln im Zusammenhang mit vertraglichen Zusagen**

Regelmäßig wird die Übernahme eines mangelfreien Vertragsgegenstandes im Übergabezeitpunkt im Zuge einer Besichtigungsklausel vereinbart. Für den Fall, dass derartige Klauseln Prozessgegenstand werden, erstatten Rechtsvertreter gerne ein Vorbringen dahingehend, dass allfällige Zusagen zur Mängelfreiheit beziehungsweise eine Bestätigung des Nichtvorliegens eines Mangels als bloße Wissenserklärungen zu verstehen sind. Für die Praxis ist daher auf die Abgrenzung von Wissens- und Willenserklärungen hinzuweisen, da sie bei Gerichtsverfahren oftmals Anhaltspunkte für einen wirksamen (nachträglichen) Gewährleistungsverzicht liefern. Ob eine Wissens- oder eine Willenserklärung vorliegt, ist durch Auslegung der Erklärungen zu ermitteln. Bei einer „Wissenserklärung“ geht es darum, dass die eine Partei der anderen Partei, bloß ihre Vorstellungen über bestimmte Tatsachen mitteilt, jedoch keinen Willen dahin äußert mit der Erklärung bestimmte Rechtsfolgen bewirken zu wollen.<sup>84</sup> Von Relevanz ist, ob nach dem objektiven Erklärungswert des Verhaltens eine die Rechtslage gestaltende Erklärung mit Bindungswirkung vorliegt.<sup>85</sup> Im Zweifel ist ein bloßer Hinweis auf die Rechtsfolgen eines angenommenen Sachverhaltes nicht auf eine Änderung von Rechtslage und Rechtsfolge gerichtet, da die Gefahr einer Fehlinterpretation besteht. Sprich, es liegt keine Willenserklärung vor. Im Ergebnis geht es allein um den objektiv zu entnehmenden Erklärungswert. Falsch wäre auf die subjektive Meinung einer Partei

---

<sup>82</sup> Vgl § 934 ABGB.

<sup>83</sup> Vgl OGH 18.10.2007, 2 Ob 189/07v = Zak 2008/17 S 16 - Zak 2008,16 = ecolex 2008/36 S 127 - ecolex 2008, 127 = Zak 2012/757 S 403 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2012,403 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

<sup>84</sup> Vgl Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 863 Rz 4; Bollenberger in KBB § 859 Rz 10 f; Apahty in Schwimann , ABGB 2 § 863 Rz 6.

<sup>85</sup> RIS-Jusitz RS0102748, RIS-Justiz RS0014160; RIS-Justiz RS0113932.

abzustellen. Der Vertrag wäre daher unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs aufgrund der Erklärungen in dem Sinn auszulegen, wie er bei objektiver Beurteilung der Sachlage für einen redlichen und verständigen Empfänger zu verstehen war.<sup>86</sup> Insofern besteht auch für den Erwerber bei Gegenzeichnung der mangelfreien Übernahme eine gewisse Aufklärungspflicht, wenn er erkennt, dass sich der Veräußerer bei der Textierung der zu weit gefassten Gewährleistungszusage in Irrtum befindet oder die Sachlage unrichtig beurteilt.<sup>87</sup> Aus Verkäufersicht empfohlen wird somit, mit einem ausdrücklichen Verweis anzumerken, dass im Vorfeld über die unterschiedliche Rechtspositionen intensiv diskutiert wurde. Durch die beidseitige Unterfertigung der Vertragsurkunde, wird sodann der Charakter des Rechtsgeschäfts, nochmals belegt, sodass nicht irgendein unkontrollierbarer Parteiwille vorliegt. Selbst wenn ein (übereinstimmender) konkreter Parteiwille in der Folge nicht zu ermitteln wäre - was grundsätzlich aufgrund einer klaren vertraglichen Regelung nicht zu hinterfragen ist - kommt der objektiven Vertragsauslegung sowie dem zusätzlichen Erklärungsverhalten entscheidende Bedeutung zu.<sup>88</sup> Ausgehend davon, stellen derartige Aufzeichnungen in der Regel bloße Wissenserklärungen dar, die Tatsachen betreffen. Allerdings hat die Aufzeichnung keine unerhebliche Wirkung, zumal sie eine wesentliche Funktion für die Beweissicherung darstellt. Derartige Bestätigungen haben somit Beweissicherungsfunktion und können auch – sofern nicht binnen einer angemessenen Frist widersprochen wird – als schlüssige Willenserklärung angesehen werden. Eine durch Schweigen bestätigte Wissenseintragung ist widerrufbar, jedoch obliegt die Beweispflicht dem Vertragspartner, der sich verschwiegen hat.<sup>89</sup> Das gilt nur sofern es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft handelt, da im Zusammenhang mit Konsumenten der Unternehmer dem Verbraucher auf die Rechtsfolgen der Unterlassung eines Einspruches nachweislich aufmerksam zu machen und darauf hinzuweisen, dass der

---

<sup>86</sup> OGH 6. 10. 2005, 8 ObA 34/05s (OLG Wien 17. 3. 2005, 10 Ra 198/04t; ASG Wien 17. 3. 2004, 17 Cga 47/03k.

<sup>87</sup> *Reich Rohrwig*, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 12, 2015, 441.

<sup>88</sup> RIS-Justiz RS0017797, 8 Ob 29/03b.

<sup>89</sup> OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b.

Einspruch innerhalb von zwei Wochen ab Erhalt dieser Mitteilung schriftlich zu erheben<sup>90</sup> ist.

### **3.5 Irrtumsanfechtung der Willenserklärung**

Nachdem die Leistung bei unbeweglichen Sachen in der Regel nach individuellen Merkmalen bestimmt ist, besteht regelmäßig auch die Möglichkeit sich bei einem Mangel auf das Irrtumsrecht<sup>91</sup> berufen zu können. Dabei ist insbesondere der Erklärungsirrtum gemeint, welcher unter gewissen Umständen eine Aufhebung bzw eine Anpassung des Vertrages rechtfertigen kann. Für eine Vertragsanfechtung wird ein beachtlicher Geschäftsirrtum vorausgesetzt, der gemäß herrschender Ansicht in Konkurrenz zu den Gewährleistungsbehelfen steht. Ein detailliertes Prüfungsschema der Irrtumsanfechtung kann an dieser Stelle unterbleiben, da es den Rahmen der Untersuchung dieser Arbeit sprengen würde. Bemerkenswert für meine Arbeit ist jedoch, dass hinsichtlich einer Verzichtserklärung im Kaufvertrag nicht in jedem Fall auch auf einen Verzicht auf die Irrtumsanfechtung geschlossen werden kann. Wird allerdings die Haftung für einen bestimmten Umstand ausgeschlossen, besteht auch keine Möglichkeit sich auf die Irrtumsanfechtung zu berufen, weil grundsätzlich kein Eigenschaftsirrtum vorliegen kann. Auch kann der Vorrang der Verbesserung durch eine Irrtumsanfechtung nicht umgangen werden, da der Veräußerer die Möglichkeit hat, den Mangel zu beheben und somit den Irrtum des Käufers zu beseitigen.<sup>92</sup> Im Zuge einer Besichtigung, kann es daher durchaus sein, dass eine Erklärung abgegeben wurde, die den Anfechtungstatbestand erfüllt. Bei Verbrauchergeschäften ist – wie noch zu zeigen sein wird - erhöhte Vorsicht geboten, da vertragliche Erklärungsfiktionen in Verbrauchergeschäften nur nach Maßgabe des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zulässig sind.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

<sup>91</sup> Vgl §§ 871, 872 ABGB.

<sup>92</sup> Vgl Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> §§ 922–933b (Stand 1.1.2016, rdb.at) Rz 13.

<sup>93</sup> Vgl Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 863 ABGB.

### **3.6 Gewährleistungsausschluss im Spannungsverhältnis mit einer Leistungsbeschreibung**

Praktisch die wichtigste Abgrenzungsfrage dieser Arbeit ist die Frage nach der Auslegung eines vertraglich vereinbarten Gewährleistungsverzicht und der Frage, ob überhaupt ein Mangel vorliegt. Nach der österreichischen Rechtsordnung kann keine Pflicht des Übergebers abgeleitet werden, wonach sämtliche Abweichungen von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften des Leistungsgegenstands eigens in jedem Detail beschrieben werden müssten. Der Verkäufer muss die Leistung nicht begründen. Andernfalls wäre es auch nicht möglich, eine an sich mangelhafte Sache zu veräußern.<sup>94</sup> Wie bereits ausführlich erörtert ist somit allein der Vertragszweck maßgeblich. Eine Leistungsbeschreibung, also eine Spezifizierung des Geschuldeten, kann aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie zwischen den Vertragsparteien frei – insbesondere auch konkudent - vereinbart werden. Eine einschränkende Leistungsbeschreibung liegt vor, wenn durch die entsprechende Erklärung der Mangel „offengelegt“ wird und somit der Fehler konkret beschrieben wird. Der Übernehmer muss dabei die Möglichkeit haben die Tragweite der Einschränkung zu erkennen damit er sie beim Entschluss den Vertrag abzuschließen berücksichtigen kann. Das wird regelmäßig verneint werden, wenn man sich auf einen allgemein formulierten Leistungsbeschreibung beruft. Liegen diese Voraussetzungen vor, übernimmt der Verkäufer keine Haftung da ja insofern keine Mängelhaftigkeit vorliegt.

---

<sup>94</sup> Dies gilt auch, wenn es sich um ein Verbrauchergeschäft handelt, siehe näher zweites Kapitel dieser Arbeit.

## 4 Die rechtliche Beurteilung einer Besichtigungsklausel

Die bisher bekannten Ausführungen sind nun mit einer Besichtigungsklausel in Einklang zu bringen. Der Oberste Gerichtshof hat bereits angedeutet, dass es sich nur um eine zulässige Klausel handelt, sofern das Verbraucherschutzgesetz keine Anwendung findet.<sup>95</sup> In einem ersten Schritt bleibt daher der Anwendungsbereich des Konsumentenschutzgesetzes unberücksichtigt. Wie einleitend ausgeführt, finden sich Besichtigungsklauseln in den unterschiedlichsten Formulierungen, in der Regel unter dem üblicherweise eigenes ausgeführten Punkt „Gewährleistung“ des Kaufvertrags. Nach der Judikatur werden dabei alle Mängel abgedeckt, die durch eine ordnungsgemäße Untersuchung erkennbar sind.<sup>96</sup> Der darauf aufbauende Gewährleistungsausschluss bezieht sich somit nur auf jene Mängel, die für den Käufer bei einer Besichtigung erkennbar sind. Typische Mängel, die ohne Beziehung eines Fachmanns nicht in die Augen fallen, wie etwa verdeckte Schimmelbildungen oder nicht offenkundige Feuchtigkeitseintritte, lösen daher jedenfalls Gewährleistungsansprüche aus.<sup>97</sup> Wird jedoch zusätzlich vereinbart, dass der Verkäufer weder Garantie noch Gewährleistung übernimmt, wirkt die Klausel umfassend, das heißt es wird auch keine Haftung für geheime Mängel übernommen.<sup>98</sup> Die Grenze ist wie bereits dargestellt erst bei der Sittenwidrigkeit erreicht. Der bloße Passus „wie besichtigt“ schließt daher das Einstehen für geheime Mängel nicht aus.<sup>99</sup> In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung führt somit eine Besichtigungsklausel allein zu keinem vollkommenen Haftungsausschluss. Ausgehend davon, wird dem Übernehmer eine Obliegenheit aufgetragen, die Sache zu untersuchen, um zu erheben ob eine mangelhafte Sache vorliegt. Aufgrund der Rechtsprechung ergibt sich dabei eine eigene Erkundungs-

<sup>95</sup> Vgl OGH 28.07.2010, 9 Ob 50/10h = Zak 2010/716 S 413 - Zak 2010,413 = EvBl 2011/19 S 131 (Kogler) - EvBl 2011,131 (Kogler) = JBI 2011,40 (Bydlinski) = ecolex 2011/5 S 31 - ecolex 2011,31 = ZLB 2011,37 = NZ 2011/29 S 118 - NZ 2011,118 = bbl 2011,34/24 - bbl 2011/24 = wobl 2011,225/97 - wobl 2011/97 = SZ 2010/91.

<sup>96</sup> RIS-Justiz RS0108027; Insbesondere in seinen Entscheidungen 7 Ob 4/16p, 4 Ob180/97t, 10 Ob 61/16 t hat der Oberste Gerichtshof Besichtigungsklauseln für wirksam erklärt.

<sup>97</sup> Vgl JBI 1972, 531 = EvBl 1972/170 mwN.

<sup>98</sup> Vgl SZ 25/73; JBI 1972, 531; ecolex 1998, 120 (*Wilhelm*); ZRB 2017/4 (*Stibi*) Liegenschaftskauf, Mängel der Balkone.

<sup>99</sup> Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 929 ABGB Rz 10.

beziehungsweise Rügeobliegenheit des Übernehmers bei der Besichtigung. Doch wie weit geht diese Pflicht? Wann ist ein Mangel erkennbar? Leider hat es der Gesetzgeber verabsäumt, unter welchen Aufwand diese Prüfung stattzufinden hat. Insbesondere ist unklar, welchen Sorgfaltsmaßstab der Käufer anzuwenden hat. Gerade beim Liegenschaftskauf kann meiner Meinung nach jedoch im Hinblick auf die Natur der Sache und den erheblichen Wert ein erhöhter Maßstab erwartet werden. In weiterer Folge soll somit aufgrund der bisherigen Judikatur eine Abgrenzung der ordnungsgemäßen Untersuchung erfolgen:

Als erstes Beispiel kann die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 180/97 t genannt werden, mit welcher über einen fehlenden Betonuntergrund einer Liegenschaft entschieden wurde. Laut Sachverhalt fand eine Besichtigung statt und wurde eine entsprechende Klausel vereinbart. Bei der Besichtigung konnte nicht erkannt werden, dass der Boden keinen Betonuntergrund hatte. Aufgrund des Bauaktes samt Baubeschreibung und dem Einreichplan hatte der Käufer keinen Anlass an dem fehlenden Fundament zu zweifeln. Der Mangel war auch bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar. Eine Probebohrung musste dem Käufer nicht zugemutet werden. Der fehlende Betonuntergrund war demnach ein Mangel, der von der Besichtigungsklausel nicht erfasst wurde. Als erste grundlegende Grenze kann somit jedenfalls die Unzumutbarkeit, sprich ein unvertretbarer Aufwand für eine sachgerechte Untersuchung, genannt werden.

Die Reichweite einer Besichtigungsklausel ist auch anhand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu 3 Ob 18/22 a ableitbar. Es ging um einen Streit über die Nutzung von Parkplätzen, da sich nicht alle Abstellflächen im Eigentum des Verkäufers befanden. Die zweite Instanz hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Anzahl der auf der Kaufgegenständlichen Liegenschaft, die im Zeitpunkt der Besichtigung durch Beschilderung gekennzeichnet waren, als ausdrücklich zugesichert gelten oder nicht. Das Berufungsgericht erkannte, dass für einen redlichen Erklärungsempfänger zum Ausdruck gebracht wird, dass sich das Eigentum auf alle gekennzeichneten Parkplätze erstreckt wird und somit vom Erwerber uneingeschränkt genutzt werden kann. Da der Verkäufer

der Käuferin - entgegen der Zusage im Zuge der Besichtigung - kein uneingeschränktes Eigentum verschaffte, handelte es sich um einen Rechtsmangel. Aus Sicht der Gerichte konnte sich der Veräußerer auch nicht auf die Leistungsfreiheit des § 928 ABGB berufen, da die Unbeschränktheit des Eigentums zugesichert wurde. Auch der Oberste Gerichtshof sah darin keine Fehlbeurteilung. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass eine Besichtigungsklausel auch für den Käufer von Vorteil sein kann.

Unter Bezugnahme auf die im Gebrauchtwagenkauf vergleichbare Klausel „wie besichtigt und probegefahren“ kann ein weiterer Grundsatz herausgefiltert werden. Demnach ist ein Mangel jedenfalls erkennbar, wenn sich der Käufer bei der Ursachenforschung irrt. In der Entscheidung 6 Ob 240/19 s ging es um ein hörbares „Schwappen“ im Fahrzeug. Wiederum wurde eine Besichtigungsklausel vereinbart. Tatsächlich war die Abdichtung an der Frontscheibe mangelhaft, sodass sich Wasser im Fahrzeug angesammelt hat. Der Käufer ordnete dieses Geräusch jedoch fälschlicherweise dem Tank zu und übernahm das Auto. Die Gerichte führten aus, dass dieser Mangel bei ordnungsgemäßer Besichtigung – insbesondere im Hinblick auf die bereits gespeicherten elektronischen Fehlermeldungen – erkennbar gewesen wäre, sodass der Verkäufer aufgrund der vereinbarten Klausel keine Gewähr zu leisten hatte. Im Ergebnis gilt daher: Fallen dem Käufer Ungereimtheiten bei der Besichtigung einer Liegenschaft auf, kann er sich nicht auf eine irrtümliche Annahme bei der Ursachenforschung berufen.

Eine wirksame Besichtigungsklausel wurde auch in der höhstgerichtlichen Entscheidung zu 7 Ob4/16 p vereinbart, in welcher es um einen Rechtsmangel, konkret um eine falsche Nutzwertfestsetzung innerhalb eines gekauften Wohnungseigentumsobjekt nach dem WEG, ging. Im Kaufvertrag wurde unter Punkt Gewährleistung folgendes vereinbart:

*„Der Käufer hat eingehend den Vertragsgegenstand besichtigt und sich über Ausmaß und Zustand informiert, denselben festgestellt und genehmigt. Die Verkäuferin leistet Gewähr dafür, dass - Satz- und Lastenfreiheit des Vertragsgegenstands besteht, mit Ausnahme der am Gutsbestand- und Lastenblatt eingetragenen öffentlich-rechtlichen*

*Beschränkungen und Belastungen, - der Vertragsgegenstand frei von Bestand-, Nutzungsrechten und sonstigen Rechten Dritter ist,- aus den laufenden Vorschreibungen kein Betriebskostenrückstand besteht.*

*Im Übrigen leistet die Verkäuferin keine Gewähr, insbesondere für eine bestimmte Eignung, Beschaffenheit und ein bestimmtes Ausmaß oder Erträgnis des Vertragsgegenstands, wohl aber für jenen Zustand, in dem der Vertragsgegenstand vom Käufer besichtigt wurde, unter Berücksichtigung der weiteren üblichen Abnützung vom Besichtigungszeitpunkt bis zur Übergabe und allfälliger üblicher Abnützung durch die Entfernung des beweglichen Mobiliars. Schäden zwischen der letzten Besichtigung und der Übergabe gehen zu Lasten der Verkäuferin. Die Verkäuferin sichert weiters auch keine besonderen Eigenschaften des Vertragsgegenstandes zu.“*

Der Oberste Gerichtshof resümierte, dass die Frage ob überhaupt ein Rechtsmangel vorliege dahingestellt bleiben konnte, da die Parteien einen wirksamen Gewährleistungsverzicht vereinbart haben. Vom Gewährleistungsverzicht waren jedenfalls auch die aus der Praxis bekannten Probleme mit der wirksamen Begründung von Wohnungseigentum im Zusammenhang mit Zubehörfächern umfasst.<sup>100</sup> Ausgehend davon, muss sich der Käufer bei typisch auftretenden Problemfeldern - sprich bei allgemein bekannten Miet-, Wohn- oder Baurechtlichen Konflikten - eine Obliegenheitsverletzung anrechnen lassen.

Auf der anderen Seite darf eine Erkundungsobliegenheit - insbesondere beim Laien - jedoch nicht überspannt werden.<sup>101</sup> Der Oberste Gerichtshof nennt in diesem Zusammenhang eine angemessene Besichtigung. Dabei ist insbesondere zu verstehen, dass der Geschädigte die für die Erfolg versprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann.<sup>102</sup> Demnach

---

<sup>100</sup> OGH 16.03.2016, 7 Ob4/16 p = Zak 2016/263 S 138 - Zak 2016,138 = OIZ 2016,26/Heft 05 = immolex 2016/62 S 230 (*Prader*) - immolex 2016,230 (*Prader*) = RdW 2016/455 S 609 - RdW 2016,609 = wobl 2017,248/81 (*Vonkilch*) - wobl 2017/81 (*Vonkilch*) = MietSlg 68.107 = MietSlg 68.354.

<sup>101</sup> RIS-Justiz RS0034327 [T6]; RS0034524 [T48].

<sup>102</sup> RIS-Justiz RS0034335.

braucht es deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinne konkreter Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden<sup>103</sup>. In diesem Zusammenhang gibt es jedenfalls auch keine Pflicht, bei einem Immobilienkauf einen Sachverständigen hinzuziehen,<sup>104</sup> selbst wenn es bereits eine vergleichbare Regelung im Wohnungseigentumsgesetz<sup>105</sup> gibt. Gemäß § 37 Abs 4 WEG hat der Wohnungseigentumsorganisator<sup>106</sup> - in der Regel der Verkäufer oder Bauträger - bei Häusern, deren Baubewilligung älter als zwanzig Jahre ist, ein Sachverständigengutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizieren Sachverständigen über den Bauzustand der Allgemeinflächen zu übergeben. Diese Regel dient insbesondere dazu, notwendig werdende Erhaltungsarbeiten für den Käufer offenzulegen und seine (regelmäßige) Unerfahrenheit zu schützen. Bei Missachtung dieser Regel, gilt sodann ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Der Oberste Gerichtshof versteht den Inhalt des § 37 Abs 4 Satz 3 WEG als gesetzlich typisierte Gewährleistungspflicht. Diese Ratio des Gesetzes erfordert, dass die dreijährige Gewährleistungsfrist erst zu dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem sich – innerhalb von zehn Jahren – für den Erwerber die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens beziehungsweise die Erforderlichkeit von „größeren“ Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestiert.<sup>107</sup> Zweck dieser Regelung ist somit – ähnlich zum Verbraucherschutzgesetz – das Ungleichgewicht zwischen Wohnungseigentumsorganisator und

---

<sup>103</sup> RIS-Justiz RS0034327 [T21 und T42].

<sup>104</sup> OGH 25.03.1952, 2 Ob 218/52 – „eine Hinzuziehung eines Sachverständigen beim Autokauf kann nicht erwartet werden“.

<sup>105</sup> Vgl § 37 Abs 4 WEG.

<sup>106</sup> Vgl § 2 Abs 6 Satz 2 WEG - Ein Wohnungseigentumsorganisator ist sowohl der Eigentümer oder außerbücherliche Erwerber der Liegenschaft als auch jeder, der mit dessen Wissen die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder – bei bereits bezogenen Gebäuden – der Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dieser Abwicklung in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist.

<sup>107</sup> OGH 26.04.2016, 6 Ob 56/16b = OIZ 2016,12/Heft 06 = Zak 2016/373 S 197 - Zak 2016,197 = VbR 2016/85 S 125 - VbR 2016,125 = EvBl-LS 2016/117 = AnwBl 2016,444 = JB1 2016,586 = immolex 2016/71 S 259 (*Männl/Stockhammer*) - immolex 2016,259 (*Männl/Stockhammer*) = bbl 2016,207/196 - bbl 2016/196 = ZLB 2016/53 S 117 - ZLB 2016,117 = wobl 2016,432/140 (*Illedits*) - wobl 2016/140 (*Illedits*) = SZ 2016/47 = MietSlg 68.414.

Wohnungseigentumsbewerber zu kompensieren. Nicht zuletzt anhand dieser Regelung steht fest, dass bei Konsumenten jedenfalls keine hohen Anforderungen, geschweige denn eine Erkundungsobliegenheit, im Zuge einer Besichtigung gestellt werden können. Allein die Zuhilfenahme eines Sachverständigen im Zuge einer Besichtigung kann noch nicht einen Haftungsausschluss begründen wie die Entscheidung 8 Ob 9/19k zeigt. Unter Beachtung dieser Rechtsprechung hat das zu entscheidende Berufungsgericht die Klausel, wonach „*der kaufenden Partei das Kaufobjekt und die Grundstücksgrenzen in der Natur durch mehrmalige Besichtigungen und eine Begehung durch einen von ihr gewählten Sachverständigen nach Lage und Beschaffenheit bekannt sind und (...) sie keine weiteren sichtbaren Baumängel (...) festgestellt hat*“ und „*die kaufende Partei (...) daher auf eine Gewährleistung, insbesondere für einen bestimmten Bauzustand oder allfällige Sachmängel jeglicher Art der zum Liegenschaftsvermögen gehörenden Gebäude verzichtet*“, nicht als umfassenden Gewährleistungsverzicht verstanden. Vielmehr hat es diesen Gewährleistungsverzicht nur auf Mängel bezogen, die für den Kläger bei sorgfältiger Besichtigung durch einen Sachverständigen sowie durch eine nach den Umständen naheliegende Informationsaufnahme erkennbar gewesen wären.<sup>108</sup> Es wurde somit bloß von einer einschränkenden Verzichtserklärung ausgegangen, auch wenn die Reichweite durch den gesondert beauftragten Sachverständigen sicherlich höher anzusetzen ist.

**Im Ergebnis ist für eine wirksame Besichtigungsklausel daher vorzugehen wie folgt:**

**→ Definition des Mangels**

In einem ersten Schritt muss der Mangel konkret zugeordnet werden. Liegt kein Mangel vor, erübrigt sich das Einstehenmüssen dafür. Es muss daher die Vertragsmäßigkeit nach den oben genannten Kriterien geprüft werden. Die Besichtigungsklausel deckt grundsätzlich alle Mängel zwischen „in die Augen

---

<sup>108</sup> OGH 25.03.2019, 8 Ob 9/19k = ecolex 2019/288 S 672 - ecolex 2019,672.

fallen“ und „nur durch den Fachmann erkennbar“ ab. Die Grenze ist jedenfalls bei verborgenen Mängeln erreicht.

### → Abgrenzung der Vertragsparteien

Als nächster Schritt wäre zu konkretisieren, wer die Vertragsparteien sind. Handelt es sich um einen Kauf zwischen Privaten (Privatautonomie) oder Unternehmern (Mängelrüge). Das Konsumentenschutzgesetz wird noch im zweiten Kapitel dieser Arbeit ausführlich beschrieben, weshalb an dieser Stelle nicht auf die Besonderheiten eingegangen wird. Zwischen Privaten haben sich die Gerichte im Streitfall am allgemeinen Sorgfaltsmaßstab zu orientieren. Zwischen Unternehmern ist ein erhöhter Maßstab aufgrund der Regelung des § 347 UGB normiert. Nach § 347 UGB hat derjenige, der aus einem Geschäft, das auf seiner Seite unternehmensbezogen ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers einzustehen. Der Maßstab ist dabei objektiv zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ergibt sich zwar eine gesetzliche Untersuchungspflicht für Mängel aus § 377 UGB für beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte, die unternehmensbezogene Untersuchungs- und Rügepflicht gilt jedoch nicht (auch nicht analog) beim Kauf einer unbeweglichen Sache.<sup>109</sup> Nach Urbanek darf eine Untersuchungspflicht im Zuge einer Besichtigung jedoch generell nicht mit der Rügeobliegenheit des § 377 verglichen werden, ansonsten würde die auferlegte Untersuchungspflicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorverlegt werden.<sup>110</sup>

### → Erkundungsobliegenheit und Auslegung einer Besichtigungsklausel

Liegt ein Mangel vor, der erkannt werde hätte können, liegt die Erkundungsobliegenheit zwischen einem offenkundigen Mangel und einem verborgenen Mangel.<sup>111</sup> Aus § 928 ABGB sowie aus dem allgemeinen

---

<sup>109</sup> OGH 29.06.2000 8 Ob 97/00y.

<sup>110</sup> Urbanek, Besichtigungsklausel und Gewährleistungsrecht, ecolex 1998, Heft 2, 119.

<sup>111</sup> Vgl Fettl, UGB § 377 (Stand 7.6.2017, rdb.at E9).

(objektiven) zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab ist sodann im Einzelfall zu prüfen, ob sich der Käufer eine Obliegenheitsverletzung anrechnen hätte müssen. Das wird regelmäßig der Fall sein, wenn es im Zuge der Besichtigung bereits Indizien gab, die auf einen Mangel schließen lassen. Es ist daher zu betonen, dass sich der Maßstab einer ordnungsgemäßen Besichtigung prinzipiell nicht auf subjektive Voraussetzungen (Erfahrungen, Kenntnisse) des Käufers richtet. Ein augenfälliger Mangel liegt vor, wenn er bei Anwendung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die im Rahmen gewöhnlicher Fähigkeiten<sup>112</sup> liegen wahrgenommen werden kann. Naturgemäß unter Beachtung der maßgeblichen Umstände im konkreten Fall (Ausfälligkeiten und Natur der Immobilie). Einem juristischen Laien kann demnach nicht vorgeworfen werden, dass er die einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen nicht kennt, weshalb ein konsensloser Zustand eines Bauwerks nicht als offenkundiger Rechtsmangel zu bewerten ist.<sup>113</sup> Auf der anderen Seite sollten beispielsweise Indizien wie ein feuchter Keller, Risse in der Wand, Rost bei einer Stahlkonstruktion nicht ignoriert werden. Der Käufer hat die Liegenschaft so genau und zweckmäßig zu überprüfen, als es ihm möglich und nach den konkreten Umständen zumutbar ist. Umfang und Art der Untersuchung haben zudem einem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen, sprich bei einer unbebauten Liegenschaft wird die Besichtigung weniger aufwendig sein müssen, wie bei einem 100 Jahre alten Zinshaus. Umso mehr Informationen es von Verkäuferseite gibt, umso höher wird der Prüfungsmaßstab des Käufers sein. Gerade bei Ungereimtheiten, kann eine rein oberflächliche Untersuchung nicht ausreichen. Umfasst sind nicht nur sichtbaren Mängeln, sondern auch jene Mängel, die mit anderen Sinnen wahrnehmbar sind, wie beispielsweise eine Lärmbelästigung, die aus einer Heizanlage, einem Hotelbetrieb oder Flugverkehr entsteht.<sup>114</sup> Aus dem

---

<sup>112</sup> Vgl § 1297 ABGB.

<sup>113</sup> OGH 13.10.1998, 10 Ob 192/98b.

<sup>114</sup> Vgl Zöchl-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 928 (Stand 1.1.2016, rdb.at) Rz 8) Ein Vertragsverhältnis kann zur Erhöhung des Sorgfaltsmaßstabes führen. Beispielsweise wenn die

allgemeinen Sorgfaltsmaßstab ergibt sich zudem, dass grundsätzlich erst die subjektive Vorwerfbarkeit die Sorgfaltsverletzung zur Fahrlässigkeit macht. § 1297 ist nicht nur im Schadenersatzrecht anzuwenden, sofern keine speziellen Vorschriften bestehen.<sup>115</sup> Hingegen muss ein über dem Durchschnitt liegendes Zusatzwissen, dessen Anwendung zur Schadensverhütung bloß jedermann zumutbare Anstrengung abverlangt, eingesetzt werden. Zum Beispiel sind besondere Ortskenntnisse zu berücksichtigen.<sup>116</sup>

Bleibt nur noch die Frage zu beantworten ob es sich, für den Fall dass der Mangel bei einer ordnungsgemäßen Besichtigung erkannt hätte werden können, um eine Leistungsbeschreibung handelt (also um eine Genehmigung der Eigenschaft) oder um einen Verzicht auf die Gewährleistungsbehelfe. Meiner Meinung handelt es sich mehr um eine Leistungsbeschreibung - insbesondere bei gemeinsamer Begehung mit dem Verkäufer - als um einen (schlüssigen) Verzicht. Bei einer Begehung liegt eine Spezifizierung des Geschuldeten vor, was insofern Auswirkungen auf das Verbrauchergeschäft und auf die weiteren Anfechtungsmöglichkeiten aus Irrtum und Schadenersatz hat. Vertragsinhalt bei einer bebauten Liegenschaft ist das konkrete Bauwerk. Das Bauwerk hat in der Regel einen bestimmten Nutzen (Wohnung, Lager, Scheune etc). Wird nur die Nutzung zugesagt, kann man sich nicht auf oberflächliche Schäden berufen. Beim Bauwerk muss mit dem Alter und den benutzten Räumlichkeiten entsprechenden Verschleiß- und Abnutzungerscheinungen gerechnet werden.<sup>117</sup> Kleinere Risse in der Wand, verringelter Wasserdruk, oberflächliche Schimmelbildungen, Kratzer im Parkettboden etc lösen daher keine Gewährleistungsansprüche aus. Die Grenze ist meiner Meinung erreicht wenn die Nutzung beeinträchtigt wird. Wird eine Wohnung verkauft und sind die Fenster undicht, kann nicht mehr von

---

Immobilie von einem Fachmann iSd 1299 erworben wird; Vgl dazu auch E. Wagner in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 1297 Rz 10.

<sup>115</sup>Vgl Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1297 ABGB Rz 19.

<sup>116</sup> Vgl Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1297 ABGB Rz 9.

<sup>117</sup> RIS-Justiz RS0018466.

einer Alterserscheinung die Rede sein, weil man davon ausgeht, dass es in einer Wohnung nicht durchzieht. Im Ergebnis muss daher auf die allgemein im rechtsgeschäftlichen Verkehr geforderte Sorgfalt abgestellt werden.<sup>118</sup> Zusammenfassend bedeutet das, dass der Erwerber bereits seine Erkundungspflicht erfüllt, wenn er eine Liegenschaft besichtigt und sich sorgfältig bemüht, Mängel zu erkennen. Sorgfältig bedeutet die Liegenschaft nicht nur abzugehen, sondern auch sämtliche Raumteile zu überprüfen. Im Rahmen des Möglichen sollten auch Elektro und Wasserinstallationen auf ihre Brauchbarkeit überprüft werden (Wasserdruck, Heizungsleistung). Fallen ihm dabei keine Unregelmäßigkeiten auf, darf er jedenfalls auf die Mangelfreiheit vertrauen, selbst wenn der intendierte Erfolg nicht eintritt (Erkennbarkeit eines Mangels). Jedenfalls wird keine fachmännische Untersuchung gefordert. Vielmehr geht es darum, dass der Käufer bei Auffälligkeiten (Markante Bruchstellen, wahrnehmbare Geräusche, verringerte Leistung, etc) hellhörig wird.

## 4.1 Aufklärungspflicht des Verkäufers

Grundsätzlich ist jeder Vertragspartner selbst dafür verantwortlich, sich die für das Rechtsgeschäft relevanten Informationen zu besorgen und zu bewerten. Eine allgemeine Aufklärungspflicht, den Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die diesen vom Vertragsabschluss abhalten könnten, besteht in der österreichischen Rechtsordnung nicht. Vor allem ist keine allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers gegeben, den Vertragspartner über alle abstrakten Gefährdungsmöglichkeiten aufzuklären<sup>119</sup>. Allerdings kann eine Aufklärungspflicht dann angenommen werden, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.<sup>120</sup> Das wird insbesondere dann vorliegen, wenn der Käufer für den Verkäufer ersichtlich auf dessen Sachkunde vertraut hat.<sup>121</sup> Die Art der Aufklärungspflicht richtet

---

<sup>118</sup> Vgl auch *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts, 1994, Rz 141.

<sup>119</sup> RIS-Justiz RS0016390 [T12].

<sup>120</sup> RIS-Justiz RS0014811; RS0016390.

<sup>121</sup> OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95.

sich somit nach der Beschaffenheit und Funktionsweise des Kaufobjektes sowie dem vorausgesetzten Wissens und Erfahrungsstand des Erwerbers – kurz gesagt, nach den Umständen des Einzelfalls. Eine Aufklärungspflicht kann verneint werden, wenn der Käufer die Liegenschaft kannte. Wenn der Käufer beispielsweise vor Kaufvertragsabschluss in der Wohnung wohnte.<sup>122</sup>

Diesbezüglich kann auch auf die deutsche Judikatur verwiesen werden, nachdem die allgemeine Vertragslehre keine allzu großen Unterschiede zu der österreichischen Rechtsordnung aufweist. Auch der Bundesgerichtshof in Deutschland hat in seiner Entscheidung VIII ZR 261/14 hinsichtlich einer Besichtigungsklausel der Verletzung von Beratungspflichten des Verkäufers keinen großen Stellenwert beigemessen. Vielmehr ging er von einer wirksamen Besichtigungsklausel aus und wies die Klage des Klägers der sich auf einen Mangel berief ab.<sup>123</sup>

## 4.2 Exkurs: Die Besichtigungsklausel im Mietrecht

Besichtigungsklauseln werden auch regelmäßig in Bestandverträgen vereinbart. Auch in Bestandverträgen kann die Klausel dazu führen, dass sich der Bestandnehmer nicht auf die gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsansprüche berufen kann. Gerade bei Wohnungs- und Geschäftsmietverträgen berufen sich Vermieter gerne auf vertraglich festgelegte Beschaffenheitsvereinbarungen die durch den Zusatz „wie besichtigt“ als Vertragsbestandteil in den Mietvertrag aufgenommen werden. Gemäß § 1096 ABGB, der zwingenden gesetzlichen Gewährleistungsbestimmung im Bestandrecht, ist der Bestandgeber verpflichtet, die Bestandsache auf eigene Kosten in brauchbarem Stande

---

<sup>122</sup> OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s = immolex-LS 2016/70 = bau aktuell 2016/16 S 216 - bau aktuell 2016,216 = ZLB 2016/53 S 117 - ZLB 2016,117 = NZ 2016/151 S 428 - NZ 2016,428 = Zak 2016/737 S 396 - Zak 2016,396 = EvBl-LS 2017/5 = *Böhm*, immolex 2017,9 = immolex 2017/9 S 24 (Prader) - immolex 2017,24 (Prader) = VbR 2017/9 S 23 - VbR 2017,23 = wobl 2017,26/10 (*Mutz*) - wobl 2017/10 (*Mutz*) = OIZ 2017,24/Heft 1+2 = ecolex 2017/82 S 203 - ecolex 2017,203 = bbl 2017,62/57 - bbl 2017/57 = ZRB 2017,66 (*Hagen; Wenusch*) = MietSlg 68.108.

<sup>123</sup> Siehe Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.04.2016, VIII ZR 261/14, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=1&nr=74484&pos=44&anz=615> (abgerufen am 1.11.2022).

zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauch nicht zu stören. Das Recht zur Bestandzinsminderung beginnt ab der Gebrauchsbeeinträchtigung und endet mit deren Behebung beziehungsweise Wegfall.<sup>124</sup> Die Gewährleistungsrechte können im Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG sowie bei Verbrauchergeschäften vertraglich nicht abbedungen werden.<sup>125</sup> Allerdings hat eine Besichtigungsklausel Auswirkungen auf die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Bestandgegenstands. Der Bestandnehmer kann sich nicht auf das Zinsminderungsrecht gemäß § 1096 ABGB berufen, wenn ihm bereits bei Vertragsabschluss ein Mangel bekannt war und er den Vertrag ohne Vorbehalt geschlossen hat. Insofern verwehrt die Kenntnis des Mangels ein zur Minderung berechtigender Grund im Sinne des Gewährleistungsrechts. Die Bestandzinsminderung tritt außerdem nicht ein, wenn der Bestandnehmer die gebrauchshindernden Umstände akzeptiert hat.<sup>126</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass keine Zinsminderung möglich, wenn das Bestandobjekt trotz eines vorhanden Mangels zum bedungenen Gebrauch tauglich, ist. Bloße „Schönheitsfehler“ stellen daher keine Gebrauchsbeeinträchtigung dar, sofern sie nicht gesondert vertraglich vereinbart wurden.<sup>127</sup> Die Brauchbarkeit wird somit wiederum aus dem Vertragszweck (bedungener Gebrauch) und nach der Verkehrssitte (brauchbarem Stande) ermittelt. Beispielsweise schuldet der Bestandgeber im Falle einer Vermietung einer behindertengerechten Wohnung einen barrierefreien Zugang zu einem

---

<sup>124</sup> Vgl OGH 15.07.2011, 8Ob90/10h = Zak 2011/587 S 316 - Zak 2011,316 = immolex 2011,270/88 (*Pletzer/Prader*) - immolex 2011/88 (*Pletzer/Prader*) = EvBl 2012/1 S 24 - EvBl 2012,24 = *Cerha*, ÖJZ 2012/5 S 46 - *Cerha*, ÖJZ 2012,46 = Jus-Extra OGH-Z 5062 = RdW 2012/25 S 20 - RdW 2012,20 = RZ 2012,39 EÜ10 - RZ 2012 EÜ10 = wobl 2012,76/32 (*Vonkilch*) - wobl 2012/32 (*Vonkilch*) = ecolex 2012/307 S 775 - ecolex 2012,775 = MietSlg 63.151 = MietSlg 63.263 (12) = SZ 2011/91 = Lindinger, immolex 2014,41 (Rechtsprechungsübersicht) = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht).

<sup>125</sup> OGH 27.02.2012, 2 Ob 215/10x = Zak 2012/217 S 112 - Zak 2012,112 = immolex-LS 2012/28 = immolex-LS 2012/29 = immolex-LS 2012/30 = immolex-LS 2012/31 = immolex-LS 2012/32 = *Prader*, immolex 2012,107 = AnwBl 2012,307 = *Reichhoff*, immolex 2012,141 = EvBl-LS 2012/98 = Jus-Extra OGH-Z 5171 = RdW 2012/422 S 402 - RdW 2012,402 0 ecolex 2012/239 S 607 - ecolex 2012,607 = Zak 2012/373 S 186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) - Zak 2012,186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) = wobl 2012,404/131 (*Vonkilch/Riss*) - wobl 2012/131 (*Vonkilch/Riss*) = Schrader, wobl 2013,127 = *Pesek*, wobl 2013,139 = MietSlg 64.244 = MietSlg 64.245 = *Pittl/Kemetmüller*, RdW 2014/694 S 633 - *Pittl/Kemetmüller*, RdW 2014,633 = *Etzersdorfer*, wobl 2019,242 Zak 2021/589 S 328 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) - Zak 2021,328 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht).

<sup>126</sup> *Pesek* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 7<sup>5</sup> (2021) zu § 1096 ABGB Rz 165.  
<sup>127</sup> *Lovrek* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1096 Rz 98.

mitvermieteten Balkon.<sup>128</sup> Für Mängel, die objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen, braucht der Bestandgeber daher nicht einzustehen. Allerdings haftet der Bestandgeber für Mängel, die zwar mangels Kenntnis des Bestandnehmers von diesem subjektiv nicht wahrgenommen wurden, aber an sich gebrauchsbeeinträchtigend sind.<sup>129</sup> Die bloße subjektive Besorgnis einer wissenschaftlich nicht erwiesenen Gefährdung stellt dabei keine objektive Beeinträchtigung des Gebrauchs dar.<sup>130</sup> Dass eine Besichtigungsklausel die Mängelfreiheit eines Mietobjektes bewirken kann, ist aus der Entscheidung 10 Ob 61/16t belegt. Durch diese Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof die Möglichkeit eines Gewährleistungsausschlusses anhand einer Besichtigungsklausel eindeutig bejaht. Allerdings ist wiederum zu betonen, dass es sich bei den Vertragsparteien um Unternehmer im Sinne des KSchG handelte, sodass § 9 KSchG keine Anwendung fand. Der Begriff „ordnungsgemäß“ bedeute nicht, dass es keinerlei Mängel geben darf. Und was man bei einer Besichtigung erkennt, beziehungsweise erkennen kann, ist demnach als genehmigt sowie als ordnungsgemäß anzusehen.<sup>131</sup> Die oben bereits näher getroffenen Ausführungen zur Besichtigungsklausel bei Kaufverträgen sind meiner Meinung daher eins zu eins auch für Bestandverhältnisse zu übernehmen. Durch die Spezifizierung des Objekts können aus Sicht des Bestandgebers Gewährleistungsrechte des Bestandnehmers durchaus vermieden werden. Inwieweit eine - pandemiebedingt immer beliebter werdende - Online Besichtigung des Mietobjekts dabei eine Rolle spielen kann, bleibt abzuwarten.

---

<sup>128</sup> OGH 14.10.2015, 3 Ob 185/15z = Zak 2015/718 S 417 - Zak 2015,417 = immolex 2015/103 S 339 (*Prader*) - immolex 2015,339 (*Prader*) = Schinnagl/Groeschl, Der Mieter 2015,64 (Rechtsprechungsübersicht) = ZLB 2016/8 S 17 (*Kothbauer*) - ZLB 2016,17 (*Kothbauer*) = EvBl-LS 2016/19 = wobl 2016,187/65 - wobl 2016/65 = MietSlg 67.130.

<sup>129</sup> Riedl in Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 1096 ABGB.

<sup>130</sup> OGH 20.06.2007, 7 Ob 101/07i.

<sup>131</sup> OGH 11.10.2016, 10 Ob 61/16t = immolex-LS 2016/76 = GES 2016,409.

## **4.3 Die gerichtliche Geltendmachung**

Im Streitfalle liefert die Besichtigungsklausel sohin hinreichend Anhaltspunkte seinen Standpunkt zu vertreten. Scheitert eine außergerichtliche Einigung, bedarf es für die Durchsetzung der vertraglich festgelegten Rechte jedoch mehr als einen Verweis auf die entsprechende Formulierung. Gerade für die Praxis ist es in diesem Zusammenhang daher essentiell, die wichtigsten Beweislastreglungen der Zivilprozessordnung zu kennen.

### **4.3.1 Beweislast bei einer Besichtigungsklausel**

Derjenige der sich auf einen Mangel beruft, hat gemäß § 226 ZPO<sup>132</sup> in einem ersten Schritt genau vorzubringen, welche konkrete Eigenschaft fehlt. Dabei ist der Mangel konkret zu beschreiben. Ein Pauschalverweis reicht diesbezüglich nicht. Liegen mehrere Mängel vor, muss jede Abweichung der vertragsgemäßen Leistung bzw. dem Übergeber anzulastende Umstände hinreichend genau beschrieben werden, sodass ein allfällig zu bestellender Sachverständiger anhand des Vorbringens das Kaufobjekt überprüfen kann. Nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts trifft nach vorbehaltloser Übernahme der Leistung den Übernehmer die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels.<sup>133</sup> Die Beweislast des Übernehmers ist aber durch § 922 ABGB erleichtert. Demnach wird vermutet, dass bestimmte Eigenschaften Vertragsinhalt wurden. Das betrifft insbesondere die gewöhnlich vorausgesetzte Beschaffenheit, die (musterhafte) Verwendbarkeit entsprechend der Natur des Geschäfts und der getroffenen Verabredung.<sup>134</sup> Wird eine von den Vermutungen des § 922 ABGB abweichende Parteienvereinbarung behauptet, so muss deren Vorliegen bewiesen werden. Insofern bestehen anspruchsvernichtende Einwendungen (besonders vereinbart, nicht gewöhnlich vorausgesetzt, Gewährleistungsverzicht) im Gegensatz zu anspruchsbegründende Voraussetzungen (Natur des Geschäftes, Verkehrsauffassung). Der, der etwas anderes als das gewöhnlich Vorausgesetzte behauptet beziehungsweise sich auf besondere Eigenschaften und

---

<sup>132</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) idF BGBI. I Nr. 61/2022.

<sup>133</sup> RIS-Justiz RS0124354.

<sup>134</sup> Welser/B. Jud, Gewährleistungsrecht § 922 ABGB Rz 24.

Zusagen beruft, ist hierfür beweispflichtig. Hinsichtlich des Nachweises, dass die Sache vom Vertrag abweicht, sieht § 924 ABGB jedoch eine zusätzliche Erleichterung für den Übernehmer vor, wonach ein Mangel innerhalb der Frist von sechs Monaten ab Übergabe vermutet wird. Besonderes gilt jedoch bei einem Verbesserungsversuch. Tritt nach einem Verbesserungsversuch des Veräußerers einer mangelhaften Sache derselbe Mangel wieder auf, trifft den Veräußerer die Beweislast dafür, dass er den Mangel durch Verbesserung beseitigt und dadurch den Verbesserungsanspruch zum Erlöschen gebracht hat.<sup>135</sup>

#### 4.3.2 Prozessuale

Die Vertragsklausel „wie besichtigt“ nützt einer Vertragspartei in einem Prozess nur dann etwas, wenn dokumentiert ist, wie der Zustand bei der Besichtigung denn eigentlich war. Im Einzelfall wird in der Regel strittig sein, welcher Mängelzustand tatsächlich erkennbar war und damit als akzeptiert galt. Regelmäßig steht in einem Prozess Aussage gegen Aussage, weshalb insbesondere die eben ausgeführten Beweislastregeln von Relevanz sind. Die Frage, welche Mängel im Zuge der Besichtigung erkennbar waren beziehungsweise, erkannt werden hätten können, stellt daher durchaus eine interessante Prozessfrage dar. Allerdings unterliegen derartige Fragen zumeist keiner rechtlichen Beurteilung und sind daher einer Revision an den Obersten Gerichtshof nicht zugänglich.<sup>136</sup> Bei der Recherche der bisherigen Rechtsprechung ist klar erkennbar, dass die Beurteilung des Wissenstandes des Besichtigenden eine reine Ermessensentscheidung vom entscheiden Gericht ist, sodass das Berufungsgericht quasi letztinstanzlich über die Streitsache entscheidet. Eine Korrektur durch den Obersten Gerichtshof erfolgt nur bei einer krassen Fehlbeurteilung durch die Vorinstanzen.<sup>137</sup> Die Auslegung von rechtsgeschäftlichen Parteienerklärungen, von denen nicht anzunehmen ist, dass sie in vergleichbarer Form neuerlich vorkommen, begründet wegen der über den Anlassfall

---

<sup>135</sup> RIS-Justiz RS0126728.

<sup>136</sup> Gemäß § 502 ZPO wird für eine Revision durch den OGH die Lösung einer erheblichen Rechtsfrage zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung vorausgesetzt.

<sup>137</sup> OGH 25.10.2016, 4 Ob 197/16y = ZRB 2017,167 (*Stibi*).

nicht hinausgehenden Bedeutung die Zulässigkeit der Revision im Allgemeinen nicht.<sup>138</sup> Die Vertragsauslegung kann somit nur dann eine erhebliche Rechtsfrage darstellen, wenn dem Berufungsgericht eine auffallende Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Für die Praxis - insbesondere für Gewährleistungsprozesse - ist es daher essentiell, im Streitfalle ausreichende Beweismittel vorzulegen um den Prozessstoff ausreichend füllen zu können. Besichtigungen sind jedenfalls ausdrücklich festzuhalten und der Vertragsgegenstand ist hinreichend zu dokumentieren. Ganz nach dem Sprichwort „der Vertrag von heute, entscheidet über den Prozess von morgen“ wird für ein erfolgreiches Gerichtsverfahren vorausgesetzt, genügend Beweismittel vorbringen zu können. Dies gilt nicht zuletzt aufgrund der bereits genannten Beweislasttragungsregeln. Im Ergebnis ist die Kenntnis über einen Mangel eine reine Beweiswürdigungsfrage, welche von den Vorinstanzen abschließend zu beurteilen ist. Der Oberste Gerichtshof urteilt demnach nur im Interesse der Rechtssicherheit oder der Einzelfallgerechtigkeit. Ein häufiger Fehler im Gewährleistungsprozess ist daher die in der dritten Instanz unzulässige Beweiswürdigungskritik, sprich das Monieren einer (Nicht)Feststellung von Mängeln in einer Revision.

---

<sup>138</sup> RIS-Justiz RS0044358.



## 5 Zweites Kapitel

### 5.1 Die Besichtigungsklausel im Verbrauchergeschäft

Gegenüber einem Verbraucher wurde die zu leistende Gewähr vom Gesetzgeber immer schon äußerst streng und restriktiv ausgelegt. Der Verbraucherschutz gründet sich dabei nicht zuletzt auch auf die Vorgaben und Auslegung des unionsrechtlichen Gesetzgebers, zumal der einheitliche Schutz und Information der Verbraucherinnen und Verbraucher eine grundlegende Aufgabe des europäischen Gesetzgebers darstellen.<sup>139</sup> Ganz allgemein ist ein Rechtsgeschäft als Verbrauchergeschäft zu qualifizieren, sobald ein Vertrag zwischen einem Unternehmer auf der einen, und einem Verbraucher auf der anderen Seite abgeschlossen wird. Dabei definiert das Gesetz einen Unternehmer als jemanden, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört.<sup>140</sup> Hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft hilft sich der Gesetzgeber mit einer Negativdefinition<sup>141</sup>, sprich alle sind Verbraucher, die keine Unternehmer sind. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass der Wissens- und Erfahrungsstand eines Verbrauchers beziehungsweise seine Stellung als Verbraucher, auch dann besteht, wenn er unter Zuhilfenahme eines juristischen Fachmannes ein Rechtsgeschäft abschließt. Die Liegenschaftskaufvertragserrichtung vor einem Notar oder Anwalt ist daher für den Verbraucherschutz unerheblich, obwohl grundsätzlich kein Ungleichgewicht mehr zu Lasten des Verbrauchers vorliegt.<sup>142</sup> Die herrschende Ansicht geht dennoch davon aus, dass der Konsument seine Verbrauchereigenschaft nicht verliert, selbst wenn er eine qualifizierte Person als Berater und Vertragsverfasser hinzuzieht. Ausschlaggebend ist somit allein die Eigenschaft der Vertragsparteien.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Demgemäß muss die Auslegung richtlinienkonform erfolgen, Vgl Art 7 Richtline 99/44/EG.

<sup>140</sup> Vgl § 1 UGB, Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB) idF BGBI. I Nr. 186/2022.

<sup>141</sup> § 1 Abs 1 KSchG.

<sup>142</sup> Vgl § 31 Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher (Allgemeines Grundbuchgesetz 1955 – GBG. 1955) idF BGBI. I Nr. 81/2020; In diesem Zusammenhang ist hinzuweisen, dass der Notar bzw. ein Anwalt beim Liegenschaftserwerb bzw. der Kaufvertragsabwicklung und der Verbücherung eine wesentliche Rolle spielt. Ein Kaufvertrag ist für Einverleibung gerichtlich oder notariell zu beglaubigen.

<sup>143</sup> Vgl Welser JBL 1980, derselbe in Krejci, KSchG Handbuch 197.

Das Konsumentenschutzgesetz ist nur auf Verbrauchergeschäfte anzuwenden. Ausgenommen sind beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte oder die Liegenschaftstransaktion zwischen Privatpersonen. Allerdings ist gerade in diesem Zusammenhang - speziell bei Liegenschaftsverträgen - darauf hinzuweisen, dass die Unternehmereigenschaft in vielen Sachverhaltskonstellationen öfter vorliegt, als angenommen. Nach ständiger Rechtsprechung liegt die Unternehmereigenschaft beispielsweise auch dann vor, wenn der Eigentümer einer als Bauland gewidmeten Liegenschaft, diese parzellieren und aufschließen lässt, um in der Folge die einzelnen Grundstücke zu verkaufen.<sup>144</sup> Auch die Vermietung von mehr als fünf Mietobjekten, kann für einen Liegenschaftsverkäufer eine Unternehmenseigenschaft begründen.<sup>145</sup> Diesbezüglich können auch gewerberechtliche Vorschriften unliebsame Überraschungen bereiten.

## 5.2 Die Schutznorm des § 9 KSchG

Während das Gewährleistungsrecht des ABGB grundsätzlich dispositiv und daher abdingbar ist, sind die Gewährleistungsbestimmungen bei Verbrauchergeschäften relativ zwingend. Das bedeutet, dass abweichende Vereinbarungen zulasten des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels unzulässig und somit rechtsunwirksam sind.<sup>146</sup> Nach § 9 KSchG können die Gewährleistungsansprüche im Verbrauchergeschäft vor Kenntnis des Mangels weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Die Unabdingbarkeit bezieht sich auf alle Gewährleistungsbestimmungen, vor allem auf die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen, die Behelfe und die Beweislastumkehr des § 924 ABGB.<sup>147</sup> Der zwingende Charakter bezieht sich dabei ausschließlich auf den Zeitraum bis zur Kenntnis des Mangels.<sup>148</sup> Jedenfalls nichtig sind allgemeine Klauseln, mit denen die Gewährleistung für erkennbare sowie geheime Mängel pauschal ausgeschlossen werden

---

<sup>144</sup> Fischer Czermak NZ 1991, 115; Assem/Knittl, das neue Maklergesetz für Immobilienmakler (1996), 78.

<sup>145</sup> OGH 24.11.1993, 3Ob547/93.

<sup>146</sup> Vgl Apathy in Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> Rz 1; Kathrein/Schoditsch in KBB<sup>6</sup> Rz 1; Krejci in Rummel II/43 Rz 1; ferner Ehrenzweig/Mayrhofer 435; Dullinger, SchRAT6 Rz 3/142.

<sup>147</sup> Vgl Kathrein/Schoditsch in KBB<sup>4</sup> § 9 KSchG Rz 1.

<sup>148</sup> Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang<sup>3</sup>, §9 KSchG, Rz 7.

soll. Wie auch schon bei der Auslegung der Besichtigungsklausel bedeutet das, dass für geheime Mängel immer Gewähr zu leisten ist. Nachträgliche Abreden und auch ein Verzicht auf die Gewährleistung nach Unterrichtung des Mangels sind dagegen zulässig, auch wenn an einen Verzicht, egal ob ausdrücklich oder konkludent, hohe Anforderungen zu stellen sind. Entscheidend ist der Schutzzweck der Unabdingbarkeit. Allerdings wird auch hingewiesen, dass der Verbraucher erst auf Gewährleistungsansprüche verzichten kann, wenn der Verbraucher der typischen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer beziehungsweise seiner verdünnten Willensfreiheit nicht mehr ausgesetzt ist. So gesehen, kann der Verbraucher auf erkennbare Mängel im Zuge der Besichtigung nicht von Vornherein verzichten. Jedoch gibt es Grenzen. Für Leistungen, die nicht geschuldet werden, ist auch keine Gewähr zu leisten. Eine (negative) Leistungsbeschreibung ist demnach auch gegenüber dem Konsumenten wirksam. Durch eine gemeinsame Besichtigung kann auch der Vertragsgegenstand (schlüssig) näher beschrieben werden. Eine schriftliche Vereinbarung wird nicht vorausgesetzt um den Schuldinhalt zu präzisieren. Das bedeutet, dass bei der Besichtigung mit einem Verbraucher der Vertragsgegenstand spezifiziert werden kann, sodass gar kein Mangel vorliegt. Demgemäß lassen auch *Welser* und *Zöchling-Jud* erkennen, dass als Vorfrage stets zu prüfen ist, ob anhand der Leistungsbeschreibung überhaupt ein Mangel vorliegt.<sup>149</sup> Da es sich letztlich im Streitfall um eine Beweiswürdigungsfrage handelt, sollte die Besichtigung - insbesondere die Verwendungsmöglichkeiten und die Zweifel über bestimmte Eigenschaften - mit einem Verbraucher exakt dokumentiert werden. Mit den Eigenschaften, mit denen der Verbraucher angesichts des Materials, der Art der Herstellung, der Konstruktion, des Alters der bisherigen Verwendung rechnen muss, wird der Schutzzweck des § 9 KSchG jedenfalls nicht umgangen.<sup>150</sup> Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf allerdings nicht durch eine einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden, wobei zu betonen ist, dass nicht jede Leistungsbeschreibung ist als Umgehung anzusehen ist. Vielmehr hängt die Frage ob eine

---

<sup>149</sup> *Kosenik-Wehrle*, Konsumentenschutzgesetz<sup>3</sup>, § 9 KSchG, Rz 3.

<sup>150</sup> *Krejci* Handbuch zum Konsumentenschutz, § 9 KSchG Rz 6.

zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>151</sup> Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen.<sup>152</sup> Umgehung sind insbesondere dann gegeben, wenn eine Leistungsbeschreibung den Geschäftszweck beziehungsweise Gebrauch der Liegenschaft insgesamt untergräbt. Wie bereits dargestellt, muss eine Wohnung daher auch bewohnbar sein. Beim Verkauf einer desolaten beziehungsweise nicht nutzbaren Liegenschaft müssen daher konkrete Angaben über die negativen Sacheigenschaften enthalten sein um sie von Gewährleistungsausschlussklauseln abgrenzbar zu machen. Aufgrund der Umgehungsgefahr fordert die Rechtsprechung einen besonders strengen Maßstab. Für Verbraucher unzulässig sind unbestimmte bzw. allgemeine Formulierungen.<sup>153</sup> Unwirksam gegenüber einem Verbraucher wäre somit eine pauschale Leistungsbeschreibung, dass die Verkehrssicherheit einer Immobilie nicht zugesichert wird. Vielmehr fordert die Rechtsprechung einen genauen Hinweis, wieso eine Immobilie nicht verkehrssicher ist. Allgemeine Formulierungen, welche nicht sachlich gerechtfertigt sind, sprich die durch umfassend formulierte Klauseln die Gewährleistungspflicht des Unternehmers ausschließen wollen, wie beispielsweise „bei der gekauften Ware ist mit Mängeln jeder Art zu rechnen“ oder „die Sache weist keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften auf“, sind daher als Gewährleistungsausschluss zu behandeln und im Verbrauchergeschäft vor Kenntnis des Mangels jedenfalls unwirksam.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s = immolex-LS 2016/70 = bau aktuell 2016/16 S 216 - bau aktuell 2016,216 = ZLB 2016/53 S 117 - ZLB 2016,117 = NZ 2016/151 S 428 - NZ 2016,428 = Zak 2016/737 S 396 - Zak 2016,396 = EvBl-LS 2017/5 = *Böhm*, immolex 2017,9 = immolex 2017/9 S 24 (*Prader*) - immolex 2017,24 (*Prader*) = VbR 2017/9 S 23 - VbR 2017,23 = wobl 2017,26/10 (*Mutz*) - wobl 2017/10 (*Mutz*) = OIZ 2017,24/Heft 1+2 = ecolex 2017/82 S 203 - ecolex 2017,203 = bbl 2017,62/57 - bbl 2017/57 = ZRB 2017,66 (*Hagen; Wenusch*) = MietSlg 68.108.

<sup>152</sup> OGH 11.05.2011, 7 Ob 173/10g.

<sup>153</sup> Vgl die AGB-Klausel eines Trinkwasserversorgers, wonach „ein Anspruch auf eine bestimmte Wasserbeschaffenheit oder einen bestimmten Betriebsdruck nicht besteht“. OGH 27.03.2007, 1 Ob 224/06 g = RdW 2007/678 S 662 - RdW 2007,662 = Zak 2012/373 S 186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) Zak 2012,186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht).

<sup>154</sup> Vgl *Zöchl-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 929 (Stand 1.1.2016, rdb.at) Rz 7.

### **5.3 Das Transparenzgebot des § 6 KSchG**

Eine weitere Beschränkung der Vertragsfreiheit - und somit für die Formulierung einer Besichtigungsklausel - findet sich in § 6 KSchG. Dabei werden demonstrativ Tatbestände aufgezählt die in Vertragsformblättern oder mangels gesonderter Vereinbarung nicht für einen Verbraucher gelten. Zum Beispiel wurde in der Entscheidung 7 Ob 78/06f ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG in der Erklärung des Verbrauchers, dass er „*den Mietgegenstand durch eigene Besichtigung kennt, dieser durch Pläne/Beschreibungen, welche integrierende Bestandteile des Vertrages sind, hinreichend spezifiziert sind*“ festgestellt, da dem Verbraucher darin eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.<sup>155</sup> Hält eine Formulierung dem Transparenzgebot nicht Stand, so gilt die Klausel als rechtsunwirksam.

### **5.4 Das Benachteiligungsverbot des § 879 Abs 3 ABGB**

Die allgemeinen gesetzlichen Regelungen zur Gewährleistung wurden bereits im 1. Teil dieser Arbeit hinreichend erörtert. Ausgehend davon ist nach der Rechtsprechung und Lehre als primärer Maßstab für die Beurteilung inwieweit eine grösstenteils Benachteiligung vorliegt das dispositive Recht als „Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessensausgleichs“ heranzuziehen.<sup>156</sup> Es ist daher grundsätzlich schwierig eine Klausel zu vereinbaren, die vom dispositiven Recht abweicht. Die Judikatur verlangt zusätzlich zur Abweichung eine Angemessenheitsprüfung und eine sachliche Rechtfertigung.<sup>157</sup> Unwirksam ist eine Klausel insbesondere dann, wenn die Vertragsposition des Verbrauchers in einem nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht.<sup>158</sup> Rechtsfolge ist wiederum eine nützige Klausel, sprich sie führt zu keinerlei Rechtswirkungen.

---

<sup>155</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 23 § 6 KSchG (Stand: 1.4.2015, rdb.at) Rz 4. Vgl auch Vonklich, Wobl 2007, 192 ff.

<sup>156</sup> Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.01§ 879 Rz 279 mwN.

<sup>157</sup> OGH 13.04.1983, 1 Ob 581/83 ; siehe auch 1 Ob 546/84; 1 Ob 626/85; 6Ob 320/98x; 1 Ob 1/00d; 4 Ob 113/06fua). Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 23 § 6 KSchG, Stand: 1.4.2015, rdb.at Rz 13.

<sup>158</sup> Vgl Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.01§ 879 Rz 280 mwN.

## **5.5 Die Inhaltskontrolle gemäß § 846 a ABGB**

Zudem wird eine Besichtigungsklausel regelmäßig als verdeckt nachteilige Klausel gemäß 864a ABGB zu beurteilen sein. Nicht zuletzt, weil die Erklärung des Verbrauchers im Zuge der Besichtigung kein objektiver Sinn eines Einverständnisses beigelegt werden kann, wird eine allgemeine Formulierung vor Gerichten nicht standhalten.<sup>159</sup>

## **5.6 Negative Leistungsbeschreibung bei Konsumenten**

Wie bereits ausgeführt steht der rechtsgeschäftliche Gewährleistungsverzicht der Leistungsbeschreibung funktional sehr nahe. Damit ist schon das größte Problemfeld im Zusammenhang mit einer Besichtigungsklausel beschrieben. Leistungsbeschreibungen sind somit anfällig, zur Umgehung eines Gewährleistungsverzichts missbraucht zu werden. Werden die Schwachpunkte der Sache so deutlich beschrieben, dass der Übernehmer die Tragweite erkennen und daher beim Abschluss des Vertrages berücksichtigen kann, spricht mehr für eine Leistungsbeschreibung.<sup>160</sup> In der Folge wird sich auch ein Konsument nicht auf einen Mangel berufen können, da der Vertragsinhalt ausschlaggebend ist. Im Gegensatz dazu sind allgemein gehaltene oder pauschale Aussagen als Gewährleistungsverzichte zu behandeln, die im Anwendungsbereich des Konsumentenschutzgesetz unzulässig sind. Verdeutlicht wurde diese Rechtsansicht in der Entscheidung 7 Ob 84/12x wo es sprichwörtlich heißt: „Eine Leistungsbeschreibung ist zulässig, wenn etwa der Unternehmer übliche Beeinträchtigungen je nach Art der Sache so offenlegt, dass der Verbraucher die Tragweite seines Entschlusses erkennen und den Mangel ins Kalkül ziehen kann.“ Soweit also die Leistungsbeschreibung den Schuldinhalt präzisiert, insbesondere Zweifel über bestimmte Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und Funktionen des Leistungsgegenstands beseitigt und bestimmte (negative) Eigenschaften offenlegt, mit denen der Konsument angesichts des Materials, der Art der Herstellung, der Konstruktion und dergleichen rechnen muss, wird das Verbot des Gewährleistungsausschlusses in der Regel nicht umgangen, weil eben

---

<sup>159</sup> Vgl RIS-Justiz RS0014506.

<sup>160</sup> Vgl Hödl in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> 923 Rz 7 und § 929 Rz 2.

kein Mangel vorliegt.<sup>161</sup> Die Erkennbarkeit im Zuge der Besichtigung spielt daher auch bei einem Verbrauchergeschäft eine Rolle. Selbst wenn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht auf unbewegliche Sachen anwendbar ist, zeigt die Auslegung und der Normzweck des europäischen Gesetzgebers eine klare Tendenz, die meiner Meinung nach auch für Immobilientransaktionen mit Verbrauchern angeführt werden kann. Die Richtlinie bestimmt, dass eine Abweichung von den objektiven Anforderungen, also eine negative Leistungsbeschreibung, nur möglich sein soll, wenn der Verbraucher eigens davon unterrichtet wurde und durch sein aktives und eindeutiges Verhalten zugestimmt hat.<sup>162</sup> Im Zweifel - wie auch schon die Vergangenheit bewiesen hat - werden Gerichte diese Ausführungen übernehmen. Somit sollen vorgefertigte Vertragsformtexte des Verkäufers vermieden werden. Durch das Erfordernis, dass der Verbraucher bei einer Abweichung von den objektiven Anforderungen gesondert und ausdrücklich zustimmen muss, ist der § 928 ABGB entsprechend auszulegen (das gilt allerdings nur gemäß der Richtlinienkonformen Interpretation im Sinne der Verbrauchsgüterrichtlinie). Der Verkäufer steht daher vor einer gewissen Herausforderung, eine nicht bewohnbare Immobilie an einen Verbraucher zu verkaufen. Nachdem eine negative Leistungsbeschreibung praktisch denselben Zweck verfolgen wie ein Gewährleistungsverzicht, wird ein objektiver Maßstab vorauszusetzen sein. All die offengelegten und grundsätzlich negativen Eigenschaften sollen zum Vertragsinhalt werden. Für diese Eigenschaften bestünde somit keine Möglichkeit, sich auf die Gewährleistungsrechte zu stützen.<sup>163</sup> Dem Gewährleistungsrecht wird sozusagen die Anwendbarkeit entzogen. Derartige negative Leistungsbeschreibungen, ohne aktives und eindeutiges Verhalten des Konsumenten, bringen eine Gefahr mit sich, da der Verbraucher im Normalfall eben auf das Vorhandensein der objektiven Anforderungen

---

<sup>161</sup> OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12 x = jusIT 2013/13 S 26 (*Thiele*) = jusIT 2013,26 (*Thiele*) = RdW 2013/133 S 137 - RdW 2013,137 = Riss, ÖBA 2013,802 = RZ 2013,218 EÜ186, 187, 188 - RZ 2013 EÜ186 - RZ 2013 EÜ187 - RZ 2013 EÜ188 = SZ 2012/115 = Told, JBl 2019,623 - Klauselprüfung Telekommunikationsvertrag, siehe auch *Krejci* in Rummel II/4 § 9 KSchG Rz 6; ferner Fenyves in *Krejci*, KSchG-HB 398.

<sup>162</sup> Vgl Art 7 Abs 5 der Richtlinie (EU) 2019/771 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

<sup>163</sup> RIS-Justiz RS0127173.

an die Vertragsmäßigkeit vertrauen darf. Im Ergebnis sind nur konkrete Angaben über bestimmte Sacheigenschaften möglich. Zudem wird vorausgesetzt, dass die Leistungsbeschreibung mit den realen Gegebenheiten, also der tatsächlichen Leistung, übereinstimmen muss. Mangels konkreten Inhaltes können daher derartige pauschale Erklärungen im Hinblick auf das Gewährleistungsrecht mit Verbrauchern nicht rechtswirksam abgeschlossen werden. Abweichungen müssen immer als solche deklariert und verkauft werden, erst dann wird die Sache vom Verbraucher akzeptiert. Meiner Meinung nach gilt das auch für den Immobilienkauf, weshalb eine allgemeine, kurz gehaltene, Besichtigungsklausel im Verbrauchergeschäft - trotz gemeinsamer Begehung - nicht rechtsgültig zustande kommt. Auch regelmäßig unwirksam sind vertraglich umschriebene Negativeigenschaften, die den ordentlichen beziehungsweise den bedungenen Gebrauch der Sache verhindern oder der Natur des Geschäfts entgegenstehen.<sup>164</sup> Diesbezüglich findet sich in der Judikatur unter der Geschäftszahl 7 Ob 156/16 s eine – meiner Meinung nach – hochinteressante Entscheidung über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften beim Wohnungskauf im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutzgesetz. Der Kläger begehrte als Konsument die Behebung zahlreicher Mängel seiner gekauften Immobilie. Insbesondere monierte er, dass die Wohnung über keinen sogenannten FI-Schalter<sup>165</sup> verfüge. Tatsächlich wurde dieser Sachverhalt auch vom Gericht festgestellt. Dennoch wurde das Klagebegehren vom Erstgericht abgewiesen und die Entscheidung vom Obersten Gerichtshof bestätigt. Im Kaufvertrag wurde festgehalten, dass das Wohnhaus im Jahr 1945 errichtet wurde und der Verkäufer aus jeglicher Haftung entlässt. Insbesondere wird keine Gewähr für eine bestimmte Beschaffenheit, eine besondere Widmung, eine bestimmte Verwendbarkeit, eine bestimmte Verwertbarkeit und ein bestimmtes Erträgnis des Vertragsgegenstands geleistet. Ausdrücklich festgehalten wurde, dass der Käufer die Wohnung eingehend besichtigt hat und deren unsanierten Zustand, so wie die Wohnung vom Vormieter an die Beklagte zurückgestellt wurde, ohne Vorbehalte zur Kenntnis nimmt. Diese

---

<sup>164</sup> Klever, Parteiautonome Beschränkungen der vertraglichen Leistungspflicht, immolex 2020, 159.

<sup>165</sup> Der Fehlerstrom-Schutzschalter wird umgangssprachlich auch als FI-Schalter bezeichnet. Das „F“ steht für Fehler. Das „I“ steht für das Formelzeichen der Stromstärke.

Bestimmungen wurden auch Vertragsinhalt des später notariellen errichteten Kaufvertrages. Darüber hinaus wurde ein ziviltechnisches Gutachten über den Bauzustand der Liegenschaft integrierender Bestandteil des Kaufvertrages und der darin beschriebene Bauzustand zur bedungenen Eigenschaft. Die verwendeten Baustoffe, die elektro- und haustechnischen Anlagen sowie die Statik des Wohnhauses wurden aber nicht untersucht. Anfang 2014 hat der Kläger Kenntnis erlangt, dass die Elektroinstallationen im Zeitpunkt der Klagseinbringung nicht dem Stand der Technik, vor allem nicht § 7a Elektrotechnikverordnung<sup>166</sup>, entsprachen. Der Kläger beanstandete die mangelhaften Elektroinstallationen - neben dem FI-Schalter, fehlten die Erdungsleiter, zudem waren die Steckdosen in Bad und Schlafzimmer nicht geerdet- und begehrte deswegen Gewährleistung hinsichtlich der Elektroinstallationen. Überdies begehrte die klagende Partei Feststellung, dass ihr die beklagte Partei für alle künftige Folgen hafte. Den Gewährleistungsanspruch begründete die klagende Partei einerseits damit, dass die Betriebssicherheit von Elektroinstallationen eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft im Sinne des § 922 ABGB ist. Andererseits brachte er vor, dass er aufgrund eines ziviltechnischen Gutachtens zumindest davon ausgehen konnte, dass ihm ein normaler Zustand der Elektroinstallationen zugesichert wurde. Weiters brachte der Kläger vor, dass der von der Beklagten eingewandte Gewährleistungsausschluss den Bestimmungen des § 9 KSchG und § 879 ABGB zuwiderlaufe und, dass die beklagte Partei schuldhaft ihre vorvertraglichen Aufklärungspflichten verletzt habe, da sie über den lebensgefährlichen Zustand und die fehlende Betriebssicherheit der Elektroinstallationen nicht aufgeklärt habe. All diese Argumente wurden vom Obersten Gerichtshof verworfen, da der Kläger ausdrücklich eine sanierungsbedürftige Immobilie erworben hat.

Die Argumentation des Obersten Gerichtshofes kann durchaus in Zweifel gezogen werden, insbesondere wenn man sie mit der bisherigen Rechtsprechung zum Gebrauchtwagenkauf vergleicht. Hier gilt etwa die Fahrtüchtigkeit - und damit die

---

<sup>166</sup> Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über Sicherheit, Normalisierung und Typisierung elektrischer Betriebsmittel und elektrischer Anlagen (Elektrotechnikverordnung 2020 – ETV 2020) idF BGBl. II Nr. 308/2020.

Verkehrs- und Betriebssicherheit - beim Kauf eines Gebrauchtwagens von einem gewerblichen Kraftfahrzeughändler mit Werkstätten-Betrieb als zumindest schlüssig zugesichert, wenn der Gebrauchtwagen von einem berechtigten Lenker abgeholt werden soll. Das hat zur Folge, dass der Verkäufer sogar trotz eines umfassenden Gewährleistungsverzichts durch den Käufer für die Fahrtüchtigkeit Gewähr zu leisten hat. Denn der Käufer, der ein gebrauchtes Fahrzeug vom Gebrauchtwagenhändler erwirbt und dieses selbst abholen soll, geht ohne Zweifel und - laut Höchstgericht - für den Veräußerer auch erkennbar davon aus, dass das Fahrzeug fahrbereit ist. Ausgenommen etwaiger hinzunehmender Verschleiß- und Abnutzungerscheinungen darf er also davon ausgehen, dass das Fahrzeug nicht derart mangelhaft ist, dass die Fahrbereitschaft erheblich beeinträchtigt beziehungsweise nicht gegeben ist. Einem Gebrauchtwagen, dessen Bremsflüssigkeit leer ist, sodass es schon nach kurzer Fahrzeit zum völligen Bremsversagen kommt, fehlt es daher an der konkludent zugesicherten Fahrbereitschaft. Führt man sich nun im Vergleich die zentrale Bedeutung des elektronischen „Personenschutzes“, etwa anhand des FI-Schalters vor Augen, so kann durchaus in Zweifel gezogen werden, ob die Beschreibung „unsaniert“ tatsächlich impliziert, dass faktisch nicht nur ein nichtfunktionierender oder nicht ausreichender, sondern gar kein elektronischer „Personenschutz“ vorhanden ist. Der FI-Schalter ist nämlich eine zentrale Schutzvorrichtung, die bei Fehlerströmen - etwa wenn ein Mensch ein elektronisches Gerät mit defekter Isolierung angreift und dadurch eine Unregelmäßigkeit im Stromnetz entsteht (= Fehlerstrom) - von selbst den Stromkreis abschaltet und so vor lebensgefährlichen Stromschlägen schützt. Analog zur fehlenden Bremsflüssigkeit beim selbst abzuholenden Gebrauchtwagen, könnte man daher argumentieren, dass auch der Käufer einer „unsanierten“ Wohnung davon ausgehen darf, dass ein elektronischer „Personenschutz“ als schlüssig zugesichert gilt. Weiters kann auch in Zweifel gestellt werden, ob der Kläger, der vor fast 40 Jahren aus der Wohnung ausgezogen ist und danach die Wohnung nur noch von Besuchen kannte, wirklich über den Zustand der

Elektroinstallationen - vor allem aber über deren Gefährlichkeit - Bescheid wusste<sup>167</sup> Aus Sicht des Käufers ist daher erhöhte Vorsicht geboten, wenn eine unsanierte oder renovierungsbedürftige Immobilie gekauft wird. Dass das Wort unsaniert impliziert, dass auch mit Gesundheitsgefährdungen gerechnet werden muss, kann wohl nicht verallgemeinert werden und konnte im konkreten Fall nur bejaht werden, da der Kläger die Wohnung bereits jahrelang bewohnte und somit kannte. Demnach entfiel auch eine Aufklärungspflicht des Veräußerers.

In diesem Zusammenhang kann auch die Entscheidung 2 Ob 176/10 m verwiesen werden, in der sich der Oberste Gerichtshof mit folgender Vertragsklausel auseinanderzusetzen hatte:

*(...) weiterer Sanierungsbedarf wie beispielsweise Bleiwasserleitungen oder Asbest ist derzeit nicht bekannt (...)“*

Bemerkenswert ist, dass nach Vertragsabschluss und Übergabe festgestellt wurde, dass ein asbesthaltiger Bodenbelag verlegt war. Der Käufer und Kläger der sich auf diesen Umstand berief, war Verbraucher. Das Höchstgericht begründete, dass kein Mangel vorliegt, weil aus der Vereinbarung hervorgeht, dass es sich um eine sanierungsbedürftige Wohnung mit möglichen Negativeigenschaften handelt. Durch die Vertragsklausel wurde die Möglichkeit von Asbest offengelegt. Durch die Leistungsbeschreibung wurde nur die mindere Qualität Vertragsinhalt. Die Ausführungen wurden im folgenden Rechtssatz nochmals verdeutlicht: „Wird einem Käufer offengelegt, dass bestimmte mögliche Negativeigenschaften des Kaufobjekts bei näherer Untersuchung zu Tage treten könne, dass er also diesbezüglich mit dem Abweichen von der ansonsten geschuldeten Qualität

---

<sup>167</sup> OGH lehnt Haftung des Verkäufers einer lebensgefährlichen Wohnung ab, siehe OGH 28.09.2016 7 Ob 156/16s = immolex-LS 2016/70 = bau aktuell 2016/16 S 216 - bau aktuell 2016,216 = ZLB 2016/53 S 117 - ZLB 2016,117 = NZ 2016/151 S 428 - NZ 2016,428 = Zak 2016/737 S 396 - Zak 2016,396 = EvBl-LS 2017/5 = Böhm, immolex 2017,9 = immolex 2017/9 S 24 (*Prader*) - immolex 2017,24 (*Prader*) = VbR 2017/9 S 23 - VbR 2017,23 = wobl 2017,26/10 (*Mutz*) - wobl 2017/10 (*Mutz*) = OIZ 2017,24/Heft 1+2 = ecolex 2017/82 S 203 - ecolex 2017,203 = bbl 2017,62/57 - bbl 2017/57 = ZRB 2017,66 (*Hagen; Wenusch*) = MietSlg 68.108.

der Leistung rechnen muss, dann wird bei einer solchen Leistungsbeschreibung nur die mindere Qualität Vertragsinhalt“.<sup>168</sup> Das bedeutet, dass auch bei Konsumenten Gewährleistungsrechte bei einer entsprechenden Formulierung im Kaufvertrag verneint werden können.

## 5.7 Die Reichweite einer Besichtigungsklausel bei Konsumenten

Zusammenfassend ist daher hinzuweisen, dass die Reichweite einer Besichtigungsklausel wiederum durch Auslegung zu ermitteln ist. Maßgeblich für einen Mangel im Sinne einer Vertragswidrigkeit ist stets der Veräußerungsvertrag. Auch ein Verbraucher kann stillschweigend verzichten, selbst wenn diesbezüglich ein sehr strenger Maßstab gefordert wird. Durch die Spezifizierung anhand einer gemeinsamen Besichtigung im Sinne eines stillschweigenden Verzichts, kann somit ein objektiver Mangel als vertragsgemäß beurteilt werden. Vorgaben dazu, unter welchen Voraussetzungen ein Mangel für einen Verbraucher erkennbar ist, sucht man sowohl im Gesetzestext als auch in der Rechtsprechung vergeblich. Der Begriff einer ordnungsgemäßen Untersuchung kann somit allein anhand der bisherigen Rechtsprechung im verbraucherschutzrechtlichen Konnex herausgearbeitet werden. Angesichts des Schutzzwecks des Gesetzes ergibt sich, dass bei der Prüfung einer wirksamen Besichtigungsklauseln mit Verbrauchern eine doppelte Prüfung vorgesehen ist. Einerseits muss der Mangel bei einer ordnungsgemäßen Prüfung erkennbar sein, andererseits muss der Verbraucher im Zeitpunkt der Übergabe davon Kenntnis erlangen. Der Verbraucher darf daher durch die Formulierung nicht überrumpelt werden, weshalb der Hinweis einer Besichtigungsklausel alleine für einen Verzicht nicht ausreicht. Insofern besteht auch für den Verbraucher eine Pflicht, die Sache ordnungsgemäß zu überprüfen. Meiner Meinung nach heißt das so viel, dass der Verbraucher aus einer ex ante Betrachtung voraussichtlich in der Lage sein wird, die Alterserscheinungen und den Zustand einer Immobilie hinreichend einzuschätzen können. Jedenfalls wird für einen Verbraucher bei Vertragsabschluss ein erhöhter Schutz vor den Gefahren komplexer

---

<sup>168</sup> RIS-Justiz, RS0127173.

Entscheidungssituationen konfrontierender Vertragstypen gewährleistet. Das Verhalten des Verbrauchers muss bei Überlegung aller Umstände des Falles unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche den eindeutigen und zweifelsfreien Schluss zulassen, er habe ernstlich die Gewährleistung beschränken wollen.<sup>169</sup>

## 5.8 Die Schutzbestimmung des § 38 WEG

Letztlich muss noch der Schutzbereich des Wohnungseigentümers erwähnt werden, da Besichtigungsklauseln im Zusammenhang mit Kaufverträgen über Wohnungseigentumsobjekte nach dem WEG auch dieser Bestimmung standhalten müssen. In § 38 WEG findet sich eine weitere Schutzbestimmung zugunsten des „Schwächeren“, in diesem Fall dem Wohnungseigentumsbewerbers<sup>170</sup>. Diese Bestimmung besteht neben der Schutzbestimmungen des KSchG und ABGB.<sup>171</sup> Bemerkenswert ist allerdings, dass die Bestimmungen des § 38 für jeden Wohnungseigentumsbewerber beziehungsweise Wohnungseigentümer unabdingbar gelten. Es kann also durchaus sein, dass eine Vereinbarung nach dem § 38 WEG unwirksam ist und im Sinne des § 9 KSchG wirksam.<sup>172</sup> Die Generalklausel im WEG ist daher stets zu prüfen, sofern es sich um Wohnungseigentum handelt. Die Beweislast, ob eine konkrete Vereinbarung unter die Generalklausel fällt, trifft den WE-Bewerber.<sup>173</sup> Dass einer solchen Vereinbarung keine Beschränkungseignung zukommt, muss der Wohnungseigentumsorganisator behaupten und beweisen.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> Kathrein in Pirker-Hörmann/Hammerl 40; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> Rz 7; Vgl auch Grumböck in Keiler/Klauser Rz 2.

<sup>170</sup> Vgl § 2 Abs 6 Bundesgesetz über das Wohnungseigentum (Wohnungseigentumsgesetz 2002 – WEG 2002) idF BGBl. I Nr. 222/202.

<sup>171</sup> §§ 864a und 879 ABGB, siehe auch Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 38 WEG, Rz2.

<sup>172</sup> Vgl Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 38 WEG, Rz 5.

<sup>173</sup> MietSlg 33.492/24, MietSlg 38.667/56.

<sup>174</sup> OGH 23.05.2017, 5 Ob 26/17k = bbl 2017,202/198 - bbl 2017/198 = ecolex 2017/436 S 1060 (Benes) - ecolex 2017,1060 (Benes) = wobl 2018,163/59 - wobl 2018/59 = MietSlg 69.125 = MietSlg 69.459.



## **6 Resümee**

Vorrangiges Ziel meiner Arbeit war, anhand der bisherigen Rechtsprechung die Problemstellung für eine wirksame Besichtigungsklausel beim Immobilienkauf aufzuzeigen und einen Überblick zu schaffen, welche Haftungskonstellationen daraus resultieren. Zusammenfassend kommt es wie so oft auf die Umstände des Einzelfalls an, weshalb eine allgemeine Formulierung schwer möglich ist. Wie leider nicht selten existiert eine teils widersprüchliche Judikaturlinie des Obersten Gerichtshofs, weshalb ein Auslegungsspielraum gegeben ist. Generell ist zu betonen, dass die Recherche für diese Arbeit sehr kasuistisch erfolgte. Meine Argumentationslinie ist daher überwiegend auf die aufgezählten Judikate zurückzuführen. Nach den oben genannten Ausführungen kann bejaht werden, dass der Zustand eines Kaufobjektes bei der Besichtigung akzeptiert wird und somit sichtbare Mängel grundsätzlich als genehmigt gelten. Das gilt für den Privatkauf und im B2B Bereich sofern keine Neuwertigkeit geschuldet wird. Die Regelungen der Gewährleistung stellen dispositives Recht dar, weshalb vertragliche Beschränkungen oder Verzichte auf Gewährleistungsrechte jedenfalls vereinbart werden können. Eine Besichtigungsklausel kann daher einen Gewährleistungsverzicht rechtfertigen. Meiner Einschätzung nach ist es nachvollziehbar und richtig, dass nicht für Mängel gehaftet wird, die im Zuge einer Besichtigung der Liegenschaft erkennbar sind, da für Alterserscheinungen und Abnützungen einer Immobilie keine Gewähr zu leisten ist. Hat sich ein Käufer frei entschieden, haftet der Verkäufer grundsätzlich nicht für eine besondere Beschaffenheit. Das gilt insbesondere bei einem niedrigen Kaufpreis, da die Kaufpreisfestlegung auch über die Risikoallokation entscheidet. Abhängig von der Kaufpreissumme sollte daher ein Fachmann aus dem Bauwesen hinzugezogen werden. Der Käufer schuldet bei der Besichtigung einen objektiven Sorgfaltsmaßstab und muss bei Auffälligkeiten im Zuge der Besichtigung Nachforschungen anstellen. Kein Zweifel besteht, dass für arglistig verschwiegene beziehungsweise verstecke Mängel trotz entsprechender Vereinbarung gehaftet wird, weshalb auch essentielle Käuferinteressen nicht ausgehöhlt werden. Um vor einen etwaigen Haftungsfall gewappnet zu sein, ist es daher ausschlaggebend, dass sämtliche Mängel hinreichend dokumentiert und untersucht

werden. Im Ergebnis richtet sich ein wirksam vereinbarter Gewährleistungsausschluss durch eine Besichtigungsklausel neben der Auslegung der konkreten Vereinbarung auch am Wert der Immobilie, der Höhe der Kaufpreissumme sowie der Beachtung der dargelegten Erkundungsobliegenheiten. Eine Rolle spielt dabei auch die Kenntnis des Käufers über den Kaufgegenstand. Hat er das Objekt bereits genutzt beziehungsweise war es ihm aufgrund der gegebenen Umstände (der Käufer erwirbt beispielsweise das Elternhaus) bekannt, wird sich der Käufer weniger darauf berufen können, dass ihm eine mangelhafte Sache übergeben wurde.

Im Hinblick auf das zweite Kapitel ist zu betonen, dass eine Besichtigungsklausel per se nicht im Verbrauchergeschäft wirkt. Allerdings kann die vertragliche Vereinbarung, kombiniert mit einer (schlüssigen) einschränkenden Leistungsbeschreibung dafür Sorge tragen, dass sich der Verbraucher nicht mehr auf einen Mangel berufen kann. Richtigerweise handelt es sich dann nicht um den Anwendungsbereich des § 9 KSchG, da kein Fall eines Gewährleistungsfalls vorliegt, sondern um eine konkrete Leistungsbeschreibung des Kaufobjekts. Zur Abgrenzung einer Leistungsbeschreibung von einem unzulässigen Gewährleistungsverzicht wird im Ergebnis eine klare Argumentationslinie vorausgesetzt. Im Streitfalle kann die Dokumentation einer Besichtigungsklausel das ausschlaggebende Argument sein, dass der Verbraucher aufgrund der vertraglichen Vereinbarung und der gemeinsamen Besichtigung von der Abnutzungerscheinung wissen musste. Das alles gilt selbstverständlich nur, sofern die Leistungsbeschreibung tatsächlich auch den realen Gegebenheiten entspricht. Gerade bei alten Bauwerken - die sich am Ende ihrer Lebensdauer befinden - wird der Veräußerer in vielen Fällen nicht wissen, welche Mängel konkret vorliegen, was ihn aber nicht an der Veräußerung als „baufällig“ oder „sanierungsbedürftig“ hindern sollte. Die Rechtsprechung und Lehre geht meiner Meinung nach insofern zu weit, wenn sie meint, dass Besichtigungsklauseln im Verbrauchergeschäft jedenfalls unbeachtlich sind und die Erkennbarkeit eines Mangels für einen Gewährleistungsausschluss nicht ausreicht. Nicht zuletzt anhand der aufgezeigten Judikatur, kann der Verbraucher meiner Meinung nach auch beim Liegenschaftserwerb Alterserscheinungen eines Bauwerks ins Kalkül ziehen.

Ein Pauschalverweis auf § 9 KSchG ist ungenügend. Auch bei einem Verbrauchergeschäft kann eine Besichtigungsklausel nach gemeinsamer Begehung der Liegenschaft wirksam vereinbart werden, nämlich insbesondere dann, wenn die Klausel an die realen Gegebenheiten anknüpft und der Vertragsgegenstand - insbesondere die negativen Eigenschaften - hinreichend festgehalten worden ist. Die Klausel ist jedoch so auszulegen, dass eine (schlüssige) einschränkende Leistungsbeschreibung durch die Besichtigung offengelegt wird. Der Verweis auf die Besichtigung, ist zudem der Nachweis, dass der Verbraucher von der Beschaffenheit Kenntnis erlangt hat. Demnach ist eine Besichtigungsklausel samt den rechtserheblichen Folgen und dem genauen Beschaffenheitszustand zu formulieren, wobei die Kenntnisnahme des Käufers vertraglich festzuhalten ist. Nur dann ist auch ein Interpretationsspielraum gegeben. Auf allgemeine, pauschale Formulierungen muss dabei verzichtet werden um die verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben zu erfüllen. Es bedarf auch unter Umständen einem Hinweis, dass der Kaufgegenstand keine gewöhnlichen Eigenschaften besitzt. In der Praxis haben das letztlich die Gerichte zu beurteilen, ob der Konsument den konkreten Mangel kannte. Es bleibt daher wie immer eine Beweiswürdigungsfrage. Nicht zuletzt deshalb trägt der Vertragsverfasser eine immense Verantwortung. Bei Grund und Boden samt den darauf befindlichen Bauwerken, kann man hinsichtlich der Bau- und Ausstattungsbeschreibung nicht vorsichtig genug sein. Bereits kleine Fehler bei der Formulierung können zu horrenden wirtschaftlichen Folgen führen. Gerade beim Thema Gewährleistung ist daher - abhängig von den aufgezählten Schutznormen - auf eine unmissverständliche Formulierung zu achten.

## 7 Literatur- und Quellenverzeichnis

*Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar.

*Eccher*, § 9 KSchG, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (Klang) 2006; zitiert: *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang).

*Gottardis*, Die verbraucherrechtliche Dimension des Bauträgervertragsrechts (2020).

*Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 879 (Stand 1.10.2018, rdb.at): zitiert: *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03.

*Jaksch-Ratajczak*, der Liegenschaftskauf als Verbrauchergeschäft, in *wohnrechtliche Blätter*, Februar 2003 (16. Jahrgang) S.37.

*Klever*, Parteiautonome Beschränkung der vertraglichen Leistungspflicht, immolex 2020, 157.

*Klever*, Zur einschränkenden Leistungsbeschreibung im Verbrauchergeschäft, ÖJZ 2017/62.

*Kathrein* (2001): Gewährleistung im Verbrauchergeschäft. In: ecolex 2001, S. 426.

*Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz.

*Kosenik-Wehrle*, Kurzkommentar zum Konsumentenschutzgesetz<sup>3</sup>, (2010).

*Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts.

*Krejci* in *Rummel II/4* § 9 KSchG Rz 6; ferner *Fenyves* in *Krejci*, KSchG-HB 398.

*Leitner*, Das Transparenzgebot (2005); *Mendel*, Gewährleistung beim Privatwagenkauf, Zak 2006/458.

*Madl* (1995): Ansprüche des Käufers einer altlastenbehafteten Liegenschaft. in: ecolex 1995, S. 703.

*Reich-Rohrwig*, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 2015, 441; zitiert: *Reich-Rohrwig*, NZ 2015.

*Riedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 1096 ABGB.

*Rosifka*, Erhaltungspflicht des Bestandgebers gemäß § 1096 und ihre vertragliche Abdingbarkeit, ecolex 2008, 720; zitiert: *Rosifka*, ecolex 2008.

*Wenusch*, Praktisches Bau(rechts)lexikon - Gewährleistung, ZRB 2012, XXXV Heft 4. Vom 1.12.2012.

*Wojciech Jaksch-Ratajczak*, Der Liegenschaftskauf als Verbrauchergeschäft, wobl 2003, 37, Heft 2 v. 24.2.2003.

*Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht 23 § 6 KSchG (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

*Zöchling-Jud*, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON1.02 (2016); zitiert: *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON1.02.

*Zöchling-Jud*, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.02 (2016); zitiert: *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02.

Juristische Blätter Heft 1, Januar 2011, Normale Bodenbeschaffenheit als stillschweigend zugesagte, vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasste Eigenschaft, S.40.

Wohnrechtliche Blätter, Heft 7/8 August 2011 (24. Jahrgang), Zur Auslegung der Leistungsbeschreibung beim Erwerb eines Reihenhauses, S.218.

## **8 Judikaturverzeichnis**

### **VwGH**

VwGH 12.10.2004, 2004/05/0180

### **Arbeits- und Sozialgericht**

ASG Wien, 17 Cg 47/03 k

### **Oberlandesgericht**

OLG Wien, 10 Ra 198/04 t

### **Oberste Gerichtshof**

OGH 26.06.1997, 4 Ob 180/97t  
OGH 26.06.2014, 8Ob 57/14m  
OGH 23.09.2020, 1 Ob 166/20y,  
OGH 23.02.2022, 3 Ob 18/22a,  
OGH 07.10.1980, 5 Ob 685/80,  
OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m  
OGH 24.09.2020, 6 Ob 240/19s  
OGH 21.05.2007, 8 Ob 36/07p  
OGH 28.05.2002, 4 Ob 8/02h  
OGH 30.09.2002, 1 Ob 209/02w  
OGH 18.01.2011, 4 Ob 186/10x  
OGH 05.08.2003, 7 Ob 184/03i  
OGH 25.03.1952, 2 Ob 218/52  
OGH 13.12.2011, 5 Ob 127/11d  
OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s  
OGH 13.09.1995, 7 Ob 562/94  
OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95  
OGH 23.02.2022, 3 Ob 18/22a

OGH 24.03.2021, 3 Ob 181/20v  
OGH 18.10.2007, 2 Ob 189/07v  
OGH 06.10.2005, 8 ObA34/05s  
OGH 20.03.2003, 8 Ob 29/03b  
OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/97b  
OGH 28.07.2010, 9 Ob 50/10h  
OGH 16.03.2016, 7 Ob 4/16p  
OGH 11.10.2016, 10 Ob 61/16t  
OGH 16.03.2016, 7 Ob 4/16p  
OGH 25.03.1952, 2 Ob 218/52  
OGH 26.04.2016, 6 Ob 56/16b  
OGH 13.10.1998, 10 Ob 192/98b  
OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s  
OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h  
OGH 27.02.2012, 2 Ob 215/10x  
OGH 14.10.2015, 3 Ob 185/15z  
OGH 20.06.2007, 7 Ob 101/07i  
OGH 11.10.2016, 10 Ob 61/16t  
OGH 25.10.2016, 4 Ob 197/16y  
OGH 28.06.1995, 3 Ob 547/95  
OGH 27.03.2007, 1 Ob 224/06g  
OGH 13.04.1983, 1 Ob 581/83  
OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x  
OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s  
OGH 23.05.2017, 5 Ob 26/17k

#### **Rechtsätze (RIS-Justiz)**

RS0108027

RS0018547 [T5]

RS0114333

RS0018466  
RS0018523  
RS0018468  
RS0018468  
RS0109996  
RS0041462  
RS0041462  
RS0018480  
RS0034603 [T23]  
RS0114333  
RS0053719  
RS0086417  
RS0086317  
RS0037856  
RS0016561  
RS0018523  
RS0018561 [T2]  
RS0018561  
RS0102748  
RS0014160  
RS0113932  
RS0017797  
RS0034327 [T6]  
RS0034524 [T48]  
RS0034524 [T421]  
RS0034335  
RS0018466  
RS0016390 [T12]  
RS0034335  
RS0018466

RS0016390 [T12]

RS0014811

RS0016390

RS0124354

RS0126728

RS0044358

RS 0014506

RS0127173

RS0127173

RS 0014158

## **Abstract**

Die sogenannte Besichtigungsklausel findet sich in nahezu jedem Liegenschaftskaufvertrag, wobei sie in den unterschiedlichsten Formulierungen vereinbart wird. Mit dieser Klausel zielt insbesondere der Verkäufer darauf ab, die gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Erwerbers zu beschränken indem für erkennbare Mängel nicht gehaftet wird. Die Erkennbarkeit ist allerdings gerade bei unbeweglichen Sachen schwer abzugrenzen. Eine gesetzliche Definition findet sich nicht. Vielmehr ist aus rechtlicher Sicht zu prüfen, ob das Kaufobjekt durch eine gemeinsame Begehung näher spezifiziert werden kann. Ungeachtet der zahlreichen Judikatur- und Literaturangaben zum Thema Gewährleistungsausschluss, gibt es in diesem Zusammenhang nach wie vor zahlreiche praxisrelevante Fragen, die insbesondere im Zusammenhang mit gebrauchten Immobilien - sprich Bauwerke mit Alterserscheinungen - unbeantwortet bleiben. Die gegenständliche Masterarbeit befasst sich daher mit der Frage inwieweit eine Besichtigung das Einstehenmüssen des Verkäufers für einen Mangel einschränken kann und auf welche Prüfkriterien bei der entsprechenden Begehung bzw. Formulierung im Vertragstext abzustellen ist. Dabei gliedert sich die Arbeit in zwei Teile. Während im ersten Teil anhand der bisherigen Rechtsprechung typische Mängelerscheinungen und allgemeine Gewährleistungsbeschränkungen beim Liegenschaftserwerb verdeutlicht werden, handelt der zweite Teil mit dem in der Praxis häufig vorkommenden Thema des Konsumentenschutzrechts, zumal bei Verbrauchergeschäften weitgehende Beschränkungen normiert sind. Nicht zuletzt aufgrund des derzeit auftretenden Immobilienbooms - Stichwort Anlegerwohnung in Krisenzeiten - soll die Arbeit einen praxisorientierten Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen darstellen.