

I. Produkthaftung: Einleitung

A. Einführung

Auch noch so ein gutes Qualitätsmanagement kann nicht verhindern, dass hin und wieder Produkte, die fehlerhaft sind, auf den Markt kommen. Dies kann nicht nur einen Imageverlust aufgrund negativer Presse mit teilweise schwerwiegenden Folgen – wie zB Gewinnrückgängen – nach sich ziehen. Die Schädigung eines Menschen bzw die Beschädigung von Eigentum eines Dritten durch ein fehlerhaftes Produkt kann auch verwaltungsrechtliche, strafrechtliche, oder zivilrechtliche Folgen haben.

Dieses Werk behandelt ausschließlich die zivil-, dh die schadenersatzrechtliche Verantwortung des Herstellers für seine Erzeugnisse, nach der Definition im Webster Law Dictionary somit „*[t]he legal obligation of a manufacturer to pay financial compensation for any harm caused by a product brought to market to a consumer who had the right to expect that the product was safe to use as bought*“. Auf die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmers wird nicht eingegangen.

In Bezug auf die „Produkthaftung“ ist aber jedenfalls zu unterscheiden, ob das fehlerhafte Produkt einen Schaden bei einem Unternehmen in seinem Betrieb bzw in dessen Lieferkette erzeugt oder bei einem Endkonsumenten, der das Produkt ausschließlich privat nutzt. Dies ist auch in der vertraglichen Gestaltung zu berücksichtigen. Aus diesem Grund ist die Behandlung dieser Problematik thematisch zweigeteilt, indem einerseits die produktrechtliche Haftung von Unternehmen gegenüber Unternehmen beschrieben wird und andererseits die Haftung des Unternehmens (insbesondere des Herstellers) gegenüber dem Konsumenten.

I. Produkthaftung: Einleitung

Bildlich lässt sich das wie folgt darstellen:

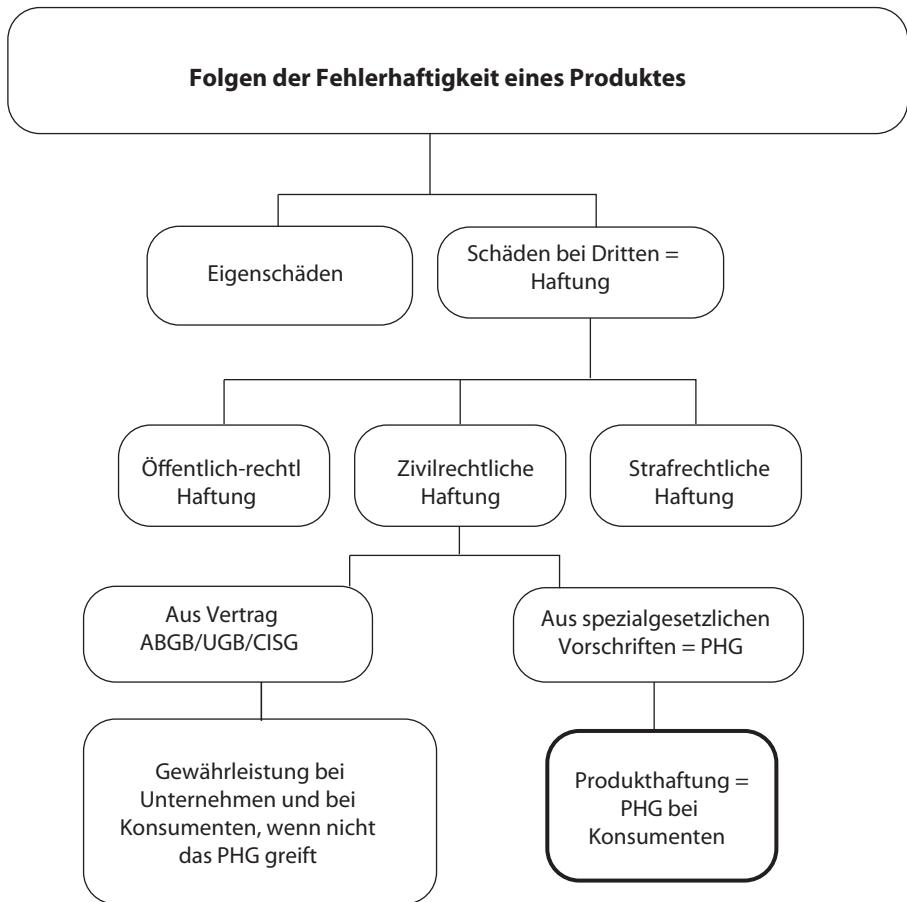


Abb 1: Folgen der Fehlerhaftigkeit eines Produktes

Allen gemein ist aber, dass der Schaden grundsätzlich bei einem Dritten eingetreten sein muss, da Eigenschäden, also zB Schäden, die beim Hersteller selbst aufgrund seines defekten Produktes anfallen, nicht unter den engeren Begriff der „Produkthaftung/Produzentenhaftung“ subsumiert werden können. Es muss daher ein Schaden entweder innerhalb der Lieferkette oder beim Konsumenten eingetreten sein.

II. Produkthaftung: Business-to-Business (B2B)

Ob die Vorschriften des Unternehmensgesetzbuches (UGB) zur Anwendung gelangen oder jene der Produkthaftungsrichtlinie, hängt davon ab, ob der Schaden bei einem Unternehmer eingetreten ist, der die Sache überwiegend in seinem Unternehmen verwendet hat, oder bei einem Verbraucher. Die ursprüngliche Fassung des österreichischen Produkthaftungsgesetzes (PHG) hat vorgesehen, dass auch Unternehmer in den Schutzbereich des Produkthaftungsgesetzes fallen.

Aufgrund der Vollharmonisierung, insbesondere des Art 9 b) ii) der Produkthaftungsrichtlinie,¹ musste diese Ausnahme gestrichen werden, da die Produkthaftungsrichtlinie nur dem Schutz der Verbraucher dient.² Daher fällt auch der Ersatz von Schäden an einer Sache, die für den beruflichen Gebrauch bestimmt ist und beruflich verwendet wird, nicht in den Schutzmfang der Produkthaftungsrichtlinie.³ Dies hindert aber einen Mitgliedstaat nicht, eigene Vorschriften betreffend eine produkthaftungsrechtliche Verantwortung zwischen Unternehmen zu schaffen, auch wenn das geschädigte Unternehmen selbst – wie ein Verbraucher – in Anlehnung an die Produkthaftungsrichtlinie „nur“ den Schaden, den Fehler des Produktes und den ursächlichen Zusammenhang beweisen muss.⁴ Aufgrund der Bestimmung des Art 9 der Produkthaftungsrichtlinie ist daher für den Ersatz von Schäden an unternehmerisch benutzten Sachen ausschließlich und alleinig auf die Bestimmungen des Unternehmensgesetzbuchs (UGB)⁵ in Verbindung mit dem Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)⁶ abzustellen.

Der Unternehmensbegriff orientiert sich an § 1 Konsumentenschutzgesetz (KSchG). Somit liegt dann ein Unternehmen vor, wenn eine auf Dauer angelegte Organisation eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig davon, ob sie auf Gewinn gerichtet ist oder nicht. Daher fallen unter den Begriff des „Unternehmens“ nicht nur freie Berufe, wie zB Ärzte oder Rechtsanwälte, sondern auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie unternehmerisch handeln.⁷

1 Richtlinie 85/347/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl L 1985/210, 29.

2 OGH 1 Ob 8/05s bbl 2005, 165; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 2 Rz 5.

3 EuGH 4.6.2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer vs Dalkia France et al* Rz 28.

4 EuGH 4.6.2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer vs Dalkia France et al* Rz 31.

5 BGBl I 2005/120 idgF.

6 JGS 946 idgF.

7 *Welser/Rabl*, Produkthaftungsgesetz² § 1 Rz 2.

Auch der Verbraucher selbst darf die Sache nicht überwiegend in seinem eigenen Unternehmen verwendet haben, zB eine privat gekaufte Kaffeemaschine, die nicht nur als „vorübergehender“ Ersatz für die defekte im Büro dient.

Laut Oberstem Gerichtshof (OGH) haben juristische Personen keine Privatsphäre, daher werden Sachen, die im Eigentum einer juristischen Person stehen, die unternehmerisch tätig ist, immer überwiegend im Unternehmen verwendet.⁸ Aber sehr wohl kommt das Haftungsregime der Produkthaftungsrichtlinie dann zur Anwendung, wenn ein unternehmerisch genutztes Produkt einen Schaden an einem anderen Produkt, welches privat benutzt wird, verursacht.

Ob die Sache überwiegend zu privaten, also nicht gewerblichen Zwecken genutzt wird, wird aufgrund der autonomen Definition gemäß der objektiven Zweckbestimmung festgelegt. Ein erster Hinweis ist natürlich, wenn die Gebrauchsinformation/Bedienungsanleitung darauf verweist, dass das Produkt ausschließlich durch spezialisierte Fachkreise zu verwenden ist. Dies allein würde *per se* nicht aus dem Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie herausführen, aber stellt ein erstes Indiz dar. Auch darf nicht alleinig darauf abgestellt werden, ob zum Zeitpunkt des Schadens das Produkt gerade privat oder im Unternehmen genutzt worden ist.⁹

Das Problem stellt sich vor allem bei Produkten, die sowohl im privaten als auch im unternehmerischen Bereich genutzt werden (Dual Use). Ein klassisches Beispiel dafür ist ein Pkw, der von einem Gewerbetreibenden sowohl für berufliche als auch private Zwecke benutzt wird. Diese Abgrenzungsfrage stellt sich dann nicht, wenn der Pkw auf das Unternehmen in Form einer juristischen Person zugelassen ist, aber bei Einzelpersonenunternehmen ist dies sehr wohl strittig. Zumindest nach *Kullmann* wäre eine private Nutzung dann gegeben, wenn die Nutzung zu 80 % im privaten Umfeld erfolgt, wobei es dazu aber keine Rechtsprechung gibt.¹⁰

Dass eine überwiegende private Nutzung vorliegt, hat die klagende Partei zu beweisen, wenn sie sich auf die Anwendbarkeit der Produkthaftungsrichtlinie berufen möchte. Hierbei handelt es sich um ein subjektives Kriterium, wie das Produkt schlussendlich tatsächlich von der klagenden Partei benutzt worden ist.

A. § 377 Unternehmensgesetzbuch (UGB) – Mängelrüge

Dieses Kapitel beschäftigt sich rein mit produkthaftungsrechtlich-relevanten Aspekten der Mängelrüge und des Regresses. Daher wird nur auf Schäden eingegangen, die durch ein Produkt, welches wohl nicht die bedungenen Eigenschaften vorweist, verursacht werden (Sachmangel). Es finden sich daher keine Ausfüh-

8 OGH 16.11.2007, 7 Ob 30/07y.

9 Graf von Westphalen in Foerste/Graf von Westphalen (Hrsg), Produkthaftungshandbuch³ § 46 Rz 15.

10 Kullmann, Produkthaftungsgesetz⁶ § 1 Rz 17.

rungen zum Rechtsmangel oder zu den Folgen bei einer „Aliud“-Lieferung bzw. bei Mengenabweichungen. Im konkreten Fall verwirklicht sich ein Sachmangel, indem zB durch das gelieferte Produkt eine andere Sache oder eine Person verletzt wird, da das Produkt entweder nicht die stoffliche Qualität aufweist, die für eine sichere Handhabung notwendig ist, oder das Produkt – zB aufgrund einer fehlerhaften Montageanleitung – nicht korrekt erweise verwendet werden kann. Die bestellte Ware besitzt daher nicht die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, nämlich dass das Produkt sicher, also zB frei von giftigen/toxischen Bestandteilen ist, keine Konstruktionsschwächen aufweist oder den Sicherheitsstandards entspricht, die allgemein erwartet werden können.¹¹

Die zwischen Unternehmern relevanten Bestimmungen (§§ 377, 378 UGB) gelten nur dann, wenn es sich für beide Parteien um einen unternehmensbezogenen Warenkauf handelt. Unter den Begriff „Unternehmer“ können sowohl Kleinunternehmer, freie Berufe, Unternehmer kraft Eintragung, aber auch Scheinunternehmer subsumiert werden.¹² Hingegen trifft die Verpflichtung keine Konsumenten bzw. einen Unternehmer dann nicht, wenn sich das Unternehmen gerade in Gründung befindet (sogenannte „Gründungsgeschäfte“) oder der Unternehmer das Produkt für private Zwecke besorgt.

Wenn daher ein Produkt geliefert wird, das einen Schaden verursacht, hat der Käufer dies gemäß § 377 UGB zu rügen, da er sonst seiner Rechte auf Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtumsanfechtung verlustig wird. Dieser Rügepflicht liegt der Hintergedanke zugrunde, dass der Verkäufer der Ware schnellstmöglich Bescheid wissen soll, ob die gelieferte Ware in Ordnung ist und er entsprechend disponieren kann.¹³ Sie dient auch zur Erleichterung der Beweisführung: je zeitnäher der Mangel gerügt wird, desto leichter ist der Beweis aufzunehmen bzw. überhaupt zu erbringen.¹⁴

Der Begriff der „Ware“ ist zwar nicht definiert, aber hierzu kann auf den Begriff des „Produktes“ in Kapitel III.C. verwiesen werden. Eine Rügepflicht entfällt daher bei Kaufverträgen über unbewegliche Sachen, bei einem Unternehmenskauf und bei Mietverträgen. Bei einem Leasinggeschäft kommt es darauf an, ob dieses kaufähnlich ausgestaltet worden ist oder nicht. Durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG)¹⁵ wurden auch Werkverträge über die Herstellung beweglicher Sachen und Tauschverträge über bewegliche Sachen den Kaufverträgen des Warenverkaufs gleichgestellt und fallen nun unter die Bestimmung des § 377 UGB.¹⁶ Die Regeln finden auf das Finanzleasing analoge Anwendung.

11 Bydlinski in Kozioł/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁴ § 922 Rz 9.

12 Kramer/Martini in Straube, UGB I⁴ § 377, § 378 Rz 6.

13 Kramer/Martini in Straube, UGB I⁴ § 377, § 378 Rz 2.

14 Zöchl-Jud in Torggler, UGB² § 377, § 378 Rz 2.

15 BGBl I 2005/120.

16 Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 377 Rz 1.

Die Rüge ist binnen angemessener Frist vorzunehmen. Grundsätzlich hat sich in der Judikatur und Literatur ein Zeitpunkt von 14 Tagen herauskristallisiert,¹⁷ innerhalb dessen eine Testung und eine Rüge zu erfolgen hat. Dieser Zeitpunkt beginnt erst dann zu laufen, wenn eine vollständige Verbringung der Ware in den Machtbereich des Käufers erfolgt ist bzw die Ware an eine von ihm autorisierte Person übergeben worden ist.

Wann eine Ablieferung der Ware im Sinne des UGB erfolgt ist, kann sich einerseits aus der vertraglichen Gestaltung ergeben, wenn zB auf Incoterms verwiesen wird, oder andererseits aus den Charakteristika der Ware. Wenn eine Anlage geschuldet wird, liegt eine Ablieferung der Ware erst dann vor, wenn diese montiert worden ist. Sollte die Anlage auch noch für eine Serienproduktion bestimmt sein, muss noch der Zeitraum für die Testung von Probechargen miteingerechnet werden, um zu sehen, ob die Anlage tatsächlich für die Serienproduktion geeignet ist. Hingegen liegt keine Ablieferung vor, wenn eine Einschulung geschuldet wird und diese noch nicht erfolgt ist. Auch beim Fehlen von Handbüchern bzw Bedienungsanleitungen kann von einer Ablieferung im Sinne des UGB keine Rede sein.¹⁸

Der Käufer muss daher in eine räumliche Beziehung zur Kaufsache treten, damit er die Ware bzw die Beschaffenheit der Ware tatsächlich prüfen kann.¹⁹ Bei Ablieferung in ein Lager reicht es normalerweise aus, wenn der Käufer nach Empfang bzw Einlagerung der Ware Proben zieht und diese sofort untersucht und – falls ein Mangel auftritt – den Mangel rügt.²⁰

Der Zeitpunkt, bis wann eine Untersuchung durchgeführt werden muss, um die Mängelrüge rechtzeitig zu erstatten, bemisst sich danach, ob ein offener oder ein versteckter Mangel vorliegt. Bei einem offenen Mangel müssen die Waren binnen angemessener Frist nach Ablieferung untersucht und die Mängel gerügt werden. Bei einem versteckten Mangel, also bei solch einem Mangel, der trotz sachgemäßer Untersuchung nicht festgestellt werden kann und somit auch bei der Eingangskontrolle nicht festgestellt wurde, hat die Rüge binnen angemessener Frist nach Entdeckung des Mangels zu erfolgen.

Aus einer produkthaftungsrechtlichen Perspektive kommt sowohl ein offener als auch ein versteckter Mangel in Frage. Man denke nur an folgendes Beispiel für einen offenen Mangel: Aufgrund einer fehlerhaften Instruktion wird eine Anlage falsch montiert und bei der ersten Testung verletzt sich ein Arbeiter, der diese bedient. Ein klassisches Beispiel für einen versteckten Mangel wäre, wenn das Produkt eine für den Käufer unbekannte giftige Substanz enthält. Im Rahmen einer routinemäßigen Qualitätssicherungstestung würde der Käufer deren

17 Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 377 Rz 6.

18 Kramer/Martini in Straube, UGB I⁴ § 377 Rz 33.

19 Kramer/Martini in Straube, UGB I⁴ § 377 Rz 13.

20 SZ 43/53 = HS 73/14.

Vorhandensein nicht erkennen, da er keine Anhaltspunkte darüber hat, dass sich diese giftige Substanz überhaupt in der gekauften Ware befindet.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Untersuchung ordnungs- und sachgemäß vorgenommen wird. Der OGH hat schon im Jahr 1952 entschieden, dass eine Untersuchung nur dann als „sachgemäß“ bezeichnet werden kann,

wenn durch sie der Untersuchungszweck, nämlich die zuverlässige Feststellung der Vertragsmäßigkeit der Ware, erreicht werden kann. Zur sachgemäßen Untersuchung gehört daher unter Umständen auch die Zuziehung eines Sachverständigen, die in der Regel dann geboten sein wird, wenn dem Käufer andere Untersuchungsmöglichkeiten nicht zu Verfügung stehen.²¹

Es obliegt daher dem Käufer, seinen Geschäftsbetrieb so zu gestalten, dass er seiner Untersuchungsobligieheit im ausreichenden Maße nachkommen kann, dies unter Berücksichtigung der Art der zu untersuchenden Ware. Bei einer Massenlieferung ist es zulässig, dass nur Stichproben gezogen werden.²²

Bei einem Streckengeschäft ist der Käufer nicht verpflichtet, die Untersuchung selbst durchzuführen, er muss aber Bemängelungen, die ihm aus seiner Lieferkette zugetragen werden, sehr wohl weiterleiten. Der Zwischenhändler ist aber nicht verpflichtet, eine eingehende Untersuchung vorzunehmen, sondern muss bei originalverpackter Ware lediglich überprüfen, ob die richtige Stückzahl geliefert worden ist und ob die Ware, die geliefert worden ist, auch der Bestellung entspricht.²³

Die Mängelrüge bedarf keiner bestimmten Form. Der Inhalt muss aber so konkret sein, dass der Mangel für den Käufer nachvollziehbar ist. Gemäß Art 39 UN-Kaufrecht muss „*die Art der Vertragswidrigkeit*“ genau bezeichnet werden, wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen.²⁴ Allgemeine Unzufriedenheitsäußerungen werden nicht ausreichen, sondern es müssen zumindest die Qualitätsabweichungen beschrieben werden, welche Untersuchungen an der Ware stattgefunden haben und welche Ergebnisse sich dadurch ergaben. Bei technischen Geräten reicht normalerweise eine Darlegung der Symptome aus.²⁵

21 OGH 3 Ob 356/52 SZ 25/173.

22 OGH 7 Ob 575/81 SZ 55/31 – JBL 1984, 432.

23 Ua SZ 33/146 = HS I/104; *Zöchling-Jud* in Torggler, UGB² § 377/378 Rz 18 ff. Beim Streckenverkauf sei auch auf Art 38 des UN-Kaufrechtes verwiesen, der bestimmt, dass wenn die Ware vom Käufer umgeleitet oder von ihm weiterversandt wird, ohne dass er ausreichend Gelegenheit hatte, sie zu untersuchen, und der Verkäufer bei Vertragsabschluss die Möglichkeit einer solchen Umleitung oder Weiterversendung kannte oder kennen musste, die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware an ihren neuen Bestimmungsort aufgeschoben werden kann. Problematisch ist in diesem Fall, wenn der „neue Bestimmungsort“ bei einem Konsumenten liegt, dem keine Rügepflicht zukommt und dessen Gewährleistung bis zu zwei Jahren laufen kann.

24 BGH 4.12.1996 CISG-Online 360.

25 Schwenzer in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht/CISG⁶ Art 39 Rz 7; siehe hiezu auch Kapitel VI.C.

Unter Berücksichtigung des § 377 Abs 4 UGB genügt die rechtzeitige Absendung der Rüge, sodass die Gefahr, ob die Rüge erhalten wird oder nicht, auf Seiten des Verkäufers liegt. Die Rügefrist kann entweder vorab vertraglich vereinbart werden oder ergibt sich aus einer Parteieneinigung nach Entdeckung des Mangels bzw – wenn nichts vereinbart wurde – aus den Umständen des Geschäfts. Ein Zuwarten von einem Monat wird als verspätet angesehen, ebenso wenn bei einem verdeckten Mangel nicht unverzüglich nach Hervorkommen dieses Mangels gerügt wird.²⁶ Dass die Mängelrüge ordnungsgemäß und rechtzeitig erfolgt ist, hat derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft, dass er diese Verpflichtung eingehalten hat. In Bezug auf versteckte Mängel ist noch anzumerken, dass die Darlegungspflicht auch den Umstand umfasst, wieso der Mangel bei der Erstuntersuchung nicht gefunden werden konnte.

Wenn daher die Mängelrüge rechtzeitig und ordnungsgemäß erfolgt ist, stehen der geschädigten Partei die Ansprüche aus der Gewährleistung (§§ 922 ff ABGB), auf Schadenersatz (§ 933a Abs 2 ABGB) sowie aus einem Irrtum über die Mangelfreiheit der Sache (§§ 871 ff ABGB) zu. Wenn die Rüge unterlassen wird, wird der Käufer dieser Instrumentarien verlustig. Dann kann er sich nur mehr auf deliktische Ersatzansprüche und auf Mangelfolgeschäden berufen.²⁷

Der Vollständigkeit halber sei noch angeführt, dass ein Unterlassen der Rügeverpflichtung keinerlei Einfluss auf den gesetzlichen Rückgriffsanspruch nach § 12 PHG hat. Der Regressanspruch nach § 12 PHG unterliegt somit als außervertraglicher Anspruch auch dann nicht der Rügepflicht nach § 377 UGB, wenn der Regressberechtigte Kaufmann im Sinne des UGB ist. Der OGH begründete dies damit, dass

der mit der Verletzung der Rügepflicht verbundene Rechtsverlust nur alle aus dem Mangel der Ware abgeleiteten Rechte (SZ 50/93, SZ 63/197), die sich aus der Verletzung des Vertrages und die dadurch bestimmte Beschaffenheit der Ware gründen, betrifft [...]. Beim Anspruch nach § 12 PHG handelt sich aber um einen aus dem Gesetz abgeleiteten, von einem Vertragsverhältnis insoweit unabhängigen Rückgriffsanspruch, der nicht auf einer Schadenersatzpflicht, sondern auf dem Gemeinschaftsverhältnis mehrerer nach dem PHG Haftender beruht.²⁸

Welche Rechtsbehelfe dem einzelnen Unternehmer zur Verfügung stehen, hängt vom eingetretenen Schaden ab. Es ist daher zu unterscheiden, ob die defekte Ware noch teilweise beim Käufer selbst vorhanden ist (Regime der Gewährleistung) oder schon einen Schaden bei einem Dritten verursacht hat und der Käufer somit unter Umständen regresspflichtig wird und ihn auch die Kosten für den Rückruf treffen.

26 Kerschner in Jabornegg/Artemann, UGB² § 377 Rz 134 f.

27 Kramer/Martini in Straube, UGB I⁴ § 377 Rz 59.

28 OGH 15.1.1997, 9 Ob 2138/96v.

B. Gewährleistung

Dieses Kapitel stellt keine umfassende Übersicht zur Gewährleistung dar, sondern soll nur einen ersten Anhaltspunkt bieten, wie das Gewährleistungssystem in Österreich ausgestaltet ist, um somit eine Beurteilung zu ermöglichen, ob österreichisches Recht gewählt werden soll oder das Recht eines anderen Mitgliedstaates bzw welche Bestimmungen in den Vertrag aufgenommen werden müssen, um „Gewährleistungsregresse“ zu vermeiden.

Die wesentlichen Bestimmungen finden sich nicht im UGB, sondern im ABGB wieder. Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter wurde das Gewährleistungsrecht auch für Unternehmer umgestaltet.

Die einschlägigen österreichischen Bestimmungen unterscheiden daher in Bezug auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nicht, ob es sich um einen unternehmerbezogenen Kauf oder um einen Verbraucherkauf im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes handelt. Der wesentliche Unterschied ist derjenige, dass der Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Konsumenten nicht ausgeschlossen werden darf.²⁹ Die unternehmens- und verbraucherrelevanten Aspekte des Gewährleistungsrechtes wurden daher einheitlich konzipiert und somit wurde ein allgemeines Gewährleistungsrecht „für alle“ geschaffen – mit Sonderbestimmungen für Verbraucher im KSchG.³⁰

Gemäß § 922 ABGB leistet derjenige, der eine Sache gegen Entgelt überlässt, Gewähr, dass die Sache dem bedungenen Vertrag entspricht. Ob die Sache selbst dem Vertrag entspricht, ist natürlich auf der Basis des Vertrages zu beurteilen, aber auch unter Heranziehung von öffentlich gemachten Äußerungen, insbesondere jenen in Werbematerialien. Als bedungen gilt eine Eigenschaft dann, wenn sie ausdrücklich im Vertrag aufgenommen worden ist. Es genügt aber auch schlüssiges Verhalten gemäß § 863 ABGB. Wenn eine ausdrückliche Zusage vorliegt, also zB der Wirkstoff für ein Arzneimittel gemäß den einschlägigen arzneimittelrechtlichen „Good Manufacturing Practices“ produziert werden muss, ist es aus einer Gewährleistungsperspektive grundsätzlich unerheblich, ob diese bedungene Eigenschaft für den Käufer eine wesentliche Eigenschaft ist oder nicht.³¹

Die Bestimmung des § 922 ABGB regelt weiters, dass der Veräußerer dafür haftet, dass das Produkt die Eigenschaft aufweist, die als gewöhnlich vorausgesetzt gilt. Dies ist nach der allgemeinen Verkehrsauffassung³² und unter Berücksichtigung der Industriebranche, in der sich ein Hersteller/Lieferant bewegt, zu beurteilen.

29 Welser, Die mangelhafte Erfüllung der Verbesserungspflicht, ZfRV 2007/2, 4.

30 BGBI 140/1979 idgF.

31 Welser/Jud, Gewährleistungsrecht § 922 ABGB Rz 10; SZ 68/105.

32 Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 922 Rz 17.

Arzneimittel, die nicht nach den „*Good Manufacturing Practices*“ produziert werden sind, dürfen grundsätzlich nicht auf dem europäischen Binnenmarkt verkauft werden. Daher ist für eine Produktion von Arzneimitteln, von denen der Produzent weiß, dass sie in der Europäischen Union vertrieben werden, immer die Eigenschaft „*Good-Manufacturing-Practices*“-Produktion bedungen und wird von den Verkehrskreisen als gewöhnlich vorausgesetzt. In diesem Kreis muss der Veräußerer daher aus der Sicht des Erwerbers genau diese Eigenschaft kennen und hat sie somit auch stillschweigend zugesagt.³³ Geht dem Kauf eine Probe oder eine Vorlage eines Musters voraus, so gelten auch die Eigenschaften der Probe bzw des Musters als zugesichert, soweit die Parteien keine andere Regelung vorsehen.³⁴

Die Eigenschaften, die bedungen sind, ergeben sich auch aus den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers. Daher kommt es wesentlich auf die Aussagen und Informationen an, die der anderen Vertragspartei im Zuge der kommerziellen Werbung vermittelt werden. Wenn sich daher Aussagen in Bezug auf die Qualität bzw bestimmte Eigenschaften in der Werbung wiederfinden, gelten diese Eigenschaften als vereinbart. Der Begriff der „Werbung“ ist im Sinne der Richtlinie 84/450/EWG – der sogenannten „Irreführungs-Richtlinie“ – auszulegen.³⁵ Darunter ist somit jede Äußerung zu subsumieren, die in Verbindung mit der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit steht und zum Ziel hat, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.

Da die Bestimmung des § 922 Abs 2 ABGB die Bezeichnung „öffentliche Äußerungen“ verwendet, ist noch nicht abschließend geklärt, ob auch Informationen, die in einem individuellen Beratungsgespräch gegeben werden, als Zusagen im Sinne des § 922 ABGB aufzufassen sind. Für die Gewährleistung darf es aber aufgrund des Normzweckes keinen Unterschied machen, ob die „öffentlichen Äußerungen“ in den Werbemaßnahmen auf einen unbegrenzten Kreis von Personen abzielen oder diese Information in einem individuellen Beratungsgespräch, zB zu einem Standardprodukt, vermittelt wird.

Der Vertragspartner haftet hingegen nicht für Äußerungen, die er weder kannte noch kennen musste.³⁶ Für Äußerungen der eigenen Außendienstmitarbeiter wird der Verkäufer aber sehr wohl einstehen müssen, auch wenn er diese „nicht kannte“. Des Weiteren kann eine Haftung ausgeschlossen werden, wenn diese Informationen beim Abschluss des Vertrages entsprechend berichtigt wurden. Nach *Bydlinski* ist es strittig, ob eine Berichtigung ausreicht, die erst nach Abgabe des verbindlichen Angebotes erfolgte. Eine Berichtigung wäre in diesem Fall aber wohl nicht möglich, da solche Äußerungen nachträglich nicht ohne weiteres verändert werden können.³⁷

33 Reischauer in Rummel³ § 922 f Rz 5.

34 ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 62; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 922 Rz 19.

35 ABl 1984/250, 17.

36 Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁴ § 922 Rz 11.

37 Siehe hierzu auch Welser/Jud, Gewährleistungsrecht §§ 922, 923 Rz 15, 12.