

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*, vertreten durch MMag. Peter Schweiger, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Frieders Tassul & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen 5.143,32 EUR sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Berufungsgericht vom 19. Jänner 2012, GZ 18 R 211/11z-20, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Mödling vom 18. August 2011, GZ 14 C 114/11h-14, bestätigt wurde, folgenden

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Beklagte betreibt einen Großhandel für Sanitärprodukte; sie verkauft vom Hersteller originalverpackt gelieferte Ware weiter, ohne sie zuvor auch nur stichprobenartig zu überprüfen. Am 2. 9. 2010 informierte sich der Kläger im Verkaufslokal der Beklagten bei einem Angestellten über die Preise und kaufte dann sieben Heizkörper im Format 600 x 1400 mm, einen Heizkörper im Format 600 x 1000 mm sowie Kleinmaterial um insgesamt 2.235,88 EUR (Beil ./B). Die Beklagte lieferte die Ware samt Zubehör zum Wohnort des Klägers, der dort die Heizkörper gemeinsam mit einem befreundeten Installateur selbst montierte. Damit die Heizkörper beim Ausmalen nicht schmutzig werden, beließ sie der Kläger während der Montage in ihrer Verpackung und packte sie erst unmittelbar vor Inbetriebnahme der Heizkörper aus. Sodann stellte er fest, dass alle sieben Heizkörper mit den Maßen 600 x 1400 mm schadhhaft waren: Sie wiesen Schweißpunkte auf, die deutlich zu sehen und zudem scharfkantig waren; auch befanden sich Bläschen im Lack. Bei zwei oder drei Heizkörpern war seitlich die Verschraubung undicht, sodass Wasser hinaustropfte; ob dies durch einen Mangel an den Produkten oder durch die Montage bedingt war, steht nicht fest.

Einige Tage nach dem Verkauf reklamierte der Kläger die Mängel an den Heizkörpern gegenüber der Beklagten. Diese bot an, die Ware auszutauschen, nämlich durch einen Chauffeur der Beklagten neue Heizkörper zu liefern und zugleich die beschädigten Heizkörper abzuholen.

Der Kläger war damit nicht einverstanden, sondern verlangte, dass ein Mitarbeiter der Beklagten oder der Herstellerfirma die Schäden an den Heizkörpern in seiner Wohnung begutachten und die Heizkörper dann demontieren solle. In seinem Auftrag besichtigte sodann ein Installationsunternehmen die mangelhaften Heizkörper und erstellte einen Kostenvoranschlag betreffend den Austausch der mangelhaften Heizkörper samt Kleinmaterial, Dichtmaterial und Arbeitszeit für Demontage der alten Heizkörper und Montage von neuen Heizkörpern, der sich auf 5.143,32 EUR beläuft. Nach Erstellung des Kostenvoranschlags entleerte der Kläger selbst die Heizkörper und montierte sie ab, um Nässeschäden durch die undichten Verschraubungen zu vermeiden; sodann übergab er die Heizkörper einer Schrotthandelsfirma. Einen Auftrag zur Montage neuer Heizkörper hat der Kläger bisher nicht erteilt, da er den Prozessausgang abwarten will. In der Streitverhandlung am 15. 6. 2011 bot die Beklagte neuerlich (nur) die Lieferung von Ersatzheizkörpern an, welches Angebot der Kläger neuerlich ablehnte.

Mit Klage vom 27. 1. 2011 begehrt der Kläger, gestützt auf „Schadenersatz/Gewährleistungsanspruch“, 5.143,32 EUR sA. Die bei der Beklagten gekauften Heizkörper funktionierten nicht und seien unbrauchbar; der Aufforderung zur Verbesserung durch Entfernen und Lieferung von funktionstüchtigen Heizkörpern sei die Beklagte nicht nachgekommen, sodass der Kläger vom Kaufvertrag zurückgetreten sei. Durch die schuldhafte Nichterfüllung der Beklagten sei dem Kläger ein Schaden in Höhe des Klagsbetrags entstanden, der sich aus den Kosten der Demontage und Entsorgung der fehlerhaften Heizkörper sowie der Lieferung und Montage von funktionstüchtigen

gleichwertigen Heizkörpern zusammensetze. Dass vom Kaufvertrag nur das Material und die Lieferung der Heizkörper, nicht jedoch deren Montage umfasst gewesen sei, stehe dem verfolgten Anspruch nicht entgegen. Unabhängig davon, ob die Beklagte Zwischenhändlerin oder Produzentin sei, sei sie zur Kontrolle der verkauften Waren verpflichtet, was sie offenbar unterlassen habe. Da die Beklagte die Verbesserung oder den Austausch der mangelhaften Heizkörper ablehne, sei der Kläger zur Ersatzvornahme berechtigt. Nach Erörterung der Schlüssigkeit seines Begehrens erklärte der Kläger, er begehre Wandlung des Kaufvertrags, also „Rückforderung des Kaufpreises der Heizkörper sowie Kosten für die Demontage und Montage der neuen Heizkörper“ (Streitverhandlung 25. 3. 2011, S 3).

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie habe dem Kläger eine Überprüfung der reklamierten Heizkörper und für den Fall deren Funktionsuntüchtigkeit den Austausch der Heizkörper angeboten, was der Kläger abgelehnt habe. Zum Ersatz der Kosten von Demontage, Entsorgung und Montage neuer Heizkörper sei die Beklagte nicht verpflichtet. Mängel an den gelieferten Waren seien für die Beklagte als bloße Zwischenhändlerin nicht erkennbar gewesen, sie treffe kein Verschulden an einer allfälligen Mangelhaftigkeit.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Heizkörper seien bei Übergabe mangelhaft gewesen, weil die Freiheit von Lackschäden gewöhnlich vorausgesetzt werde. Dem Kläger stünden die primären Gewährleistungsbehelfe des § 932 ABGB zur Verfügung. Die Beklagte habe nach Reklamation den sofortigen Austausch der mangelhaften Heizkörper unter der Voraussetzung angeboten, dass der Kläger die Heizkörper selbst demontiere. Der Kläger habe

dieses Angebot nicht angenommen und könne daher nicht die sekundären Rechtsbehelfe des § 932 Abs 4 ABGB (Wandlung) geltend machen. Da der Vertrag nicht auch Montage und Inbetriebnahme der Heizkörper umfasst habe, schulde die Beklagte die Demontage der mangelhaften Ware nicht. Schadenersatzansprüche kämen mangels Verschulden der Beklagten nicht in Betracht.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Im Gewährleistungsrecht sei das Stufensystem des Art 3 Abs 3 und 5 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-RL) umgesetzt. § 932 ABGB regle die Rechtsbehelfe des Übernehmers einer mangelhaften Leistung. Im Interesse des Übergebers bestehe eine strenge Rangfolge: Der Übernehmer sei zunächst auf Verbesserung bzw Austausch beschränkt (Primäranspruch), weil damit dem Vertragswillen am besten Rechnung getragen werde. Die sekundären Behelfe (Preisminderung und Wandlung) könne der Übernehmer grundsätzlich nur dann geltend machen, wenn die nachträgliche vollständige Vertragserfüllung unmöglich oder für einen Teil, etwa wegen massiver Verzögerung, unzumutbar sei. Die Verbesserung sei grundsätzlich am Ort der ursprünglichen Leistung zu erbringen; die Kosten der Verbesserung habe der Übergeber zu tragen.

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 16. 6. 2011 in den verbundenen Rechtssachen C-65/09 und C-87/09 sei der Verkäufer dann, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem

Verwendungszweck eingebaut worden sei, durch Ersatzlieferung hergestellt werde, verpflichtet, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig seien. Diese Verpflichtung des Verkäufers bestehe unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet habe, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen. Auch wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruhe, habe dieser doch aufgrund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen sei, nicht ordnungsgemäß erfüllt und müsse daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen habe der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt. Zudem könne der Umstand, dass der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts das mangelhafte Verbrauchsgut vor Auftreten des Mangels gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut habe, kein Verschulden darstellen, das dem betreffenden Verbraucher zur Last gelegt werden könne. In einem Fall, in dem keine der beiden Vertragsparteien schuldhaft gehandelt habe, sei es demnach gerechtfertigt, dem Verkäufer die Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts aufzuerlegen, da diese Zusatzkosten zum einen vermieden worden wären, wenn der Verkäufer von vornherein seine vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt hätte und zum anderen nunmehr

notwendig seien, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsguts herzustellen.

Im Anlassfall habe der Kläger das Verbrauchsgut nicht vor Auftreten des Mangels gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut. Er habe die Heizkörper vielmehr während der Montage in ihrer Verpackung belassen; dies sei kein gutgläubiger Einbau „gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck“. Der Sachverhalt liege damit anders als in den vom EuGH entschiedenen Fällen, sei es dort doch um Mikroschleifspuren auf Bodenfliesen bzw die Inbetriebnahme einer Spülmaschine gegangen, die zur Prüfung der Funktionstauglichkeit des Einbaus bedarf. Hier hätte der Kläger hingegen die Mängel vor Montage leicht feststellen können, falls er nur die Heizkörper ausgepackt hätte. Darüber hinaus besitze der Verkäufer das Wahlrecht, entweder den Ausbau eines eingebauten Verbrauchsguts vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut wieder einzubauen, oder die Kosten für Aus- und Einbau zu tragen. Der Kläger habe verlangt, dass ein Mitarbeiter der Beklagten oder der Herstellerfirma zu ihm nach Hause komme, um die Schäden zu begutachten und die Demontage der Heizkörper vorzunehmen; dies habe die Beklagte - ohne dass ihr daraus ein Vorwurf gemacht werden könne - abgelehnt. Auch deswegen sei die angefochtene Entscheidung zu bestätigen. Auf seinen Schadenersatzanspruch komme der Rechtsmittelwerber nicht mehr zurück.

Die Revision ist zulässig und berechtigt im Sinne des Aufhebungsantrags.

Der Kläger macht geltend, das Berufungsgericht verkenne, dass er in Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL einen auf Gewährleistung gegründeten

verschuldensunabhängigen Verbesserungsanspruch gegen den Verkäufer habe, der den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau einer vertragsgemäßen Ersatzsache auf Kosten des Verkäufers umfasse.

1. § 932 ABGB in der Fassung des GewRÄG (BGBl I 2001/48) lautet:

„Rechte aus der Gewährleistung

§ 932 (1) Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern.

(2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.

(3) ...

(4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.“

2. Das Gewährleistungsrecht nach dem GewRÄG geht in Umsetzung des Stufensystems des Art 3 Abs 3 und 5 der Verbrauchsgüterkauf-RL vom Vorrang der Mängelbeseitigung (Verbesserung oder Austausch) vor den Gestaltungsrechten (Preisminderung und Wandlung) aus. Der



Vorrang der Mängelbeseitigungsansprüche verwirklicht im Interesse des Verkäufers einen gewissen Ausgleich für die Stärkung der Käuferrechte, ist doch das „Recht zur zweiten Andienung“ insbesondere bei Gattungsschulden die für den Lieferanten gegenüber den sekundären Rechtsbehelfen (Preisminderung und Wandlung) regelmäßig wirtschaftlichere Lösung (vgl 5 Ob 191/05g mwN).

3. Gemäß § 932 Abs 2 und 4 ABGB kann der Übernehmer zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen. Durch den Vorrang der Verbesserung wird sichergestellt, dass der Übergeber zunächst die Gelegenheit bekommt, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Die Rechtsbehelfe der zweiten Stufe, Preisminderung oder Wandlung, kann der Übernehmer nur geltend machen, wenn die Verbesserung und der Austausch nicht möglich sind, für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären oder wenn er dem Verlangen des Übernehmers nicht oder nicht in angemessener Frist nachkommt. Ferner kann der Übernehmer die Rechtsbehelfe der zweiten Stufe fordern, wenn die primäre Abhilfe für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre oder wenn ihm die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen nicht zumutbar ist. Der Übergeber soll also grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen (8 Ob 14/08d mwN; RIS-Justiz RS0120246).

4. Im Anlassfall liegt ein Gattungskauf vor. Der Kläger konnte daher zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der mangelhaften Sache verlangen (§ 932 Abs 2 ABGB). Der Austausch der geleisteten mangelhaften Sache gegen eine vertragsgemäße ist ein Fall

der Verbesserung im weiteren Sinn, die selbstverständlich auf Kosten des Übergebers zu erfolgen hat (*P. Bydlinski* in *KBB*<sup>3</sup> § 932 Rz 3).

5.1. Nach den Feststellungen reklamierte der Kläger die Mängel an den Heizkörpern gegenüber der beklagten Verkäuferin. Diese bot (nur) an, die Ware auszutauschen, nämlich durch einen Chauffeur der Beklagten neue Heizkörper zu liefern und zugleich die beschädigten Heizkörper abzuholen. Der Kläger war damit nicht einverstanden, sondern verlangte, dass ein Mitarbeiter der Beklagten oder der Herstellerfirma die Schäden an den Heizkörpern in seiner Wohnung begutachten und die dort bereits montierten Heizkörper demontieren solle. In der Folge entleerte der Kläger selbst die Heizkörper, montierte sie ab und übergab sie einer Schrotthandelsfirma.

5.2. Bei lebensnaher Würdigung dieses Sachverhalts ist als nicht strittig davon auszugehen, dass die Beklagte allein mit dem angebotenen Austausch der Heizkörper einverstanden war und nicht bereit war, darüber hinausgehende Kosten (etwa für Demontage der ursprünglichen Heizkörper und Montage der ersatzweise zu liefernden neuen Heizkörper) zu tragen.

5.3. Die unentgeltliche Ersatzlieferung (iSd Art 3 Abs 3 Verbrauchsgüterkauf-RL), zu der die Beklagte infolge mangelhafter Erfüllung verpflichtet war (§ 932 Abs 2 ABGB: „Austausch der Sache“), umfasst nach der vom Berufungsgericht zutreffend zitierten Rechtsprechung des EuGH (verbundene Rs C-65/09, C-87/09 Rn 48, 55) das Wahlrecht des Verkäufers, entweder selbst den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu

tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind.

5.4. War nun die Beklagte allein zu einem Austausch der Waren ohne Demontage oder Kostentragung hierfür bereit, liegt ein Sachverhalt vor, bei dem der Übergeber die (vollständige) Verbesserung oder den (vollständigen) Austausch verweigert hat (§ 932 Abs 4 zweiter Satz erster Fall ABGB). Dies hat zur Folge, dass die Beklagte mit ihren Gewährleistungspflichten in Verzug geraten ist. Damit war der Kläger aber befugt, auf die Gewährleistungsbehelfe der zweiten Stufe (Preisminderung oder Wandlung) umzusteigen. Sein auf Gewährleistung durch Wandlung des Kaufvertrags gestütztes Begehren ist somit dem Grunde nach berechtigt. Die dem Verkäufer obliegende anspruchsvernichtende Einrede, der Käufer habe die Ware vor Auftreten des Mangels nicht gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut, hat die Beklagte nicht erhoben.

6.1. Auch der Umstand, dass der vom Kläger mittlerweile der Vernichtung zugeführte Kaufgegenstand nicht zurückgegeben werden kann, schließt nach neuerer Auffassung nicht die Wandlung als solche aus, sondern führt nur dazu, dass dessen Wert vom Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises abzuziehen ist (vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 932 Rz 4; 6 Ob 134/08m; RIS-Justiz RS0018593 [T2]).

6.2. Die Berechnung des Werts der mangelhaften Sache ist nach jenem Verhältnis vorzunehmen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde (relative Berechnungsmethode; vgl RIS-Justiz RS0018764 [T1]).

7. Infolge Wandlung ist daher folgende Abrechnung zwischen den Streitteilen durchzuführen: Vom Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises ist der Wert der (nicht mehr rückstellbaren) mangelhaften Sachen (berechnet nach der relativen Berechnungsmethode) abzuziehen.

8.1. Unbegründet ist hingegen das Begehren betreffend Demontage der mangelhaften Heizkörper und Montage neuer Heizkörper.

8.2. Die Demontage erfolgte durch den Kläger persönlich. Hat der Geschädigte die Reparatur selbst durchgeführt, was zulässig ist, hat er Anspruch darauf, dass ihm als Geschäftsführer ohne Auftrag der notwendige und zweckmäßig gemachte Aufwand ersetzt wird; diesen Aufwand bilden alle Werte (Auslagen, Verbindlichkeiten, Zeitversäumnis), die zum Zweck der Geschäftsführung verbraucht wurden (2 Ob 128/89 = SZ 63/46). Ein beziffertes Vorbringen in diese Richtung hat der Kläger nicht erstattet.

8.3. Unstrittig ist, dass der Kläger bisher keine neuen Heizkörper montieren ließ. Zwar gilt auch bei Anwendung des § 933a ABGB der Grundsatz, dass der Geschädigte Anspruch auf Ersatz fiktiver Reparaturkosten (das sind die zur Instandhaltung notwendigen und angemessenen Kosten, gleichgültig, ob er die Reparatur tatsächlich durchführen lässt oder das Geld sonst wie verwendet) hat; der Schädiger hat deshalb auf Verlangen einen zweckgebundenen und verrechenbaren Vorschuss zu leisten (6 Ob 154/09d mwN). Ein solches Begehren auf Zuspruch fiktiver Montagekosten aus dem Titel des Schadenersatzes hat der Kläger im Rechtsmittelverfahren nicht mehr verfolgt und kann damit auch im fortgesetzten

Verfahren auf diese Anspruchsgrundlage endgültig nicht mehr zurückgreifen.

9. Ausgehend von einer unrichtigen Rechtsansicht haben die Tatsacheninstanzen keine Feststellungen über den Wert der (nicht mehr rückstellbaren) mangelhaften Sachen getroffen. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verbreiterung der Tatsachengrundlagen im aufgezeigten Sinn an das Erstgericht zurückzuverweisen.

10. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 zweiter Satz ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 10. Juli 2012  
Dr. S c h e n k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: