

# TE OGH 2008/6/16 8Ob14/08d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.06.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Spenling und Dr. Kuras und die Hofrätinnen Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Herbert P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hausberger, Dr. Moritz und Dr. Schmidt, Rechtsanwälte in Wörgl, gegen die beklagte Partei Michael D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Armin Bonner, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen 6.950,64 EUR sA, über die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 24. September 2007, GZ 4 R 173/07g-52, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Feldkirch vom 9. Mai 2007, GZ 20 C 210/04w-43, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Aus Anlass der Revision wird das Urteil des Berufungsgerichts insoweit, als es den Beklagten zur Zahlung von 4 % Zinsen aus 3.105,14 EUR seit 15. 4. 2004 an den Kläger verpflichtet, als nichtig aufgehoben.

Im Übrigen wird der Revision Folge gegeben; das Urteil des Berufungsgerichts wird in seinem weiteren Zuspruch (6.950,64 EUR samt 4 % Zinsen aus 3.105,15 EUR vom 22. 11. 2003 bis 14. 4. 2004 und aus 3.845,50 EUR seit 15. 4. 2004) ebenso wie das (klageabweisliche) Ersturteil aufgehoben und die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Prozessgericht erster Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger als Oldtimer-Liebhaber interessierte sich im Herbst 2002 für den Ankauf eines in einer Zeitung inserierten Jaguar E Coupé, der vom Beklagten privat zum Verkauf angeboten wurde. Am 9. 11. 2002 besichtigte der Kläger das Fahrzeug in Singen (Deutschland) und führte mit einem mit dem Beklagten befreundeten Mechaniker eine Probefahrt durch, bei der keine technischen Probleme auffielen. Dem Kläger wurde mitgeteilt, dass das Fahrzeug seit 1992 nicht mehr angemeldet gewesen und in der Garage gestanden sei. Bei der Besichtigung wurde besprochen, dass der Kläger das Fahrzeug in einem technisch einwandfreien Zustand wünschte und der Beklagte ein deutsches TÜV-Gutachten einholen werde. Für den Fall eines Ankaufs durch den Kläger wurde vereinbart, dass noch verschiedene Servicearbeiten verrichtet und außerdem neue Weißwandhochgeschwindigkeitsreifen aufgezogen werden sollten. Das Fahrzeug sollte in technisch einwandfreiem Zustand übergeben werden. Als Kaufpreis für das Fahrzeug wurden 17.000 EUR, als Kostenbeteiligung des Klägers an den Reifen 300 EUR vereinbart. Der Kläger erbat sich Bedenkzeit bis

zum Abend. Am selben Abend meldete er sich beim Beklagten und teilte ihm mit, dass er das Fahrzeug kaufen wolle und die bei der Besichtigung vereinbarte Anzahlung von 5.000 EUR sogleich überweisen werde. Über Gewährleistung wurde nicht gesprochen, dem Beklagten war jedoch klar, dass der Kläger beabsichtigte, mit dem Fahrzeug auch tatsächlich zu fahren.

Mit Schreiben vom 11. 11. 2002 bestätigte der Kläger seine mündliche Zusage, listete im Einzelnen die vereinbarten Ergänzungen und Reparaturen auf und teilte mit, dass er das Fahrzeug im Jänner 2003 abholen werde. Dieses Schreiben langte in schlecht lesbarer Qualität beim Beklagten ein. Dieser übermittelte dem Kläger einen vom 16. 11. 2002 datierten Kaufvertrag, der auszugsweise lautet:

„Folgende Punkte wurden bez. der Besichtigung des Jaguar E Coupe besprochen: Das Fahrzeug ist seit Einführung in die Schweiz nicht zugelassen worden, sondern war in einer Garage bis zu unserem Erwerb eingelagert. Uns sind keine Unfallschäden aufgefallen bzw auch nicht bekannt. Wir machten Sie auf die Lackierung, die teilweise ausgebessert ist, aufmerksam. Sollten sich bei der TÜV-Untersuchung Mängel ergeben, die bis zu diesem Zeitpunkt unentdeckt waren, würden wir Sie sofort in Kenntnis setzen.

Leistungen, die von uns erbracht werden müssen:

- Verzollung CH-Deutschland
- TÜV neu, Kraftfahrzeugbrief Deutsch,
- Auspuff Nirosta-4 Rohr,
- Service bis technisch Okay,
- Scheinwerfereinsätze erneuern.

Leistungen Ihrerseits: Anzahlung EUR 5.000,-- sofort. Restzahlung EUR 12.300,-- bei Übergabe."

Die Parteien besprachen in der Folge, dass für das Fahrzeug ein sogenanntes „historisches Kennzeichen“, das ist ein in Deutschland vorgesehene Sonderzulassungsverfahren für Oldtimer, eingeholt werden sollte. Um die TÜV-Prüfung ohne Probleme absolvieren zu können, ersetzte der mit dem Beklagten befreundete Mechaniker den Auspufftopf sowie die Scheinwerfer, überholte die Vorderachse, wechselte die Radlager, brachte neue Bremsklötze sowie Gummi- und Lenkmanschetten ein, ersetzte einen Keilriemen, überholte die Lichtmaschine und brachte neue Bremsscheiben an. Allerdings zog er auf das Reserverad keine Reifen auf und nahm keine Messung der Abgaswerte vor. Ob er die Batterie wechselte, einen Kraftstofffilter einbaute, einen Vergaser austauschte sowie die weiteren Vergaser zerlegte, reinigte und mit neuen Verschleißteilen versah, ist nicht feststellbar.

Der Beklagte ließ überdies den Auspuff erneuern und vier Hochgeschwindigkeitsreifen - allerdings keine Weißwandreifen - aufziehen. Am 8. 4. 2003 wurde das Fahrzeug vom TÜV-Singen überprüft und trotz Feststellung einiger Mängel das „historische Kennzeichen“ ausgehändigt.

Mit Schreiben vom 13. 4. 2003 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass das Fahrzeug abholbereit sei, erklärte sich aber bereit, das Fahrzeug auch nach Bregenz zu überstellen.

Am 19. 4. 2003 erfolgte die Übergabe des Fahrzeugs in Feldkirch, wo der Kläger den restlichen Kaufpreis von 12.300 EUR beglich und den Kaufvertrag unterschrieb. Der Beklagte informierte den Kläger dabei über eine Rückholversicherung. Für den Fall einer Panne oder bei Problemen könnte das Fahrzeug kostenlos nach Deutschland zur Reparatur gebracht werden. Bereits auf der Heimfahrt nach Wörgl traten Probleme auf. Der Motor überhitzte schnell und nahm schwer Gas an. Der Kläger musste zweimal Kühlwasser nachfüllen. In Wörgl stellte der Kläger das Fahrzeug in seine Garage und nahm es zunächst nicht mehr in Betrieb. Wenige Tage später forderte der Beklagte den Kläger telefonisch auf, das Kennzeichen zu retournieren. Bei diesem Gespräch informierte der Kläger den Beklagten zwar über die aufgetretenen Probleme während der Heimfahrt, machte aber von der Rückholversicherung keinen Gebrauch. Er forderte den Beklagten auch nicht zur Mängelbehebung auf.

Am 22. 4. 2003 retournierte der Kläger die Nummerntafeln und den Fahrzeugbrief und ersuchte den Beklagten um Zusendung des Kraftfahrzeugbriefs.

Am 12. 5. 2003 versuchte der Kläger erfolglos, das Fahrzeug zu starten. Nach Einbau einer neuen Batterie um 93 EUR entstand bei einem weiteren Startversuch durch den ÖAMTC ein Vergaserbrand. Über diesen Vorfall informierte der Kläger den Beklagten ca eine Woche später. Eine Aufforderung an den Beklagten zur Verbesserung erfolgte nicht.

Für die Zulassung des Fahrzeugs in Österreich brachte der Kläger dieses am 14. 5. 2003 zum TÜV-Bayern. Infolge der dabei festgestellten Mängel wurde eine Bestätigung, die für die Zulassung in Österreich erforderlich gewesen wäre, nicht erteilt. Der Kläger informierte den Beklagten weder telefonisch noch schriftlich über diesen Umstand, sondern brachte sein Fahrzeug in eine Fachwerkstätte. Die Werkstätte reparierte in der Folge das Fahrzeug mit verschiedenen, vom Kläger beim Oldtimerveteranenshop gekauften Ersatzteilen. Um das Fahrzeug in einen verkehrs- und betriebssicheren Zustand zu versetzen, mussten alle vier Vergaser inklusive Ansaugkrümmer ausgebaut, zerlegt, gereinigt und abgedichtet werden. Weiters musste die Benzinleitung von und zum Tank gereinigt werden und aufgrund der festgestellten Verunreinigung des Vergasers ein zusätzlicher Kraftstofffilter eingebaut werden. Der Auspuffkrümmer wurde erneuert, der Kühlfrostschutz erneuert und die Kühlanlage entlüftet. Aufgrund der am 12. 5. 2003 aufgetretenen Startschwierigkeiten wurde auch der Starter zerlegt, kontrolliert und gereinigt. Beim Kontrollieren der Handbremse wurde festgestellt, dass diese nicht ordnungsgemäß funktioniert, woraufhin die Handbremssättel ausgebaut, zerlegt, gereinigt und gangbar gemacht wurden; weiters wurden die vom TÜV Bayern beanstandete Bremsflüssigkeit und die Bremsleitungen erneuert. Der Verteiler wurde erneuert und die Zündung eingestellt. Für die Typisierung wurden die Rücklichtzellen umgebaut und die seitlichen Begrenzungs Lampen ausgebaut. Alle diese Arbeiten waren notwendig, um das Fahrzeug in einen verkehrs- und betriebssicheren Zustand zu versetzen. Darüber hinaus führte der Zeuge K\*\*\*\*\* auch eine Motorwäsche durch, welche nicht erforderlich gewesen wäre, ebenso tankte er das Fahrzeug. Insgesamt stellte er seine Arbeiten mit Rechnung vom 25. 7. 2003 in Höhe von 4.548,35 EUR in Rechnung. Für die Motorwäsche entfiel davon ein Betrag von ca 10 EUR. Welcher Betrag hievon auf das Tanken entfiel, konnte nicht festgestellt werden.

Mit Schreiben vom 25. 6. 2003 teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass das Fahrzeug seit der Überführung in einer Werkstätte stehe. Im Schreiben informierte er den Beklagten über den Vergaserbrand und über diverse technische Mängel und teilte mit, dass der TÜV Bayern erklärt habe, „dass das so nicht gehe“. Weiters wies der Kläger darauf hin, dass er alle Ersatzteile beim Oldtimerveteranenshop bestellt habe und dem Beklagten wieder berichten werde. Der Beklagte reagierte nicht auf dieses Schreiben.

Am 31. 7. 2003 erhielt der Kläger nach den von der Werkstätte durchgeführten Reparaturen den Bescheid über die Einzelgenehmigung des Fahrzeugs. Auch nach der Reparatur überhitzte das Fahrzeug immer noch und hatte zu wenig Öldruck. Der Kläger brachte es daher neuerlich in die Werkstätte. Dabei wurde festgestellt, dass der Kühler defekt war. Ob dieser Defekt bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war, konnte nicht festgestellt werden.

Mit Schreiben vom 25. 7. 2003 übermittelte der Kläger dem Beklagten die Rechnung der Fachwerkstätte vom 25. 7. 2003 mit dem Ersuchen, den (Teil-)Betrag von 2.250 EUR binnen 10 Tagen direkt an die Werkstätte zu überweisen, weil der Beklagte sich verpflichtet habe, das Fahrzeug in einen technischen „Okay-Zustand“ zu bringen. Weiters übermittelte er eine Liste der von ihm um 1.661,95 EUR gekauften Ersatzteile. Der Beklagte erklärte telefonisch, die Forderung nicht anzuerkennen.

Mit Schreiben vom 4. 11. 2003 forderte der Klagevertreter den Beklagten zur Zahlung von 3.105,15 samt seiner Kosten, insgesamt 3.345,15 EUR, bis 21. 11. 2003 auf, wobei es sich um die Hälfte der für die Reparatur angefallenen Kosten handeln würde. Der Beklagte lehnte diese Forderung ebenfalls ab, da der „Technisch-Okay-Zustand“ von den TÜV-Behörden attestiert worden sei. Diese Arbeiten seien auch nicht in Absprache mit ihm in Auftrag gegeben worden.

Beim vom Kläger erworbenen Fahrzeug handelte es sich um einen Oldtimer der Marke und Type Jaguar E Coupé, Erstzulassung 12. 3. 1973, der in die Zustandskategorie 4 als bedingt fahrbereit einzustufen gewesen wäre. Zum Übergabszeitpunkt wies das Fahrzeug weder einen technisch einwandfreien Zustand auf, noch war es betriebs- und verkehrssicher. Der Marktzeitwert für das Fahrzeug belief sich zum Verkaufszeitpunkt auf ca 10.000 bis 12.000 EUR inklusive Mehrwertsteuer. Ohne die die Betriebs- und Verkehrssicherheit beeinträchtigenden Mängel hätte das Fahrzeug einen Wert von ca 19.400 EUR (ohne MwSt) gehabt.

Nach den durchgeführten Reparaturen liegen beim Fahrzeug weiterhin folgende Mängel vor: Die Passgenauigkeit der Karosserieanbauteile ist nicht zufriedenstellend, alle Türdichtungen sowie die Tapezierungen sind mangelhaft befestigt, die Fenstergummi sind beschädigt und porös, im Motorraum fehlen die Schläuche für die automatische

Ansaugluftvorwärmung, im Bereich des Radlaufs rechts hinten wurde eine laienhafte Kittreparatur durchgeführt, die gesamte Lackierung ist sehr mangelhaft in Qualität, Ausführung und Flächigkeit, am Unterboden zeigt sich vorne links eine starke Verformung eines Hauptträgers, der rechte Einstieg ist im hinteren Drittel ebenfalls stark aufgeklebt, starke Durchrostungen am Hauptrahmen, welche teilweise mangelhaft instandgesetzt (überklebt) wurden, Aufnahme des linken Drehstabs (in Unterboden eingedrückt). Außerdem sind der Motorlauf und die Leistungsentfaltung wenig zufriedenstellend.

Das Fahrzeug ist auch nach Durchführung der Reparaturen nach wie vor nicht verkehrs- und betriebssicher.

Der Kläger beehrte mit der am 18. 3. 2004 eingebrachten Klage aus dem Titel der Gewährleistung und („vorsichtshalber“: AS 211) des Schadenersatzes 6.950,65 EUR sA mit der wesentlichen Begründung, dass das Fahrzeug bereits bei Übergabe erhebliche Mängel aufgewiesen habe, für deren Behebung er den Klagsbetrag habe aufwenden müssen. Der Kläger habe dem Verkäufer die Mängel mitgeteilt, ihn laufend über die aufgetretenen Probleme informiert; der Beklagte habe aber nie zu erkennen gegeben, die notwendigen Reparaturen selbst durchführen zu wollen.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klageabweisung und wendete im Wesentlichen ein, dass er dem Kläger das Fahrzeug unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung verkauft habe. Es sei dem Kläger bekannt gewesen, dass es sich bei dem Fahrzeug um einen historischen, 30 Jahre alten „Garagenwagen“, der zum Übergabzeitpunkt den vereinbarten und beschriebenen Zustand aufgewiesen habe, handle. Der Kläger habe den Beklagten auch nie zur Verbesserung aufgefordert; ein Schadenersatz begründendes Verschulden liege seinerseits nicht vor.

Der Beklagte wendete schließlich einen Betrag von 2.500 EUR kompensando ein, der für die Erbringung diverser Sonderleistungen zusätzlich vereinbart gewesen sei.

Das Erstgericht wies (im nunmehr zweiten Rechtsgang) das Klagebegehren ab. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass beide Hauptleistungen, nämlich die Übergabe des Fahrzeugs einerseits und die Zahlung des (restlichen) Kaufpreises andererseits, in Feldkirch erfolgt wären, sodass der Vertrag die stärkeren Anknüpfungspunkte für die Anwendung österreichischen Rechts ergebe.

Der Beklagte habe dem Kläger zugesagt, das Fahrzeug in einen technisch einwandfreien Zustand zu versetzen, wofür er Gewähr zu leisten habe. Gemäß § 932 Abs 2 ABGB könne der Übernehmer aber zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen. Er dürfe vorher keinen Dritten mit der Verbesserung beauftragen. Es dürfe nicht im Belieben des Übernehmers liegen, die Möglichkeit der Verbesserung zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ad absurdum“ zu führen. Fordere der Käufer daher nicht zur Verbesserung auf, sondern lasse die Sache sofort durch einen Dritten reparieren, stehe ihm Preisminderung nicht zu. Der Kläger sei nie seiner Verpflichtung nachgekommen, den Beklagten zur Verbesserung aufzufordern. Statt dessen habe er das Fahrzeug in die Werkstatt gebracht und die Reparaturen in Auftrag gegeben. Preisminderung könne der Übernehmer nur fordern, wenn die Verbesserung verweigert werde oder erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer entstehen würden. Das Gericht habe keine Hinweise dafür gefunden, dass eine Rückführung des Fahrzeugs oder die Zulassung eines Verbesserungsversuchs durch den Beklagten für den Kläger besonders beschwerlich oder mit Kosten verbunden gewesen wären. Der Kläger stütze seinen Anspruch auf Schadenersatz. Den Beklagten treffe aber kein Verschulden, weil er das Fahrzeug beim TÜV vorgeführt habe und das Fahrzeug zugelassen worden sei. Da der Beklagte auf diesem Gebiet kein Fachmann sei, habe er sich auf dessen Prüfbericht verlassen dürfen. Der Beklagte habe dem Kläger zugesagt, das Fahrzeug in einen technisch einwandfreien Zustand zu versetzen, wofür er Gewähr zu leisten habe. Gemäß Paragraph 932, Absatz 2, ABGB könne der Übernehmer aber zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen. Er dürfe vorher keinen Dritten mit der Verbesserung beauftragen. Es dürfe nicht im Belieben des Übernehmers liegen, die Möglichkeit der Verbesserung zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ad absurdum“ zu führen. Fordere der Käufer daher nicht zur Verbesserung auf, sondern lasse die Sache sofort durch einen Dritten reparieren, stehe ihm Preisminderung nicht zu. Der Kläger sei nie seiner Verpflichtung nachgekommen, den Beklagten zur Verbesserung aufzufordern. Statt dessen habe er das Fahrzeug in die Werkstatt gebracht und die Reparaturen in Auftrag gegeben. Preisminderung könne der Übernehmer nur fordern, wenn die Verbesserung verweigert werde oder erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer entstehen würden. Das Gericht habe keine Hinweise dafür gefunden, dass eine Rückführung des Fahrzeugs oder die Zulassung eines Verbesserungsversuchs durch den Beklagten für den Kläger besonders beschwerlich oder mit Kosten verbunden

gewesen wären. Der Kläger stütze seinen Anspruch auf Schadenersatz. Den Beklagten treffe aber kein Verschulden, weil er das Fahrzeug beim TÜV vorgeführt habe und das Fahrzeug zugelassen worden sei. Da der Beklagte auf diesem Gebiet kein Fachmann sei, habe er sich auf dessen Prüfbericht verlassen dürfen.

Das Berufungsgericht änderte über Berufung des Klägers das Ersturteil im stattgebenden Sinn ab und ließ die ordentliche Revision zu. Seine rechtliche Beurteilung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Auszugehen sei davon, dass keine der Parteien die Anwendung österreichischen Rechts (mehr) in Zweifel ziehe. Nach den Feststellungen habe die vertraglich geschuldete Leistung des Beklagten in der Lieferung eines betriebs- und verkehrssicheren, technisch einwandfreien Fahrzeugs bestanden. § 932 ABGB regle die Rangordnung der Gewährleistungsbefehle. Der Übernehmer habe primär Anspruch auf Verbesserung oder Austausch. Er könne die sekundären Gewährleistungsbefehle, Preisminderung und Wandlung nur geltend machen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden seien, oder der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigere oder nicht in angemessener Zeit vornehme oder diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden seien oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar seien. Der durch § 932 Abs 2 und 4 ABGB bestimmte Vorrang der Verbesserung bedeute, dass der Übergeber grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben solle, den vertragsmäßigen Zustand herzustellen. In diesem Zusammenhang erscheine es geboten, an die „Aufforderung“ an den Gewährleistungspflichtigen keine zu strengen Maßstäbe anzulegen. Im Streitfall stehe unbekämpft fest, dass der Beklagte den Kläger über die bereits bei der Fahrt von Feldkirch nach Wörgl aufgetretenen Probleme (Motorüberhitzung), den stattgefundenen Vergaserbrand und die Tatsache informiert habe, dass das Fahrzeug zur Reparatur in einer Werkstätte stehe. Entgegen den - allerdings nicht bekämpften - Feststellungen habe der Kläger zwar dem Beklagten im Brief vom 25. 6. 2003 nicht von bereits erfolgten, sondern erst durchzuführenden Reparaturmaßnahmen berichtet und festgehalten, dass der TÜV Bayern den Zustand des Fahrzeugs mit „so gehts nicht“ kommentiert habe. Diese Information habe der Beklagte allerdings als redlicher und verständiger Erklärungsempfänger nicht als bloße Mitteilung über das weitere technische Schicksal des Fahrzeugs ohne jeden rechtlichen Hintergrund auffassen können. Die Berichterstattung des Klägers habe vielmehr den Erklärungswert eines Hinweises auf den nicht vertragsgemäßen verbesserungsbedürftigen Zustand des Fahrzeugs und der Erinnerung an die Vertragspflichten des Beklagten gehabt. Es stelle sich ansonsten die Frage, welchen Zweck die dem Beklagten vom Kläger erteilten Informationen sonst haben sollten. Der Beklagte habe auf die mündlichen und schriftlichen Bekanntgaben des Klägers nicht reagiert und in keiner Weise zu verstehen gegeben, dass er zur Nachbesserung bereit sei bzw die bereits in Gang befindlichen Verbesserungsarbeiten selbst in die Hand nehmen wolle. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, dass der Kläger dem Beklagten keine „zweite Chance“ eingeräumt und eine Verbesserung durch den Beklagten verunmöglicht hätte. Daran ändere auch nichts, dass der Kläger den Beklagten nicht ausdrücklich und formell zur Verbesserung „aufgefordert“ habe. Dass der Beklagte auf die Berichte des Klägers betreffend den mangelhaften und vertragswidrigen Zustand des Fahrzeugs nicht reagiert habe und völlig untätig geblieben sei, sei als Verweigerung der Vornahme der Verbesserung anzusehen, die den Kläger berechtige, die Gewährleistungsbefehle der zweiten Stufe (hier Preisminderung) in Anspruch zu nehmen. Auszugehen sei davon, dass keine der Parteien die Anwendung österreichischen Rechts (mehr) in Zweifel ziehe. Nach den Feststellungen habe die vertraglich geschuldete Leistung des Beklagten in der Lieferung eines betriebs- und verkehrssicheren, technisch einwandfreien Fahrzeugs bestanden. Paragraph 932, ABGB regle die Rangordnung der Gewährleistungsbefehle. Der Übernehmer habe primär Anspruch auf Verbesserung oder Austausch. Er könne die sekundären Gewährleistungsbefehle, Preisminderung und Wandlung nur geltend machen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden seien, oder der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigere oder nicht in angemessener Zeit vornehme oder diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden seien oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar seien. Der durch Paragraph 932, Absatz 2 und 4 ABGB bestimmte Vorrang der Verbesserung bedeute, dass der Übergeber grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben solle, den vertragsmäßigen Zustand herzustellen. In diesem Zusammenhang erscheine es geboten, an die „Aufforderung“ an den Gewährleistungspflichtigen keine zu strengen Maßstäbe anzulegen. Im Streitfall stehe unbekämpft fest, dass der Beklagte den Kläger über die bereits bei der Fahrt von Feldkirch nach Wörgl aufgetretenen Probleme (Motorüberhitzung), den stattgefundenen Vergaserbrand und die Tatsache informiert habe, dass das Fahrzeug zur Reparatur in einer Werkstätte stehe. Entgegen den - allerdings nicht bekämpften - Feststellungen habe

der Kläger zwar dem Beklagten im Brief vom 25. 6. 2003 nicht von bereits erfolgten, sondern erst durchzuführenden Reparaturmaßnahmen berichtet und festgehalten, dass der TÜV Bayern den Zustand des Fahrzeugs mit „so gehts nicht“ kommentiert habe. Diese Information habe der Beklagte allerdings als redlicher und verständiger Erklärungsempfänger nicht als bloße Mitteilung über das weitere technische Schicksal des Fahrzeugs ohne jeden rechtlichen Hintergrund auffassen können. Die Berichterstattung des Klägers habe vielmehr den Erklärungswert eines Hinweises auf den nicht vertragsgemäßen verbesserungsbedürftigen Zustand des Fahrzeugs und der Erinnerung an die Vertragspflichten des Beklagten gehabt. Es stelle sich ansonsten die Frage, welchen Zweck die dem Beklagten vom Kläger erteilten Informationen sonst haben sollten. Der Beklagte habe auf die mündlichen und schriftlichen Bekanntgaben des Klägers nicht reagiert und in keiner Weise zu verstehen gegeben, dass er zur Nachbesserung bereit sei bzw die bereits in Gang befindlichen Verbesserungsarbeiten selbst in die Hand nehmen wolle. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, dass der Kläger dem Beklagten keine „zweite Chance“ eingeräumt und eine Verbesserung durch den Beklagten verunmöglicht hätte. Daran ändere auch nichts, dass der Kläger den Beklagten nicht ausdrücklich und formell zur Verbesserung „aufgefordert“ habe. Dass der Beklagte auf die Berichte des Klägers betreffend den mangelhaften und vertragswidrigen Zustand des Fahrzeugs nicht reagiert habe und völlig untätig geblieben sei, sei als Verweigerung der Vornahme der Verbesserung anzusehen, die den Kläger berechtige, die Gewährleistungsbehelfe der zweiten Stufe (hier Preisminderung) in Anspruch zu nehmen.

Aber auch dann, wenn zugunsten des Beklagten an das Verhalten des Klägers ein strengerer Maßstab angelegt werde, müsse sich der Kläger nicht auf den vorrangigen Verbesserungsanspruch verweisen lassen. Nach § 932 Abs 4 ABGB stehe dem Unternehmer das Recht auf Preisminderung ua dann zu, wenn ihm die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sei. Eine Unzumutbarkeit sei auch dann gegeben, wenn dem Übergeber die Eignung/Berechtigung zur Leistungserbringung fehle. Die Formulierung „in der Person des Übergebers“ sei etwas zu eng geraten. Gemeint sei wohl die Sphäre des Übergebers, zu der auch seine Leute zählten, nicht bloß seine Person. Nach den Feststellungen sei der Beklagte kein professioneller Fahrzeughändler und besitze auch keine Werkstätte. Das Fahrzeug habe zum Zeitpunkt der Übergabe derart gravierende Mängel aufgewiesen, dass ein Verlust des Vertrauens des Klägers in die Kompetenz des vom Beklagten beigezogenen Mechanikers begründet sei. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen iSd § 932 Abs 4 Satz 2 ABGB sei daher erfüllt. Aber auch dann, wenn zugunsten des Beklagten an das Verhalten des Klägers ein strengerer Maßstab angelegt werde, müsse sich der Kläger nicht auf den vorrangigen Verbesserungsanspruch verweisen lassen. Nach Paragraph 932, Absatz 4, ABGB stehe dem Unternehmer das Recht auf Preisminderung ua dann zu, wenn ihm die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sei. Eine Unzumutbarkeit sei auch dann gegeben, wenn dem Übergeber die Eignung/Berechtigung zur Leistungserbringung fehle. Die Formulierung „in der Person des Übergebers“ sei etwas zu eng geraten. Gemeint sei wohl die Sphäre des Übergebers, zu der auch seine Leute zählten, nicht bloß seine Person. Nach den Feststellungen sei der Beklagte kein professioneller Fahrzeughändler und besitze auch keine Werkstätte. Das Fahrzeug habe zum Zeitpunkt der Übergabe derart gravierende Mängel aufgewiesen, dass ein Verlust des Vertrauens des Klägers in die Kompetenz des vom Beklagten beigezogenen Mechanikers begründet sei. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen iSd Paragraph 932, Absatz 4, Satz 2 ABGB sei daher erfüllt.

Der dem Kläger zustehende Anspruch auf Preisminderung errechne sich nach der relativen Berechnungsmethode. Aufgrund dieser Methode führe die Preisminderung nicht notwendig zu den konkreten Kosten der Verbesserung. Die Verbesserungskosten könnten nur soweit als Preisminderung verlangt werden, als sie in der Minderung Deckung finden. Dies sei hier bei dem vom Kläger unter dem Titel Preisminderung geltend gemachten Verbesserungsaufwand der Fall. Damit erweise sich das Klagebegehren als berechtigt, während die Gegenforderung in den Feststellungen keine Grundlage finde.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klageabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung - für den Fall der Beurteilung der Revision als zulässig, was bestritten werde - der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Dabei war zunächst eine dem Berufungsgericht unterlaufene (Teil-)Nichtigkeit seiner Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen. Das Erstgericht hat bereits im ersten Rechtsgang (ON 35) im Rahmen seiner Zinsenstaffel dem Kläger ua 4 % Zinsen aus 3.845,50 EUR seit 15. 4. 2004 zugesprochen und das Mehrbegehren von weiteren 4 % Zinsen aus 3.845,50 EUR seit 15. 4. 2004 abgewiesen; diese Abweisung ist mangels Bekämpfung in Rechtskraft erwachsen. Trotzdem hat das Berufungsgericht nunmehr (im zweiten Rechtsgang) mit seinem bekämpften Urteil dem Kläger ua 4 % Zinsen aus 6.950,64 EUR seit 15. 4. 2004 zugesprochen und damit in dem 3.845,50 EUR übersteigenden Umfang einen Rechtskraftverstoß begangen, welcher gemäß § 411 Abs 2 ZPO im Rahmen des zulässigen Rechtsmittels der beklagten Partei amtswegig aufzugreifen ist (Fasching/Klicka in Fasching/Konecny, ZPO2 § 411 Rz 134). Dabei war zunächst eine dem Berufungsgericht unterlaufene (Teil-)Nichtigkeit seiner Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen. Das Erstgericht hat bereits im ersten Rechtsgang (ON 35) im Rahmen seiner Zinsenstaffel dem Kläger ua 4 % Zinsen aus 3.845,50 EUR seit 15. 4. 2004 zugesprochen und das Mehrbegehren von weiteren 4 % Zinsen aus 3.845,50 EUR seit 15. 4. 2004 abgewiesen; diese Abweisung ist mangels Bekämpfung in Rechtskraft erwachsen. Trotzdem hat das Berufungsgericht nunmehr (im zweiten Rechtsgang) mit seinem bekämpften Urteil dem Kläger ua 4 % Zinsen aus 6.950,64 EUR seit 15. 4. 2004 zugesprochen und damit in dem 3.845,50 EUR übersteigenden Umfang einen Rechtskraftverstoß begangen, welcher gemäß Paragraph 411, Absatz 2, ZPO im Rahmen des zulässigen Rechtsmittels der beklagten Partei amtswegig aufzugreifen ist (Fasching/Klicka in Fasching/Konecny, ZPO2 Paragraph 411, Rz 134).

Hinsichtlich des Zuspruchs von 4 % Zinsen aus 3.105,14 EUR seit 15. 4. 2004 ist daher das Berufungsurteil als nichtig aufzuheben und nur im (aus dem Spruch ersichtlichen) Restbetrag aus den nachstehenden Erwägungen mit Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss vorzugehen.

Vorauszuschicken ist, dass die Frage des anzuwendenden Rechts im Revisionsverfahren von keiner der Parteien releviert wird. Da die Parteien schon im Verfahren vor dem Berufungsgericht die Anwendung österreichischen Rechts nicht mehr in Zweifel gezogen, sondern vielmehr sich selbst wechselseitig ausdrücklich darauf berufen und die Unterinstanzen im zweiten Rechtsgang solches unbeanstandet angewendet haben, muss darauf seitens des Obersten Gerichtshofs nicht weiter eingegangen werden (RIS-Justiz RS0040169; RS0009300; 2 Ob 80/99z; 2 Ob 18/00m; Verschraegen in Rummel3 § 2 IPRG Rz 5). Die Ansprüche des Klägers sind daher nach österreichischem Recht zu beurteilen. Vorauszuschicken ist, dass die Frage des anzuwendenden Rechts im Revisionsverfahren von keiner der Parteien releviert wird. Da die Parteien schon im Verfahren vor dem Berufungsgericht die Anwendung österreichischen Rechts nicht mehr in Zweifel gezogen, sondern vielmehr sich selbst wechselseitig ausdrücklich darauf berufen und die Unterinstanzen im zweiten Rechtsgang solches unbeanstandet angewendet haben, muss darauf seitens des Obersten Gerichtshofs nicht weiter eingegangen werden (RIS-Justiz RS0040169; RS0009300; 2 Ob 80/99z; 2 Ob 18/00m; Verschraegen in Rummel3 Paragraph 2, IPRG Rz 5). Die Ansprüche des Klägers sind daher nach österreichischem Recht zu beurteilen.

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 (P. Bydlinski in KBB2, § 932 Rz 2; Koziol/Welser II13 71) 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 (RV 422 BlgNR 21. GP 16; 6 Ob 85/05a = SZ 2005/157; RIS-Justiz RS0120246). Gemäß Paragraph 932, Absatz 2 und 4 ABGB kann der Übernehmer zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen. Durch den Vorrang der Verbesserung (P. Bydlinski in KBB2, Paragraph 932, Rz 2; Koziol/Welser II13 71) 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 (Regierungsvorlage 422 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 16; 6 Ob 85/05a = SZ 2005/157; RIS-Justiz RS0120246).

Ausgehend von den insoweit unbestrittenen Feststellungen kann der Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Kläger dem Beklagten eine solche „zweite Chance“ zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands eingeräumt habe, nicht gefolgt werden. Ohne den Umstand, dass der Kläger den Beklagten über die am Fahrzeug aufgetretenen Mängel lediglich informierte, ihn aber nie ausdrücklich zur Verbesserung aufforderte, einer abschließenden Wertung zu unterziehen, ist die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht schon deshalb verfehlt, weil der Kläger nach den maßgeblichen Feststellungen sein Fahrzeug zunächst in eine Fachwerkstätte brachte, die erforderlichen Ersatzteile selbst bestellte und erst danach den Beklagten von den aufgetretenen Mängeln, insbesondere von der Weigerung des TÜV Bayern, eine für die Zulassung in Österreich erforderliche Bestätigung auszustellen, erstmals informierte. Eine realistische Chance der „zweiten Andienung“ (5 Ob 199/05g = JBl 2006, 518 [P. Bydlinski]; 8 Ob 36/07p) durch den Beklagten bestand daher nicht, sodass schon aus diesem Grund nicht von einer Verweigerung der Vornahme der Verbesserung ausgegangen werden kann.

Ebenso wenig vermag sich der Oberste Gerichtshof der Argumentation des Berufungsgerichts anzuschließen, dass dem Kläger die Verbesserung aus triftigen, in der Person des Beklagten liegenden Gründen unzumutbar gewesen sei, weil das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe derart gravierende Mängel aufgewiesen habe, die den Verlust des Vertrauens des Klägers in die Kompetenz des vom Beklagten beigezogenen Mechanikers nach sich gezogen hätte. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 6 Ob 85/05a (= SZ 2005/157) ausdrücklich ausgesprochen, dass die Mangelhaftigkeit der Leistung als solche nicht zur sofortigen Wandlung berechtige. Die Gesetzesmaterialien (RV 422 BlgNR 21. GP 18) sehen diesbezüglich vor: Ebenso wenig vermag sich der Oberste Gerichtshof der Argumentation des Berufungsgerichts anzuschließen, dass dem Kläger die Verbesserung aus triftigen, in der Person des Beklagten liegenden Gründen unzumutbar gewesen sei, weil das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe derart gravierende Mängel aufgewiesen habe, die den Verlust des Vertrauens des Klägers in die Kompetenz des vom Beklagten beigezogenen Mechanikers nach sich gezogen hätte. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 6 Ob 85/05a (= SZ 2005/157) ausdrücklich ausgesprochen, dass die Mangelhaftigkeit der Leistung als solche nicht zur sofortigen Wandlung berechtige. Die Gesetzesmaterialien (Regierungsvorlage 422 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 18) sehen diesbezüglich vor:

„Es kann ferner Fälle geben, in denen es dem Übernehmer nicht zu verdenken ist, dass er sich nicht mehr auf eine Verbesserung der Sache durch den Veräußerer oder Werkunternehmer einlassen will. Zwar wird dafür im Allgemeinen der Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung allein noch nicht ausreichen. Es ist aber denkbar und möglich, dass die Art des Mangels, sein Zustandekommen und andere Umstände die Untüchtigkeit des Übergebers nahe legen. In solchen Konstellationen soll der Übernehmer nicht auf die primären Gewährleistungsbehelfe verwiesen sein. Der Entwurf drückt dies dadurch aus, dass dem Übernehmer Verbesserung oder Austausch aus 'triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen' nicht zumutbar ist. Darunter fallen beispielsweise sicherheitsrelevante Umstände (etwa eine schlampige Reparatur an der Bremsanlage eines Kfz, die zu einem Bremsversagen geführt hat), aber auch Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahe legen.“

Auch die Lehre geht unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien weitestgehend übereinstimmend davon aus, dass etwa dann, wenn dem Übergeber sicherheitsrelevante Mängel zur Last liegen, die Verbesserung durch „triftige, in der Person des Übergebers liegende Gründe“ unzumutbar sei (Kathrein, Das neue Gewährleistungsrecht, in Pirker-Hörmann/Hammerl [Hrsg], Das neue Gewährleistungsrecht, 28; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 34; Ofner in Schwimann, ABGB § 932 Rz 63; Augenhöfer, Zum Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001 [Besprechung der E des OGH 6 Ob 85/05a], JBl 2006, 437 [442 f]; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 [149]; P. Bydlinski, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBl 2005, 681 [687]). Die überwiegende Lehre vertritt auch die Ansicht, dass grundsätzlich das Verhalten und die Fähigkeiten von Erfüllungsgehilfen ebenso wie Verhalten und Fähigkeiten des Übergebers selbst zu behandeln sind (P. Bydlinski, aaO 687; Krejci, Zum neuen Gewährleistungsrecht, VR 2001, 201 [210]: „seine Leute“; Reischauer, aaO 149; Karollus, Das

neue Gewährleistungsrecht - Offene Rechtsfragen und Unsicherheitsfaktoren für die Praxis, in Pirker-Hörmann/Hammerl aaO, 105 [122]). Auch die Lehre geht unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien weitestgehend übereinstimmend davon aus, dass etwa dann, wenn dem Übergeber sicherheitsrelevante Mängel zur Last liegen, die Verbesserung durch „triftige, in der Person des Übergebers liegende Gründe“ unzumutbar sei (Kathrein, Das neue Gewährleistungsrecht, in Pirker-Hörmann/Hammerl [Hrsg], Das neue Gewährleistungsrecht, 28; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, Paragraph 932, Rz 34; Ofner in Schwimann, ABGB3 Paragraph 932, Rz 63; Augenhöfer, Zum Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001 [Besprechung der E des OGH 6 Ob 85/05a], JBl 2006, 437 [442 f]; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 [149]; P. Bydlinski, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBl 2005, 681 [687]). Die überwiegende Lehre vertritt auch die Ansicht, dass grundsätzlich das Verhalten und die Fähigkeiten von Erfüllungsgehilfen ebenso wie Verhalten und Fähigkeiten des Übergebers selbst zu behandeln sind (P. Bydlinski, aaO 687; Krejci, Zum neuen Gewährleistungsrecht, VR 2001, 201 [210]: „seine Leute“; Reischauer, aaO 149; Karollus, Das neue Gewährleistungsrecht - Offene Rechtsfragen und Unsicherheitsfaktoren für die Praxis, in Pirker-Hörmann/Hammerl aaO, 105 [122]).

Im vorliegenden Fall traten zwar bei dem dem Kläger vom Beklagten verkauften Oldtimer sukzessive Mängel auf; ein Hinweis darauf, dass durch die Mängel eine Gefährdung des Klägers oder Dritter, wie etwa im Fall eines Bremsversagens, erfolgt wäre, ergibt sich aus den Feststellungen aber gerade nicht. Auch weist der Rechtsmittelwerber zutreffend darauf hin, dass es sich beim Beklagten nicht um einen Fachmann für Oldtimer handelt und der bloße Umstand, dass ein mit dem Beklagten befreundeter Mechaniker vor der Übergabe Instandsetzungsarbeiten am Fahrzeug vornahm, noch nichts darüber aussagt, dass der Beklagte - dem im Übrigen nach dem Vorgesagten keine konkrete Chance zur Verbesserung eingeräumt wurde - sich gerade dieses Mechanikers auch zu einer allfälligen Verbesserung bedient hätte. Aus all dem folgt, dass der Kläger, der für das Vorliegen der Voraussetzungen einer sofortigen Inanspruchnahme der Preisminderung behauptungs- und beweispflichtig ist (5 Ob 191/05g), auf der Grundlage der maßgeblichen Feststellungen die primäre (und als Gewährleistungsbefehl ausschließliche) Geltendmachung eines Preisminderungsanspruchs nicht erfolgreich begehren kann.

Allerdings kann damit allein dem Klagebegehren noch keine Berechtigung zur Gänze abgesprochen werden. Dies aus folgenden weiteren Erwägungen:

In seiner Entscheidung 5 Ob 191/05g (JBl 2006, 518 [P. Bydlinski] = ecolex 2006, 746 [Jud]) hat der Oberste Gerichtshof die in der Lehre unterschiedlich beurteilte Frage, ob der Übernehmer im Fall „voreiliger“ Selbstvornahme der Verbesserung, also ohne Ablehnung der Nacherfüllung durch den Übergeber oder vor erfolglosem Ablauf der dazu gesetzten Frist - auf welcher Rechtsgrundlage immer - den (ganzen oder teilweisen) Ersatz der Verbesserungskosten verlangen könne, offen gelassen, da sich der Kläger im Anlassverfahren ausschließlich auf Preisminderung gestützt hatte. Im hier zu beurteilenden Fall ergibt sich hingegen bereits aus der Klage, dass der Kläger den Betrag, den er für die Behebung der Mangelhaftigkeit des ihm übergebenen Fahrzeugs aufgewendet hat, (primär) als Verbesserungskostenersatz („vorsichtshalber“ auch unter dem Titel des Schadenersatzes) begehrt.

Nach der vor dem GewRÄG (BGBl I 2001/48) geltenden Rechtslage konnte der Käufer die Verbesserung auch selbst besorgen und den Kaufpreis entsprechend mindern. Der Aufwand für Verbesserungsarbeiten war dann, wenn der Verkäufer zur Verbesserung nicht aufgefordert wurde, nur im Rahmen des nach der relativen Berechnungsmethode ermittelten Minderungsanspruchs zu leisten (vgl. Gschnitzer in Klang IV/12 539). War der Verkäufer mit der Verbesserung im Verzug, konnte der Käufer die Verbesserung auch selbst vornehmen und Ersatz gemäß § 1042 ABGB fordern bzw. bei schuldhaftem Verzug die konkreten Aufwendungen nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 918, 921 ABGB) begehren (SZ 49/124; 5 Ob 530/82 = EvBl 1983/3; RIS-JustizRS0018290; s. auch RS0018753). Nach der vor dem GewRÄG (BGBl römisch eins 2001/48) geltenden Rechtslage konnte der Käufer die Verbesserung auch selbst besorgen und den Kaufpreis entsprechend mindern. Der Aufwand für Verbesserungsarbeiten war dann, wenn der Verkäufer zur Verbesserung nicht aufgefordert wurde, nur im Rahmen des nach der relativen Berechnungsmethode ermittelten Minderungsanspruchs zu leisten (vergleiche Gschnitzer in Klang IV/12 539). War der Verkäufer mit der Verbesserung im Verzug, konnte der Käufer die Verbesserung auch selbst vornehmen und Ersatz gemäß Paragraph 1042, ABGB fordern bzw. bei schuldhaftem Verzug die konkreten Aufwendungen nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten (Paragraphen 918, 921 ABGB) begehren (SZ 49/124; 5 Ob 530/82 = EvBl 1983/3; RIS-JustizRS0018290; s. auch RS0018753).

Aus den Materialien zum GewRÄG (RV 422 BlgNR 21. GP, 18) ergibt sich: „Wenn der Übergeber seiner Verpflichtung zur

Verbesserung nicht nachkommt, kann der Übernehmer - anstatt auf die zweite Stufe der Gewährleistungsbehelfe 'umzusteigen' - so wie nach bisherigem Recht (Dittrich/Tades, ABGB35 E 71a zu § 932) die Verbesserung auch selbst vornehmen und seine konkreten Aufwendungen nach Schadenersatzrecht (§ 933a Abs 2 ABGB) begehren oder auch Aufwändersatz nach § 1042 ABGB fordern." Was gelten soll, wenn Verzug des Übergebers nicht vorliegt, lässt sich den Gesetzesmaterialien allerdings nicht entnehmen. Aus den Materialien zum GewRÄG Regierungsvorlage 422 BlgNR 21. GP, 18) ergibt sich: „Wenn der Übergeber seiner Verpflichtung zur Verbesserung nicht nachkommt, kann der Übernehmer - anstatt auf die zweite Stufe der Gewährleistungsbehelfe 'umzusteigen' - so wie nach bisherigem Recht (Dittrich/Tades, ABGB35 E 71a zu Paragraph 932,) die Verbesserung auch selbst vornehmen und seine konkreten Aufwendungen nach Schadenersatzrecht (Paragraph 933 a, Absatz 2, ABGB) begehren oder auch Aufwändersatz nach Paragraph 1042, ABGB fordern." Was gelten soll, wenn Verzug des Übergebers nicht vorliegt, lässt sich den Gesetzesmaterialien allerdings nicht entnehmen.

Im einschlägigen gewährleistungsrechtlichen Fachschrifttum werden hiezu folgende Auffassungen vertreten:

P. Bydlinski (aaO 684 ff) setzt sich ausführlich mit den Konsequenzen „voreiliger Selbstverbesserung" auseinander. Das Gewährleistungsrecht als solches habe den unbestrittenen Zweck, subjektive Äquivalenzstörungen zu beseitigen oder auszugleichen. Dass dieser Zentralwertung des Leistungsstörungsrechts in den Fällen voreiliger Selbstverbesserung keinerlei Bedeutung zukommen solle, vermöge nicht einzuleuchten. Der praktische Regelfall sei jener, dass der Übernehmer die Sache von einem Fachmann in Ordnung bringen lasse. Warum sich ein Übernehmer nicht auf die gesetzlich vorgesehene Nacherfüllung durch den Übergeber einlasse, könne dadurch bedingt sein, dass er die Vorrangsvorschrift des § 932 Abs 2 ABGB nicht kenne. Ferner könne er sich mit dem Übergeber über die Angemessenheit der Nacherfüllungsfrist nicht einig geworden sein. Auch könne der Übernehmer den Übergeber, der schon einmal schlecht geleistet habe, für nicht ausreichend geeignet oder vertrauenswürdig ansehen. Schließlich gäbe es Fälle, in denen der Übernehmer die mangelfreie Sache so schnell wie möglich brauche, weshalb er die an sich angemessene Frist nicht abwarten könne und daher einen (teureren) Reparatur-Schnellservice in Anspruch nehme. In all den erwähnten Konstellationen hätte der Übergeber von Gesetzes wegen Kosten aufwenden müssen, um dem Übernehmer die Sache in der geschuldeten Qualität zukommen zu lassen. Es sei nicht einzusehen, warum er sich diese Kosten zur Gänze ersparen können solle, obwohl er mangelhaft geleistet habe. In Österreich werde deshalb von manchen ein Anspruch nach § 1042 ABGB erwogen, dessen Anwendung im bloß zweipersonalen Verhältnis allerdings umstritten sei. Auch im Rahmen des § 1042 ABGB sei jedoch unbestritten, dass der voreilig Selbstverbessernde niemals mehr verlangen könne als jene Kosten, die dem Übergeber bei der Verbesserung entstanden wären. Nach Ansicht des Autors lasse sich aber ohnehin die „Ersparnisvorschrift" des § 1168 Abs 1 (ferner § 1155 Abs 1 und § 1162b S 1; § 29 Abs 1 AngG) zur dogmatischen Begründung eines solchen Anspruchs besser fruchtbar machen, da es dort um eine ganz vergleichbare Interessenlage gehe und die Norm eine unverdiente Bereicherung des einen Vertragsteils verhindern solle. Hinzu komme, dass die genannte Norm ohne jeden den Schuldner belastenden Umstand eingreife, während der Selbstverbesserung immer eine vom Schuldner stammende Leistungsstörung vorangehe. Vorschriften wie etwa § 1168 ABGB lägen Wertungen mit hohem Gerechtigkeitswert („Bereicherungsverbot") zugrunde, die dann besondere Achtung verdienten, wenn - wie hier - eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung fehle. Der genannte Autor vertritt weiters die Auffassung, dass eine umfassende Darlegungs- und Beweislast des Übernehmers, die nicht nur die eigenen Aufwendungen, sondern auch die Ersparnisse des Schuldners erfasse, anerkannten Grundsätzen der Beweislastverteilung entspreche und lasse etwaige Beweisschwierigkeiten im Einzelfall als Argument gegen den hier vertretenen Lösungsansatz nicht gelten. P. Bydlinski (aaO 684 ff) setzt sich ausführlich mit den Konsequenzen „voreiliger Selbstverbesserung" auseinander. Das Gewährleistungsrecht als solches habe den unbestrittenen Zweck, subjektive Äquivalenzstörungen zu beseitigen oder auszugleichen. Dass dieser Zentralwertung des Leistungsstörungsrechts in den Fällen voreiliger Selbstverbesserung keinerlei Bedeutung zukommen solle, vermöge nicht einzuleuchten. Der praktische Regelfall sei jener, dass der Übernehmer die Sache von einem Fachmann in Ordnung bringen lasse. Warum sich ein Übernehmer nicht auf die gesetzlich vorgesehene Nacherfüllung durch den Übergeber einlasse, könne dadurch bedingt sein, dass er die Vorrangsvorschrift des Paragraph 932, Absatz 2, ABGB nicht kenne. Ferner könne er sich mit dem Übergeber über die Angemessenheit der Nacherfüllungsfrist nicht einig geworden sein. Auch könne der Übernehmer den Übergeber, der schon einmal schlecht geleistet habe, für nicht ausreichend geeignet oder vertrauenswürdig ansehen. Schließlich gäbe es Fälle, in denen der Übernehmer die mangelfreie Sache so schnell wie möglich brauche, weshalb er die an sich angemessene Frist nicht abwarten könne und daher einen (teureren) Reparatur-Schnellservice in Anspruch nehme. In all den erwähnten Konstellationen hätte

der Übergeber von Gesetzes wegen Kosten aufwenden müssen, um dem Übernehmer die Sache in der geschuldeten Qualität zukommen zu lassen. Es sei nicht einzusehen, warum er sich diese Kosten zur Gänze ersparen können solle, obwohl er mangelhaft geleistet habe. In Österreich werde deshalb von manchen ein Anspruch nach Paragraph 1042, ABGB erwogen, dessen Anwendung im bloß zweipersonalen Verhältnis allerdings umstritten sei. Auch im Rahmen des Paragraph 1042, ABGB sei jedoch unbestritten, dass der voreilig Selbstverbessernde niemals mehr verlangen könne als jene Kosten, die dem Übergeber bei der Verbesserung entstanden wären. Nach Ansicht des Autors lasse sich aber ohnehin die „Ersparnisvorschrift“ des Paragraph 1168, Absatz eins, (ferner Paragraph 1155, Absatz eins und Paragraph 1162 b, S 1; Paragraph 29, Absatz eins, AngG) zur dogmatischen Begründung eines solchen Anspruchs besser fruchtbar machen, da es dort um eine ganz vergleichbare Interessenlage gehe und die Norm eine unverdiente Bereicherung des einen Vertragsteils verhindern solle. Hinzu komme, dass die genannte Norm ohne jeden den Schuldner belastenden Umstand eingreife, während der Selbstverbesserung immer eine vom Schuldner stammende Leistungsstörung vorangehe. Vorschriften wie etwa Paragraph 1168, ABGB lägen Wertungen mit hohem Gerechtigkeitswert („Bereicherungsverbot“) zugrunde, die dann besondere Achtung verdienten, wenn - wie hier - eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung fehle. Der genannte Autor vertritt weiters die Auffassung, dass eine umfassende Darlegungs- und Beweislast des Übernehmers, die nicht nur die eigenen Aufwendungen, sondern auch die Ersparnisse des Schuldners erfasse, anerkannten Grundsätzen der Beweislastverteilung entspreche und lässt etwaige Beweisschwierigkeiten im Einzelfall als Argument gegen den hier vertretenen Lösungsansatz nicht gelten.

Auch in seiner Besprechung der Entscheidung 5 Ob 191/05g (JBl 2006, 518 [521]) tritt derselbe Autor dafür ein, dem selbst bzw auf eigene Kosten verbessernden Käufer analog § 1168 Abs 1 ABGB Anspruch auf Zahlung jenes Betrags zu gewähren, den die gewährleistungspflichtige Verkäuferin für die Verbesserung hätte aufwenden müssen. Auch in seiner Besprechung der Entscheidung 5 Ob 191/05g (JBl 2006, 518 [521]) tritt derselbe Autor dafür ein, dem selbst bzw auf eigene Kosten verbessernden Käufer analog Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB Anspruch auf Zahlung jenes Betrags zu gewähren, den die gewährleistungspflichtige Verkäuferin für die Verbesserung hätte aufwenden müssen.

In ihrer Besprechung der Entscheidung 6 Ob 85/05a (JBl 2006, 437 [439]) hält es Augenhöfer zwar für zutreffend, dem Vorrang der Verbesserung entsprechend dem Übernehmer, der die Verbesserung selbst unmöglich macht, die sekundären Rechtsbehelfe zu verwehren, erachtet es jedoch als nicht sachgerecht, dass der Übernehmer nicht einmal die Kosten ersetzt bekommen solle, die auch dem Übergeber bei der Verbesserung, hätte er diese vorgenommen, entstanden wären.

Reischauer (aaO, 151 f) tritt im Hinblick darauf, dass es sich um ein zweipersonales und nicht dreipersonales Verhältnis handle, für eine analoge Anwendung des § 1042 ABGB ein. Der Verbesserungsschuldner habe nur das zu leisten, was er sich erspart habe. § 1042 ABGB sei anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob eine Mängelbeseitigungschance eingeräumt worden sei oder nicht. Da der Gewährleistungspflichtige nur als Bereicherung herauszugeben habe, was er sich dadurch erspart habe, dass er nicht zur Verbesserung herangezogen worden sei, erfahre er im Vergleich zur Verbesserung keine zusätzlichen Belastungen. Reischauer (aaO, 151 f) tritt im Hinblick darauf, dass es sich um ein zweipersonales und nicht dreipersonales Verhältnis handle, für eine analoge Anwendung des Paragraph 1042, ABGB ein. Der Verbesserungsschuldner habe nur das zu leisten, was er sich erspart habe. Paragraph 1042, ABGB sei anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob eine Mängelbeseitigungschance eingeräumt worden sei oder nicht. Da der Gewährleistungspflichtige nur als Bereicherung herauszugeben habe, was er sich dadurch erspart habe, dass er nicht zur Verbesserung herangezogen worden sei, erfahre er im Vergleich zur Verbesserung keine zusätzlichen Belastungen.

Kletecka (Gewährleistung neu, § 933a Rz 6) erachtet die gesetzgeberische Anordnung des Vorrangs der Verbesserung im weiteren Sinn überhaupt nur dann als erträglich, wenn man wenigstens die Forderung auf die Selbstkosten des Übergebers anerkenne (§ 1042 ABGB). Da dieser Anspruch auf einer bereicherungsrechtlichen und nicht auf einer schadenersatzrechtlichen Grundlage beruhe, st

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)