

Ein sehr teurer „optischer Mangel“...

1. Die nationalen Gerichte sind an das Auslegungsergebnis des EuGH gebunden und verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den dieses einräumt, so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten.
2. Liefert ein Unternehmer eine mangelhafte Sache an einen Verbraucher, so hat er sie im Rahmen eines Austauschs dem Käufer, der sie zwischenzeitig gutgläubig eingebaut hat, auf eigene Kosten auszubauen und die mangelfreie Sache einzubauen oder diese Kosten zu ersetzen. Er darf auch bei hohen Aus- und Einbaukosten die einzig mögliche primäre Abhilfe nicht per se ablehnen; vielmehr kann er nur die Herabsetzung seiner Verpflichtung auf den anhand des Vertrags unter Berücksichtigung von dessen Gegenstand und Zweck im Hinblick auf die Vertragswidrigkeit und den Wert der Sache in vertragsgemäßen Zustand zu ermittelnden „angemessenen Beitrag“ fordern. Nur wenn der Käufer seinerseits den auf ihn entfallenden angemessenen Anteil der Kosten nicht selbst tragen will und der Austausch oder die Verbesserung samt Aus- und Einbaukosten dann für den Verkäufer mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, kann dieser den Käufer gemäß § 932 Abs 4 ABGB auf die sekundären Behelfe beschränken. Der Käufer kann in einem solchen Fall auch vom Unternehmer nur noch Preisminderung begehren oder wandeln; der Verkäufer muss Austausch und Verbesserung ohne angemessene Kostenbeteiligung des Käufers weder allein bewerkstelligen noch zahlen (vorschießen).
3. Behebungskosten sind dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand in einem auffallenden Missverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt. Umgekehrt wird der Verbesserungsaufwand in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auf eigene Kosten durchführen würde. Bei der Beeinträchtigung des Bestellers ist nicht auf die subjektive Befindlichkeit der konkreten Person abzustellen, sondern auf einen objektiven Maßstab, also auf einen vernünftigen redlichen Verkehrsteilnehmer in der konkreten Lage des Bestellers.
4. Bei Unverhältnismäßigkeit, also wenn sowohl die Naturalherstellung durch den Schädiger selbst als auch der Geldersatz zum Zweck der Naturalherstellung untunlich ist, ist der Geschädigte auf Wertersatz beschränkt; ihm ist dann nur das Wertinteresse und nicht das Integritätsinteresse zu ersetzen.

OGH 10.02.2017, 1 Ob 209/16s

Deskriptoren: Optischer Mangel, Gewährleistung, Schadensersatz; §§ 932, § 933a ABGB.

Sachverhalt

Die Beklagte, bei der nicht auch deren Verlegung bestellt worden war, hatte es übernommen eine ausreichende Menge von Platten zur Verlegung von Flächen im Außenbereich des Hauses der Kläger zu liefern. Es sollten nach dem E-Mail der Zweitklägerin vom 6.3.2011, mit dem der Polierplan mitübermittelt worden war, Sau-

na und „Freisitz“ in die Berechnung miteinfließen und alles „im selben Stein“ verlegt werden. Nach von der Beklagten an Ort und Stelle durchgeführter Vermessung lieferte sie aus Griechenland importierte Natursteinplatten („Cristallo white“) im Ausmaß von (nur) ca 195 m². Tatsächlich wären aber ca 223 m² für die von den Klägern in einheitlicher Optik angestrebten Verlegung der gesamten Fläche samt Freisitz und Saunabereich notwendig gewesen. Ohne Einberechnung der Flächen für Freisitz und Sauna hätte die Menge der gelieferten Platten ausgereicht. Die nachgelieferten Platten, mit denen die Außenflächen komplettiert wurden, weisen eindeutige Farb- und Strukturunterschiede zu den Platten der

Erstlieferung auf. Die Platten der Erstlieferung sind im gesamten Erscheinungsbild etwas dunkler und verfügen über eindeutige Farb- und Strukturverläufe, welche sich in Form von unterschiedlichen Grauschattierungen linienartig darstellen. Die Platten der Nachlieferung haben eine überwiegend weißliche Grundstruktur mit einer wolkenartigen und sich eher fleckig darstellenden Struktur in unterschiedlichen Grauabstufungen. Dem Verleger (auch) der nachgelieferten Platten, der nach der Verlegung zweier Reihen feststellte, dass sich die Platten der Nachlieferung optisch von den bereits verlegten unterschieden, wurde von einem Mitarbeiter der Beklagten gesagt, dass die Feuchte des Klebers das optisch verschiedene Erscheinungsbild verursache, am Ende würden die Platten einander gleichen. Dass sich diese Platten optisch von den bereits verlegten Platten unterschieden, erfuhren die Kläger erst, nachdem alle Platten verlegt waren.

Auch die Platten einer später versuchten (ersten) Ersatzlieferung und jene, die während des Verfahrens vorgelegt wurden, stimmen mit dem ursprünglich gelieferten Plattenmaterial nicht überein; im „Übergangsbereich Terrasse – Freisitz und – Sauna“ ist offensichtlich, dass die Platten nicht dem ursprünglichen Material entsprechen. Nachlieferungen derartiger Platten mit identer Farbe, Struktur und Textur sind sehr schwierig bis unmöglich. Selbst wenn eine Nachlieferung mit annähernd gleicher Struktur möglich ist, sind meist Unterschiede erkennbar.

Die Kosten für die Abtragung und die Neuverlegung inklusive Plattenaustauschmaterial samt damit verbundenen Installations-, Garten-, Elektro- sowie Abdichtungsarbeiten betragen (jeweils brutto) zwischen EUR 102.000,00 bis EUR 108.000,00, die Wasserbezugsgebühren und Kanalbenutzungsgebühren im Zuge der Poolentleerung und Wiederbefüllung EUR 336,50; die Reinigungskosten im Außenbereich des Hauses sowie im Innenbereich, soweit dieses im Zuge von Sanierungsarbeiten betreten wird, EUR 1.068,00, die variablen Mehrkosten für die mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehenden unvorhersehbaren Leistungen EUR 15.750,00.

Die Kläger beehrten gestützt auf Gewährleistung und Schadenersatz die Zahlung von (richtig) EUR 129.864,69 sA für die Sanierung in Form einer kompletten Neuverlegung nach Abbruch des verlegten Materials samt Nebenkosten. Sie brachten dazu vor, sie hätten bei der Beklagten Bodenplatten für die gesamte Terrasse beinhaltend die Flächen im Bereich Sauna, Haus und Freisitz, Hauseingang inklusive Terrasse über der Garage sowie auch den gesamten Weg für ihre Liegenschaft bestellt. Vor Bestellung und Auftragsvergabe habe die Beklagte an Ort und Stelle mehrmals Naturmaße genommen und ihnen ausdrücklich zugesichert, dass in dem zu

bestätigenden Angebot ausreichend Material für die Bodenplatten angeführt sei. Die Beklagte habe von Anfang an darauf hingewiesen, dass nur sie das korrekte Flächenmaß eruieren könne, weswegen sie eine erhöhte Sorgfaltpflicht treffe. Ein optisch einheitliches Erscheinungsbild sei ausdrücklich bedungene Eigenschaft für die Gesamtbestellung in einer Lieferung, eine Musterplatte dafür als Referenzmuster die Vorgabe gewesen. Anlässlich der Lieferung der Natursteinplatten habe die Beklagte sogar noch einmal die zu verlegende Fläche nachgemessen und ihnen ausdrücklich zugesichert, dass ausreichend Bodenplatten vorhanden seien. Später sei eine Nachlieferung mit der gleichen Strukturfarbe und dem gleichen Muster versprochen worden. Der Schaden wäre niemals entstanden, wenn die Beklagte durch ihre Mitarbeiter nicht falsch vermessen, dann zu wenig Material geliefert und eine falsche Ware nachgeliefert hätte. Die Beklagte bestritt, wendete eine Gegenforderung von EUR 2.336,30 für die Ergänzungslieferung ein und erwiderte, es sei zwar richtig, dass sie von den Klägern beauftragt gewesen sei, für deren Bauvorhaben Natursteinplatten zu liefern, und dass zuvor eine Vermessung durch ihre Mitarbeiter durchgeführt worden sei. Es seien aber die unterschiedlichen Flächenausmaße auf die Frage zurückzuführen, ob die zu verlegende Fläche auch die Bereiche Sauna und Freisitz umfasst hätte oder ob diese Bereiche ausgespart bleiben sollten. Grundsätzlich sollten Fachkräfte in der Lage sein, „Naturmaßnahmen“ und die Berechnung der daraus resultierenden Flächen richtig vorzunehmen. Im vorliegenden Fall hätten sämtliche „Nachvermessungen“ zum gleichen Ergebnis geführt, weil auch diese nachträglichen Kontrollmessungen unter der Annahme erfolgt seien, dass die Bereiche Sauna und Freisitz ausgespart bleiben sollten. Die Kläger hätten zuerst noch erwogen, Freisitz und Sauna miteinzubeziehen, worauf das [erste] Anbot über 265 m² beruht habe, das Sauna und Freisitz beinhaltet habe. Aus dem mit dem E-Mail vom 6.3.2011 mitübersandten Polierplan sei ersichtlich, dass die für Sauna und Freisitz vorgesehene Fläche samt Verschnitt nachweislich die Fehlmenge ergebe. Wenn das E-Mail der Zweitklägerin an die Beklagte auch unter Bezugnahme auf den Polierplan fordere, dass sowohl die Bereiche Sauna als auch Freisitz in die Flächenberechnung einzu beziehen seien, so sei dem entgegenzuhalten, dass sich offenbar die diesbezügliche Entscheidung der Bauherrschaft im Laufe der darauf folgenden sechs Monate bis zur tatsächlichen Flächenbestellung geändert habe. Von der Zweitklägerin sei Ende September/Anfang Oktober ausdrücklich erklärt worden, dass nunmehr sowohl der Freisitz als auch der Saunabereich ausgespart bleiben sollten. Wenn die ursprüngliche Minderbestellung von den Klägern zu vertreten sei, bedeutete die darauf folgende Nachbestellung keinen Verbesserungsversuch.

Für den Fall, dass sie ein Verschulden an der ursprünglichen Minderlieferung treffe, stünde den Klägern aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lediglich ein Anspruch auf Preisminderung zu, nicht jedoch auf Abbruch der gesamten Oberflächengestaltung samt anschließender Neuausführung. Die gelieferten Platten wiesen als Natursteine gemäß der ÖNORM hinzunehmende Unregelmäßigkeiten auf.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung mit EUR 120.954,50, nicht aber die Gegenforderung als zu Recht bestehend, sprach den Klägern diesen Betrag zu und wies das Mehrbegehren von EUR 8.910,19 sA samt einem Zinsenmehrbegehren ab. Es traf über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus ua Feststellungen zur Bestellung, insbesondere im Konnex mit dem vorher bereits erwähnten E-Mail vom 6.3.2011, in dem um Beachtung der Tatsache, dass sowohl Sauna wie auch Freisitz in die Berechnung miteinfließen, da alles im selben Stein verlegt werden sollte, ersucht worden war, nämlich dass die Kläger von „diesem Auftragsinhalt niemals abgegangen“ seien, zuerst ein Anbot über 265 m² und danach über 195 m² (jeweils) für „Terrasse, Hauseingang, Weg“ gelegt sowie auch eine Auftragsbestätigung über die Bestellung von 195,12 m² übermittelt worden sei und der Erstkläger „Sicherheit“ gewollt habe, dass genügend Plattenmaterial vorhanden wäre, worauf eine neuerliche Messung durchgeführt worden sei. Darüber hinaus beschrieb es die Abweichungen der Platten der versuchten Ersatzlieferungen näher.

Im ersten Rechtsgang änderte das Berufungsgericht das Urteil des Erstgerichts in eine gänzliche Klagsabweisung ab, ohne die in der Berufung von der Beklagten ausgeführte Tatsachenrüge dazu, dass von der Bestellung niemals abgegangen worden sei (sondern vielmehr die Zweitklägerin die Weisung erteilt habe, Sauna und Freisitz auszusparen), zu behandeln. Es vertrat die Ansicht, es seien 195 m² bestellt und auch geliefert worden, weswegen ein Verstoß gegen den geschlossenen Vertrag gar nicht vorliege. Mit seinem Aufhebungsbeschluss zu 1 Ob 58/16k trug der erkennende Senat dem Berufungsgericht auf, diese entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts entscheidungserhebliche Tatsachenrüge zu behandeln. Habe die Beklagte gar nicht bestritten, dass es ihr nach der zwischen den Streitparteien getroffenen Vereinbarung zugekommen war, die Ausmessung der gewünschten Fläche nach den Angaben der Kläger vorzunehmen und ein Anbot mit einer ausreichenden Menge an Platten für eine Verlegung in einheitlicher Optik zu erstellen, weil die Kläger „vom Auftragsinhalt, auch Sauna und Freisitz mit Platten zu verlegen“, „niemals abgegangen“ waren, komme dem Wortlaut des nach

dem Vorbringen der Kläger „auf deren [gemeint der Beklagten] eigene Initiative und infolge deren Nachmessung auf 195 m²“ korrigierten und von ihnen angenommenen Anbots „Terrasse + Hauseingang + Weg: Crystallo white“ und der Frage, welche Fläche nach dem Erklärungswert davon umfasst war, Bedeutung zu, hingegen der Mengenangabe der Platten in Quadratmetern bloß die Funktion einer Kalkulationsgrundlage.

Im zweiten Rechtsgang verneinte das Berufungsgericht das Vorliegen eines Verfahrensmangels und kam nach Auseinandersetzung mit der Beweisrüge zum Ergebnis, dass es für die von der Beklagten gewünschte Feststellung, man sei – durch Weisung bei der Naturmaßnahme – vom ursprünglichen Auftragsinhalt wieder abgegangen, keine tragfähige Grundlage gäbe. Ausgehend davon bestätigte es nun das Ersturteil, weil der Beklagten der Beweis des fehlenden Verschuldens (§ 1298 ABGB) nicht gelungen sei. Diese habe nicht einmal behauptet, aus welchem Grund eine fehlerhafte Ermittlung der benötigten Menge ihr nicht als Verschulden anzulasten sein könnte. Eine Ergänzung sei nicht mehr möglich, die Minderlieferung daher nicht Quantitäts- sondern Qualitätsmangel. Da die Beklagte den Austausch aller Platten bislang abgelehnt habe, stehe den Klägern Geldersatz, und zwar das Erfüllungsinteresse zu. Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungs (-austausch-)aufwands sei nicht allein auf die Höhe der Behebungskosten abzustellen, sondern vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller. Sei auch der Austauschaufwand ein höherer als jener bei einer „Verbesserung“, sei die Verbesserung durch Austausch nur von Teilbereichen gerade als nicht möglich festgestellt worden, weil auch hier Abweichungen erkennbar geblieben seien. Entgegen den Berufungsausführungen komme es für die Frage der Unverhältnismäßigkeit auch nicht darauf an, ob das zuletzt gelieferte Ergänzungsmaterial „kompatibel“ wäre, schon weil nicht feststehe, inwieweit der Austausch bloß eines Teils der verlegten Platten tatsächlich eine relevante Kostenersparnis mit sich brächte; ebenso nicht auf einen letzten (verspäteten) Verbesserungsversuch. Es sei vielmehr auf die festgestellten Sanierungsmöglichkeiten des vorliegenden Mangels abzustellen. Bei einem Neubau wie dem von den Klägern errichteten Wohnhaus, bei dem offenbar auf das optische Erscheinungsbild besonderer Wert gelegt worden sei und bei dem eine erhebliche Fläche im Außenbereich optisch auffällig (weiß) mit einem hochwertigen Belag versehen werden sollte, werde eine Verweisung auf Preisminderungsansprüche einer mangelhaften Lieferung der Bedeutung des optischen Erscheinungsbildes für den Übernehmer nicht gerecht. Weil die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren zur Kaufpreisforderung für die Ergänzungslieferung lediglich vorgebracht habe, dass die Kläger durch Verlegen

der Platten der Ergänzungslieferung den Austausch (offenbar bloß der Ergänzungslieferung) selbst vereitelt hätten und weder feststehe, dass ohne Einbau der Platten ein Austausch der Ergänzungslieferung möglich und zweckmäßig gewesen sei, habe es bei der Abweisung der Gegenforderung zu bleiben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten, mit dem Antrag die Entscheidung dahin abzuändern, dass die Klage zur Gänze abgewiesen werde; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte bemängelt das Berufungsurteil unter drei Gesichtspunkten: Sie meint, es sei ein versteckter Dissens vorgelegen, die Nacherfüllung sei aus gewährleistungs- und schadenersatzrechtlicher Sicht unverhältnismäßig und hätte mit der Höhe des Werts der Warenlieferung begrenzt sein müssen. Zuletzt führt sie aus, das Berufungsgericht hätte ihr die Gegenforderung für die Nachlieferung an Natursteinplatten zusprechen müssen.

In ihrer vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung beantragen die Kläger, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben. Sie weisen darauf hin, dass die Beklagte zu keinem Zeitpunkt [im Verfahren erster Instanz] vorgebracht hätte, es liege ein versteckter Dissens vor, sondern sich [noch vor der Klage] überhaupt darauf berufen habe, die Fehlmenge ergebe sich daraus, dass der Verleger zu viel Verschnitt „produziert“ habe. Bei den Fragen, ob und wann in einer beeinträchtigten Ästhetik ein wesentlicher Mangel liege und unter welchen Umständen Sanierungskosten noch verhältnismäßig seien, handle es sich um solche des Einzelfalls, die vom Berufungsgericht im vorliegenden Fall richtig gelöst worden seien. Auch zur Frage der (Un-)Verhältnismäßigkeit der Nacherfüllung aus gewährleistungsrechtlicher Sicht bestehe bei genauer Recherche bereits Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs.

Aus den Entscheidungsgründen:

Letzteres trifft aber nicht zu, weil die von der Beklagten zitierte Entscheidung zu 9 Ob 64/13x einen Vertrag zwischen zwei Unternehmern betraf. Mit ihr wurde lediglich klargestellt, dass nicht angenommen werden kann, dass es dem Willen des österreichischen Gesetzgebers entspreche, die vom EuGH angenommene weite Ausdehnung der Nachlieferungspflicht über den Verbrauchsgüterkauf zwischen Unternehmern und Verbrauchern hinaus auch auf andere Verträge, also solche zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern, zu erstrecken (RIS-Justiz RS0129424; „gespaltene Auslegung“).

Die Revision ist folglich zulässig, weil der Oberste Gerichtshof die Ansicht der Vorinstanzen, Schadenersatz in Höhe der gesamten Sanierungskosten sei angesichts des

vorliegenden Mangels verhältnismäßig, nicht teilt und Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, wie beim Verbrauchergeschäft mit dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit durch den Unternehmer als Verkäufer gemäß § 932 Abs 4 ABGB nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen C-65/09, Weber, und C-87/09, Putz, vom 16.6.2011 (ECLI:EU:C:2011:396) umzugehen ist, fehlt; sie ist im Sinne des in eventu gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Die Urteile der Vorinstanzen, die im Umfang der Abweisung von 8.910,19 sA in Rechtskraft erwachsen sind, werden im Übrigen aufgehoben.

Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

1. Zum Dissens:

Die Beklagte vermisst Feststellungen dazu, von welcher zu verlegenden Fläche die Beklagte ausgegangen sei. Dabei übersieht sie, dass sie im Verfahren erster Instanz das Vorliegen von Dissens gar nicht behauptet hatte. Ausführungen zu einem versteckten Dissens sind daher nicht erforderlich.

2. Es trifft zu, dass das vertraglich vereinbarte Ziel eines Kaufs von Platten in ausreichendem Ausmaß für die Verlegung der gesamten Außenfläche im selben Stein wegen der nun eingetretenen Unmöglichkeit der (Nach-)Lieferung zur Komplettierung der Gesamtfläche nur noch in Form der Abtragung des bisher Verlegten unter Neuherstellung der gesamten Fläche in einheitlichem (neuem und ähnlichem) Plattenmaterial erreicht werden kann.

Es liegt dabei ein Mangel vor, den die Beklagte nicht nur im Rahmen der Gewährleistung zu vertreten hat, sondern es ist dabei auch von ihrem Verschulden auszugehen. Die Revisionswerberin irrt, wenn sie meint, es hätte für die Annahme ihres Verschuldens der Feststellung eines Fehlers beim Ausmessen bedurft. Nach dem Vorbringen der Parteien und den getroffenen Feststellungen hatte die Beklagte die Pflicht übernommen, eine ausreichende Menge an Platten für eine bestimmte Fläche anzubieten, hat jedoch dieser Verpflichtung nicht entsprochen, sondern eine Mindermenge angeboten und geliefert. Es wäre nun an ihr gelegen, zu behaupten und zu beweisen, dass sie an diesem Verstoß kein Verschulden traf (§ 1298 ABGB). Die Kläger haben ihre Ansprüche daher zutreffend auf Gewährleistung und Schadenersatz gestützt.

3. Zu Ansprüchen aus Gewährleistung:

3.1. Die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 (Verbrauchsgüterkauf-RL) sollte insbesondere mit ihrem Art 3 ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten. In der am 16.6.2011 in den verbundenen Rechtssachen C-65/09, Weber, und C-87/09, Putz, ergangenen Entscheidung (ECLI:EU:C:2011:396) erläuterte der Europäische Ge-

richtshof, dass der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil dieses Verbraucherschutzes habe machen wollen (Rn 46). Nachbesserung und Ersatzlieferung nach Art 3 Abs 3 der Richtlinie seien nicht nur unentgeltlich, sondern auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher vorzunehmen (Rn 52). Zweifellos stelle es eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher dar, wenn der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ausbaue und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaue (Rn 53). Der Begriff Ersatzlieferung beschränke sich demnach nicht auf die bloße Lieferung eines Ersatzes (Rn 54). Der Verkäufer der die ihm obliegende Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht habe, müsse die Folgen der Schlechterfüllung tragen (Rn 56), und zwar unabhängig davon, ob er nach dem Kaufvertrag zum Einbau des gelieferten Gebrauchsguts verpflichtet gewesen sei (Rn 59 iVm Rn 40). Damit solle lediglich die Situation hergestellt werden, die vorgelegen wäre, wenn der Verkäufer von vornherein ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut geliefert hätte. Dies stelle den unabdingbaren Mindestschutz dar (Rn 60). Wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau nicht selbst vornehme, sei es Sache des nationalen Gerichts die dafür notwendigen Kosten, deren Erstattung der Verbraucher verlangen könne, zu ermitteln (Rn 61). Die Interessen des Verkäufers seien durch die Verjährungsfrist und durch die ihm in Art 3 Abs 3 Unterabs 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit geschützt, die Ersatzlieferung zu verweigern, wenn sich diese Abhilfe wegen unzumutbarer Kosten als unverhältnismäßig erweise (Rn 58). Der dort verwendete Begriff „unverhältnismäßig“ definiere sich ausschließlich in Beziehung zur alternativen Abhilfemöglichkeit (Rn 68). Unzumutbare Kosten seien solche, die im Vergleich zu jenen der anderen Abhilfemöglichkeit deutlich höher seien (Rn 69). Die Begrenzung des Verweigerungsrechts des Verkäufers auf die Fälle der relativen Unverhältnismäßigkeit zwischen den beiden primären Abhilfemöglichkeiten rechtfertige sich dadurch, dass die gegenüber der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands subsidiären Mittel der Auflösung des Vertrags oder der Minderung des Kaufpreises nicht dasselbe Verbraucherschutzniveau gewährleisten (Rn 72). Der Verkäufer könne daher die einzig mögliche Art der Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verkaufsguts herstellen lasse, nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern (Rn 71).

Der EuGH fügte jedoch hinzu, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Kostenerstattung für Aus- und Einbau auf einen Betrag beschränkt werden könne, „der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit

angemessen ist“ (Rn 74), wobei damit das Recht des Verbrauchers auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten in der Praxis nicht ausgehöhlt werden dürfe (Rn 75 f) und dem Verbraucher im Fall einer Herabsetzung des Anspruchs auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten die Möglichkeit zu gewähren sei, eine Minderung oder eine Vertragsauflösung zu verlangen, da eine Beteiligung an der Kostentragung für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstelle (Rn 77).

3.2. Entsprechend dieser verbindlichen Auslegung der Verbrauchsgüterkauf-RL durch den EuGH umfasst der Begriff Ersatzlieferung auch beim „bloßen“ Kaufvertrag mehr als die bloße Lieferung der Sache selbst. Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, hat er im Rahmen eines notwendigen Austausches der Sache, die der Käufer zwischenzeitig gutgläubig eingebaut hat, diese auf eigene Kosten auszubauen und die mangelfreie Sache einzubauen oder dem Käufer diese Kosten zu ersetzen (4 Ob 80/12m = ecolex 2013/43, 116 [Wilhelm]; RIS-Justiz RS0127994; vgl auch 9 Ob 64/13x = SZ 2014/30), sofern der Verkäufer Unternehmer und der Käufer Verbraucher ist (vgl RIS-Justiz RS0129424; zuletzt 3 Ob 213/15t; vgl zum dBGB BGH 21.12.2011 VIII ZR 70/08 [= BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 – Weber II] zu den Ausbaurkosten und BGH VIII ZR 226/11 [= BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220] zur „gespaltenen Auslegung“, und zum Ersatz von Einbaurkosten im Verhältnis zum Verbraucher).

3.3. Das in § 932 Abs 4 S 1 ABGB normierte „Recht“ des Übernehmers (bloß) auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, auf Wandlung, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sind, steht dazu in einem Spannungsverhältnis. Eine Auslegung, dass dann, wenn eine der beiden primären Abhilfen aus der Sicht des Übergebers unmöglich und die andere (oder beide) wirtschaftlich untunlich ist, dem Übernehmer (Anmerkung: nur) das Recht zur Preisminderung oder Wandlung zusteht, setzt sich bei einem zwischen einem Unternehmer als Übergeber und einem Verbraucher als Übernehmer abgeschlossenen „bloßen“ Kaufvertrag als Einschränkung der Rechte des Verbrauchers in Widerspruch zur vorgenannten Entscheidung des EuGH.

Nach den Materialien sollte bei Anpassung des österreichischen Gewährleistungsrechts an die Verbrauchsgüterkauf-RL mit dem Gewährleistungs-Änderungsgesetz (GewRÄG) BGBl I 2001/48 zwar der Verbesserung der Vorrang zukommen und dem Übergeber entsprechend den Intentionen der Richtlinie grundsätzlich eine zweite Chance eingeräumt werden (ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 16), allerdings durch Austausch oder Verbesserung (nur) der Kaufsache selbst (ohne Rück-

sichtnahme auf Ein- oder Ausbaurkosten). Die Bestimmung des § 932 ABGB sollte dahin verstanden werden, dass der Übernehmer die sekundären Gewährleistungsbefehle der Preisminderung oder Wandlung (erst) geltend machen können sollte, wenn er weder Austausch noch Verbesserung fordern könne, weil beide Abhilfen unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden seien (Hervorhebung durch den erkennenden Senat; aaO 17 u 18). Dazu sollte auf die bisherige Rechtsprechung zur Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung zurückgegriffen werden können (aaO 17). Damit kann zwar der Übernehmer nach § 932 Abs 2 ABGB (vordergründig) zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, allerdings gewährt ihm die Bestimmung des § 932 Abs 2 iVm Abs 4 ABGB nach den Materialien dann, wenn beide primären Abhilfen für den Übergeber unmöglich oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sind (und damit auch dann, wenn die eine Abhilfe unmöglich, die andere wirtschaftlich untunlich ist), tatsächlich allein das Recht auf Preisminderung oder Wandlung; der Käufer kann in einem solchen Fall nach dem Verständnis des Gesetzgebers gar nicht auf die primären Gewährleistungsbefehle greifen. Die Frage, ob daher angesichts der Materialien das österreichische Gewährleistungsrecht richtlinienkonform interpretiert werden kann, wird in der Lehre teilweise verneint oder bezweifelt, teilweise bejaht (vgl dazu *P. Bydlinski*, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? Zugleich Überlegungen zur rechtlichen Beurteilung von EuGH-Urteilen, ÖJZ 2011, 893 [899 f]; derselbe in KBB⁴ § 932 ABGB Rz 18 [ablehnend]; *Eder*, Kann der Austausch vertragswidriger Ware „unverhältnismäßig“ sein? Die EuGH-Entscheidung Weber, Putz und das österreichische Gewährleistungsrecht, JAP 2012/2013, 48 [51 f, bejahend]; *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung 24, 106 f, 110 [teleologische Reduktion bzw Restanwendungsbereich]; *Fucik*, Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand des EuGH, ÖJZ 2011, 697 [offen lassend]; *Hödl* in Schwimann, ABGB-TaKom³ § 932 Rz 12 [bejahend]; *Karner/Koziol*, Der Ersatz von Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten von Unternehmern, JBl 2012, 141 [144 offen lassend]; *Ofner* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ IV § 932 ABGB Rz 48 [bezweifelnd]; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht, 106 f [ablehnend]; *derselbe*, EvBl 2014/89 [Glosse zu 9 Ob 64/13x]; *Perner/Zoppel*, EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung, RdW 2011, 447 [448; ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangend]; *Reif*, ÖJZ 2013, 611 f [Glosse zu 5 Ob 126/12h; bejahend]; *Riepl*, ecolex 2014, 518 [Glosse zu 4 Ob 44/14w; bejahend]; *Schoditsch*, ecolex 2015, 21 [Glosse zu 9 Ob 64/13x]; *Stabentheiner/Cap*, Die neue

Verbraucherrechte-Richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011, 1045 [1052; eine gesetzgeberische Maßnahme ablehnend und von den Gerichten einzelfallbezogene Lösungen fordernd]; *Wilhelm*, EuGH weitet Gewährleistung aus: Machen wir mit? Oder ist die Frage schon Ketzerrei? ecolex 2011, 873 [bezweifelnd]; *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 § 932 Rz 48 [bejahend]; siehe allerdings auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 349 [verneinend]).

3.4. Wenn – bei einem als gleich gelagert anzusehenden Sachverhalt (im zitierten Fall des EuGH: Fliesen mit einem optischen Mangel, die Unzumutbarkeit der Kosten ergab sich ebenso aus den hohen Aus- und Einbaukosten) – eine in Einklang mit der verbindlichen Auslegung durch den EuGH (9 Ob 64/13x) stehende richtlinienkonforme Interpretation, wie noch zu zeigen sein wird, möglich ist, ist sie auch vorzunehmen.

Die nationalen Gerichte sind nämlich an das (in der Lehre durchaus kritisch aufgenommene – vgl nur *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 18; *Eder* aaO 51; *Faber*, OGH erstmals zur Aus- und Einbaukostentragung durch den Verkäufer nach EuGH verb RS C-65/09 und C-87/09, [Weber und Putz], JBl 2013, 151 [161]; *Karner/Koziol* aaO 144 f; *Stabentheiner/Cap* aaO 1051 f; *Wilhelm*, aaO)] – Auslegungsergebnis des EuGH gebunden und verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den dieses einräumt, so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten (EuGH C-12/08, Mono Car Styling, ECLI:EU:C:2009:466, Rn 59 ff mwN; RIS-Justiz RS0075866; vgl auch RS0111214). Die vom EuGH gebotene volle Ausschöpfung der Auslegungsmethoden des nationalen Rechts erfordert unter Umständen sogar eine den Wortlaut des Gesetzes übersteigende Rechtsfortbildung (*Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS F. Bydlinski [2002] 47 [81 ff]; vgl auch BGH VIII ZR 200/05 [= BGHZ 179, 27 – Quelle II] zur richterlichen Rechtsfortbildung bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, die sich daraus ergebe könne, dass der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte, dieses Vorhaben aber – wie sich nachträglich aus der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH ergebe – nicht zur Gänze umgesetzt habe). Bei der Auslegung der Bestimmung des § 932 ABGB ist also als vorrangig zu beachten, dass sich das GewRÄG BGBl I 2001/48 als Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL (ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 4 f, 7 ff, insbesondere 9) verstand und der Gesetzgeber vom Anliegen getragen war, das System des Art 3 der Richtlinie über die Rechtsbehelfe des Verbrauchers möglichst harmonisch in das allgemeine Gewährleistungsrecht einzufügen (aaO 15).

Nach den Vorgaben des EuGH darf dem Verbraucher der primäre Behelf nicht gänzlich verweigert werden, wenn eine der Abhilfemöglichkeiten unmöglich, die andere aber mit hohem Aufwand verbunden ist (sodass eine zwischen diesen Abhilfen vorzunehmende Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht möglich ist). Vielmehr muss sich der Übergeber (ein Unternehmer) auch in einem solchen Fall zur primären Abhilfe bereitfinden – allerdings bei Beschränkung seines Beitrags auf einen der „dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen“ ist. Die in § 932 Abs 4 S 1 ABGB enthaltene Wendung „mit einem unverhältnismäßigen Aufwand für den Übergeber verbunden“ kann in richtlinienkonformer Interpretation beim Verbrauchergeschäft so verstanden werden, dass ein solcher unverhältnismäßiger Aufwand (nur) der über den angemessenen hinausgehende (noch unbeschränkte) (Gesamt-)Aufwand ist. Der Unternehmer darf daher beim „bloßen“ Kaufvertrag auch bei hohen Aus- und Einbaukosten die einzig mögliche primäre Abhilfe, mit der die Vertragsverletzung beseitigt werden kann, gegenüber einem Verbraucher nicht per se ablehnen, er kann aber die Herabsetzung auf den im Hinblick auf die Vertragswidrigkeit in Gewichtung zum Wert der Ware in vertragsgemäßen Zustand festzusetzenden „angemessenen Beitrag“ fordern. Ist der Verbraucher bereit, sich bei Austausch oder Verbesserung mit dem von ihm dann selbst zu tragenden Anteil zu beteiligen, verbleibt für den Übergeber mit dem ihm zugewiesenen Betrag nun kein unverhältnismäßig hoher Aufwand im Sinne der Auslegung des EuGH mehr. Die Kosten, die der Übergeber (neben der Verbesserung oder dem Austausch der Ware) als angemessenen Beitrag zu leisten hat, sind notwendige Kosten der Verbesserung oder des Austauschs gemäß § 8 Abs 3 KSchG. Sie können vom Verbraucher, zumindest dann, wenn der Verkäufer die Abwicklung der Nacherfüllung in natura binnen angemessener Frist oder – wie im vorliegenden Fall – ganz grundsätzlich verweigert, weil er schon das Vorliegen eines Mangels und damit den Anspruch auf einen primären Behelf überhaupt leugnet – in Form des Geldausgleichs (*Faber*, OGH erstmals zur Aus- und Einbaukostentragung, JBl 2013, 155) noch vor Durchführung oder Beauftragung der Maßnahme als zweckgebundener und verrechenbarer Vorschuss (6 Ob 154/09d mwN; 4 Ob 80/12m; BGH VIII ZR 70/08; *Faber* aaO 160) gefordert werden (vgl dazu, dass kein grundsätzliches Wahlrecht des Käufers besteht, sondern der EuGH dem Verkäufer eine Verpflichtung auferlegt: BGH VIII ZR 226/11).

Lehnt der Verbraucher als Käufer die Beteiligung mit dem auf ihn entfallenden Anteil ab, obwohl ihm der Übergeber berechtigt entgegenhält, er müsse die Durchführung von Austausch oder Verbesserung nur gegen

Beteiligung durch den Käufer erbringen oder sich daran kostenmäßig nur beteiligen, und fordert er die gänzliche und unbeschränkte Durchführung oder Zahlung durch den Unternehmer, wären Austausch oder Verbesserung für den Übergeber mit einem „unverhältnismäßig hohen Aufwand“ im Sinn einer richtlinienkonformen Auslegung des § 932 Abs 2 letzter Halbsatz und Abs 4 S 1 ABGB verbunden. Dann muss der Übergeber Austausch und Verbesserung weder allein bewerkstelligen noch zahlen; der Unternehmer kann von ihm auf die sekundären Behelfe beschränkt werden. Aus der Richtlinie und der wiederholt zitierten Entscheidung des EuGH lässt sich nämlich nicht ableiten, dass der Unternehmer als Übergeber gegenüber dem Verbraucher auch dann einen Beitrag leisten müsste, wenn die tatsächliche Verbesserung oder der Austausch aus dessen unterlassener (finanzieller) Mitwirkung unterbleibt und dafür geleistete Mittel daher nicht zur Durchführung einer primären Abhilfe verwendet werden. Nach nationalem Recht wäre die Rechtsfolge einer in einem solchen Fall fehlenden Reparaturabsicht der Entfall des Anspruchs auf Ersatz dann bloß fiktiver Verbesserungskosten.

Unterbleiben Austausch oder Verbesserung (samt Aus- und Einbau), weil der Konsument einen Teil der Kosten nicht selbst tragen will, kann er auch von einem Verkäufer, der Unternehmer ist, nur Preisminderung oder Wandlung fordern.

3.5 Der beschränkte Betrag, „der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist“ (EuGH ECLI:EU:C:2011:396, Rn 74), wird unter Vermeidung einer Aushöhlung des Rechts auf den primären Behelf jeweils im Einzelfall anhand einer Auslegung des Kaufvertrags nach seinem Gegenstand und Zweck unter Berücksichtigung des Werts der Sache im ausbedungenen Zustand und in Abwägung mit Bedeutung und Schwere des Mangels zu ermitteln sein. *Faber*, dem der erkennende Senat zustimmt, schlägt zum vom EuGH verwendeten Begriff der „Bedeutung der Vertragswidrigkeit“ vor, Mängel, die die eingebaute Sache in ihrer Verwendungsfähigkeit beeinträchtigen, im Grundsatz stärker zu gewichten. Derartige Mängel rechtfertigen im Vergleich zu solchen, die lediglich ästhetischer Natur sind, eine stärkere Kostenbelastung des Verkäufers. Bei weniger gravierenden Mängeln soll die Belastung des Verkäufers, die ohnehin schon „unverhältnismäßig“ sei, vergleichsweise gering gehalten werden (*Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung 76 f). Der BGH hielt in der im Anschluss an die aufgrund seines Vorlageersuchens ergangenen EuGH-Entscheidung angesichts eines Werts der (mangelfreien) Fliesen (die mit einem optischen Mangel behaftet gewesen waren) von EUR 1.200,00 und Aus- und Einbaukosten von ca EUR 5.800,00 eine Beteiligung des

Verkäufers an den Ausbaurkosten mit EUR 600,00 für angemessen (BGH 21.12.2011, VIII ZR 70/08).

3.6. Bei einem zwischen einem Unternehmer als Verkäufer (Übergeber) und einem Verbraucher als Käufer (Übernehmer) abgeschlossenen „bloßen“ Kaufvertrag gilt also:

Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so hat er sie im Rahmen eines Austauschs dem Käufer, der sie zwischenzeitig gutgläubig eingebaut hat, auf eigene Kosten auszubauen und die mangelfreie Sache einzubauen oder diese Kosten zu ersetzen. Er darf auch bei hohen Aus- und Einbaukosten die einzig mögliche primäre Abhilfe nicht per se ablehnen; vielmehr kann er nur die Herabsetzung seiner Verpflichtung auf den anhand des Vertrags unter Berücksichtigung von dessen Gegenstand und Zweck im Hinblick auf die Vertragswidrigkeit und den Wert der Sache in vertragsgemäßen Zustand zu ermittelnden „angemessenen Beitrag“ fordern. Nur wenn der Käufer seinerseits den auf ihn entfallenden angemessenen Anteil der Kosten nicht selbst tragen will und der Austausch oder die Verbesserung samt Aus- und Einbaukosten dann für den Verkäufer mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, kann dieser den Käufer gemäß § 932 Abs 4 ABGB auf die sekundären Behelfe beschränken. Der Käufer kann in einem solchen Fall auch vom Unternehmer nur noch Preisminderung begehren oder wandeln; der Verkäufer muss Austausch und Verbesserung ohne angemessene Kostenbeteiligung des Käufers weder allein bewerkstelligen noch zahlen (vorschießen).

3.7. Sind Unternehmer (Übergeber) und Verbraucher (Übernehmer) darüber uneins, ob sich aus dem Wert der Ware in mangelfreiem Zustand und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit die Pflicht ergibt, die Kosten von Austausch oder Verbesserung zur Gänze oder bloß anteilig zu tragen bzw in welchem Umfang sie zu tragen sind, ist dies vom Gericht zu klären. Dieses hat nach Feststellung der Umstände mit Käufer und Verkäufer zu erörtern, ob die Bedeutung der Vertragswidrigkeit und der Wert des vertragsgemäßen Verbrauchsguts zu einer Herabsetzung der Kosten für den Übergeber führen, welcher Beitrag der angemessene ist und ob der Käufer zur Kostentragung des Restbetrags bereit ist. Wenn dieser dann erklärt, er sei nicht bereit, „seinen“ Anteil beizutragen, ist, weil die teilweise Kostentragung eine „erhebliche Unannehmlichkeit“ bedeute, ihm die Möglichkeit der Wahl des sekundären Behelfs einzuräumen (vgl EuGH, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, Rn 77).

Es bleibt ihm auch die Möglichkeit offen, seiner – trotz Erörterung des angemessenen Beitrags durch das (Erst-) Gericht – von ihm weiterhin vertretenen Rechtsauffassung, es stehe ihm die gänzliche Kostentragung durch den Übergeber oder dessen höhere Beitragsleistung zu,

durch Stellung eines Eventualbegehrens (vgl RIS-Justiz RS0028418 [T8]) – allenfalls im Instanzenzug zum – Durchbruch zu verhelfen. Ist der Verbraucher nicht bereit, über einen bestimmten Betrag hinaus zur Sanierung beizutragen, dann wäre das Hauptbegehren auf Leistung eines bestimmten (des gesamten oder eines zu hoch angesetzten) Sanierungskostenbe(i)trags abzuweisen, weil davon auszugehen wäre, dass eine Verbesserung oder ein Austausch mangels Mitwirkung in entsprechender Höhe durch den Käufer unterbliebe, weswegen dann kein Vorschuss (für eine bloß fiktive Maßnahme) zustünde. Es könnte der Verbraucher dann aber mit einem eventualiter beehrten sekundären Behelf – auf Basis der dafür notwendigen Feststellungen – Erfolg haben. Würde der angemessene Beitrag im Rechtsmittelverfahren in anderer Höhe festgesetzt, und zwar mit einem solchen Betrag, der gemeinsam mit jenem Beitrag, mit dem der Verbraucher allerhöchstens bereit wäre mitzuwirken, die Sanierungskosten zur Gänze abdeckt, könnte dem Hauptbegehren von den Rechtsmittelgerichten stattgegeben werden. Umgekehrt entfielen bei Stellung eines auf den sekundären Behelf gerichteten Eventualbegehrens (und einer ausreichenden Tatsachengrundlage) die Notwendigkeit einer Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur Einräumung der Wahl des sekundären Behelfs, wenn von den Rechtsmittelgerichten der angemessene Beitrag des Unternehmers niedriger als vom Erstgericht festgesetzt wird und die Summe von angemessenen Beitrag des Unternehmers und der freiwilligen (Maximal-)Leistung des Konsumenten unter den Kosten des Austauschs oder der Verbesserung läge.

4. Zu den Schadenersatzansprüchen:

4.1. Mit dem GewRÄG BGBl I 2001/48 wurde auch die Problematik des Vorrangs des primären Behelfs im Hinblick auf die Konkurrenz von Schadenersatz und Gewährleistung in § 933a Abs 1 ABGB geregelt. Es kann auch mit einem Schadenersatzanspruch zunächst nur Verbesserung oder der Austausch der mangelhaften Sache verlangt werden. Die Voraussetzungen, unter denen Geldersatz gefordert werden kann, sollen dieselben sein wie im Gewährleistungsrecht (ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 20). Es kann aber auch im Rahmen von Schadenersatz die Verbesserung oder Sanierung verweigert werden, wenn der dafür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig hoch ist. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit kommt es auf die Relation zwischen der Bedeutung des Mangels für den Übernehmer und dem mit der Verbesserung verbundenen Aufwand des Übergebers an (vgl 2 Ob 135/10g = SZ 2011/45 mwN; 2 Ob 123/12w; RIS-Justiz RS0021717; RS0022044; RS0121684). Zwar erläuterte der Oberste Gerichtshof in der – wenn auch einen Werkvertrag betreffenden – Entscheidung zu 7 Ob 131/99m (ebenso 2 Ob 133/98t

ua), dass auch der Ästhetik unter Umständen eine gewisse Werksfunktion zukommen könne, nämlich dann, wenn das Werk gerade mit Rücksicht auf seine optische Qualität besonders kostspielig ist (was im vorliegenden Fall mangels Feststellungen zum zwischen den Parteien vereinbarten Preis der Platten sowie den Verlegungskosten nicht ersichtlich ist) und lege in seiner Entscheidung zu 6 Ob 72/00g (in der aber die Ansicht des Berufungsgerichts, die behebbaren Mängel rechtfertigten die Zurückbehaltung des Werklohns nicht, gebilligt wurde) dar, dass auch bei bloßen „Schönheitsfehlern“, die die Funktionalität eines Werks nicht beeinträchtigen und nur mit hohem Aufwand beseitigt werden können, die Verbesserung unter bestimmten Voraussetzungen als nicht unzumutbar angesehen werden könne, jedoch werden im Allgemeinen selbst bei einem als gering einzustufenden Nachteil im Gebrauch schon verhältnismäßig geringere Behebungskosten als unverhältnismäßig angesehen. Demgegenüber sind aber auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen, wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt (vgl RIS-Justiz RS0022044; RS0121684). Behebungskosten sind also dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hierzu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand in einem auffallenden Missverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (RIS-Justiz RS0021717). Umgekehrt wird der Verbesserungsaufwand in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auf eigene Kosten durchführen würde (6 Ob 134/08m mwN; 4 Ob 44/14w = JBl 2015, 45 [Geroldinger]; 5 Ob 126/12h; RIS-Justiz RS0022044 [T21]) Bei der Beeinträchtigung des Bestellers ist demnach nicht auf die subjektive Befindlichkeit der konkreten Person abzustellen, sondern auf einen objektiven Maßstab, also auf einen vernünftigen redlichen Verkehrsteilnehmer in der konkreten Lage des Bestellers (vgl schon 3 Ob 91/02g).

Bei Unverhältnismäßigkeit, also wenn sowohl die Naturalherstellung durch den Schädiger selbst als auch der Geldersatz zum Zweck der Naturalherstellung untunlich ist, ist der Geschädigte auf Wertersatz beschränkt; ihm ist dann nur das Wertinteresse und nicht das Integritätsinteresse zu ersetzen (*Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1323 ABGB Rz 6 f).

5. Schlussfolgerungen für den vorliegenden Sachverhalt:

5.1. Eine Nachlieferung (aus derselben Charge des Naturprodukts) ist nun nicht mehr möglich. Damit liegt kein Quantitätsmangel, sondern ein Qualitätsmangel vor, weil sich das Erfordernis der Verlegung „im selben Stein“, woraus eine einheitliche Optik der gesamten ver-

legten Fläche abzuleiten ist, (durch Nachlieferung) nicht mehr erreichen lässt. Die Beklagte versuchte zwar, weitere Platten zu liefern, stand aber von Beginn an auf dem Standpunkt, sie habe die Minderlieferung nicht zu vertreten. Sie sah auch die erste Nachlieferung nicht als Mangelbehebung an und lehnte (jedenfalls vor und noch zu Beginn des Prozesses) Verbesserung und Austausch ab. Dass im vorliegenden Fall von einer Reparaturabsicht der Kläger auszugehen ist, bezweifelt die Beklagte in ihrer Revision nicht mehr. Diese können daher von ihr Geldleistung, nämlich einen zweckgebundenen und verrechenbaren Vorschuss (vgl 6 Ob 154/09d mwN; 4 Ob 80/12m), fordern.

5.2. Die Rechtssache erweist sich jedoch als noch nicht entscheidungsreif und das Verfahren als ergänzungsbedürftig:

Der erkennende Senat teilt die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kostenaufwand für die Naturalrestitution in Form des Austauschs des Plattenmaterials samt Abtragung bei allen Außenflächen und Neuabdeckung (in einem einheitlichen Belag) in Höhe von mehr als 120.000,00 sei noch verhältnismäßig, nicht.

Die Beklagte behauptet, die (pauschal und auch das neue Plattenmaterial enthaltend) festgestellten Sanierungskosten betrügen das Zwölfwache des ursprünglichen Kaufpreises für die Platten. Nach dem vom Sachverständigen für sein Gutachten herangezogenen Kostenvoranschlag betrage der Preis für das Plattenmaterial ca EUR 20.000,00 netto. Aus den Urkunden (Anbot) ergäbe sich ein deutlich geringerer vereinbarter Preis (etwa die Hälfte) für die ursprüngliche Lieferung, auch lässt sich aus der nachgelieferten Fehlmenge, deren Rechnungsbetrag der Gegenstand der Gegenforderung ist, annäherungsweise auf einen Preis für die gesamte Fläche hochrechnen, es fehlen aber Feststellungen zum zwischen den Parteien für die Marmorplatten vereinbarten Preis (der sich auf Basis des Quadratmeterpreises unter Heranziehung des notwendigen Plattenmaterials für die Gesamtfläche errechnet) und zum Marktpreis solcher Platten. Trotzdem lässt sich derzeit einerseits bereits abschätzen, dass die Sanierungskosten zumindest ein Vielfaches des Kaufpreises solcher Platten betragen, und ist andererseits gewiss, dass ein rein ästhetischer Mangel vorliegt. Mängel, die den Gebrauch funktionell beeinträchtigen, wurden gar nicht behauptet. Wenn auch zur Optik für die Beurteilung des angemessenen Beitrags weitere Feststellungen notwendig sind, lässt sich ihnen, nämlich jenen zum „Übergangsbereich Terrasse – Freisitz und – Sauna“, entnehmen, dass offenbar nur dort die unterschiedlichen Beläge aufeinanderstoßen. Da die Erstlieferung immerhin mehr als 87 % der Gesamtfläche umfasste, konnte der weit überwiegende Anteil der untergliederten Außenfläche ohnehin in einem einheitlichen Material verlegt werden. Dann ist

aber der aus der Verbesserung des optischen Mangels erwachsende Vorteil im Verhältnis zu den Kosten von mehr als EUR 120.000,00, die auch absolut gesehen überaus hoch erscheinen, nicht als so groß einzustufen, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auf eigene Kosten durchführen würde; allenfalls beschränkte er die Verbesserung auf abgrenzbare Teilbereiche (etwa durch Verlegung mit einem interessant kontrastierenden Material).

Für zwei der drei vom EuGH aufgestellten Beurteilungskriterien, nämlich den „Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre“ und die „Bedeutung der Vertragswidrigkeit“ bedarf es dennoch einer Verbreiterung der Sachverhaltsfeststellungen. Für die unter Vermeidung einer Aushöhlung des Anspruchs auf den primären Behelf in der Praxis (dem dritten Kriterium) zu treffende Abwägung wäre neben dem Wert der mangelfreien Platten (für die Gesamtfläche) von Belang, wie sich die zu verlegende Gesamtfläche aufteilt und wie sie optisch in Teilflächen zerlegt ist; in welchen Bereichen die nachgelieferten Platten verlegt wurden und ob sich die bereits erwähnten Übergänge innerhalb oder außerhalb solcher optisch/räumlich abgegrenzter Teilflächen befinden. Ebenso wird für die Schwere und Gewichtung des Mangels von Bedeutung sein, ob die Übergänge und die Unterschiedlichkeit der Beläge von vielen Positionen im Außenbereich als störend in die Augen fallen oder ob sie (von zentralen Positionen aus betrachtet) in nicht sofort einsehbaren Bereichen liegen. Auch kann eine Rolle spielen, ob etwa Witterungsverhältnisse auf die einheitliche Optik in überdachten oder nicht überdachten Bereichen ohnehin mittelfristig negative Auswirkungen haben. Erst anhand solcher Feststellungen lässt sich ein angemessener Beitrag zu den Aus- und Einbaukosten festsetzen, der vom Übergeber zusätzlich

zu den (gesamten) Kosten für die auszutauschende, mangelfreie Sache zu leisten ist. Dazu bedarf es auch einer Aufschlüsselung der bisher pauschal festgestellten Sanierungskosten, die derzeit auch die Kosten für den Belag selbst enthalten.

Die Differenz zwischen den Gesamtkosten und dem erst nach der Verfahrensergänzung und aufgrund der weiteren Feststellungen festsetzbaren angemessenen Beitrag wäre von den Klägern zu tragen. Mit ihnen wird die Bereitschaft diesen Anteil zu tragen bzw die allenfalls zu treffende Wahl des sekundären Behelfs (Preisminderung oder Wandlung) zu erörtern sein.

Sollten sie sich weiterhin auf Schadenersatz stützen und Wertersatz begehren, wäre zu berücksichtigen, dass dann nicht der Wert der Sache mit oder ohne Mangel wie im Bereich des Gewährleistungsrechts zu veranschlagen wäre, sondern der Mangelfolgeschaden miteinzufließen hätte. Nach der Verlegung der optisch unterschiedlichen Platten wäre nämlich beim Wertersatz nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten der Wert der Liegenschaft mit einer Terrasse in einheitlicher Optik dem Wert einer Liegenschaft mit Terrasse in der derzeitigen mangelhaften Optik gegenüberzustellen.

6. Zur Gegenforderung:

Halten die Kläger am geschlossenen Vertrag fest und umfasste die Verpflichtung der Beklagten die Ausmessung einer bestimmten Fläche samt nachfolgender Anbotlegung über eine ausreichende Menge an Platten für die Verlegung dieser Gesamtfläche und deren Lieferung, war also die Quadratmeteranzahl nur kalkulatorische Grundlage, dann schulden die Kläger ihrerseits die Zahlung des gesamten vereinbarten Kaufpreises für eine Fläche von 223 m² (vgl 2 Ob 237/14p; 4 Ob 14/16m). Auf den Titel „Kaufpreis“ hat die Beklagte ihre Gegenforderung aber auch gestützt.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die sehr ausführlich und fast lehrbuchhaft begründete Entscheidung beendet wohl das in der Baupraxis herumgeisternde Gespenst, ein Werkunternehmer müsse gegenüber Verbrauchern (Konsumenten) auch Kosten für ursprünglich gar nicht geschuldeten Ein- und Ausbau „koste es, was es wolle“ ersetzen.

Viele Baupraktiker werden bei Lektüre der Entscheidung verwundert sein, weil es sich doch „nur“ um einen optischen Mangel handelt, was regelmäßig als Grund dafür angege-

ben wird, dass keine Mängelbehebung erfolgen muss. Diese Auffassung beruht wohl ua auf Pkt 10.5.1 der ÖNORM B 2110: „Die Übernahme kann nur dann verweigert werden, wenn die Leistung Mängel aufweist, welche den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen“. Dabei wird freilich übersehen, dass mit der Übernahme erst die Gewährleistungsphase beginnt und dass Behebung bzw Austausch dann entsprechende Behelfe sind.