



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Spörk, Rechtsanwalt in Wiener Neustadt, und den Nebenintervenienten auf Seiten der klagenden Partei DI Dr. W\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Weinzettl, Rechtsanwalt in Wiener Neustadt, gegen die beklagte Partei B \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Friedrich Schubert, Rechtsanwalt in Wien, wegen Leistung und Zahlung von 3.147,95 EUR sA (Revisionsinteresse 19.800 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Mai 2012, GZ 5 R 56/12k-37, womit das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 18. Jänner 2012, GZ 28 Cg 95/10f-30, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Erstgerichts wird wiederhergestellt.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 4.137 EUR (darin enthalten 473,50 EUR USt und 1.296 EUR Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Am 23. 11. 2009 kaufte der Kläger, ein erfahrener

Straßenmotorradfahrer, von der beklagten GmbH ein Motorrad der Type Ducati MTS 1200 S um 19.800 EUR. Das Motorrad wurde am 5. 5. 2010 übergeben, am 20. 5. 2010 ließ der Kläger bei der Beklagten ein 1.000-Kilometerservice durchführen. Am 24. 6. 2010 erlitt der Kläger mit dem Motorrad einen Verkehrsunfall, bei dem am Fahrzeug Totalschaden entstand und er selbst verletzt wurde.

Das Motorrad wurde vom Hersteller wie üblich in einer kartonummantelten Eisenkiste geliefert, in der Lenker und Verkleidungsscheibe aus Platzgründen nicht montiert sind. Der Händler vor Ort hat daher den Lenker zu montieren, die Hebel und Griffe anzubringen, die Reifen zu prüfen und die Achsen nachzuziehen. Dies wurde ordnungsgemäß durchgeführt, ebenso wurden zwei Sonderwünsche des Klägers verwirklicht, nämlich die Demontage von Kotflügeln und Fußrastern hinten. Der Geschäftsführer der Beklagten überprüfte weiters bei einer kurzen Ausfahrt die Bremsen, füllte Flüssigkeit in die Batterie nach und montierte diese. Danach ließ er das Motorrad warmlaufen, um die Funktionsfähigkeit des Lüfters zu überprüfen. Ansonsten wurde bei der Kühlung nur der Stand der Kühlflüssigkeit überprüft, indem diese im Kunststofffenster beim Überlaufbehälter beobachtet wurde. Der Geschäftsführer der Beklagten drückte auch die Wasserschläuche des Kühlkreislaufs, ob diese dicht waren. Dies sind die üblichen Vorgänge zur Inbetriebnahme eines Motorrads. Nicht üblich und von der Installationsanleitung von Ducati auch nicht vorgesehen ist es hingegen, dass man durch Anziehen mit der Hand die Festigkeit des Sitzes des Kühlmittelschlauchs überprüft. Dies tat der Geschäftsführer der Beklagten auch nicht.

Der Kläger fuhr dreimal jeweils cirka 300 km mit

dem Motorrad, bevor er am 20. 5. 2010 das Motorrad neuerlich zur Beklagten zur Durchführung des 1.000-Kilometerservices brachte, bei dem wiederum der Geschäftsführer der Beklagten die Arbeiten durchführte. Im Hinblick auf den Kühlkreislauf überprüfte er das Einschalten des Lüfters und den Flüssigkeitsstand. Im Zuge dieses Services befindet sich der Kopf des Monteurs unmittelbar unterhalb des Kühlschlauchanschlusses, sodass allenfalls herabtropfende Kühlflüssigkeit von diesem bemerkt würde. Auch auf dem Werkstattboden wären Flüssigkeitstropfen auffällig. Der Geschäftsführer der Beklagten bemerkte aber keinen Flüssigkeitsaustritt.

Des Weiteren werden beim 1.000-Kilometerservice der Lenker und einige Schrauben, nämlich Bremssattel und Klemmschrauben, nachgezogen. Die vom Hersteller ausgegebene Installationsanleitung sieht ausdrücklich vor, welche Schrauben nachgezogen werden müssen. Die Schrauben des Schlauchbinders gehören nicht dazu.

Die Schraube des Schlauchbinders, der den Kühlmittelschlauch mit dem Anschluss an den Motor des Motorrads verbindet, war schon bei der Auslieferung an die Beklagte um zwei Umdrehungen zu schwach angezogen. Bei der Beklagten wurde an dieser Schraube nichts verändert.

Nach dem Service absolvierte der Kläger zwei weitere Ausfahrten im Ausmaß von einmal 500 und einmal 300 Kilometern. Bei der dritten Ausfahrt stürzte der Kläger in einer bergabwärts verlaufenden Linkskurve bei einer Geschwindigkeit von 80 bis 100 km/h, nachdem sich die Schlauchverbindung des Kühlmittelschlauchs gelöst und das austretende Kühlmittel den Hinterreifen benetzt hatte. Das Motorrad erhielt einen leichten Drehimpuls und rutschte mehr

oder weniger gerade in die Leitplanke.

Der Kläger begehrt - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - die Lieferung eines neuwertigen Motorrads von derselben Type wie das beim Unfall beschädigte Zug um Zug gegen Rückgabe des beschädigten Motorrads. Er stützt sich auf Gewährleistung und Schadenersatz und brachte vor, Grund für das Lösen des Schlauchs sei ein bereits ab Werk zu schwach angezogener Schlauchbinder, kombiniert mit den auftretenden Motorvibrationen, gewesen. Der Mangel sei bereits im Übergabezeitpunkt vorhanden gewesen und habe dazu geführt, dass Kühlflüssigkeit ausgetreten sei, auf deren Spur das Hinterrad ausgerutscht sei, wodurch der Kläger gestürzt sei. Im Rahmen der Gewährleistungspflicht sei die Beklagte verpflichtet, dem Kläger ein neues Motorrad zur Verfügung zu stellen.

Die Beklagte wendete ein, das Motorrad habe nach dem 1.000-Kilometerservice keine Mängel gehabt, der Schlauchbinder sei ordnungsgemäß angezogen gewesen. Die Überprüfung des Kühlmittelschlauchs sei nicht Gegenstand des 1.000-Kilometerservices. Aus dem Titel der Gewährleistung könne der Kläger nur den Ersatz des Mangels, also gegebenenfalls das ordnungsgemäße Anziehen des Schlauchbinders fordern, nicht aber ein neues Motorrad. Ein solcher Anspruch des Klägers, gerichtet auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens, erfordere das Vorliegen der Voraussetzungen eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs.

Nach Streitverkündung trat der im Beweissicherungsverfahren befasste Sachverständige dem Verfahren als Nebenintervenient auf Klagsseite bei und brachte vor, der Anspruch des Klägers sei auch aus dem Titel des Schadenersatzes berechtigt, weil einerseits aus dem

Kaufvertrag und andererseits auch aus der Servicevereinbarung Schutz- und Sorgfaltspflichten der Beklagten resultiert hätten, die es erforderten, die Funktionalität des Kühlkreises und damit auch die Befestigung des Kühlschlauchs schon vor der Übergabe des Motorrads und später dann nochmals im Zuge der Servicearbeiten zu kontrollieren. Beim Service wäre zumindest eine grobe Überprüfung der wesentlichen Funktionsträger des Motorrads erforderlich gewesen. Der Kühlschlauch sei frei zugänglich und leicht erreichbar, ein kurzes Handanlegen wäre erforderlich gewesen, um eine ausreichende Befestigung zu überprüfen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf die wiedergegebenen Feststellungen und führte rechtlich aus, der nicht ordnungsgemäß montierte Schlauchbinder sei ein Mangel. Der Kläger habe als Gewährleistungsbehelf den Austausch gewählt. § 932 ABGB sehe als primäre Gewährleistungsbehelfe die Verbesserung und den Austausch vor. Der Übernehmer habe grundsätzlich freie Wahl zwischen diesen Gewährleistungsbehelfen. Diese Wahl sei jedoch dann eingeschränkt, wenn einer der Gewährleistungsbehelfe entweder unmöglich sei oder, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ein Austausch sei möglich, weil das Motorrad eine Gattungssache sei. Ob eine Abhilfe mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre, richte sich nach § 932 Abs 2 ABGB auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten. Die Verbesserung in Form des Anziehens der Befestigungsschraube auf dem Motorradwrack sei zwar der für den Übergeber bei weitem weniger

aufwändige Gewährleistungsbehelf. Die vorzunehmende Interessenabwägung schlage aber zu Gunsten des Übernehmers aus, für den diese Art der Verbesserung völlig wertlos und geradezu ein Hohn wäre. Das noch vorhandene Wrack sei gegen ein neuwertiges Motorrad auszutauschen. Diese Lösung erweise sich auch im Ergebnis sachgerecht, weil die Beklagte sich gemäß § 933b ABGB bei ihrem Vormann regressieren könne, sodass der Schaden letztlich von der Person zu tragen sei, die ihn auch veranlasst habe. Stünde dem Kläger hingegen kein Austauschanspruch zu, so wäre er für den Schaden am Motorrad selbst auf einen Schadenersatzanspruch ex delicto gegen den Hersteller mit allen sich daraus ergebenden Beweisschwierigkeiten beschränkt. Eine verschuldensunabhängige Abhilfe nach dem PHG stünde ihm nur hinsichtlich der Schäden an von dem Produkt verschiedenen körperlichen Sachen zu. Die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche dienen nur der Beseitigung des Mangels selbst, nicht auch dem Ersatz von Folgeschäden. Die Beklagte habe nicht sorgfaltswidrig und daher nicht schuldhaft gehandelt, weil der zu schwach angezogene Schlauchbinder weder während des Services noch während der Endmontage hätte auffallen müssen. Der Kläger habe daher keine Schadenersatzansprüche.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab. Der Mangel, für den die Beklagte nach den Gewährleistungsbestimmungen einzustehen habe, sei nur die unzureichende Befestigung des Kühlschlauchs und nicht die durch den Sturz verursachte massive Beschädigung des Motorrads. Bei der Beurteilung, ob mit dem Austausch für den Übergeber im Vergleich zur Verbesserung ein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden wäre, seien

gemäß § 932 Abs 2 ABGB zwar auch der Wert der mangelfreien Sache, die Schwere des Mangels und die mit der Verbesserung für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten mitzuberücksichtigen, doch führe dies nicht dazu, dass der Kläger eine Verbesserung des Mangels ablehnen und auf dem Austausch der Sache bestehen könne. Der Mangel sei mit sehr geringem Aufwand zu beheben. Für die Durchführung der Verbesserung müsste der Kläger bloß das Motorrad zur Beklagten bringen. Die Tatsache, dass das Motorrad nach dem Unfall nur noch ein Wrack ist, könne bei dieser Abwägung nicht mitberücksichtigt werden.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil zur hier vorzunehmenden Abwägung gemäß § 932 Abs 2 ABGB idF des GewRÄG noch keine oberstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

Die Revision des Klägers ist zulässig und berechtigt.

1. Gemäß § 932 Abs 2 ABGB kann der Übernehmer zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.

2. Nach einhelliger Auffassung kommt das sich aus § 932 Abs 2 ABGB ergebende Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch in Umsetzung von Art 3 Abs 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden nur als Richtlinie bezeichnet) dem Übernehmer, hier also dem Kläger, zu (*Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 932 Rz 27; *P. Bydlinski*



in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*<sup>3</sup> § 932 Rz 4; *Ofner* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 932 Rz 17 jeweils mwN; *Hödl* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm<sup>2</sup> § 932 Rz 5).

3. Der Kläger hat sich - wie sich aus seinem Klagebegehren ergibt - für den Austausch entschieden.

4. Davon abgesehen steht gar nicht fest, ob die „Verbesserung“ dergestalt, dass am Wrack des Motorrads die Schlauchverbindung zwischen Kühlmittelschlauch und Motor wiederhergestellt und fest verschraubt wird, überhaupt möglich ist. Möglicherweise ist das Wrack nämlich durch den Unfall derart deformiert oder zerstört, dass diese „Verbesserung“, die in der Tat sinnlos wäre, nicht mehr durchgeführt werden kann.

5. Nach ausgeübter Wahl des Übernehmers (hier für Austausch) liegt es aber am Übergeber (hier also an der Beklagten), sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu berufen, also die Einrede der Unverhältnismäßigkeit zu erheben, wenn er den Übernehmer auf den anderen primären oder die sekundären Gewährleistungsbehelfe verweisen will (6 Ob 85/05a; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 932 Rz 28 mwN; *Ofner* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 932 Rz 17 unter Berufung auf RV 422 BlgNR 21. GP 171).

6. Die Beklagte hat die Einrede der Unverhältnismäßigkeit in erster Instanz aber nicht erhoben, sodass entgegen den Vorinstanzen darauf nicht einzugehen ist. Eine allfällige Unverhältnismäßigkeit ist auch nicht offenkundig, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Beklagte mit ihrem Vormann, von dem sie das Motorrad bezogen hat (zB von einem Großhändler oder vom Hersteller), entsprechende Rücknahmevereinbarungen im Fall eines beim Letztverbraucher auftretenden Mangels hat (vgl auch § 933b ABGB und Art 4 der Richtlinie).

7. Die Möglichkeit des Übernehmers, hier den Austausch zu verlangen, erweist sich auch aus folgenden Gründen als sachgerecht: Mangelhaft war hier nicht bloß die Schlauchverbindung, sondern die ganze Sache „Motorrad“. Der (möglicherweise) für den Übergeber mit dem Austausch verbundene unverhältnismäßig hohe Aufwand (der hier durch den Totalschaden am Motorrad entstanden wäre) bestünde nicht zufällig und wäre auch nicht etwa durch ein Verschulden des Übernehmers, sondern gerade durch den Mangel, für den der Übergeber einstehen muss, verursacht worden.

8. Der geltend gemachte Austauschanspruch nach § 932 Abs 2 ABGB besteht daher zu Recht. Ob der Anspruch auch aus dem Titel des Schadenersatzes zu Recht besteht, muss nicht mehr geprüft werden.

9. Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 41, 50 ZPO. Im Revisionsverfahren beträgt der Einheitssatz nur 50 % (§ 23 Abs 3 RATG), der Streitgenossenzuschlag steht mangels der Voraussetzungen nach § 15 RATG nicht zu.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 8. Mai 2013  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: