

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Dr. Brenn sowie die Hofrätinnen Mag. Korn und Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Zenz, Rechtsanwalt in Mondsee, gegen die beklagte Partei J\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Stefan Joachimsthaler, Rechtsanwalt in Wien, wegen 7.502 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 6. Februar 2017, GZ 34 R 149/16p-72, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Josefstadt vom 22. September 2016, GZ 4 C 445/14z-63, in der Hauptsache nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

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

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen, die in ihrem klagsstattgebenden Teil unangefochten in Rechtskraft erwachsen sind, werden im Übrigen, also im klagsabweisenden Teil einschließlich der Kostenentscheidungen aufgehoben und die Rechtssache

insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Klägerin gab dem Beklagten eine etwa hundert Jahre alte silberne Besteckgarnitur, bestehend aus einem Tafelbesteck und vier aus einer anderen Modellserie stammenden Vorlegeteilen, zum Aufpolieren. Der Beklagte konnte die fertig polierte Garnitur nicht mehr herausgeben, weil sein Mitarbeiter sie an unbefugte Dritte ausgehändigt hatte.

Der reine Materialwert der verlorenen Garnitur belief sich zum Übergabezeitpunkt auf 418,50 EUR. Der Wiederbeschaffungswert für eine gebrauchte Garnitur mit ähnlicher Stückzahl und ähnlichem Muster beträgt etwa 900 bis 1.800 EUR, im Schnitt 1.350 EUR. Für eine Neuanschaffung wären Kosten von 7.502 EUR angemessen. Die Wiederbeschaffung einer völlig identen gebrauchten Garnitur ist schwierig und wäre mit hohem Suchaufwand verbunden, theoretisch wäre sie aber möglich. Eine völlig idente Garnitur müsste mit hoher Wahrscheinlichkeit eigens angefertigt werden.

Die Klägerin begehrt die Kosten der Neuanfertigung einer Besteckgarnitur von gleicher Ausführung und Zusammensetzung. Der Beklagte wandte – soweit im Revisionsverfahren noch relevant – ein, die Anschaffung eines gleichwertigen, gebrauchten Bestecks koste nur rund 900 EUR.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren teilweise Folge und sprach der Klägerin unter Abweisung des Mehrbegehrens 1.350 EUR sA zu. Sie könne für die verloren gegangene alte Besteckgarnitur keine neue beanspruchen, sondern nur den durchschnittlichen Verkehrswert einer gleichwertigen gebrauchten Garnitur.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Klägerin in der Hauptsache nicht Folge und billigte die erstinstanzlichen Rechtsausführungen. Die Klägerin habe nicht Naturalrestitution, sondern lediglich Geldersatz begehrt. Sie könne daher nur den Zeitwert eines ähnlichen Bestecks beanspruchen, ohne dass es auf die genau gleiche Zusammensetzung ankäme. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob im Rahmen des § 1323 ABGB der Herstellungswert bereits dann maßgeblich sei, wenn die Beschaffung eines Ersatzobjekts nur mit erheblichem Aufwand möglich ist.

In ihrer Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung strebt die Klägerin den Zuspruch des abgewiesenen Differenzbetrags an. Der Beklagte hat eine Revisionsbeantwortung erstattet.

Die Revision ist zulässig, weil die Rechtsansicht des Berufungsgerichts einer Korrektur bedarf. Sie ist im Sinne des darin enthaltenen Aufhebungsantrags berechtigt, weil der von den Vorinstanzen festgestellte Sachverhalt zur abschließenden rechtlichen Beurteilung noch einer Klarstellung bedarf.

1. Nach § 1323 erster Satz ABGB muss, um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder wenn dies nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Der Geschädigte ist demnach primär so zu stellen, wie er ohne das schädigende

Ereignis gestellt wäre; er hat auch Anspruch auf den Ersatz fiktiver Wiederherstellungskosten, soweit sie objektiv notwendig und angemessen sind. Nur dann, wenn bereits fest steht, dass eine Wiederherstellung nicht unternommen wird, ist ein über die objektive Wertminderung hinausgehendes Begehren abzuweisen (RIS-Justiz RS0030228 [T7]; 1 Ob 103/08s).

Das Klagebegehren ist auf den Ersatz jener Kosten gerichtet, die die Klägerin aufzuwenden hat, um sich ein Besteck von gleicher Art und Stückzahl selbst wiederzubeschaffen („Geldersatz zur Naturalherstellung“, *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1323 Rz 6). Dem Berufungsgericht kann nicht darin beigelegt werden, dass die Klägerin reinen Geldersatz und keine „restitutio in integrum“ begehrt. Sie strebt nicht den bloßen Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße an, sondern das Deckungskapital für ein Ersatzbesteck.

Der nach § 1323 ABGB zu ersetzende gemeine Wert einer Sache kann im Austausch-, im Ertrags- und allenfalls im Herstellungswert bestehen. Der Austauschwert bestimmt sich nach jenem Betrag, um den die Sache im Verkehr angeschafft werden kann, der Herstellungswert nach den Kosten für die Anfertigung einer Sache. Der Geschädigte soll vorrangig in die Lage versetzt werden, sich eine entsprechende Sache wieder anzuschaffen. Der Herstellungswert ist erst dann maßgeblich, wenn die Beschaffung eines Ersatzobjekts nicht möglich ist, weil es entweder keine gleichwertige gebrauchte Sache gibt oder deren Ankauf nicht zumutbar ist, bzw weil solche Gegenstände nicht gehandelt werden (*Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1332 Rz 4; RIS-Justiz RS0113651 [T3]; 2 Ob 176/07g).

Als unzumutbar ist der Kauf einer gebrauchten Sache auch dann anzusehen, wenn zwar an sich ein Markt dafür existiert, ein gleichartiges Objekt aber so selten angeboten wird, dass die Suche äußerst langwierig und aufwändig wäre.

Dies bedeutet aber noch nicht, dass in diesem Fall immer die gesamten Neuherstellungskosten zu ersetzen wären. Wenn die Wiederbeschaffung einer gebrauchten Sache nur im Wege des Neuerwerbs bzw der Neuherstellung in Frage kommt, ist über Einwendung des Beklagten - von deren Vornahme hier die Vorinstanzen unangefochten ausgegangen sind - von den Neuerwerbskosten ein Abzug „neu für alt“ vorzunehmen (*Reischauer* aaO § 1323 ABGB Rz 14; *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* ABGB VI<sup>4</sup> § 1323 Rz 12 f; RIS-Justiz RS0010075; RS0031865 [T2]; RS0022726), wenn der Geschädigte durch die Ersatzleistung im Ergebnis besser gestellt wäre als vor dem schädigenden Ereignis.

Die Klägerin hat grundsätzlich Anspruch auf den Ersatz des Verkehrswerts eines gleichartigen und gleichwertigen gebrauchten Bestecks. Die Revision macht aber zu Recht geltend, dass der Sachverhalt nicht hinreichend klar erkennen lässt, ob die Vorinstanzen von der Möglichkeit der Wiederbeschaffung eines (mindestens) aus den gleichen Stücken bestehenden Bestecks ausgegangen sind. Einerseits beziehen sich die erstgerichtlichen Feststellungen nämlich auf die Kosten einer „derartigen“ gebrauchten Garnitur mit „ähnlicher Stückzahl“, andererseits wird ausgeführt, dass eine völlig idente Garnitur mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht erhältlich wäre und eigens angefertigt werden müsste.

Die Wiederbeschaffung eines völlig identen Bestecks wäre hier schon deswegen unmöglich, weil das exakte Aussehen des verlorengegangenen nicht mehr bekannt

ist. Wesentlich ist daher nur, ob es einen ausreichenden Markt für gebrauchtes antikes Silberbesteck gibt, sodass ein materialgleiches Besteck aus (mindestens) der gleichen Anzahl von zueinander passenden Essbesteckteilen sowie einem Suppenschöpfer, einer Tranchiergabel und einem zweiteiligen Salatbesteck (die nicht zum Essbesteck passen müssen) in einem zumutbaren Zeitraum und mit vertretbarem Besorgungsaufwand erhältlich ist.

Die zumutbare Dauer der Wiederbeschaffung kann bei Sammlerstücken, die im Alltag gar nicht oder nur selten verwendet werden, großzügiger bemessen werden als bei Gegenständen des täglichen Bedarfs. Jedenfalls zumutbar ist jener Zeitraum, den auch eine Neuankunft in Anspruch nehmen würde, dagegen kann die Höchstgrenze der zumutbaren Suche nur nach den Umständen des Einzelfalls ermittelt werden, wozu es entsprechender Feststellungen bedarf.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts muss sich die Klägerin nicht auf die Anschaffung anderer Vorlegebesteckteile (zB einer zweiten Gabel anstelle des verlorengegangenen Schöpfers) verweisen lassen, oder auf den Ersatz des hypothetischen Marktpreises der verlorengegangenen Stücke, falls solche Teile gebraucht nicht mehr erhältlich sein sollten.

Nicht eindeutig erkennbar ist, ob die Feststellung des Erstgerichts zur Bandbreite des Marktpreises einer „derartigen Garnitur mit ähnlicher Stückzahl“ allenfalls so zu verstehen ist, dass die Klägerin zum genannten Preis mehr als die verschwundenen Stücke erhalten könnte, nämlich wenn ein passendes, aber umfangreicheres Besteckset vom Händler nur im Ganzen angeboten wird. Diese Variante wäre für die Klägerin nicht nachteilig.

Um die Berechtigung des Klagebegehrens abschließend beurteilen zu können, wird im fortgesetzten Verfahren festzustellen sein, wie häufig die Klägerin ihr Besteck benützt hat, ob und gegebenenfalls in welchem Zeitraum, mit welchem persönlichen Aufwand und zu welchem Preis die Wiederbeschaffung einer (zumindest) aus den verlorengegangenen Stücken bestehenden, materialgleichen Besteckgarnitur möglich ist, wobei auch auf Recherchemöglichkeiten und Angebote via Internet Bedacht zu nehmen sein wird.

Sollte sich herausstellen (zum Regelbeweismaß vgl RIS-Justiz RS0110701), dass eine Wiederbeschaffung des Bestecks ganz oder zum Teil (zB nur das Vorlegebesteck, oder ein einzelnes Stück) nicht möglich oder zumutbar wäre, hätte die Klägerin Anspruch auf die Kosten der Neuanschaffung – sofern diese möglich und günstiger als eine Einzelanfertigung ist – oder letztlich der Neuanfertigung des Fehlenden, allerdings unter Bedachtnahme auf einen Abzug „neu für alt“. Für die Ermittlung der mit den neuen Teilen bewirkten Werterhöhung könnte erforderlichenfalls die Anwendung des § 273 ZPO in Betracht gezogen werden.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher im Umfang der Anfechtung zur Verfahrensergänzung aufzuheben.

Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 30. Mai 2017  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: