

von der Bekl betriebenen beiden Ex wiederhergestellt werden. Damit erfolgt gleichzeitig die Aufhebung aller bis dahin vollzogener ExAkte (§ 39 Abs 1 Satz 1 EO), was zur unbeschränkten Verfügungsmöglichkeit der Kl über die zugewiesenen Vermögenswerte führt.

**Hinweis:**

Das Gericht kann dem Urteilsspruch eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung geben, wenn sich Letztere im Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RIS-Justiz RS0039357; RS0041254; RS0041207). Nach dem Wortlaut des Urteilsbegehrens verlangt die Kl von der Bekl, „die Exekutionsverfahren [...] einzustellen“. Dies kann die Bekl nicht erfüllen, weil darunter das durch gerichtlichen Beschluss angeordnete endgültige Abbrechen des ExVerfahrens zu verstehen ist (Jakusch in Angst<sup>2</sup> § 39 EO Rz 1). Es ist aber unzweifelhaft, dass die Kl die Verpflichtung der Bekl anstrebt, vom weiteren Vollzug der bewilligten Ex Abstand zu nehmen, also auf deren Fortsetzung zu verzichten.

Die von der Kl angestrebte Einstellung der beiden ExVerfahren erweist sich daher in der vorliegenden Konstellation als taugliches Mittel, um die Kl wieder so zu stellen, wie sie ohne das schädigende Ereignis stünde.

Die Bekl wurde deshalb dazu verpflichtet, die Einstellung der beiden ExVerfahren zu bewirken. Der Möglichkeit des Betreibenden, die Ex nach seinem Belieben einzustellen, trägt der Einstellungsstatbestand des § 39 Abs 1 Z 6 EO Rechnung (3 Ob 78/13 m).

Zur Anfechtbarkeit einer Sicherungs- oder Regelungsverfügung nach § 382 Z 8 lit c EO (betreffend das eheliche Gebrauchsvermögen bzw den Aufteilungsanspruch) s die E 1 Ob 229/13 b.

Die schadenersatzrechtliche „Naturalrestitution“ stellt an sich auf die Beschädigung einer Sache ab und ist für andere Schadensfälle nicht immer geeignet.

Christoph Brenn

EvBl 2014/89

§ 932 Abs 2 ABGB

OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 64/13 x (OLG Innsbruck 4 R 55/13 i; LG Feldkirch 8 Cg 10/08 k)

→ Umfasst die Gewährleistungspflicht bei mangelhaft gelieferter Ware immer auch die Aus- und Einbaukosten?

**§ 932 Abs 2 ABGB**

Eine der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG konforme Auslegung des § 932 Abs 2 ABGB dahin, dass die Gewährleistungspflicht bei einer mangelhaft gelieferten Ware auch den Ersatz der Ein- und

Ausbaukosten umfasse, ist auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.

**Sachverhalt:**

Mit Werkvertrag v 24. 11. 2004 beauftragte die S GmbH die Kl mit der Lieferung und Verlegung des Estrichs in einem Objekt. Aufgrund einer nachträglichen Abänderung der ursprünglichen Leistungsbeschreibung durch die S GmbH waren für den Bodenaufbau im 4. und 5. Obergeschoss des Objekts Trittschalldämmplatten mit einer Auflast von 10 kN/m<sup>2</sup> erforderlich.

Die Kl bestellte die Trittschalldämmplatten bei der M GmbH: Dabei wies sie ausdrücklich daraufhin, dass die Trittschalldämmplatten für eine Auflast von 10 kN/m<sup>2</sup> geeignet sein müssen. Nach gemeinsamer Einsicht in einen Prospekt der Bekl, in dem das Produkt „U Dämmplatte“ beschrieben wurde und dessen Eigenschaft „für Auflasten bis 10 kN/m<sup>2</sup>“ hervorgeho-

ben war, bestellte die M GmbH in Absprache mit der Kl dieses Produkt bei der Bekl als Herstellerin der Dämmplatten.

Die Bekl lieferte die Trittschalldämmplatten am 29. 12. 2004 direkt auf die Baustelle. Die Kl verlegte sie am 29. und 30. 12. 2004. Am 3. und 4. 1. 2005 brachte die Kl im 4. Obergeschoss den Fließestrich auf.

In der Folge traten beim Estrich Rissbildungen durch Spannungen auf. Diese waren zum einen auf eine Überlastung im Bauzustand und zum anderen darauf zurückzuführen, dass die von der Bekl gelieferten

Trittschalldämmplatten der zugesagten Belastbarkeit von 10 kN/m<sup>2</sup> nicht entsprachen. Hätten die Trittschalldämmplatten die geforderte Belastbarkeit von 10 kN/m<sup>2</sup> aufgewiesen, wäre es möglich gewesen, die aufgetretenen Risse zu verharzen und zu verdübeln, um die Vorgaben für den Bodenaufbau laut Leistungsverzeichnis zu erfüllen. Dafür wäre ein Aufwand von ca € 1.790,- erforderlich gewesen. Das Herausreißen des Estrichs samt Trittschalldämmplatten wäre dann nicht notwendig gewesen.

Der angemessene Sanierungsaufwand iZm dem Herausreißen des Estrichs und der Neuverlegung der Trittschalldämmplatten und des Estrichs betrug € 82.174,49 brutto. Davon entfällt auf den Ersatz der Trittschalldämmung ein Betrag von € 8.897,63 netto (= € 10.677,16 brutto).

Die Kl begehrt – nunmehr im dritten Rechtsgang nach Klageeinschränkung und rechtskräftiger Teilabweisung im zweiten Rechtsgang – von der Bekl € 77.884,49 sA.

Das ErstG gab dem Klagebegehren aufgrund der überbundenen Rechtsansicht des BerG im AufhebungsB v 8. 2. 2010 statt.

Das BerG gab der Berufung der Bekl nicht Folge.

Der OGH änderte die Urteile der Vorinstanzen dahin ab, dass er die Bekl schuldig erkannte, der Kl € 67.207,33 sA zu bezahlen, und dass er das Mehrbegehren von € 10.677,16 sA abwies. Die Kostenentscheidung behielt er dem ErstG vor.

Der OGH setzt sich erstmals mit der Frage auseinander, ob der die Nachlieferungspflicht weitgehend ausdehnende Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL auch auf Unternehmerrgeschäfte zu übertragen ist. Er verneint dies mit ausführlicher Begründung.

**Aus den Entscheidungsgründen:****[Selbstbindung des BerG]**

Die gerügte Mangelhaftigkeit des BerVerfahrens liegt nicht vor. Nach herrschender Rsp ist das BerG an seine in einem Aufhebungsbeschluss ausgesprochene Rechtsansicht gebunden (RIS-Justiz RS0042173; RS0042181; zuletzt 3 Ob 126/13 w).

**[Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten]**

Nach stRsp bestehen die Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber bestimmten dritten Personen, die durch die Vertragserfüllung erkennbar in erhöhtem Maße gefährdet werden und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören. Erfasst werden ua Dritte, an denen der Vertragspartner ein sichtbares eigenes Interesse hat oder hinsichtlich welcher ihm selbst offensichtlich eine Fürsorgepflicht zukommt (2 Ob 4/13 x; RIS-Justiz RS0034594; RS0037785; RS0020769).

Dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im Anlassfall grundsätzlich vorliegen, wird in der Rev nicht in Frage gestellt.

Strittig ist hingegen, ob der Berechtigung des Klagsanspruchs entgegensteht, dass die Kl gegen ihre Vertragspartnerin, die M GmbH, eigene Ansprüche hätte. Nach ständiger, auch nach Kritik im Schrifttum (vgl 7 Ob 185/11 y) aufrecht erhaltener, Rsp des OGH wird der geschädigte Dritte dann nicht in den Schutzbereich eines fremden, dh zwischen anderen geschlossenen Vertrags einbezogen, wenn der Dritte selbst einen deckungsgleichen Schadenersatzanspruch aus eigenem Vertrag gegen einen der beiden Kontrahenten hat (7 Ob 170/11 t; 4 Ob 157/13 m; 2 Ob 4/13 x; RIS-Justiz RS0022814; RS0037785 [T 26]).

Die RevWerberin meint nun, die Kl hätte Gewährleistungsansprüche gegen die M GmbH geltend machen müssen. Im Rahmen des § 932 Abs 2 ABGB hätte die M GmbH nach der jüngsten Rsp des OGH (4 Ob 80/12 m) der Kl nicht nur die Trittschalldämmplatten, sondern auch die Ein- und Ausbalkosten ersetzen müssen. Dazu ist Folgendes auszuführen:

**[Verbrauchsgüterkauf-RL]**

Nach Art 3 Abs 2 der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden kurz als Verbrauchsgüterkauf-RL oder RL bezeichnet) hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6. Nach Art 3 Abs 3 Satz 1 Verbrauchsgüterkauf-RL kann der Verbraucher vom Verkäufer zunächst die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Umgesetzt wurde diese europarechtliche Vorgabe im nationalen Recht in § 932 Abs 2 ABGB. Danach 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. Die Haftung für „Mängel“ aufgrund fehlerhafter Montageanleitung hat der Gesetzgeber hingegen im KSchG (§ 9 a Satz 2) umgesetzt (RV 422 BlgNR 21. GP 24).

In der zu den verbundenen Rechtssachen C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) ergangenen E 16. 6. 2011 hat der EuGH eine ihm vorgelegte Frage wie folgt beantwortet: Art 3 Abs 2 und 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsgutes notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen (Rn 62, 79).

In der E 4 Ob 80/12 m (RIS-Justiz RS0127994 = *ecolex* 2013/43 [*Wilhelm*] = *JBl* 2013, 151 [*Faber*] = *bbl* 2012, 232 [*Eggmeier-Schmolke*]) sprach der OGH erstmals aus, dass die Gewährleistungspflicht einer mangelhaft gelieferten Ware (hier Heizkörper) auch den Ersatz der Ein- und Ausbalkosten umfasst. Die unentgeltliche Ersatzlieferung (iSd Art 3 Abs 3 Verbrauchsgüterkauf-RL), zu der der Verkäufer infolge mangelhafter Erfüllung verpflichtet sei (§ 932 Abs 2 ABGB: „Austausch der Sache“), umfasse nach der Rsp des EuGH (verbundene Rs C-65/09, C-87/09 Rn 48, 55) das Wahlrecht des Verkäufers, entweder selbst den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut worden sei, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsgutes notwendig seien.

**[Anwendung auf Unternehmensgeschäfte?]**

Ob die vom EuGH entwickelten Grundsätze auf den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL zu beschränken oder auch auf Unternehmensgeschäfte zu übertragen sind, blieb von der höchstgerichtlichen österreichischen Rsp bislang unbeantwortet.

**[Deutsche Rsp und Lehre]**

Hingegen hat sich der deutsche BGH mit dieser Frage in der E 17. 10. 2012, VIII ZR 226/11 (BGHZ 195, 135 = *NJW* 2013, 220 = *ZIP* 2012, 2397) bereits ausführlich auseinandergesetzt. Er kam zum Ergebnis, dass die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs 1 2. Alt BGB, wonach der Käufer als Nacherfüllung nach seiner

Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann, auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sei und sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern erstrecke. Die Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-RL und des Urteils des EuGH in der Rs *Weber/Putz* bezögen sich nur auf den Verbrauchsgüterkauf und nicht auf andere Kaufverträge.

[...]

Es könne nicht angenommen werden, dass es dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspräche, eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof für den Verbrauchsgüterkauf verbindlich vorgenommen habe, im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auch auf andere Kaufverträge zu erstrecken.

Im weit überwiegenden deutschen Schrifttum (*Looschelders*, Keine Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers im Rahmen der Ersatzlieferung bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern, JA 2013, 149; *Lorenz*, Aus- und Wiedereinbaukosten bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung zwischen Unternehmern, NJW 2013, 207; *Gsell*, BGH: Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung beim Ersatz von Ausbaupflichten von mangelhaften Liefergegenständen, LMK 2013, 343739; *Fornasier*, EuZW 2013, 159; *Ayad*, BGH entscheidet über Aus- und Einbaukosten – keine Garantieverpflichtung im Unternehmerverkehr, BB 2013, 82; *Szalai/Hofmann*, VuR 2013, 104; *Mörsdorf*, JZ 2013, 191; dogmatisch zweifelnd: *Schmidt*, Die „Granulat“-Entscheidung des BGH zum kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch – Eine dogmatische und rechtspolitische Analyse, GPR 2013, 210) fand diese Entscheidung des BGH Zustimmung.

Das OLG Frankfurt hat in seiner bereits vor dem Urteil des BGH VIII ZR 226/11 am 21. 6. 2012 ergangenen E 15 U 147/11 (NJW 2013, 376) ebenfalls ausgesprochen, dass § 439 Abs 1 2. Alt BGB nicht die Kosten des Einbaus der mangelfreien Sache umfasse, wenn es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf, sondern um einen Kaufvertrag zwischen Unternehmern handle.

#### [Österreichische Lehre]

In der österreichischen Literatur finden sich zur hier relevanten Frage insb Stellungnahmen von *Faber* und *P. Bydlinski*.

*Faber* (Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung 97 ff) sieht bessere Gründe bei einer gespaltenen Anwendung, wobei die Grenze im Wesentlichen beim Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL gezogen werden sollte. Die vom EuGH entwickelten Grundsätze zum Aus- und Einbau sollten sachlich auf Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen und persönlich auf Verträge beschränkt werden, in denen sich als Verkäufer ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher gegenüberstünden. Der grundsätzliche Wille des Gesetzgebers, mit dem GewRÄG 2001, BGBl I 2001/48, ein einheitliches Gewährleistungsrecht zu schaffen (RV 422 BlgNR 21. GP 20), sollte von vornherein nicht so stark gewichtet werden, wie zB in einem Fall, in welchem das Bestehen des konkreten Auslegungsproblems dem Gesetzge-

ber im Zeitpunkt seines Tätigwerdens bewusst sei. Es sei zu beachten, dass iHa die Aus- und Einbaukostenfrage diese Willensbildung, soweit sie sich auch auf dieses konkrete Auslegungsproblem beziehe, *ex post* betrachtet zumindest „fehlerhaft“ erfolgt sei. Der Gesetzgeber habe sich wegen seiner „Fehlvorstellung“ über den Inhalt des später vom EuGH konkretisiert-modifizierten Austauschanspruchs gar keine Gedanken darüber machen können, ob er diese Vorgaben auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkauf-RL übernehmen möchte oder nicht. Da der Gesetzgeber des GewRÄG 2001 die Haftung für „Mängel“ aufgrund fehlerhafter Montageanleitung bewusst im KSchG (§ 9a Satz 2 KSchG) umgesetzt habe, weil die von der Verbrauchsgüterkauf-RL angeordnete gewährleistungsorientierte Haftung „nicht recht in das System der §§ 922 ff ABGB“ passe (RV 422 BlgNR 21. GP 24), könne davon ausgegangen werden, dass die Haftung für Mangelfolgeschäden (worunter nach traditionellem österreichischen Verständnis auch durch eine mangelhafte Montageanleitung verursachte Schäden an der Kaufsache gefallen wären) weiterhin dem allgemeinen Schadenersatzrecht zu überlassen sei, soweit anderes nicht unmittelbar durch die Verbrauchsgüterkauf-RL erzwungen werde. Aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesetzgebers zum Umsetzungszeitpunkt müsse das *Weber/Putz*-Urteil zur Frage der Aus- und Einbaukosten als hochgradig überraschend angesehen werden. Je überraschender das vom EuGH gefundene Auslegungsergebnis einer Richtlinienregelung sei, desto mehr spreche gegen einen hypothetischen Willen des Gesetzgebers zu einer einheitlichen Auslegung. Das gegen eine „gespaltene Auslegung“ von *P. Bydlinski* (siehe unten 4.10.2.) vorgetragene Argument sei zu eng gefasst und müsse sich letztlich einer interpretatorischen Gesamtabwägung stellen, in welche nicht nur Begründungssätze des EuGH, sondern auch am autonom-nationalen Recht orientierte Auslegungsgesichtspunkte einfließen könnten.

*P. Bydlinski* (Weite verschuldens-unabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? ÖJZ 2011/93, 895 ff) stützt seine Präferenz für eine einheitliche Auslegung in der Aus- und Einbaukostenfrage hingegen darauf, dass das aus seiner Sicht zentrale und tragfähigste Argument des EuGH, nämlich dass die Folgen der Schlechterfüllung derjenige zu tragen habe, der nicht ordnungsgemäß erfüllt habe, keine verbraucherrechtlichen Spezifika aufweise und somit keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung von Verbraucher- und sonstigen Geschäften bestünden. Dabei stellt er auch klar, dass das Argument des EuGH überschießend (weil grundsätzlich für alle Mangelfolgeschäden anwendbar) sei und somit von vornherein in seinem Anwendungsbereich beschnitten werden müsse.

#### [Schlussfolgerung]

Der OGH schließt sich in Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage der Ansicht des BGH VIII ZR 226/11, die im deutschen Schrifttum weit überwiegende Zustimmung fand, und der überzeugenden Argumentation von *Faber* an. Aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesetzgebers zum Umsetzungszeitpunkt

muss das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Weber/Putz* zur Frage der Aus- und Einbaukosten als außerordentlich überraschend angesehen werden. In Österreich war man sich vor dieser Entscheidung darüber einig, dass Aus- und Einbaukosten als Mangelfolgeschäden nur nach den Regeln des Schadenersatzrechts ersatzfähig sein sollten (RIS-Justiz RS0022916; 1 Ob 272/12 v; P. Bydlinski in KBB<sup>1</sup> § 933 a Rz 10; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>101</sup> § 933 a Rz 9). Schon dies spricht gegen einen hypothetischen Willen des Gesetzgebers zu einer einheitlichen Auslegung. „Ausbrechende“ Auslegungsergebnisse des EuGH, mögen diese auch für die richtlinienkonforme Auslegung hinzunehmen sein, strahlen nicht auf das autonome Recht aus. Soweit der Gesetzgeber selbst durch Schaffung von unionsrechtlich determinierten Sonderregeln seinen Willen zur einheitlichen Umsetzung relativiert hat, kommt eine „gespaltene Auslegung“ grundsätzlich in Betracht, weil sie nur bereits bestehenden Sonderregeln (zB §§ 474 ff BGB; § 9 KSchG) eine weitere hinzufügt. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis der konkreten unionsrechtlichen Vorgabe betreffend die Aus- und Einbaukostenfrage auch diese im Rahmen der allgemeinen bzw der Sonderregeln umgesetzt hätte.

Die insbesondere anhand des Wortlauts der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG richtlinienkonforme Auslegung des § 932 Abs 2 ABGB ist somit auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern. Es kann nicht angenommen werden, dass es dem Willen des österreichischen Gesetzgebers entspräche, eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der EuGH in den Rechtsachen C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) für den Verbrauchsgüterkauf verbindlich vorgenommen hat, im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auch auf andere Kaufverträge zu erstrecken.

#### [Nicht geltend gemachter Mangelfolgeschaden]

Beim LG Feldkirch wurde zu 7 Cg 149/06s das Verfahren gegen die M GmbH – im gegenständlichen Verfahren ursprünglich ErstBekl – geführt. Die Kl hat in derselben Klagschrift, gestützt ua auf Schadenersatz und Gewährleistung, für die Position „Estrich

und Dämmung neu“ einen Ersatz von € 35.149,96 begehrt. Wie aus der damals vorgelegten Urkunde Beilage /H ersichtlich, umfasst dieser Betrag auch die Kosten der neuen Trittschalldämmplatten im Ausmaß von 722,21 m<sup>2</sup> (€ 8.897,63 netto). Das LG Feldkirch wies das gesamte Klagebegehren ab. Die M GmbH hafte nicht für die geltend gemachten Mangelfolgeschäden, weil sie weder rechtswidrig noch schuldhaft gehandelt habe. Gewährleistungsansprüche für die gelieferten Trittschalldämmplatten habe die Kl nicht geltend gemacht.

Tatsächlich hat die Kl aber einen Gewährleistungsanspruch gegen ihre Vertragspartnerin, die M GmbH, geltend gemacht. Dieser umfasst den Ersatz der Kosten der Trittschalldämmplatten.

Ausgehend von der oben (Punkt II.3.) dargelegten Subsidiarität des Anspruchs der Kl gegenüber der Bekl aus der Verletzung des zwischen der Bekl und der M GmbH bestehenden Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat die Kl daher keine Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens von € 8.897,63 netto gegen die Bekl. Sie hätte diesen Anspruch gegen die M GmbH hier in einem Rechtsmittelverfahren zu 7 Cg 149/06s des LG Feldkirch durchsetzen können und müssen.

Das bloße Vermögen dritter Personen wird nach der Rsp in den Schutzbereich solcher Verträge nicht einbezogen (RIS-Justiz RS0022475; RS0017068 [T 1]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn die Hauptleistung gerade einem Dritten zukommen soll (2 Ob 191/06m mwN; RIS-Justiz RS0022475 [T 1]; Karner in KBB<sup>2</sup> § 1295 Rz 19 mwN; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>101</sup> § 1295 Rz 61 mwN). Dies ist hier der Fall. Da die Bekl in Kenntnis davon war, dass die Trittschalldämmplatten mit der zugesagten Belastbarkeit von 10 kN/m<sup>2</sup> für die Baustelle des Objekts P benötigt werden, kommt es nicht darauf an, dass sie nicht genau wusste, in welchen Teilen des Objekts die Trittschalldämmplatten eingebaut würden.

Der Rev der Bekl war daher teilweise Folge zu geben. Der vom ErstG zugesprochene Schadenersatzbetrag (Bruttobetrag) war um den Mangelschaden, nämlich die (Brutto-)Kosten für die neuen Trittschalldämmplatten (€ 8.897,63 netto = € 10.677,16 brutto), zu kürzen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 Satz 1 letzter Halbsatz und Abs 3 Satz 1 ZPO (9 Ob 6/14v).

#### Hinweis:

Ist der Verkäufer allein zum Austausch der Waren ohne Demontage und Neumontage oder Kostentragung hierfür bereit, liegt ein Sachverhalt vor, bei dem der Übergeber die (vollständige) Verbesserung oder den (vollständigen) Austausch verweigert hat (§ 932 Abs 4 Satz 2 erster Fall ABGB). Dies hat zur Folge, dass er mit seinen Gewährleistungspflichten in Verzug geraten ist. Damit ist der Käufer aber befugt, auf die Gewährleistungsbefehle der zweiten Stufe (Preisminderung oder Wändlung) umzusteigen (4 Ob 80/12m; Heizkörper).

Ronald Rohrer

#### Anmerkung:

1. Nach der Rsp des EuGH in den verb Rs C-65/09 und C-87/09 (*Weber* und *Putz*) zielt die Verbrauchsgüterkauf-RL 99/44/EG darauf ab, dass der Übergeber bei Austausch des Verbrauchsguts die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache zu tragen hat (s neben der in vorliegender Entscheidung zit Lit Perner/Zoppel, RdW 2011, 447; Karner/Koziol, JBl 2012, 141, 144 ff). Der OGH legte das österr Gewährleistungsrecht auf dieser Basis bereits in einem Fall, der vom Anwendungsbereich der RL erfasst war, richtlinienkonform aus (4 Ob 80/12m). Da die RL erweiternd umgesetzt wurde, stellte

sich die Frage, ob diese Auslegung auch auf Kaufverträge außerhalb des Anwendungsbereichs der RL zu erstrecken ist (vgl. *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht [2012] 124 ff). In der vorliegenden Entscheidung spricht sich der OGH gegen eine solche Erstreckung auf B-2-B- und C-2-C-Verträge aus (**gespaltene Auslegung**).

2. Die Auffassung des OGH ist im Ergebnis zu teilen, bei der Begründung ist Kritik angebracht: Zumindest terminologisch wenig geglückt ist es, wenn der OGH sein Ergebnis damit zu untermauern versucht, dass „ausbrechende“ Auslegungsergebnisse zwar für die richtlinienkonforme Interpretation hinzunehmen seien, aber nicht auf das autonome Recht ausstrahlen: „Ausbrechende“ Entscheidungen des EuGH sind wichtig und daher schon im Anwendungsbereich des Unionsrechts unbeachtlich (vgl. nur *Gerken et al*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt [2009]).

Dass *Weber und Putz* „außerordentlich überraschend“ gekommen ist, kann die gespaltene Auslegung ebenfalls nicht rechtfertigen. Bei vorhersehbaren Interpretationen des EuGH wäre einheitlich auszulegen, eine gespaltene Auslegung kommt nur bei überraschenden Entscheidungen in Betracht (näher *Perner*, EU-Richtlinien 125 ff). Dort ist sie allerdings nicht immer vorzunehmen, sondern es kommt darauf an, ob die auf Einheitlichkeit gerichtete Absicht des Gesetzgebers (= Umsetzung im ABGB) schwerer wiegt als die von ihm getroffene entgegenstehende Sachentscheidung (= Austausch dient nur der Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz). Die Frage ist somit national geprägt, weshalb auch der Hinweis auf den BGH, dem sich der OGH „anschließt“, nicht überzeugt.

In der Sache ist einer gespaltenen Auslegung der Vorzug zu geben, weil der österr. Gesetzgeber gerade diejenigen Bestimmungen im KSchG umsetzte, bei denen er den Verdacht hatte, dass sie nicht ins allgemeine Konzept des Gewährleistungsrechts passen würden. Dies erkennt der OGH zwar, allerdings ist sein Verweis auf § 9 KSchG keine Stütze für eine Beschränkung der *Weber* und *Putz*-Judikatur auf das Verbrauchergeschäft: Die Bestimmung stellt die nach dem ABGB bestehenden Gewährleistungsrechte zwingend, gewährt dem Verbraucher allerdings inhaltlich keine weitergehenden Ansprüche.

Argumente für eine gespaltene Auslegung lassen sich vielmehr aus der Umsetzung der Haftung für eine fehlerhafte Montageanleitung in § 9 a KSchG (so *Karner/Koziol*, JBl 2012, 145; diesen folgend *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung [2013] 96 ff) und aus der Regelung über die Tragung der Kosten der Verbesserung oder des Austauschs in § 8 Abs 3 KSchG (*Perner/Zoppel*, RdW 2011, 448) gewinnen. In beiden Fällen ahnte der Gesetzgeber, dass die jeweilige Regel nicht ins allgemeine Konzept passt, weshalb er sie „nur“ im KSchG umsetzte. Damit tritt der „Wille zur Einheitlichkeit“ in der *Weber* und *Putz*-Konstellation in den Hintergrund.

3. Der Kl hatte jedoch nicht den Verkäufer auf Zahlung der Ein- und Ausbaukosten geklagt, sondern die **Produzentin** der mangelhaften Ware. Die Bekl bestritt auch gar nicht, dass die Voraussetzungen eines Schutzwirkungsvertrags vorlagen, sondern berief sich darauf, dass der Anspruch nicht zustehe, wenn der Geschädigte gegen den eigenen Vertragspartner vorgehen könne (**Subsidiarität**; für die vorliegende Konstellation *Karner/Koziol*, JBl 2012, 150 mwN in Fn 76).

Die Inanspruchnahme des Verkäufers wäre bei einheitlicher Auslegung tatsächlich möglich gewesen. Nach richtiger Ansicht wäre der Anspruch gegen die **Produzentin** dennoch nicht **weggefallen**: Die Lehre von der Subsidiarität trägt dem Gedanken Rechnung, dass der Schutzwirkungsvertrag Schutzlücken schließen soll. Wo es einen deckungsgleichen Anspruch des Geschädigten gegen den eigenen Vertragspartner gibt, dort gibt es solche nicht. Dass die Beurteilung *ex post* erfolgt, wäre allerdings Ausdruck einer allzu mechanischen Sichtweise. Die Kl hatte ihren Anspruch im Jahr 2010 geltend gemacht, als vom – um mit dem OGH zu sprechen: „außerordentlich überraschenden“ und „ausbrechenden“ – *Weber* und *Putz*-Urteil noch keine Rede war. Dass bei Einbringung der Klage also keine Schutzlücke bestand, kann schon angesichts der Unvorhersehbarkeit der EuGH-Entscheidung schwerlich argumentiert werden – jeder vernünftige Geschädigte hätte diesen Anspruch bei der **Produzentin** eingeklagt. Der OGH hätte die Anwendung der *Weber* und *Putz*-Judikatur im B-2-B-Bereich daher gar nicht thematisieren müssen.

Stefan Perner,  
Universität Klagenfurt

EvBl 2014/90

§ 81 Abs 1 und 3,  
§ 82 Abs 3,  
§ 200 StPO

OGH 3. 4. 2014,  
12 Os 31/14 x,  
32/14 v, 33/14 s  
(LG Wr Neustadt  
14 BI 20/13 i;  
BG Baden  
12 U 248/11 d)

→ **Geldbetrag als Diversionsangebot**

1. § 200 StPO

Ein Diversionsangebot, das Verfahren für den Fall (bloß) von Schadensgutmachung und Bezahlung von Pauschalkosten einzustellen, ist nicht zulässig.

2. § 81 Abs 1 und 3 StPO (§ 82 Abs 3 StPO)

Gem § 81 Abs 1 StPO werden Erledigungen der Gerichte ua durch Zustellung einer Ausfertigung

**Sachverhalt:**

Im Verfahren 12 U 248/11 d BG Baden legte die StA Sascha J mit Strafantrag 28. 11. 2011, 61 BAZ 540/

bekanntgemacht, und zwar auch gegenüber der StA, der allerdings gem § 81 Abs 3 StPO auch die Akten zur Einsichtnahme in die Erledigung übermittelt werden können. Die RM-Frist für die StA wird bereits durch gerichtlich verfügte Zustellung einer BAusfertigung und nicht erst durch Einlangen des Aktes ausgelöst.

11h, ein als Vergehen der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB qualifiziertes Verhalten zur Last. Danach habe er am 22. 1. 2011 in B im Zuge einer Aus-