

**Oberster Gerichtshof**

4. Juli 2007

Geschäftszahl 2 Ob 95/06v

Quelle: Rechtsinformationssystem (RIS) der Republik Österreich (www.ris.bka.gv.at),  
Judikaturdokumentation Justiz (OGH, OLG, LG)

CISG-Hauptzitate:

Artikel 6, 25, 26, 36, 39, 45, 49, 69, 74, 81, 82

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisions- und Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Norbert G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dobretsberger & Steininger, Rechtsanwälte in Linz, und die Nebenintervenientin Citroën Österreich GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH in Wien, wegen EUR 27.353 sA, über die Revision und den Rekurs der klagenden Partei gegen das Teilurteil und den Beschluss des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 23. Jänner 2006, GZ 6 R 160/05z-43, womit das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 26. April 2005, GZ 30 Cg 115/03w-36, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Das Teilurteil des Berufungsgerichtes wird zur Gänze (Abweisung weiterer EUR 3.000 samt 4 % Zinsen ab 21. 5. 2003) bestätigt; der angefochtene Aufhebungsbeschluss hingegen nur im Umfang des Begehrens von EUR 11.000 samt 4 % Zinsen seit 21. 5. 2003.

Im Übrigen wird der Beschluss aufgehoben und in der Sache selbst zu Recht erkannt, dass das Teilurteil insgesamt (einschließlich der bereits rechtskräftigen Abweisung des Mehrbegehrens gemäß Punkt 2 des Ersturteils) lautet:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 12.353 samt 4 % Zinsen ab 21. 5. 2003, davon EUR 11.353 samt 4 % Zinsen ab 21. 5. 2003 Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeuges Citroën C 5, Fahrzeugnummer VF7DERHZZB76275536 zu bezahlen.

Das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei weitere EUR 4.000 samt 4 % Zinsen ab 8. 3. 2003 und 4 % Zinsen aus EUR 23.353 vom 8. 3. 2003 bis 20. 5. 2003 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

**Entscheidungsgründe:**

Der Kläger (ein Kfz-Sachverständiger mit Wohnsitz in Deutschland) hat mit Kaufvertrag vom 12. 3. 2002 bei der Beklagten (einer Fahrzeughandel und -reparatur GmbH, die ihren Sitz in Österreich hat) einen fabriksneuen PKW der Marke Citroën Type C 5 HDI 100, Modell BK 8X mit diverser Zusatzausstattung zum Preis von EUR 22.353 (exclusive USt

und NOVA) gekauft und im Mai 2002 ausgeliefert erhalten. Er benötigte den PKW für die Ausübung seiner Berufstätigkeit. Dies war der Beklagten bei Vertragsabschluss bekannt.

Mit der am 14. 5. 2003 eingelangten Klage begehrte der Kläger von der Beklagten EUR 27.353 sA infolge „Wandlung und Aufhebung“ dieses Kaufvertrages. Neben der Rückerstattung des Kaufpreises (EUR 22.353, gegen die er Zug um Zug das Fahrzeug herausgeben werde), machte er einen Pauschalbetrag von EUR 1.000 an durch die erfolglosen Verbesserungsversuche entstandenen Unkosten (Fahrtkosten, Verdienstentgang, Telefonate) und an höheren Benzinkosten durch geringere Motorleistung (Treibstoffverbrauch zwischen 12 und 14 Liter auf 100 km über ein Jahr) geltend. Weitere EUR 4.000 begehrte er mit der Begründung, er habe mit der Beklagten vereinbart, dass in den ersten drei Jahren sämtliche Servicearbeiten kostenlos seien und auch Verschleißteile kostenlos ausgetauscht würden. Dies stelle für ihn einen Wert von EUR 4.000 dar, der ihm infolge Wandlung ebenfalls entgehe.

Das vom Kläger gewählte Wandlungsbegehren sei berechtigt, weil es der Beklagten durch mehr als ein Jahr nicht gelungen sei, die im Einzelnen angeführten - nicht nur geringfügigen (§ 932 Abs 4 ABGB) - Mängel, die den ordentlichen und vertraglich ausdrücklich festgelegten Gebrauch des Neuwagens verhinderten, zu beheben. Die Beklagte sei mit der Verbesserung in Verzug und verweigere einen Austausch mit einem Modell der gleichen (Fahrzeug-)Reihe, weil diese Mängel offenbar bei jedem Modell dieser Reihe vorhanden seien. Sie habe daher keinen Anspruch mehr auf diese primären Gewährleistungsbehelfe.

Im zweiten Rechtsgang brachte der Kläger vor, auf den Kaufvertrag sei österreichisches Recht anzuwenden (ABGB, HGB). Das UN-K sei ausgeschlossen worden. Punkt XI. des Vertrages bestimme, dass das HGB anzuwenden sei. Auch wenn das UN-K anwendbar sein sollte, habe der Kläger rechtswirksam die Aufhebung des Vertrages erklärt und sei berechtigt, gemäß Art 81 Abs 2 UN-K die Rückgabe des von ihm Geleisteten zu verlangen. Er sei bereit, das Fahrzeug Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises herauszugeben. Da die Beklagte ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Lieferung eines mängelfreien Fahrzeuges bis heute nicht nachgekommen sei und die zahlreich aufgetretenen groben Mängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellten, sei der Kläger gemäß Art 49 UN-K berechtigt, die Aufhebung des Vertrages zu erklären. Hilfsweise sei er gemäß Abschnitt II UN-K auch berechtigt, die geltend gemachten Ansprüche als Schadenersatz zu begehren: Das Fahrzeug sei derart mangelhaft, dass es für den Kläger keinen Wert darstelle. Es sei für ihn unverkäuflich. Er habe daher Anspruch auf Ersatz des gesamten Kaufpreises, weil die Beklagte, indem sie ein mangelhaftes Fahrzeug verkauft und die groben Mängel nicht behoben habe, ihre Vertragspflichten verletzt habe. Die Beklagte habe sich von Anfang an geweigert, das Fahrzeug zurückzunehmen oder gegen ein mängelfreies auszutauschen. Hilfsweise stütze der Kläger das Klagebegehren auch auf Preisminderung. Das Fahrzeug sei aufgrund der vorliegenden Mängel bereits zum Auslieferungszeitpunkt für den Kläger wertlos gewesen. Die Mängel seien unbehebbar und stellten ein gravierendes Sicherheitsrisiko dar.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Nach Auslieferung habe der Kläger am 18. 6. 2002 die Mängel telefonisch direkt bei der Nebenintervenientin gerügt. In weiterer Folge habe er immer mehr Mängel gerügt. In alle Mängelrügen sei der Vertriebshändler für Österreich, die Nebenintervenientin, eingebunden gewesen. An sie habe der Kläger auch das Begehren gerichtet, den Wagen ohne Aufpreis gegen einen Citroën C 5 BK 2,2 HDI SX (also gegen ein teureres Modell) einzutauschen. Als dies abgelehnt worden sei, seien noch mehr Mängel gerügt worden. Auch nachdem in der Zeit vom 18. 9. 2002 bis 28. 10. 2002 vereinbarungsgemäß alle „berechtigten“ Mängel repariert und das Fahrzeug von einem gerichtlich beideten Sachverständigen abgenommen worden sei, habe der Kläger bei der Übernahme des Fahrzeuges wiederum diverse Mängel gerügt. Nach einem Treffen mit dem Kläger am 12. 11. 2002 sei dieser aufgefordert worden, die behaupteten neuen Mängel in

seiner Vertrauenswerkstätte reparieren zu lassen, weil aus Sicht der Nebenintervenientin keine „berechtigten“ Mängel mehr vorhanden gewesen seien. Mit Schreiben vom 3. 1. 2003 habe der Kläger, nachdem mit dem Fahrzeug inzwischen bereits 45.000 km zurückgelegt worden seien, die Wandlung begehrt und alternativ dazu ein neues 2,2 Liter Fahrzeug ohne Aufpreis „offeriert“. Die Beklagte und die Nebenintervenientin seien nicht bereit gewesen, diesem Begehren zu entsprechen. Sämtliche gerügten Mängel, soweit sie „berechtigt“ gewesen seien, seien von diversen Werkstätten behoben worden. Eine Vielzahl von Beschwerdepunkten könne nicht als Mangel akzeptiert werden.

Die Nebenintervenientin brachte im zweiten Rechtsgang vor, selbst bei Anwendung österreichischen Rechts bestehe die Klagsforderung nicht zu Recht, weil die Gewährleistungsfrist „nur 6 Monate“ betrage. Nach den Bestimmungen des HGB habe es der Kläger unterlassen, unverzüglich allfällige Mängel zu rügen. Bei Anwendung von UN-K sei festzustellen, dass der Kläger in Kenntnis des Mangels das Fahrzeug weiter benützt habe, sodass er allfällige Ansprüche nach dem UN-K verwirkt habe. Auch wenn der Wandlungsanspruch berechtigt sei, „müsse sich der Kläger die bisherige Nutzung anrechnen lassen“.

Die Beklagte brachte im zweiten Rechtsgang noch vor, dass die meisten Mängel nicht ihr gegenüber erklärt worden seien, sondern gegenüber anderen Werkstätten, die der Kläger im Rahmen der von der Nebenintervenientin gewährten österreichweiten Garantie aufgesucht habe. Derartige Rügen würden der Beklagten jedoch nicht zugehen. Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte (auch) im zweiten Rechtsgang, der Klägerin EUR 26.323 sA zu zahlen, davon EUR 22.353 sA Zug um Zug gegen Herausgabe des PKW. Das Mehrbegehren auf Zahlung von EUR 1.000 sA und das Zinsenmehrbegehren aus dem zuerkannten Betrag für den Zeitraum 8. 3. bis 20. 5. 2003 wies es ab. Es ging dabei von folgenden Feststellungen aus:

Der als Kfz-Sachverständiger tätige Kläger benötigte das bei der Beklagten gekaufte Fahrzeug samt dem mitgekauften Navigationssystem zur Berufsausübung. Das eingebaute Navigationssystem war für ihn deshalb wichtig, weil er damit Adressen, welche er berufsbedingt anzufahren hatte, auffinden konnte. Er benützte den ihm im Mai 2002 übergebenen Wagen großteils im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit und musste vom Kaufpreis weder USt noch NOVA entrichten. Aufgrund der immer wieder aufgetretenen Mängel meldete der Kläger dieses Fahrzeug im September 2003 ab und benützt es (aus „Sicherheitsgründen“) seither nicht mehr. Zum Zeitpunkt der Abmeldung hatte es einen Kilometerstand von etwa 112.000.

Der Kläger akzeptierte bei Unterfertigung des Kaufvertrages die Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten, wie sie in deren Kaufvertragsformular enthalten sind. Über die Anwendung eines bestimmten Rechtes sprachen die Streitparteien nicht. „Insofern“ haben sie die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung und die Anwendung des UN-K auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

Die vereinbarten, vom Kläger akzeptierten Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten enthalten (aber) - neben Bestimmungen betreffend die Kaufvertragserfüllung, die Übernahme, den Kaufpreis, den Rücktritt, die Ersatzlieferung im Fall des Annahmeverzuges durch den Käufer und den Eigentumsvorbehalt - unter Punkt „XI. Gewährleistung“ folgende Regelungen:

„1. Der Verkäufer leistet Käufern, die Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes sind, Gewähr im Sinne der hierfür bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Für Kaufleute sind die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden.

2. In allen Fällen der Gewährleistung gemäß Abs 1 kann sich der Verkäufer von den

Ansprüchen auf Aufhebung des Vertrages oder auf Preisminderung dadurch befreien, dass er in angemessener Frist die mangelhafte Sache gegen eine mängelfreie austauscht oder im Falle des Preisminderungsanspruches in angemessener Frist in einer für den Käufer zumutbaren Weise eine Verbesserung durchführt oder das Fehlende nachträgt. Im Falle der Wandlung und der dadurch bedingten Rückstellung des Kraftfahrzeuges durch den Käufer hat dieser dem Verkäufer eine angemessene Abgeltung für die Benützung zu leisten."

Außerdem sind unter Punkt „XIII. Garantie" folgende Bestimmungen enthalten:

„1. Der Verkäufer leistet während der Dauer von 12 Monaten nach Ersatzzulassung mit polizeilichem Kennzeichen bzw allfälliger früherer Ingebrauchnahme ohne Kilometerbegrenzung Garantie.

...

4. Im Garantiefall kann sich der Käufer an jede Citroën-Vertragswerkstätte wenden.

5. Die Garantieleistung umfasst nach Wahl des die Garantie Durchführenden die Instandsetzung oder den Austausch der als schadhaft anerkannten Teile sowie die für diese Instandsetzung oder diesen Austausch erforderliche Arbeitszeit. Ein anderer Anspruch steht dem Käufer nicht zu. Damit ist insbesondere ein Anspruch auf Wandlung des Käufers oder Minderung des Kaufpreises ausgeschlossen.

6. Die unter Garantie durchgeführten Arbeiten müssen von einer offiziellen Citroën-Vertragswerkstätte durchgeführt werden.

...

8. Der Austausch von Teilen oder deren Instandsetzung im Rahmen der Garantieleistung verlängert die Garantiefrist weder für das Fahrzeug noch für die Teile."

Zu Punkt „XIV. Garantie für hydropneumatische Federung" findet sich folgende Klausel:

„1. Der Verkäufer leistet darüber hinaus mit Modellen der hydropneumatischen Federung Garantie auf die Dauer von 2 Jahren und innerhalb der Höchstgrenze von 100.000 gefahrenen Kilometern für alle Hydraulikorgane, aus denen die hydropneumatische Federung besteht, das sind Federkugeln vorne und hinten, Hauptdruckspeicher, Hochdruckpumpe, Höhenkorrektur, Federzylinder, Druckregler."

Unter Punkt XVIII. der Allgemeinen Liefer- und Vertragsbedingungen der Beklagten wird für „Käufer, welche nicht Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes sind, als Gerichtsstand das sachlich zuständige Gericht, in dessen Sprengel der Firmensitz des Verkäufers gelegen ist," vereinbart.

Gleichzeitig mit dem Fahrzeugkauf schloss der Kläger mit der Beklagten einen Servicevertrag ab, in dem sich die Beklagte verpflichtete, „binnen" zwei Jahren ab Auslieferung des Fahrzeuges ohne Kilometerbegrenzung Servicearbeiten und den Austausch von Verschleißteilen kostenlos durchzuführen. Weiters wurde eine „Mobilitätsgarantie" vereinbart, aufgrund der dem Kläger in Zeiten von durchzuführenden Servicearbeiten oder Mängelbehebungen ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung zu stellen ist. Der Kläger hat bis zum Abmelden des Fahrzeuges im September 2003 fünfmal ein Service im Rahmen des mit der Beklagten abgeschlossenen Servicevertrages in Anspruch genommen. Ein solches Service kostete damals durchschnittlich etwa EUR 400.

Bereits kurz nach Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger trat eine Unwucht an den Rädern auf, und es funktionierte die Fernbedienung des Radios nicht. Der Kläger wandte sich an die Beklagte, welche die Fernbedienung für das Radio erneuerte. Die Unwucht an den Rädern des Fahrzeuges ließ der Kläger bei einer anderen Werkstätte beheben. Die Beklagte bezahlte jedoch die Kosten hierfür, weil tatsächlich eine Unwucht gegeben war.

In der Zeit bis etwa Mitte Juni 2002 trat beim Getriebe im Schiebetrieb ein lautes, singendes Geräusch auf, setzte der Tempomat zeitweilig aus, ließen sich die Türen ab und zu nicht öffnen, schaltete das Radio nicht ab, traten Scheppergeräusche im Innenraum des Fahrzeuges auf, vibrierte das Fahrzeug bei höheren Geschwindigkeiten und fiel auch die Elektronik der Tachoeinheit zeitweilig aus. All diese Mängel rügte der Kläger etwa Mitte Juni 2002 gegenüber der Nebenintervenientin telefonisch, worauf für Ende Juni 2002 ein Besichtigungstermin mit dem Kläger vereinbart wurde. Nach diesem Besichtigungstermin wurde das Radio zwecks Austausch bzw Kontrolle an das Herstellerwerk gesendet. Die Elektronikmängel sollten durch die Beklagte behoben werden, ebenso die gerügten Scheppergeräusche im Innenraum des Fahrzeuges.

Da im Zuge der Benützung des Fahrzeuges immer wieder Mängel auftraten, suchte der Kläger neben der Beklagten auch verschiedene andere Citroën-Werkstätten in Österreich auf, um verschiedene Mängel beheben zu lassen. Aufgrund der immer wieder aufgetretenen und vom Kläger gerügten Mängel wurde das Fahrzeug im Auftrag der Nebenintervenientin im September 2002 von einer Citroën-Werkstätte übernommen, um es einer grundlegenden Überprüfung und einer dauerhaften Mängelbehebung zu unterziehen. Es wurde zwischen 18. 9. 2002 und 28. 10. 2002 „durchgeprüft“, soweit notwendig repariert und am 28. 10. 2002 vom allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Kfz-Wesen Martin F\*\*\*\*\* im unzerlegten Zustand besichtigt und begutachtet. Diese Besichtigung durch den Sachverständigen erfolgte aufgrund der vom Kläger angeführten Mängel.

Martin F\*\*\*\*\* stellte bei seiner Begutachtung am 28. 10. 2002 folgende Mängel fest:

„Linke vordere Tür ist an der Hinterseite tiefer als hintere Tür, Türen zu B-Säule links und rechts verschieden, dieser Umstand ist nicht änderbar, da die Türen in dieser Hinsicht nicht einstellbar sind.

Die Abstände der Scheinwerfer zu den Kotflügeln sind ungleich, dies ist nicht änderbar.

Die Abstände der Kotflügeln zu den A-Säulen sind ungleich, dieser Umstand ist nicht änderbar.

Motorhaube - nicht änderbar, jedoch tolerierbar; Kofferraumdeckel schief, nicht änderbar, jedoch tolerierbar, Schiebedachdeckel ungleich, tolerierbar; Kotflügen vorne rechts zur Türe ungleich, nicht änderbar.

Bei der rechten vorderen Türe wurde das Schließteil ausgetauscht und das Gestänge eingestellt, sodass derzeit die Funktion dieser Türe in Ordnung ist.

Geräusch ausgehend von der hinteren Mittelarmstütze, bzw von der hinteren linken Tür - wird behoben.

Wasser in der Tür hinten und vorne rechts - laut Werkstätte behoben. Kein Bremsdruck am Morgen - ohne Handbremse und laufenden Motor Fahrzeug nicht zu bremsen, rollt nach Treten der Kupplung weg. Verliert auch bei abgestelltem Motor am Berg bei getretener Bremse nach ein paar Minuten den Druck - konstruktionsbedingt, nicht änderbar.

Gurt rollt schlecht auf - konstruktionsbedingt, nicht änderbar.

Bildschirmnavigationscomputer flackert gelegentlich. Telefon schaltet selbständig ab, Freisprechanlage hallt stark, Memoradio gelegentlich gelöscht, Ausfall der Fernbedienung des Radios und der Lautstärke gelegentlich. Navigationscomputer verliert gelegentlich Sprachsynthese und Auftrag, kein Zielort programmiert, gelegentlich. Navigationscomputer, Radio und Telefon schalten sich nicht aus nach Abzug des Zündschlüssels, gelegentlich.

Leere Anzeigen der Kontrolllampen gelegentlich. Immer wieder Ausfall verschiedener nicht einzeln aufgeführter Elektronikkomponenten, Fahrzeug gibt Spiegel nicht frei, Fahrzeug steht - Ersatzfahrzeug am Wochenende, Tempomat schaltet beim Beschleunigen ab, gelegentlich, wurde durch Einspielen der letzten Software behoben?

Beifahrersitz zittert - Spiel muss vorhanden sein, normal. Heller Kunststoff stark verschmutzt, keine Berührung/Nichtraucher, Sonnenblenden - kein Kommentar.

Beim Telefonieren schaltet Navigationscomputer die Verbindung ab - siehe Einspielung neuer Software.

Schlechter Klang des Radios (Preisklasse) - siehe Einspielung neuer Software."

Darüber hinaus hielt der Sachverständige Martin F\*\*\*\*\* in seinem Gutachten vom 28. 10. 2002 fest, dass etliche Mängel im Auftrag der Nebenintervenientin behoben worden seien.

Nach Erstattung dieses Gutachtens wurde das Fahrzeug am 30. 10. 2002 wieder an den Kläger übergeben. Dabei wurden folgende Punkte in einem Übergabeprotokoll, das vom Kläger und von einem Mitarbeiter der Nebenintervenientin unterfertigt wurde, festgehalten:

- „1. Fahrer­tür innen - leichte Schleifspuren von Montage.
2. Motorhaube bei hinterer Abdeckung leichte Schleifspuren von der Montage.
3. Bei Beifahrertüre im Bereich der Seitenscheibe - Wassertropfen im Innenbereich der Seitenscheibe.
4. Blende bei Hecktürgriff lose.
5. Navigation verliert teilweise die Position.
6. Radiophon wurde erneuert - aber nicht getestet.

(Für) Die unter Punkt 1. und 2. genannten Mängel übernimmt die Reparaturkosten Citroën Österreich GmbH Wien. Die Punkte 3. bis 5. werden in Garantie überprüft und behoben. Punkt 6. wurde laut Probefahrt für gut befunden (Telefonkarte vom Kunden war nicht verfügbar)."

Die im Übergabeprotokoll beschriebenen Mängel waren tatsächlich gegeben.

Im Winter 2002/2003 traten an beiden vorderen Türen Risse im Bereich des Überganges des Glasrahmens zum übrigen Türblatt auf. An dieser Stelle bildete sich in der Folge Rost. Das Einreißen dieser beiden Türblätter ist für ein nicht einmal 2 Jahre altes Fahrzeug untypisch. Schon relativ bald nach Auslieferung des Fahrzeuges an den Kläger im Mai 2002 trat ein Flackern beim Licht der Scheinwerfer auf. Das eingeschaltete Licht wurde für kurze Zeit, etwa für eine Sekunde, schwächer, und zwar offenbar dann, wenn sich ein weiterer Stromverbraucher zuschaltete. Dies führte bei längeren Fahren dazu, dass das Licht öfter, und zwar durchaus auch 39 bis 40mal pro Minute, für etwa eine Sekunde schwächer wurde, ehe es wieder seine volle Leuchtkraft erreichte. Dieses Problem wurde bislang nicht behoben und tritt am Fahrzeug nach wie vor auf. Das Lichtflackern beeinträchtigt die Fahrsicherheit bei Fahrten in der Dunkelheit, weil die schwankende Leuchtkraft zu einer geringeren Ausleuchtung der vor dem Fahrzeug liegenden Verkehrsfläche führt. Es ist zugleich irritierend, da es unregelmäßig auftritt.

Anlässlich der Befundaufnahme durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen DI H\*\*\*\*\* im Herbst 2003 deponierte die Nebenintervenientin, dass dieses Problem des

Lichtflackerns bekannt sei und demnächst eine Mängelbehebung erfolgen werde. Bis zum Abmelden des Fahrzeuges bestand ein weiterer Mangel darin, dass das Fahrzeug, wenn es an einer abschüssigen Stelle abgestellt wurde, während des Startvorganges, bei dem die Kupplung zu treten ist, über die Fußbremse allein nicht im Stillstand gehalten werden konnte. Dies war nur über die Handbremse möglich. Zum Anziehen der Handbremse benötigt man allerdings einen größeren Kraftaufwand. Beim Fahrzeug werden konstruktionsbedingt sowohl die Betriebsbremse als auch die Feststellbremse über die eingebaute Hydropneumatik bedient. Der Unterdruck im Bremskraftverstärker lässt sich bei einem längeren Stillstand nicht aufrechterhalten, was konstruktionsbedingt auch bei anderen Fahrzeugen der Fall ist. Bei diesem Fahrzeug benötigt man allerdings aufgrund der nach einem längeren Stillstand nicht vorhandenen Servo- bzw Bremskraftunterstützung einen wesentlich höheren Kraftaufwand zum Arretieren der Feststellbremse. Diesem Umstand kann nur dadurch begegnet werden, dass man schon beim Abstellen des Fahrzeuges die Feststellbremse anzieht. Im Winter ist es allerdings grundsätzlich ratsam, die Feststellbremse nicht anzuziehen. In diesem Fall müsste man das Fahrzeug an einer abschüssigen Stelle durch einen Unterlegekeil oder dergleichen vor dem Abrollen sichern.

Weiters wurde auch immer wieder während der Fahrt die hydropneumatische Federung plötzlich hart. Deshalb wurden von der Firma Citroën F\*\*\*\*\* in Salzburg die Federkugeln und der Höhenkorrektor hinten ausgetauscht. Dennoch wird die Federung auch heute noch hart. Dies kann bei Durchfahren von Kurven mit unebener Fahrbahnoberfläche die die Spurstabilität des Fahrzeuges und damit die Fahrsicherheit beeinträchtigen.

Schon im ersten Sommer nach Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger ließen sich mehrmals bei höheren Außentemperaturen ab etwa 25 bis 30 Grad Celsius die beiden vorderen Türen weder von innen noch von außen öffnen. Der Kläger musste dann über die Hintertüren aussteigen. Diesen Mangel rügte der Kläger nicht gegenüber der Beklagten, sondern gegenüber anderen Citroën-Händlern. Zunächst gab es für dieses Problem keine Lösung. Erst im weiteren Verlauf versuchte man, diesem Mangel durch Einbau eines Gestänges zu begegnen. Es kann nicht festgestellt werden, ob der Mangel dadurch tatsächlich behoben wurde oder nicht.

Während der Benützung des Fahrzeuges durch den Kläger ist es vierbis fünfmal dazu gekommen, dass die Elektronik des Fahrzeuges total ausgefallen ist, sodass keine elektronischen Anzeigen mehr ablesbar waren. Zugleich fällt mit der Elektronik auch die Beleuchtung des Fahrzeuges aus. Zu derartigen Ausfällen kommt es insbesondere bei feuchter Witterung. Wenn die Elektronik während der Fahrt plötzlich ausfällt und dadurch die Innen-, die Armaturenbeleuchtung und zusätzlich auch das Scheinwerferlicht versagt, stellt dies ein erhebliches Sicherheitsrisiko dar. Nach einem derartigen Elektronikausfall müssen die Anzeigen neu initialisiert werden, wovon neben dem Radio auch das Navigationssystem und andere Elektronikteile betroffen sind. Hierzu ist die Software des Herstellers notwendig. Die Installation dieser Software und das Initialisieren ist daher mit einem Werkstattaufenthalt verbunden.

Das Fahrzeug ist mittels eines zentralen Steuergerätes (Datenbus) gesteuert. Dies hat zur Folge, dass beim Ausfall eines einzelnen Endverbrauchers, der an diesem Datenbus hängt, auch die übrigen Verbraucher ausfallen oder zumindest Störungsbetrieb anzeigen. Der Datenbus wurde aufgrund von Mängeln schon zweimal ausgetauscht. Der Beklagten ist bekannt, dass es bei diesem Fahrzeug, offenbar ausgelöst durch Stromschwankungen, dazu kommt, dass das Navigationssystem in seiner Anzeige schlechter wird oder dass die Zielvorgabe verloren geht, sodass das Navigationssystem den Zielort neu errechnen muss.

Dieser Umstand kann dazu führen, dass man die Werkstätte aufsuchen muss, um das Navigationssystem neu zu programmieren. Es ist nicht feststellbar, ob dieses Elektronikproblem am Fahrzeug des Klägers bereits behoben wurde oder noch immer besteht.

Der Kläger suchte im Herbst 2002 zur Durchführung des 60.000 km Services die Werkstätte der Firma Citroën F\*\*\*\*\* in Salzburg auf. Abgesehen vom durchzuführenden Service waren damals auch diverse Mängel am Fahrzeug gegeben. Es konnten jedoch nicht sämtliche Mängel behoben werden. Hierzu hätte das Fahrzeug zumindest eine Woche in der Werkstätte belassen werden müssen. Dem Kläger, der beruflich ein Leihauto mit Navigationssystem gebraucht hätte, konnte aber ein solches Leihauto nicht zur Verfügung gestellt werden. Der Kläger suchte die Firma Citroën F\*\*\*\*\* in Salzburg etwa 10 bis 15mal auf und gab immer wieder Mängel am Fahrzeug an.

Am 20. 10. 2003 wurde vom gerichtlich bestellten Sachverständigen DI Wolfgang H\*\*\*\*\* bei der Befundaufnahme Folgendes festgestellt:

„Die Türspalte an den A-, B- und C-Säulen sind nahezu ident. Die Türen schließen mit verhältnismäßig normalen Kraftaufwand. Die einzelnen Türspalten weisen keine auffällig größeren Unterschiede auf.

Der rechte vordere Scheinwerfer steht seitlich etwas über die Flanke des rechten Kotflügels hervor. Bei vergleichbaren Fahrzeugen ist das seitliche Vorstehen des Scheinwerfers in diesem Ausmaß nicht feststellbar. Dieser Mangel wäre nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand zu beheben (Schönheitsfehler).

Bei allen 4 Seitenscheibenrahmen befand sich zwischen den Seitenscheiben und den Dichtungen Kondenswasser.

Der Anschluss des Kotflügels zur A-Säule (vertikale Windschutzscheibeneinfassung) ist rechts und links ungleich. Dieser ungleiche Spalt ist allerdings auch bei den übrigen Fahrzeugen der ersten Serie gegeben. Die Spaltmaße der Motorhaube zu den beiden Kotflügeln sind nicht ganz ident, der Unterschied ist jedoch kaum sichtbar (Schönheitsfehler).

Das Spaltmaß des Kofferraumdeckels an der linken unteren Ecke ist kleiner als an den übrigen Stellen, insbesondere kleiner als im Bereich der rechten unteren Ecke. Dieses ungleiche Spaltmaß ist allerdings auch bei den übrigen Fahrzeugen der ersten Reihe gegeben. Der Schiebedachdeckel befindet sich nicht überall auf gleicher Höhe mit dem Dach, insbesondere im rechten vorderen Bereich sitzt das Schiebedach etwas tiefer als an den übrigen Stellen. Dieser Mangel ist wirtschaftlich nicht behebbbar.

Bei der am 20. 10. 2003 durchgeführten, etwa eine halbe Stunde dauernden Probefahrt konnten keine auffälligen Knarr- und Knistergeräusche im Inneren des Fahrzeuges festgestellt werden. Bei den durchgeführten Autobahnfahrten traten jedoch bei höherem Tempo im Fahrzeuginneren Windgeräusche auf, die allerdings auch bei anderen Fahrzeugen dieses Typs feststellbar sind.

Im Fahrbetrieb ohne Last ergibt sich beim Fahrzeug ein leichtes singendes Schwinggeräusch, wobei nicht feststellbar war, ob dieses vom Getriebe herrührt. Dieses

Geräusch stellt keinen mechanischen Mangel dar. Der Motor des Klagsfahrzeuges lief bei der Befundaufnahme etwas lauter und kerniger als bei einem Vergleichsfahrzeug derselben Type allerdings mit einer Laufleistung von lediglich 2.000 Kilometer. Die Motorplastikabdeckung war anlässlich der Befundaufnahme mit 4 Schrauben provisorisch befestigt.

Die Abdeckung der Nummerntafelbeleuchtung stand an den Rändern leicht vor bzw lag nicht plan am Heckdeckel an.

Die seitlichen Deckel, die die Ablagefächer im Kofferraum links und rechts verschließen sollen, stehen im oberen Bereich seitlich etwas über die Innenverkleidung vor und schließen somit im oberen hinteren Eckbereich dieser Ablagemöglichkeit nicht völlig ab (Schönheitsfehler). Es ist nicht nachvollziehbar, ob dieser Mangel bereits zum Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeuges gegeben war oder nicht. Ebenso wenig ist feststellbar, wann es dazu kam, dass der Dichtgummi der Heckklappe die beiden Innenverkleidungen zwischen Heckklappe und rückwärtigem Seitenfenster nicht umschließt, sodass das Ende dieser Innenverkleidungen seitlich über die beiden Heckklappengummi vorsteht.

Die Sicherheitsgurten rollen offensichtlich konstruktionsbedingt relativ langsam auf.

Die Abdeckleiste bei der Navigationshaube weist an der rechten Seite einen kaum sichtbar größeren Spalt auf als an der linken Seite". Der Kläger hat die Werkstätte der Beklagten zwecks Behebung von Mängeln fünf- bis sechsmal aufgesucht. Da er sich jedes Mal einen Termin reservieren lassen musste und ihm auf die Distanz zur Werkstätte der Beklagten zu weit war, suchte er nach diesen fünf- bis sechsmal andere Werkstätten auf, um aufgetretene Mängel beheben zu lassen.

Mit Schreiben vom 3. 1. 2003 forderte der Klagsvertreter die Nebenintervenientin unter Hinweis auf die infolge Mangelhaftigkeit berechnete Wandlung des Kaufvertrages auf, den bezahlten Kaufpreis zuzüglich frustrierter Kosten für den Servicevertrag und Kosten des Einschreitens des Klagsvertreter zu bezahlen und das Fahrzeug des Klägers zurückzunehmen.

Mit Schreiben vom 14. 1. 2004 forderte der Klagsvertreter den Beklagtenvertreter auf, entsprechend der Gewährleistungs- und Garantieverpflichtung sämtliche klagsgegenständlichen Mängel binnen einer Frist von 14 Tagen zu beheben, andernfalls von der Unbehebbarkeit der Mängel auszugehen und der Wandlungsanspruch gerechtfertigt wäre. Der Beklagtenvertreter forderte daraufhin mit Schreiben vom 20. 1. 2004 den Klagsvertreter auf, die Mängel genau zu bezeichnen und die Frist zur Behebung auf 4 Wochen zu erstrecken. Mit Schreiben vom 21. 1. 2004 lehnte der Klagsvertreter eine Fristverlängerung zur Mängelbehebung ab.

Dem Kläger sind Spesen in Form von Fahrtkosten und Telefonkosten dadurch aufgelaufen, dass er im Zusammenhang mit den von ihm gerügten und am Fahrzeug festgestellten Mängeln „unzählige Male" Citroën-Werkstätten aufgesucht hat.

Der Kläger bot schon im Zuge der ersten aufgetretenen Mängel an, sein Fahrzeug gegen ein typengleiches Fahrzeug auszutauschen. Dies lehnte die Beklagte ab. Der Kläger wäre auch an einem PS-stärkeren Fahrzeug mit Xenon-Licht interessiert gewesen, weil seines Wissens dieses andere Modell die an seinem Fahrzeug aufgetretenen Mängel nicht aufwies. Die

Beklagte lehnte jedoch auch diese Variante ab, ohne sich auf eine Verhandlung über einen Aufpreis einzulassen. Diesen Sachverhalt beurteilte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht dahin, dass zwar grundsätzlich das in Österreich und Deutschland geltende UN-K anzuwenden sei. Seine Anwendung könne aber gemäß Art 6 UN-K durch Parteienvereinbarung, etwa in wirksam gewordenen AGB, ausgeschlossen werden. Auch ein stillschweigender Ausschluss sei möglich. Als solcher sei die Vereinbarung eines vom Übereinkommen abweichenden Rechts sowie die Einbeziehung von AGB in den Vertrag zu werten, wenn diese erkennbar auf einem bestimmten nationalen Recht aufbauten. Auch die Vereinbarung einzelner Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung könne, insbesondere wenn sie zentrale Pflichten treffe, als deutlicher Hinweis auf einen auf Abbedingung gerichteten Willen betrachtet werden. Schließlich könne auch die Vereinbarung eines Gerichtsstandes für die Abbedingung des UN-K sprechen.

Der Kläger stützte sein Begehren trotz des deutschen Wohnsitzes auf österreichisches Recht (ohne UN-K) und behauptete, die Anwendung des UN-K sei dadurch ausgeschlossen worden, dass im Punkt XI. der AGB der Beklagten bestimmt sei, dass das HGB anzuwenden sei. Dies sei von der Beklagten und der Nebenintervenientin nur unsubstantiiert und „formal“ bestritten worden.

Unabhängig von diesem prozessualen Argument ergebe sich auch aus den Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten, dass die Parteien die Anwendung des Übereinkommens stillschweigend abbedungen hätten. Die Aussage des Klägers, dass die Anwendung des UN-K nicht ausgeschlossen worden sei, sage in diesem Zusammenhang nur aus, dass es keinen ausdrücklichen Ausschluss gebe, was ohnehin unstrittig sei. Die Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten stellten dadurch, dass die Gewährleistungsverpflichtung in wichtigen Punkten auf eigene Art und Weise geregelt werde, erkennbar auf das österreichische Recht abseits des UN-K ab. Durch die Bezugnahme auf das KSchG und auf die Bestimmungen des HGB werde auf ein bestimmtes nationales Recht, nämlich das österreichische abseits des UN-K abgestellt. Auch die umfangreichen Garantiebestimmungen und die Gerichtsstandsvereinbarung wiesen in diese Richtung. Letztlich sei zu bedenken, dass das UN-K auch nur teilweise ausgeschlossen werden könne, was in der Regel für einen Verweis auf akzeptierte AGB gelte. Die Streitparteien hätten daher jedenfalls die Anwendung des UN-K, soweit es die Gewährleistungsverpflichtungen der Beklagten betreffe, stillschweigend abbedungen, weshalb diese nach den seit 1. 1. 2002 geltenden Gewährleistungsbestimmungen des ABGB „respektive“ HGB bzw den in den Liefer- und Vertragsbedingungen enthaltenen vertraglichen Vereinbarungen abzuhandeln seien.

Ausgehend von den Bestimmungen des neuen § 932 ABGB stehe dem Kläger das Wandlungsrecht zu. Die Beklagte habe weder die Verbesserung noch den Austausch der mangelhaften Sache in angemessener Frist bewirkt; außerdem lägen - aus derzeitiger Sicht - unbehebbarer Mängel vor:

Immer noch gebe es Probleme mit dem flackernden Fahrlicht und der flackernden Instrumentenbeleuchtung und mit Ausfällen der Elektronik. Auch die Federung werde noch hart. Wenn es die Beklagte trotz laufender Mängelrügen und zahlreicher Verbesserungsversuche (auch durch die Nebenintervenientin) innerhalb eines Zeitraumes von 1 ½ Jahren nicht zustande bringe, die Mängel zu beheben, sei davon auszugehen, dass eine Verbesserung nicht möglich sei. Da die noch vorhandenen Mängel auch nicht geringfügig seien, stehe dem Kläger das Wandlungsrecht zu, weil die Beklagte den Austausch des PKWs verweigere. Zur Zug um Zug Leistung sei die Beklagte zu

verpflichten, weil der Kläger - obwohl eine diesbezügliche Einrede nicht erhoben worden sei - von sich aus die Fahrzeugrückgabe Zug um Zug gegen Rückerstattung des Kaufpreises angeboten habe.

Darüber hinaus sei der Kläger nach § 933a ABGB berechtigt, Schadenersatz zu begehren. Aus dem Umstand, dass das Fahrzeug nach wie vor mangelhaft sei, ergebe sich, dass die Beklagte dem Kaufvertrag nicht entsprochen habe. Sie hätte zu beweisen gehabt, dass sie daran kein Verschulden treffe. Dass sie die Mängel nicht verschuldet habe, habe sie jedoch gar nicht behauptet. Der als Ersatz für den Schaden durch die Fahrt- und Telefonkosten im Zusammenhang mit den zahlreichen Werkstättenbesuchen begehrte Betrag sei nach § 273 ZPO mit EUR 1.000 auszumitteln. Aufgrund der Wandlung des Kaufvertrages sei dem Kläger auch dadurch ein Schaden entstanden, dass er die mit der Beklagten für zwei Jahre vereinbarte kostenlose Serviceleistung nicht mehr weiter in Anspruch nehmen könne. Ausgehend davon, dass bei zunehmender Kilometerleistung und zunehmendem Alter des Fahrzeuges die Serviceleistungen und die zu ersetzenden Verschleißteile zunehmen, sei der hinfällig gewordene Wert der Servicevereinbarung gemäß § 273 ZPO mit EUR 3.000 zu bewerten (Anm: also um EUR 1.000 weniger als begehrt). Damit ergebe sich ein Zuspruch von EUR 26.353.

Mangels Einwendung einer Gegenforderung aus dem Titel Benutzungsentgelt könne eine solche nicht berücksichtigt werden. Der einfache Nebenintervenient sei nicht berechtigt, eine der Beklagten zustehende Gegenforderung einzuwenden.

Das Berufungsgericht gab den (erkennbar) gegen den klagestattgebenden Teil dieses Urteils erhobenen Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin Folge. Es änderte das Ersturteil im Umfang des Zuspruches von EUR 3.000 samt 4 % Zinsen seit 21. 5. 2003 dahin ab, dass es das Klagebegehren einschließlich der unangefochten gebliebenen Teilabweisung mit Teilurteil im Umfang von EUR 4.000 samt 4 % Zinsen ab 8. 3. 2003 und 4 % Zinsen aus EUR 26.353 vom 8. 3. 2003 bis 20. 5. 2003 abwies, während es das Ersturteil im Übrigen - unter Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht - aufhob. Es erachtete die Tatsachen- und Beweisrügen der Berufungswerber als nicht berechtigt und legte seiner Beurteilung die wiedergegebenen Feststellungen des Erstgerichts als unbedenklich zugrunde. Zur Rechtsrüge führte es zusammengefasst aus:

Dass der PKW-Kaufvertrag die objektiven Anwendungsvoraussetzungen des UN-K erfülle, werde im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt. Während der Kläger jedoch weiterhin die Auffassung vertrete, dass das UN-K abbedungen worden sei, wendeten sich die Beklagte und die Nebenintervenientin dagegen, dass die Parteien die Anwendung des Übereinkommens zumindest soweit es die Gewährleistungspflicht der Beklagten betreffe, stillschweigend ausgeschlossen hätten. Für die Prüfung dieser Frage komme es auf den wirklichen und nicht auf den hypothetischen Parteiwillen an. Aus den „rudimentären“ Bestimmungen zur Gewährleistung in den AGB der Beklagten könne nicht auf einen diesbezüglichen Willen der Parteien geschlossen werden. Es liege in der Natur der Sache, dass die vereinbarten Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten als österreichischer KFZ-Händlerin primär auf österreichisches Recht abstellten. Für den Ausnahmefall, dass der Erwerber ein Nichtösterreicher sei, werde darin keine Regelung getroffen. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass (zumindest) die Beklagte bei einem Vertragsabschluss mit einem Nichtösterreicher das UN-K nicht hätten angewendet haben wollen. Nach Punkt XI. des Kaufvertrages seien für Kaufleute die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden. Der Kläger als KFZ-Sachverständiger sei zwar Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG, aber nicht Kaufmann nach dem HGB. Garantiezusagen seien sowohl nach

UN-Kaufrecht als auch nach dem AGB möglich, weshalb auch die umfangreichen Garantiebestimmungen, die im KFZ-Bereich geradezu Standard seien, kein Hinweis darauf seien, dass der seinerzeitige Geschäftswille auf die Abbedingung des UN-K gerichtet gewesen sei. Weil das UN-K auf Konsumentenkäufe ohnehin nicht anwendbar sei, könne diese Regelung für die Frage seiner Anwendbarkeit nur insoweit von Bedeutung sein, als darin festgelegt sei, dass bei Kaufverträgen mit Kaufleuten die „gewährleistungsrechtliche Bestimmungen des HGB“ anzuwenden seien. Ein übereinstimmender Parteiwille dahin, dass trotz der ausdrücklichen Beziehung auf Kaufleute diese Vertragsbedingung auch für Kaufverträge mit Unternehmern, die - wie der Kläger - nicht Kaufleute im Sinne des HGB seien, gelten sollte, sei im Beweisverfahren nicht nachgewiesen worden, weil feststehe, dass über den Ausschluss eines Rechtes überhaupt nicht gesprochen worden sei und der Wortlaut der Klausel eindeutig dagegenspreche. Auch eine objektive Auslegung verbiete ein Verständnis in dem vom Kläger gewünschten Sinn. Der klare Wortlaut des Vertragspunktes spreche dagegen, dass ein vernünftiger Käufer ihn dahin aufgefasst hätte, dass die Gewährleistungsbestimmungen des HGB auch auf Nichtkaufleute angewendet werden sollten. Es ergäben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel (auch) auf einen ausländischen Vertragspartner abstelle, weil nicht einmal eindeutig klargestellt werde, welches nationale Sachrecht bestimmt werden sollte. Ein schlüssiger Ausschluss des UN-K durch die Parteien komme vor diesem Hintergrund nicht in Frage, weshalb auf den Sachverhalt das UN-K anzuwenden sei.

Der Kläger mache primär einen Anspruch auf Vertragsaufhebung, hilfsweise Ansprüche auf Schadenersatz und Preisminderung geltend. Alle diese Ansprüche seien von der von der Beklagten übernommenen Tauglichkeitsgarantie nicht umfasst, da sie nur einen Anspruch auf Instandsetzung oder Austausch schadhafter Teile vorsehe. Die vereinbarte Garantie könne daher die Ansprüche des Klägers nicht stützen. Das bedeute, dass die Beklagte nach Art 36 Abs 1 UN-K nur für jene Vertragswidrigkeiten einzustehen habe, die zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges, der sich in dem für den Kläger günstigsten Fall nach Art 69 UN-K nach dem Zeitpunkt der Übernahme der Ware durch ihn bestimme, vorhanden gewesen seien. Im vorliegenden Fall sei die Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger im Mai 2002 erfolgt. Demgemäß schieden Ansprüche des Klägers aus den im Winter 2002/2003 aufgetretenen Rissen an den Türen im Bereich des Überganges zum Türblatt schon deshalb aus, weil sie erst nach dem Gefahrenübergang aufgetreten seien.

Hinsichtlich des Mangels, der dazu geführt habe, dass sich die Türen bei höheren Außentemperaturen nicht öffnen ließen, sowie hinsichtlich der weiteren Mängel, die etwa Mitte Juni 2002 gegenüber der Nebeninterventientin gerügt worden seien, scheiterten sämtliche Ansprüche daran, dass die Mängelrüge nicht gegenüber der beklagten Verkäuferin erklärt worden sei. Dass die Nebeninterventientin oder andere Citroën-Händler, denen gegenüber der Kläger diese Mängel gerügt habe, für den Empfang der Mängelrüge zuständig gewesen sei, habe der Kläger, der die ordnungsgemäße Rüge darzulegen und nachzuweisen habe, nicht behauptet. Damit seien Ansprüche aus den erörterten Mängeln schon jetzt abschließend zu verneinen.

Hinsichtlich der Mängel: Flackern des Scheinwerferlichtes, Hartwerden der hydropneumatischen Federung, Totalausfall der Elektronik sei hingegen davon auszugehen, dass sie im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges zumindest latent vorhanden gewesen seien, weil sie sehr bald nach der Übergabe an den Kläger aufgetreten seien. Dies gelte auch für die Mängel, die der Sachverständige DI H\*\*\*\*\* bei der Befundaufnahme am 20. 10. 2003 festgestellt habe. Bezüglich dieser Mängel ergebe sich aus den erstgerichtlichen Feststellungen zwar nichts Verlässliches darüber, ob sie zum Zeitpunkt des Schlusses der

mündlichen Verhandlung erster Instanz noch vorhanden gewesen seien. Das sei für die Beurteilung, ob eine wesentliche Vertragsverletzung vorliege, aber nicht weiter relevant, weil es sich bei diesen Mängeln insgesamt nur um geringfügige Mängel (im Wesentlichen Schönheitsfehler) handle, die eine Vertragsaufhebung nicht rechtfertigen könnten.

Hinsichtlich der anderen noch vorhandenen Mängel sei davon auszugehen, dass sie die Interessen des Klägers objektiv beeinträchtigten.

Eine weitere Verwendung des Fahrzeuges mit den Mängeln könne insbesondere angesichts der Gefahr für die Sicherheit der Insassen nicht erwartet werden. Es könne auch nicht verlangt werden, dass das mit Sicherheitsmängeln behaftete Fahrzeug weiterveräußert werde um so die Vertragsaufhebung zu verhindern. Daher sei davon auszugehen, dass die genannten Mängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellten, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Aufhebung des Vertrages nach Art 49 UN-K rechtfertigen könnten.

Die Nebenintervenientin, die bereits im Verfahren erster Instanz behauptet habe, dass der Kläger allfällige Ansprüche nach dem UN-K verwirkt habe, weil er das Fahrzeug in Kenntnis der Mängel weiterbenutzt habe, halte dem Aufhebungsbegehren in der Berufung (ausdrücklich) Art 82 UN-K entgegen, wonach die Weiternutzung des Fahrzeuges ab Kenntnis der Mängel die Aufhebung des Vertrages ausschließe.

Hinsichtlich der Mängel, die eine wesentliche Vertragsverletzung begründeten, sei davon auszugehen, dass sie vom Kläger relativ bald nach der Übernahme des Fahrzeuges im Mai 2002 entdeckt worden seien. Mängel an der Elektronik habe er nach den Feststellungen bereits etwa Mitte Juni 2002 gerügt. Das Flackern des Lichtes sei ebenfalls schon relativ bald nach der Auslieferung des Fahrzeuges aufgetreten. Das Problem mit der hydropneumatischen Federung habe der Kläger, gleich wie die beiden anderen Mängel, in seinem Schreiben vom 18. 9. 2002 erwähnt. Damit sei klagestellt, dass auch dieser Mangel, gleich wie die beiden anderen Mängel, dem Kläger bereits in den ersten Monaten nach der Übernahme des Fahrzeuges bekannt gewesen seien. Die Vertragsaufhebung sei wirksam erst durch die Erhebung der Klage und somit am 20. 5. 2003 erklärt worden. Auch wenn der exakte Kilometerstand für diesen Zeitpunkt nicht feststehe, sei angesichts des Umstandes, dass die Mängel sehr bald nach der Auslieferung des Fahrzeuges vom Kläger erkannt und auch gerügt worden seien und das Fahrzeug im September 2003 112.000 km aufgewiesen habe, unzweifelhaft davon auszugehen, dass der Kläger in der Zeit zwischen dem Entdecken der Mängel und der Erhebung der Klage sein Fahrzeug weiterbenutzt habe. Demgemäß komme ihm die im Art 82 Abs 2 UN-K enthaltene Ausnahme vom Grundsatz der unversehrten Rückgabe nicht zugute. Weil es ihm nicht mehr möglich sei, das Fahrzeug in neuwertigem Zustand, in dem er es erhalten habe, zurückzustellen, habe er ein allfälliges Vertragsaufhebungsrecht trotz der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung verloren.

Der Kläger habe sein Zahlungsbegehren aber auch auf Schadenersatz gestützt. Erfülle der Verkäufer eine seiner aus dem Vertrag oder aus dem UN-K folgenden Pflichten nicht, gewähre Art 45 Abs 1 lit b UN-K dem vertragstreuen Käufer das Recht, Schadenersatz nach Art 74 bis 77 UN-K zu verlangen. Im Falle des Aufrechterhaltens des Vertrages könne der Käufer bei Lieferung mangelhafter Ware den Mangelminderwert der Ware als Nichterfüllungsschaden im engeren Sinn begehren. Die Beklagte habe daher für den durch die noch vorhandenen Mängel verursachten Minderwert des Fahrzeuges des Klägers aus dem Titel Schadenersatz einzustehen und damit auch für die vom Erstgericht zugesprochenen Kosten von EUR 1.000 für Telefon- und Fahrtkosten im Zusammenhang

mit den unzähligen Mängelbehebungsversuchen in verschiedenen Citroën-Werkstätten, deren Höhe in keiner der Berufungen in Frage gestellt worden sei. Allerdings sei auch für die Berechtigung eines Schadenersatzanspruches Voraussetzung, dass der Kläger die Mängel im Sinne des Art 39 UN-K ordnungsgemäß gerügt habe. Die Beklagte habe im Verfahren erster Instanz jedoch behauptet, dass der Kläger die meisten Mängel nicht gegenüber der Beklagten, sondern gegenüber anderen Citroën-Werkstätten, die er im Rahmen der von der Nebenintervenientin gewährten österreichweiten Garantie aufgesucht habe, gerügt habe. Ob und hinsichtlich welcher noch vorhandener Mängel dies zutrefte, ergebe sich aus dem angefochtenen Urteil nicht, was zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles führe. Hinsichtlich der Mängel, die der Sachverständige DI H\*\*\*\*\* bei der Befundaufnahme am 20. 10. 2003 erhoben habe, ergebe sich auch nicht mit der erforderlichen Sicherheit, ob sie noch vorhanden seien. Daher leide das erstinstanzliche Urteil auch insoweit an einem Feststellungsmangel, der im fortgesetzten Verfahren zu beheben sein werde.

Der vom Erstgericht zugesprochene Betrag von EUR 3.000 für entgangene Serviceleistung aufgrund der „Wandlung des Kaufvertrages“ sei hingegen - ausgehend davon, dass das Berufungsgericht das Recht auf Vertragsaufhebung verneine - nicht berechtigt. In diesem Umfang sei das erstinstanzliche Urteil daher abzuändern.

Da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur relevanten Frage der unversehrten Rückgabe nach Art 82 UN-K nicht habe aufgefunden werden können, sei die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen.

Gegen das Teilurteil und gegen den aufhebenden Teil der Berufungsentscheidung richten sich die Revision und der Rekurs des Klägers jeweils wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit den Anträgen, die angefochtenen Entscheidungen im klagestattgebenden Sinne abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte beantragt, der Revision und dem Rekurs nicht Folge zu geben. Dies begehrt - in eventu - auch die Nebenintervenientin, die jedoch primär den Antrag stellt, die gegnerischen Rechtsmittel zurückzuweisen.

Sowohl die Revision als auch der Rekurs sind zulässig und teilweise auch berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rechtsmittelwerber, der die Revision und den Rekurs gemeinsam ausführt, wendet sich vor allem dagegen, dass das Berufungsgericht Art 82 UN-K berücksichtigt und das Wandlungsbegehren - gestützt auf diese Bestimmung - als nicht berechtigt beurteilt hat. Ein Vorbringen dahin, dass der Kläger sein Wandlungsrecht verloren habe, weil die Voraussetzungen des Art 82 UN-K erfüllt seien, habe die Nebenintervenientin nämlich - dem Neuerungsverbot widersprechend - erst in der Berufung erstattet. In erster Instanz habe sie lediglich vorgebracht, „bei Anwendung von UN-K sei festzustellen, dass der Kläger in Kenntnis des Mangels das Fahrzeug weiterbenützt habe, sodass er allfällige Ansprüche nach UN-K verwirkt habe“. Auf Art 82 UN-K sei daher keine Rücksicht zu nehmen.

Diesen Ausführungen kommt im Ergebnis Berechtigung zu, weil die Bestimmungen des UN-K über die Gewährleistung auf den hier zu beurteilenden Neuwagenkauf schon aus folgenden Überlegungen nicht anzuwenden sind:

Wie das Berufungsgericht selbst festhält, kann das UN-K auch stillschweigend ausgeschlossen sein, wenn die diesbezügliche Absicht unzweideutig zum Ausdruck kommt. Das ist - wie schon die Vorinstanzen zutreffend aufzeigten - etwa dann der Fall, wenn sie das

Recht eines Vertragsstaates wählen und dabei das anwendbare nationale Sachrecht (zB Recht des BGB oder Codice civile) bestimmen oder das Recht eines Vertragsstaates insoweit wählen, als es von einem anderen Recht eines Vertragsstaates abweicht (Siehr in H. Honsell, Komm zum UN-K Art 6 Rn 6). Ob die Wahl des Rechts eines Vertragsstaates zum Ausschluss des UN-K führt, hängt also davon ab, ob die Parteien auf das unvereinheitlichte Recht dieses Staates abgestellt haben oder nicht. Eine Bezugnahme auf das unvereinheitlichte Recht („Der Vertrag unterliegt dem Kaufrecht des BGB“) kann daher durchaus als Ausschluss bewertet werden (Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer<sup>4</sup>, Komm zum Einheitlichen UN-K [2004], Art 6 Rn 21 mwN aus der Rechtsprechung). Eine derartige Abwahl des UN-K, die grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich ist, sofern sie - wie hier - wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind (Schlechtriem, Internationales UN-K3 [2005] Rn 21 f) ist in der Bezugnahme des Punktes XI. 1. der vom Kläger akzeptierten Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten auf das unvereinheitlichte Recht des Vertragsstaates Österreich zu erblicken: Stellt doch diese Klausel für Verbraucher im Sinn des KSchG ausdrücklich auf die „hiefür bestehenden Vorschriften“ und für Kaufleute auf die „Bestimmungen des HGB“, also auf österreichisches Sachrecht ab.

Der gegenteiligen, dem Standpunkt der Beklagten folgenden Beurteilung des Berufungsgerichtes, es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass (zumindest) die Beklagte bei einem Vertragsabschluss mit einem Nichtösterreicher das UN-K nicht angewendet haben wollte, weil nicht einmal eindeutig klargelegt werde, welches nationale Sachrecht bestimmt werden sollte, kann daher nicht beigetreten werden. Selbst wenn man davon ausgeht, die zitierte Klausel lege - wie die Berufungsentscheidung meint - nahe, dass eine Konstellation wie die vorliegende (der Fahrzeugkäufer ist weder Kaufmann noch Verbraucher, sondern freiberuflicher Unternehmer) nicht bedacht worden sei (vgl dazu jedoch die inzwischen [mit Inkrafttreten des HaRÄG zum 1. 1. 2007] erfolgte Einbeziehung der Freiberufler in den Unternehmerbegriff des § 1 UGB [Dehn in Krejci, Reform-Komm UGB/ABGB, § 1 UGB Rz 40 und 61]), muss diese Vertragsbestimmung nämlich schon nach ihrem Wortlaut im Sinne der Auslegung des Erstgerichtes verstanden werden. Es hat zutreffend erkannt, dass mit der Bezugnahme auf das KSchG und auf die Bestimmungen des HGB auf ein bestimmtes nationales Recht, nämlich das österreichische abseits des UN-K abgestellt wird, was - wie bereits ausgeführt - als Ausschluss des UN-K (jedenfalls im Bereich der Gewährleistung) bewertet werden muss. Die Ansprüche des Klägers sind daher nach österreichischem Gewährleistungsrecht zu beurteilen, und zwar in der Fassung des GewRÄG (BGBl I 2001/48), weil der Kaufvertrag nach dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurde.

Demnach kann der Übernehmer die „primären“ Gewährleistungsbehelfe (also die Verbesserung oder den Austausch) überhaupt ablehnen und die „sekundären“, nämlich Preisminderung oder - wenn es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt (§ 932 Abs 4 ABGB) - Wandlung begehren, wenn der Übergeber die Verbesserung (den Austausch) verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

Zur hier angestrebten Wandlung bei einem Autokauf hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass es dann, wenn ein Käufer ein besonderes Interesse an einer bestimmten Eigenschaft des Fahrzeuges (wie etwa am Funktionieren des im Neuwagen des Klägers eingebauten Navigationssystems) deutlich gemacht hat, nicht angeht, bei der Beurteilung, ob das Fehlen gerade dieser Eigenschaft einen nicht geringfügigen Mangel darstellt, die für den Käufer klar erkennbare Einstellung des Käufers unberücksichtigt zu lassen. Ein derartiger Mangel ist daher jedenfalls nicht als geringfügig im Sinn des § 932 ABGB anzusehen, sondern berechtigt den Kläger, wenn die Beklagte das Fahrzeug nicht in bedungenem

Zustand übergeben und ihn - wie hier - auch nach mehreren Verbesserungsversuchen nicht hergestellt hat, zur Wandlung (7 Ob 239/05f = JBI 2006, 585 mwN = ecolex 2006, 562 [Wilhelm], RIS-Jusitz RS0018718; P. Bydliniski in KBB<sup>2</sup> § 932 ABGB Rz 19 mwN aus der aktuellen Rsp).

Dass der Kläger der Beklagten zunächst (auch) mehrmals die Chance zur Verbesserung gab, kann nicht dazu führen, wegen der sich für die Beklagte dadurch jetzt ergebenden größeren Nachteile die Vertragsaufhebung nun abzulehnen (7 Ob 194/05p [im Zusammenhang mit einem Neuwagenkauf]). Es entspricht vielmehr der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass für die Interessenabwägung bei (berechtigtem) Wandlungsbegehren nach § 932 Abs 4 ABGB nur jener Wertverlust zu berücksichtigen ist, der bis zu dem Zeitpunkt entstanden ist, zu dem der Kläger infolge der Ablehnung der primären Gewährleistungsbehelfe (Austausch, Verbesserung) Wandlung begehrt hat. Es geht nicht an, dass sich ein Verkäufer, der den Austausch bzw die Verbesserung verweigert, worauf über das Wandlungsbegehren ein umfangreiches Verfahren durchgeführt werden muss, auch auf den weiteren seit Erhebung des Wandlungsbegehrens eingetretenen Wertverlust berufen könnte (8 Ob 63/05f [ebenfalls im Zusammenhang mit einem Neuwagenkauf]; zustimmend Bollenberger, Erste Judikatur zur „neuen Gewährleistung“ - geringfügige Mängel beim Autokauf, Zak 2005, 23 [25]).

Der Oberste Gerichtshof hat auch bereits (in einem Verfahren über eine Verbandsklage [§ 28 KSchG]) ausgesprochen, dass für ein etwa reklamiertes Benützungsentgelt nichts anderes gelten kann und dass die Verwendung einer Vertragsklausel, wonach das Benützungsentgelt bis zur Rückstellung (und nicht bloß bis zum - berechtigten - Wandlungsbegehren eines somit redlichen Besitzers) zustehen soll, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern unzulässig ist (2 Ob 142/06f = JBI 2007, 385).

Im vorliegenden Fall steht dazu fest, dass die Beklagte, als ihr der Kläger schon beim Auftreten der ersten Mängel (also „bald“ nach Auslieferung des Fahrzeuges im Mai 2002, als sich der - trotz vieler Verbesserungsversuche bisher nicht behebbare - Mangel des Flackerns im Scheinwerferlicht zeigte) anbot, sein Fahrzeug gegen ein typengleiches Fahrzeug auszutauschen, dies sogleich ablehnte, ohne sich auf eine Verhandlung (über einen allfälligen Aufpreis für ein PS-stärkeres Modell, bei dem diese Mängel angeblich nicht auftraten) einzulassen. Dies obwohl der Beklagten bekannt war, dass es bei diesem Fahrzeug - offenbar ausgelöst durch Stromschwankungen - dazu kommt, dass das Navigationssystem in seiner Anzeige schlechter wird oder dass die Zielvorgabe verloren geht, sodass das Navigationssystem den Zielort neu errechnen muss, wobei dieser Umstand dazu führen kann, dass man die Werkstätte aufsuchen muss, um das Navigationssystem neu zu programmieren.

Außerdem lagen - von der in dritter Instanz nicht mehr angreifbaren Tatsachengrundlage ausgehend - zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz (trotz zahlreicher Mängelbehebungsversuche nicht nur der Beklagten und der Nebenintervenientin, sondern auch anderer Citroën-Vertragshändler) noch folgende Mängel vor, die sehr bald nach der Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger aufgetreten und als im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bereits vorhanden zu qualifizieren sind:

Flackern des Scheinwerferlichtes, Hartwerden der hydropneumatischen Federung und der nach wie vor als vorhanden geltende, für den Totalausfall der Elektronik verantwortliche Mangel, zu dessen Behebung eine negative Feststellung getroffen wurde. Diese Mängel traten immer wieder plötzlich auf, wodurch nicht nur das Fahrzeug „unverlässlich“, sondern auch die Sicherheit der Insassen beeinträchtigt wurde.

Nach den dargestellten Grundsätzen kann schon aufgrund dieser Feststellungen nicht bezweifelt werden, dass - wie bereits das Erstgericht erkannte - dem infolge Wandlung des Kaufvertrages erhobenen Begehren auf Rückerstattung des Kaufpreises wegen des von

Anfang an verweigerten Austausches des PKWs und der nach wie vor vorhandenen Mängel, die nicht geringfügig sind, Berechtigung zukommt; entgegen dem Standpunkt der Beklagten kann von einem schlüssigen Verzicht auf die Wandlung nämlich keine Rede sein:

Kommt doch der Weiternutzung der Sache trotz Ausübung des Wandlungsrechts allein noch nicht eine solche Bedeutung zu (RIS-Justiz RS0014252). Auch die Beurteilung, ob auf Wandlung verzichtet wurde, hat nach den Grundsätzen des § 863 ABGB zu erfolgen (RIS-Justiz RS0014263). Ein schlüssiger Verzicht nach dieser Bestimmung darf aber nur dann angenommen werden, wenn das Verhalten bei Berücksichtigung aller Umstände keinen Zweifel an seiner Bedeutung offen lässt. Es ist also ein strenger Maßstab anzulegen und besondere Vorsicht geboten. Vor allem bei Unentgeltlichkeit (s auch § 915 ABGB) müssen daher besondere Umstände vorliegen, die auf einen ernststen Rechtsfolgewillen hinweisen (Bollenberger in KBB<sup>2</sup>, § 863 ABGB, Rz 7; Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 863 ABGB Rz 14 je mwN; RIS-Justiz RS0014190; RS0014245; 4 Ob 124/06y). Solche sind hier nicht zu erkennen, weil der Kläger von Anfang klargestellt hat, dass er daran interessiert sei, das gekaufte Fahrzeug wieder loszuwerden.

§ 933a Abs 1 ABGB schreibt als *lex specialis*, die den §§ 1295 ff ABGB vorgeht, den in jüngerer Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der vollen Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz explizit im Gesetz fest (arg: „auch“); damit wird klargestellt, dass der Übernehmer wegen der vom Übergeber verschuldeten (= schuldhaft nicht vor Übergabe beseitigten) Mängel auch Anspruch auf Schadenersatz hat (Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, § 933a ABGB Rz 6; Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 176; P. Bydlinski in KBB<sup>2</sup> § 933a ABGB Rz 1 f). Demgemäß sind Geldersatzansprüche - auch neben dem Recht auf Wandlung eines Kaufvertrages keineswegs ausgeschlossen (Faber aaO, 185; Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung, 40 f [zur Wandlung nach der - insoweit unveränderten - alten Rechtslage]). Der Kläger ist daher nicht nur berechtigt, den Kaufpreis bereicherungsrechtlich (aufgrund schuldrechtlicher Rückwirkung des Vertragswegfalles infolge Wandlung [Welser/Jud, aaO § 932 ABGB Rz 42]) rückzufordern (§ 1435 ABGB; RIS-Justiz RS0086350 Faber aaO, 147), sondern auch den Ersatz von Mangelschäden und von (durch § 933a Abs 2 ABGB nicht betroffenen [P. Bydlinski aaO § 933a Rz 10]) Mangelfolgeschäden zu begehren (Faber aaO, 185 [wo etwa ein nicht erzielter Veräußerungsgewinn ausdrücklich als Beispiel für einen Geldersatzanspruch, der auch neben der Wandlung nicht ausgeschlossen ist, angeführt wird]).

Die Höhe des vom Kläger unter diesem Titel begehrten Pauschalbetrages von EUR 1.000 an durch die erfolglosen Verbesserungsversuche entstandenen Unkosten (Fahrkosten, Verdienstentgang, Telefonate) und an höheren Benzinkosten durch geringere Motorleistung (Treibstoffverbrauch zwischen 12 und 14 Liter auf 100 km über ein Jahr) hat das Erstgericht (von den Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin unbekämpft) gemäß § 273 ZPO festgesetzt. Es hat dazu - zutreffend - ausgeführt, dass die Beklagte mangelndes Verschulden an der (positiven) Vertragsverletzung, die dieser Schadenersatzforderung zugrundeliegt (Koziol/Welser<sup>13</sup> II 87 f) nicht bewiesen hat; genügt doch in diesem Zusammenhang, dass die mangelhafte Erfüllung feststeht, wobei § 924 ABGB zur Anwendung kommt (P. Bydlinski aaO § 933a Rz 14 mwN).

Nicht erfüllt sind die wiedergegebenen Voraussetzungen eines Ersatzanspruches neben dem Recht auf Wandlung des Kaufvertrages hingegen in Bezug auf den - nach rechtskräftiger Teilabweisung durch das Ersturteil - restlichen Ersatzbetrag von EUR 3.000, den der Kläger begehrt, weil er mit der Beklagten vereinbarte, dass in den ersten „drei“ (nach den Feststellungen: zwei) Jahren sämtliche Servicearbeiten kostenlos seien und auch Verschleißteile kostenlos ausgetauscht würden, was für ihn einen (in der Klage mit EUR 4.000 festgesetzten) Wert darstelle, der ihm infolge Wandlung ebenfalls entgehe:

Die Leistungen der Beklagten aufgrund des gleichzeitig mit dem Fahrzeugkauf abgeschlossenen Servicevertrages (mit der Verpflichtung, Servicearbeiten und den Austausch von Verschleißteilen des Fahrzeuges in den ersten beiden Jahren nach der Auslieferung ohne Kilometerbegrenzung kostenlos durchzuführen) hat der Kläger nämlich letztlich ebenfalls mit dem Kaufpreis bezahlt. Demgemäß deckt aber dessen Rückzahlung im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung infolge Wandlung des Kaufvertrages auch die Ansprüche des Klägers aus den noch nicht konsumierten Serviceleistungen ab. Dem daraus abgeleiteten Ersatzbegehren steht daher schon das schadenersatzrechtliche Bereicherungsverbot entgegen. Aus diesem Titel sind dem Kläger daher EUR 1.000 sA im Sinne einer teilweisen Wiederherstellung des klagestattgebenden Ersturteiles zuzusprechen; das den darüber hinausgehenden Ersatzbetrag (EUR 4.000 sA einschließlich der bereits rechtskräftigen Teilabweisung durch das Ersturteil) abweisende Teilurteil des Berufungsgerichtes ist hingegen zu bestätigen.

Grundsätzlich berechtigt ist aber auch der bereits in erster Instanz - wenn auch nur von der Nebenintervenientin erhobene - Einwand, dass sich der Kläger, auch wenn der Wandlungsanspruch berechtigt sei, „die bisherige Nutzung des Fahrzeuges anrechnen lassen müsse“:

Hat der Übernehmer einer mangelhaften Sache diese bis zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten verwendet und dadurch immerhin einen gewissen Nutzen erlangt (was hier - schon angesichts der unstrittig erzielten Kilometerleistung [112.000] - jedenfalls nicht gänzlich auszuschließen ist), dann stellt sich die Frage, ob ihm dieser Nutzen angerechnet werden kann. Das GewRÄG hat diese Frage nicht aufgegriffen; auch die Materialien äußern sich dazu nicht. Nach Faber (Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 149) ist dabei der Fall der Wandlung unproblematisch im Sinne der Verbrauchsgüterkauf-RL: Der Vertrag wird mit schuldrechtlicher Wirkung ex tunc aufgehoben, sodass neben den beiden Leistungen auch sonstige Vorteile bereicherungsrechtlich auszugleichen sind und der Übernehmer für den zwischenzeitlich erlangten Gebrauchsnutzen insbesondere ein Benützungsentgelt zu leisten hat, wobei es nach der RL auch zulässig wäre, eine etwaige durch die Benützung eingetretene Wertminderung auszugleichen (Faber aaO mwN zu FN 235). Der Oberste Gerichtshof hat in diesem Sinne bereits ausgesprochen, dass derjenige, der mit seinem Wandlungsbegehren durchdringt, gemäß § 877 ABGB alles zurückstellen muss, was er aus dem Vertrag zu seinem Vorteil erhalten hat, und dass sich die Rechtsfolgen im Einzelnen nach allgemeinem Bereicherungsrecht richten (Rummel in Rummel<sup>3</sup> § 877 ABGB Rz 5 mwN; RIS-Justiz RS0016328). Der Benützer hat ein dem verschafften Nutzen angemessenes Entgelt zu entrichten (RIS-Justiz RS0019850), wobei der redliche Benützer dabei jenen Vorteil zu vergüten hat, der ihm nach seinen subjektiven Verhältnissen entstanden ist (RIS-Justiz RS0019883 [T10]; RS0020150 [T1]; zu allem:

4 Ob 286/04v).

Zur Bemessung der Höhe des angemessenen Benützungsentgelts bei der Sachnutzung wurde bereits in der Entscheidung 5 Ob 575/85 = SZ 58/138 (im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Kfz) ausgesprochen, dass dabei nicht auf den ortsüblichen Mietzins abzustellen sei, sondern auf den Aufwand, den der Käufer hätte tätigen müssen, um sich den Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen PKWs durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch zu verschaffen. Diese Rechtsansicht hielt der Oberste Gerichtshof im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Radlader (9 Ob 712/91 = JBl 1992, 247) und über ein Reitpferd nach erfolgreicher

Irrtumsanfechtung durch die Käuferin (1 Ob 516/92 = JBl 1992, 456)

aufrecht (3 Ob 550/95 = SZ 68/116).

Im Fall des Radladers ging der Oberste Gerichtshof bei Ermittlung des im Gebrauch liegenden Vorteiles (des Gebrauchsnutzens) von der durchschnittlichen Nutzungsdauer eines solchen Gerätes aus, berücksichtigte dabei aber, dass, wer sich den Gebrauchsnutzen durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch verschaffe, auch die relativ hohen Kapitalzinsen tragen müsse; im Fall des Reitpferdes folgte er bei Ermittlung des Gebrauchsnutzens allerdings der Lehre von Honsell (in Schwimann<sup>3</sup> § 1437 ABGB Rz 12), dass dem Käufer, der die Rückabwicklung nicht zu vertreten habe, durch Auferlegung eines Benützungsentgeltes nicht die Wertminderung aufgebürdet werden dürfe, die die Sache durch den Verlust der Neuheit erleide. Die Frage des Gebrauchsvorteils sei in solchen Fällen daher besonders sorgfältig zu prüfen. Diese Rechtsansicht führte dazu, dass für die Käuferin, die während des Anfechtungsverfahrens ohnehin ein zweites Reitpferd zur Verfügung hatte, das sie ohne Prozessführung sonst abgegeben hätte, der herauszugebende Nutzen (subjektive Vorteil) nur in einem kleinen Zeitraum entstand, in dem sie das Pferd bereiten ließ und dafür 50 % der Einstellgebühr erhielt.

Der letztgenannten Entscheidung hat sich auch der 3. Senat ausdrücklich angeschlossen und dies unter anderem damit begründet, dass durch Bemessung der Höhe der Bereicherung nach der Wertminderung, die das Gut dessen erleide, der den Rücktrittsgrund zu vertreten habe, „nicht der Gebrauchsnutzen des Bereicherten abgeschöpft, sondern der Vermögensnachteil des vertragswidrig handelnden Verkäufers ausgeglichen würde“ (3 Ob 550/95 = SZ 68/116 = eclex 1996, 14 [Wilhelm]).

Unter Hinweis auf diese Entscheidung vertritt auch Koziol (in KBB<sup>2</sup> § 1437 ABGB Rz 4) die Auffassung, wenn der Bereicherte - wie hier - eine eigene Sache benutzen wollte, liege der Vorteil in der Ersparnis der Abnutzung der eigenen Sache; von Vermietern regelmäßig einkalkulierte Generalunkosten und Gewinne blieben daher außer Betracht. Nach 4 Ob 286/04v könne der Gebrauchsvorteil auch nach dem tatsächlich gezogenen Nutzen berechnet werden; dabei müsste jedoch der Beitrag des Bereicherten berücksichtigt werden (Koziol aaO mwN). Im vorliegenden Fall wurde in erster Instanz auch von der Nebenintervenientin kein Vorbringen zur Höhe des begehrten Abzuges erstattet. Sie hat lediglich eine Gebrauchtwagenbewertung „zum Beweis für den anzurechnenden Betrag von EUR 11.000“ vorgelegt und dazu ausgeführt, diese [Urkunde] lege allerdings nicht den tatsächlichen Zustand des Klagsfahrzeuges zugrunde, sondern eines mängelfreien Fahrzeuges mit dem Kilometerstand 112.000. Der Kläger hat die Richtigkeit der Urkunde, die weder die Sonderausstattung noch den tatsächlichen Fahrzeugzustand berücksichtige, bestritten. Die Anrechnung eines Benützungsentgelts auf den rückzuerstattenden Kaufpreis (EUR 22.353) in einem EUR 11.000 übersteigenden Ausmaß wurde somit gar nicht begehrt. Daher erweist sich die Rechtssache jedenfalls auch insoweit als spruchreif, als die Beklagte zur Zahlung weiterer EUR 11.353 - Zug um Zug gegen die Herausgabe des Fahrzeuges - zu verpflichten war. Das klagestattgebende Ersturteil ist somit (auch) in diesem Umfang wiederherzustellen.

Im Übrigen hat es jedoch bei der Aufhebung zu verbleiben. Eine abschließende Beurteilung der Höhe des der Beklagten allenfalls zustehenden Abzuges vom Kaufpreis als Abgeltung für die Benützung ist nämlich derzeit noch nicht möglich, weil diese Fragen und auch die damit im Zusammenhang stehende Klausel nach Punkt XI. 2. letzter Absatz der hier anzuwendenden Verkaufs- und Lieferbedingungen mit den Parteien bisher nicht erörtert und die hierfür erforderlichen Tatsachenfeststellungen nicht getroffen wurden. Dies wird das Erstgericht nach der erforderlichen Verfahrensergänzung nachzuholen haben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.